

Los tratados internacionales de derechos humanos de la niñez y de las mujeres

Dilcy García

El 20 de noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. México la ratificó el 21 de septiembre de 1990, publicándola en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991. Este instrumento internacional entró en vigor para el Estado mexicano el día 21 de octubre de 1990.¹ De igual manera la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) fue adoptada por las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscrita por México el 17 de julio de 1980 y ratificada el 23 de marzo de 1981, siendo su entrada en vigor para el Estado mexicano el 3 de septiembre de 1981. Asimismo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) fue adoptada el 9 de junio de 1994 en el Sistema Interamericano, siendo aprobada por México el 26 de noviembre de 1996, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre del mismo año.²

La CDN en su artículo 2 obliga a los Estados Partes a respetar y a hacer respetar los derechos contenidos en su texto. Asimismo el artículo 4 estipula que los gobiernos deberán adoptar toda clase de medidas legislativas, administrativas, judiciales y de cualquiera otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en esta Convención.

¹ Rodríguez y Rodríguez, J., comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos II*, ONU-OEA/CNDH, México, 1998, p. 496.

² www.sre.gob.mx

En cuanto a la CEDAW en su artículo 1, establece como concepto de discriminación *toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*. En este tratado los Estados Partes condenan toda forma de discriminación de género y, de igual manera que en la CDN –que condena la discriminación por edad-, se obligan en los artículos 2, 3 y 24 de este instrumento a seguir una política encaminada a eliminar esta discriminación mediante reformas legales, administrativas y de toda índole para garantizar a las mujeres el pleno reconocimiento y ejercicio de sus derechos en todos los ámbitos.

Por su parte, la Convención de Belém Do Pará estipula en su artículo 4 que todas las mujeres tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley.

Estos tratados internacionales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 133 constitucional, son Ley Suprema de la Unión, y en consecuencia resulta improcedente para los jueces y magistrados invocar derecho local en contrario para evitar su aplicación, sino que por el contrario, deben aplicarlos en el momento procesal oportuno, tal y como en derecho corresponde.

◆ LA LEGISLACIÓN ESTADUAL QUE RECONOCE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Tras casi diez años de haber firmado la CDN, tuvo lugar la reforma del artículo 4o. constitucional, en que se eleva al texto de la Carta Magna el concepto del *interés superior de la infancia*,³ reconociendo a niñas y niños como sujetos de derecho y no como objetos de protección. Dicha reforma dio lugar a la

³ El llamado interés superior de la infancia es un principio que determina que los adultos –entre los cuales se encuentran familiares, profesores, autoridades, etcétera- deben proporcionar a los niños y a las niñas el escenario idóneo para que puedan ejercer todos sus derechos de manera óptima.

aprobación de una ley nacional reglamentaria del artículo cuarto: la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (LPDNA), vigente desde el 30 de mayo del 2000. Este precepto, que recoge y conjunta los principios de ciclo de vida, perspectiva y equidad de género, busca recoger las directrices de la CDN y la CEDAW –reconociendo expresamente por vez primera en una ley nacional a las niñas–, surgiendo tras un intenso consenso político.

Si bien se han dado pasos dentro de la legislación local y de la creación de políticas públicas para reconocer los derechos de la infancia y de las mujeres, el Estado mexicano aún podría realizar mayores esfuerzos para cumplir de manera integral con su obligación internacional de acatar los lineamientos de la CDN y de la CEDAW. En virtud de dicha obligación, todos los gobiernos deben avocarse a la tarea de aportar el máximo de sus recursos para proteger los derechos de la niñez, no sólo mediante normas y políticas públicas eficientes creadas con perspectiva de género, sino impulsando un cambio cultural en el cual los derechos de niñas y niños sean una forma cotidiana de vivir.

◆ LA ACTUAL VISIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA EN MÉXICO Y SU ORIGEN CONCEPTUAL

Muchas niñas y niños de América Latina viven en el desconocimiento de sus derechos, lo cual propicia, junto con otros factores su violación. Ello se debe a que no son considerados dentro de los sistemas jurídicos de sus países como ciudadanas y ciudadanos, sujetos de derecho,⁴ sino como objetos de protección en términos de la doctrina tutelar. Dicha tutela se concentra más bien en la observación y preservación de los derechos de las y los adultos⁵ que en mirar los propios derechos de la niñez.

⁴ Derechos establecidos por la CDN y la CEDAW, que no limita a las mujeres adultas los derechos consagrados en ella, puesto que incluye a toda persona del género femenino, independientemente de su edad u otras características individuales.

⁵ Que pueden ser progenitores quienes se encargan de ellas o ellos, familia extendida o el Estado.

Lo anterior forma parte de una cultura que considera a las niñas y niños como incapaces para entender, expresarse y decidir respecto de su propia vida.

En realidad, la ignorancia de la existencia de la niñez y su conceptualización en occidente podría verse desde el derecho romano, y en el Estado moderno, dentro de los movimientos ilustrados de igualdad y libertad fundamentados en la filosofía rousseauiana, en la cual se considera ciudadanos exclusivamente a las personas de género masculino, mayores de edad que además fueran propietarios. En ese momento histórico, considerado como punto de partida de los derechos humanos, se relega y se deja en el ámbito de la desprotección –y de la ignorancia de su condición humana misma– a las mujeres, niñas y niños, quienes de acuerdo con las tesis de Rousseau formaban parte de un orden privado y natural, donde era imposible aplicar los principios de igualdad nacientes sin ponerlos en peligro.⁶

Más tarde, a finales del siglo XIX y principios del XX surge en Chicago la preocupación por aquellos niños y niñas que han cometido delitos o infracciones a la ley penal, así como por las y los que, según el criterio del Estado, se encuentran en una “situación de riesgo”, ya sea por abandono aparente, por peligro de ser corrompidos por sus parientes, por su entorno socio-económico entre otros.⁷ Es entonces cuando surge el modelo de “menores en situación irregular”, del cual parten todos los sistemas tutelares de Latinoamérica, desde la Ley Agote de Argentina en 1919, hasta las leyes tutelares mexicanas vigentes hasta nuestros días.

⁶ Acosta Vargas, G.L., *La Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de la Niñez. Derechos Humanos Constructores de Ciudadanía y Democracia*, Serie Documentos de Trabajo 5, UNICEF, México, 2001, pp. 1 y 2.

⁷ En virtud de los problemas sociales ocasionados por la segregación y la discriminación racial que sufrían las minorías étnicas y los migrantes en Estados Unidos, habría que analizar si este modelo de “protección” de niñas y niños en supuestas situaciones de riesgo no obedecía en realidad a buscar una solución preventiva para recluir desde a la infancia a personas, que de acuerdo con los prejuicios étnicos del sistema norteamericano, serían “elementos antisociales” cuando llegaran a la edad adulta. Dos hechos apoyan esta tesis: el

◇ CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE “MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR” EN CONTRAPOSICIÓN CON EL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

De acuerdo con el Dr. Emilio García Méndez, *los peores crímenes y violaciones a los derechos de la infancia se han hecho en nombre de la protección*. A pesar de que cada ley tutelar se ha creado de manera independiente, se encuentran ligadas por la misma doctrina, lo cual las hace sumamente parecidas.

Cabe aclarar que en realidad la división y denominación del modelo tutelar y del de protección integral de los derechos de la niñez, es una creación doctrinal del Dr. García Méndez y la Dra. Mary Beloff,⁸ quienes a raíz de la adopción de la CDN por las Naciones Unidas, han estudiado profundamente los orígenes, teorías y procedimientos de la institucionalización de niñas y niños en la llamada *situación irregular*, diferenciándola con un modelo de responsabilidad penal juvenil fundamentado en la CDN.⁹ Según estos dos científicos del derecho, las características del modelo de la situación irregular son las siguientes:

a) La clasificación de la infancia en dos grandes grupos¹⁰:

- Aquélla que vive bajo el resguardo de su familia (niños y adolescentes) y

porcentaje reducido de niñas y niños norteamericanos blancos “institucionalizados para su protección” y la clara tendencia que presentan niñas y niños reclusos de permanecer en las cárceles en la edad adulta.

⁸ Véase por ejemplo E. García Méndez y M. Beloff, comps., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Bogotá, Temis-Depalma, 1998.

⁹ Tras la adopción de la CDN, las primeras producciones doctrinales respecto del modelo de protección integral de los derechos de la infancia, particularmente enfocado a los sistemas de justicia penal juvenil, en análisis comparativo de antes y después de la CDN provienen de estos dos jurisprudencias.

¹⁰ García Méndez, E., *Doctrina Jurídica Contemporánea*, UNICEF-Fontamara. 2ª. Ed., México, 2001.

- Aquélla que carece de una familia tradicional, que se encuentra fuera de los sistemas escolares y de salud, y que en la mayoría de las ocasiones vive en situaciones económicas precarias, de calle o de vulneración de derechos en general (“menores”).

b) Su naturaleza administrativa, y no judicial, de los órganos de juzgamiento para niñas, niños y adolescentes en conflicto con las leyes penales, ya que un sistema judicial restringe la actuación de la autoridad, mientras que se tiene la concepción de que una autoridad administrativa puede obrar con una mayor libertad que, según las y los partidarios de este modelo, resulta necesaria para la adecuada protección de las niñas, niños y adolescentes, en aquellos casos en los cuales la ley fuere defectuosa. Esto no sólo contraviene a la CDN y a la CEDAW, sino también a la Constitución Mexicana, que determina que sólo una autoridad judicial puede privar fundada y motivadamente a una persona de alguno de sus derechos mediante el seguimiento de un juicio imparcial.

c) La centralización del poder en la figura de la autoridad administrativa que dirime las controversias de niñas y niños en conflicto con la ley penal, misma que tiene una facultad discrecional para decidir sobre aquella niña, niño o adolescente que considere que presenta una conducta antisocial o que se encuentra en situación irregular.¹¹ Cabe aclarar que a las miras de este modelo, cualquier persona que no cuente aún con 18 años –particularmente si proviene de un medio económico desprotegido– podría caer en este supuesto. Esta propensión busca su fundamento en la protección de niñas y niños de las omisiones o lagunas de la ley. Si los cuerpos legales presentan defectos, pero la autoridad tutelar tiene facultades de suplencia de la ley, se piensa que se están resguardando los intereses de niñas y niños.

El conflicto jurídico en cuanto a esta situación es que la actuación de la autoridad siempre debe encontrarse delineada y limitada por la ley, supuesto que no se cumple al otorgarle facultades omnímodas que coloquen sus decisiones por encima de la ley y de la constitución misma. Un ejemplo

¹¹ Dichos términos son utilizados con frecuencia en el lenguaje del modelo tutelar.

de esto puede observarse en la siguiente disposición:

Legislación tutelar del Estado de Aguascalientes

Artículo 40. *El Consejo resolverá la forma de proceder cuando no exista disposición expresa sobre el caso considerado, ajustándose siempre a la naturaleza de sus funciones y a los fines que están encomendados. Esta Ley deja al recto criterio y a la prudencia de los miembros del Consejo, la investigación de los hechos de su competencia y se procurará prescindir, siempre que sea posible y particularmente cuando el menor se encuentre presente de las formalidades propias del procedimiento para adultos, enfatizándose en las actuaciones de la naturaleza Tutelar del Consejo, exenta de todo propósito represivo.*

Ley tutelar del Estado de Puebla

Artículo 2°. *El Consejo Tutelar de Menores del Estado de Puebla es un organismo colegiado, dependiente del Ejecutivo del Estado, cuyo objeto es la protección y readaptación social de los menores de 16 años que:*

(...) III. Se encuentren en estado de peligro social, por estar moralmente abandonados, pervertidos o en trance de serlo (...).

d) La judicialización de los problemas de la infancia que más bien provienen de una situación económica o social vulnerable, que de un acto típico realizado por niñas y niños. Asimismo, dichos problemas pueden tender a patologizarse, es decir, que se tiende a sostener que niñas y niños en conflicto con la ley penal, o con las dificultades ya enunciadas, tienen una afección biológica, psicológica, etc., o bien se encuentran en peligro de adquirirla-, razón por la cual se solicitan pruebas médicas, psicológicas, pedagógicas y de trabajo social en las cuales se basan las autoridades tutelares para determinar qué sanción aplicar a la niña o niño, sin otorgar el mismo peso al acto realizado. Esto nos conduce a suponer que el derecho penal aplicado a niñas y niños en conflicto con las leyes penales es de persona y no de acto.

e) La criminalización de la pobreza. Esta característica se encuentra ampliamente ligada con la anterior, y consiste en la tendencia a institucionalizar con mayor frecuencia a niñas y niños que provienen de clases sociales bajas por el hecho de suponer que se encuentran más expuestas y expuestos a infringir las leyes penales –aunque aún no lo hayan hecho–, mientras que a aquellas niñas y niños que pertenecen a clases privilegiadas se tiende a buscar la forma de evitarles la consecuencia de la realización de un acto delictivo.

Aquí observamos una pensión discriminatoria, no sólo por razones de edad, sino también por cuestiones de estrato social. Si se deduce que una niña o niño perteneciente a un estrato social bajo se puede encontrar en riesgo de ser incitada (o) a realizar actos delictivos, se inferirá que una medida de prevención del delito juvenil será la institucionalización de niñas y niños que, de acuerdo con el criterio de la autoridad tutelar, se encuentren en este supuesto. Ejemplos de ellos se encuentran en las siguientes disposiciones:

Ley tutelar del Estado de Aguascalientes

Artículo 11. *Los menores de edad a que se refiere esta Ley, son inimputables; en consecuencia, para conocer las infracciones cometidas por éstos, se crea en la capital del Estado, un Consejo Tutelar Central para Menores, con jurisdicción en toda la Entidad cuyas funciones y facultades serán las siguientes:*

I. *Conocer de todos los casos relacionados con menores de 16 años y mayores de 7 que infrinjan las leyes penales, reglamentos de policía, de tránsito o reglas de buen gobierno;*

II. *Conocer de todos los demás casos en que, aunque no exista ninguna infracción, sea conveniente prevenir y corregir a los menores cuando tengan malos ejemplos, mala conducta, compañías corruptas o se encuentren en estado de abandono, pervertidos o en trance de serlo;*

III. Conocer del comportamiento personal de los menores, cuando se presume fundamentamente una inclinación a causar daños a la sociedad, su familia o a sí mismos.

Ley tutelar del Estado de Puebla

Artículo 2°. *El Consejo Tutelar de Menores del Estado de Puebla es un organismo colegiado, dependiente del Ejecutivo del Estado, cuyo objeto es la protección y readaptación social de los menores de 16 años que:*

(...) III. Se encuentren en estado de peligro social, por estar moralmente abandonados, pervertidos o en trance de serlo.

f) La visión de la infancia como objeto de protección. El modelo tutelar considera que niñas, niños y adolescentes son incapaces, es decir que se encuentran afectos de *capitis diminutio*,¹² y que en consecuencia no son personas sujetos de derecho. Bajo esta concepción niñas y niños en relación con sus progenitores, o quienes los tienen bajo su resguardo, tienen un régimen jurídico similar a los derechos y obligaciones generados por la propiedad de bienes, y son precisamente estos derechos los que tienden a protegerse, siendo las y los adultos quienes determinan los derechos y obligaciones de las y los infantes, puesto que, dada su incapacidad, ellas y ellos no pueden hacerlo.

g) Negación sistemática de garantías, derechos y principio del derecho, incluso de aquellos que se encuentran contenidos en la constitución, ley federal y ley secundaria. Esto tiene su origen en que en el modelo tutelar se sostiene que, en aras de la protección de niñas y niños en conflicto con las leyes penales –y dado su estado de incapacidad–, son considerados inimputables, razón por la cual no se les puede someter a un juicio de reproche, puesto que ello significaría procesarlos de igual manera que a los adultos.

Es entonces cuando desaparece de las leyes tutelares la palabra ‘pena’, que es sustituida por la palabra ‘tratamiento’. Toda vez que se sostiene que no se le está sometiendo a un procedimiento penal a la niña, niño o adolescente,

¹² Estado de interdicción, capacidad disminuida.

aparentemente no existe obligación alguna de contemplar garantías, derechos o principios de derecho de legalidad, debida defensa, audiencia o debido proceso. La observación en cuanto a este elemento tutelar, es que dentro de los tratados internacionales o leyes constitucionales no existe ninguna restricción de que las citadas garantías y derechos se encuentren únicamente reconocidos a las y los adultos, sino que por el contrario, se establece claramente que son intrínsecos a todas las personas.

h) La incorporación de términos semánticos eufemísticos, que condicionan el funcionamiento de los sistemas tutelares a la no verificación empírica de su real efectividad y de sus consecuencias. Esto quiere decir que en el lenguaje del modelo de la situación irregular se utilizan palabras que encierran conceptos de protección para sustituir términos que podrían ser relacionados con los procedimientos penales para adultos, y que pondrían en cuestionamiento la discrecionalidad y la ausencia de garantías en el tratamiento de niñas y niños en conflicto con las leyes penales, lo cual se quiere evitar al decir que niñas, niños y adolescentes no son procesados y sentenciados, sino sometidos a un tratamiento que por no ser un juicio parece a primera vista no tener que respetar dichas garantías. Todo ello obstruye que se pueda tener una visión total de los resultados reales y de las consecuencias de todas las etapas del modelo tutelar.

i) La irrelevancia del vínculo que existe entre la condición jurídica y las circunstancias materiales de niñas y niños. Ello tiende a ocasionar que instituciones gubernamentales no jurisdiccionales, e incluso organizaciones no gubernamentales, tengan la posibilidad de determinar el estado de cosas de los infantes, lo cual es un consecuente de la incertidumbre de la ley en estas materias.

Este sistema no se adecua con los criterios establecidos por la Convención Sobre los Derechos del Niño,¹³ siendo por ende incompatible con el modelo de protección integral de los derechos de la infancia –que será

¹³ Este es el nombre oficial de la CDN en idioma español, aunque en muchos documentos aparece como Convención sobre los Derechos de la Niñez, o Convención sobre los Derechos de la Infancia, para el efecto de proporcionar a la denominación de este tratado perspectiva de género.

explicado más adelante-, en el cual las niñas y niños son reconocidos como ciudadanos con los mismos derechos que los adultos, y un universo de derechos adicional por ser personas en desarrollo, y por lo tanto –aunque de manera diferente a las y los adultos- se encuentran vinculados con sus actos, a los cuales deben responder si éstos son delitos o faltas –sin perder de vista que se encuentran en una etapa inconclusa de desarrollo-, sin que ello signifique la violación de sus derechos.

Según Gimol Pinto¹⁴, las características principales del modelo de protección integral de los derechos de la infancia son las siguientes:

a) El reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, definidos como personas en desarrollo y no como objetos de protección. En efecto, esta doctrina reconoce que niñas, niños y adolescentes son capaces de elegir y expresarse. La diferencia entre infantes y adultos radica en la forma en que unos y otros lo hacen, en virtud de que lo único que tienen menos que los adultos es la edad. Este modelo afirma que el mundo adulto debe gestar un cambio cultural en que se modifique el modo de mirar a la niñez, no desde aquello que no puede hacer, sino desde todo aquello que sí puede realizar.

b) Existencia de mecanismos legales eficaces para el resarcimiento de cualquiera de los derechos de la infancia de que sea privada alguna niña o niño. El sistema jurídico debe crear leyes e instituciones idóneas para que niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, de forma directa o a través de su representante legal, las violaciones a los derechos de la infancia, los cuales deberán ser resarcidos de manera pronta y expedita, en función del interés superior de la niñez.

c) El entendimiento de que la “situación irregular” en todo caso la vive una persona o institución del mundo adulto cuando se está violando algún derecho de la niñez. Desde la perspectiva del modelo de protección

¹⁴ Pinto, G., *Recepción de la Convención sobre los Derechos de la Niñez en el Sistema Normativo Mexicano. Diagnóstico Jurídico y propuestas para su adecuación sustancial*. Serie Documentos de Trabajo, núm. 1, UNICEF, México, 2000, pp. 2 y 3.

integral, el término tutelar “situación irregular” se refiere a aquellas circunstancias precarias económicas, sociales, familiares o legales en que se encuentra una niña o niño y que al presentarse le otorgan facultades a la autoridad tutelar para llevar a cabo medidas tutelares de protección, tales como la separación de niñas y niños de sus núcleos familiares para ser institucionalizados. Para el modelo de protección integral, la situación irregular es que una persona adulta –sea o no autoridad- tenga la posibilidad jurídica de violar algún derecho de la infancia, aunque sea con el afán de proteger a la niña o niño.

d) Desaparición de las acepciones de “situaciones de riesgo”, “situación irregular”, “peligro moral o material”, teniendo la amplitud que la autoridad considere adecuada. Por ser parte del mundo de los juicios de valor, resultaría poco probable construir una definición concreta de ellas, lo cual pone en una situación de inseguridad jurídica a la infancia, al depender de la discrecionalidad de las autoridades, quienes decidirán si se encuentra o no en estas categorías.

e) En virtud de que niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, son precisamente sus derechos lo que se protege y no sus personas, tal y como sucede con los llamados “menores” en el modelo de la situación irregular. En virtud de esta protección de derechos, y del reconocimiento de su carácter universal, es que se protege a la totalidad de la categoría infancia –que también es universal- de manera integral y no por sectores, lo cual impide que el Estado tenga facultades ilimitadas aun en aras de una protección, que al tratar de obtenerse sin que sea relevante la violación de derechos y garantías, no parece ser una protección legítima, puesto que no se encuentra fundada en dichos derechos y garantías.

Respecto de la integralidad de la infancia y sus derechos, podemos manifestar que la CDN y el modelo de protección integral reconocen que la infancia no se encuentra dividida en sectores, en el tipo de problemas que vive, en etnias o nacionalidades, etc. El carácter universal de la niñez radica en que es una y no varias, y que todas las niñas, niños y adolescentes pertenecen a la categoría infancia sin importar la situación en que se encuentren. Este enfoque integral de la niñez conlleva a una necesaria visión

transversal de sus derechos, mismos que se encuentran reconocidos como intrínsecos a cada niña, niño o adolescente, y que por lo tanto deben ser protegidos de manera uniforme y no sectorializada. En virtud de este carácter de universalidad de los derechos de la niñez, no puede protegerse alguno de ellos de manera aislada, sino el conjunto de todos ellos de una manera integral, puesto que el hecho de que alguna niña o niño se encuentre vulnerado de uno de sus derechos en particular no quiere decir que sus demás derechos deben ser menos protegidos.

Por lo tanto, la universalidad de la niñez y de sus derechos determina una protección generalizada de todas y todos los infantes, así como de la totalidad de sus derechos.

f) Las niñas, niños y adolescentes son personas con los mismos derechos que cualquier otra, más un conjunto adicional de derechos dada su condición de personas en desarrollo. Todos y cada uno de los derechos fundamentales son inherentes al ser humano, y por tanto deben serles reconocidos a todas las personas. Los tratados internacionales de derechos humanos, declarativos o vinculatorios, se han creado en ese sentido, incluyendo a mujeres y hombres en general, sin hacer distinción o exclusión alguna en razón de género, edad, preferencias sexuales, nacionalidad, etnia, situación socio-económica, características físicas o intelectuales, ni de ninguna otra índole, sino que por el contrario, los instrumentos internacionales indican con claridad que los derechos que reconocen y protegen pertenecen a toda la familia humana, sin importar las características personales que hacen a cada uno de nosotros un ser individual.

No obstante lo anterior, niñas, niños y adolescentes tienen un agregado de derechos debido a que su desarrollo se encuentra inconcluso, y con objeto de que puedan crecer en el mejor medio posible. Si conocen, ejercen y defienden sus derechos, su independencia podrá ser mayor día con día. Si no es así, resultaría poco probable esperar que una persona de 18 años en adelante cuente con la autonomía necesaria y responda a las demandas que implican a la vida adulta.

g) Toda vez que niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho capaces de expresarse por sí mismos, se les reconoce el derecho a parti-

cipar y manifestarse en todo juicio o procedimiento que les afecte, así como de expresarse en todos los ámbitos de su vida. Este derecho se encuentra previsto en el artículo 12 de la CDN, así como en las garantías de legalidad y audiencia estipuladas en la constitución mexicana.

Todas las personas tienen derecho a expresar su pensamiento, particularmente dentro de un juicio que les afecta. Es por ello que las y los adolescentes tienen el derecho de ser parte en un proceso que se les siga a ellas o ellos, y por ende a actuar por su propio derecho y no sólo a través de un representante legal. Resultaría jurídicamente incongruente que alguien a quien se le puede sancionar por un acto delictivo no pudiera defenderse y probar su no culpabilidad, en virtud de que se rompería el equilibrio procesal, otorgando una fuerza superior a la parte actora.

h) La familia es fundamental para la protección de los derechos de la infancia, siendo además corresponsable con el Estado y la comunidad en general de salvaguardar estos derechos. En virtud de esto, se busca que niñas y niños permanezcan con su familia y progenitores como una regla general, a menos que por el interés superior de la infancia eso no sea posible. Pese a que esto se ha visto como un derecho del mundo adulto, en realidad es un derecho fundamental de niñas, niños y adolescentes permanecer con sus progenitores y su núcleo familiar, así como tener una convivencia regular con su madre o padre en caso de que por alguna razón no pueda habitar permanentemente con alguno de ellos.

i) Las políticas y la construcción de leyes para la infancia deben construirse tomando en cuenta a los actores sociales, quienes en este caso son las niñas, niños y adolescentes. Esto quiere decir que, para que una ley sea de corte democrático y además tenga una eficacia real en su aplicación, en su creación debe darse una participación activa de los sujetos a quienes les recaerán sus disposiciones.

Las legislaciones elaboradas de manera vertical suelen no ser muy eficientes en virtud de que sólo los actores políticos las elaboran, y muchas veces no les recaen sus preceptos, puesto que generalmente no han estado en sus supuestos. Leyes tales como el Estatuto del Niño y el Ado-

lescente de Brasil son democráticas y eficientes, ya que niñas y niños participaron en su creación expresando sus opiniones y haciendo propuestas.

j) Todas aquellas controversias en las cuales se encuentren involucradas niñas y niños, ya sean de carácter civil, familiar o penal, deberán ser dirimidas ante las autoridades jurisdiccionales, es decir ante jueces con facultades para resolver conflictos de naturaleza jurídica, limitados por la ley y la constitución. Es decir que no cualquier autoridad puede conocer de estas cuestiones, como ocurre en el modelo de la situación irregular, en que la autoridad administrativa tiene facultades ilimitadas para hacerlo.

k) La clara separación de niñas y niños abandonados o necesitados de la protección del Estado de niñas y niños en conflicto con las leyes penales. En muchas ocasiones existe una confusión entre lo que es una medida asistencial y un conflicto penal juvenil, lo que suele traer como consecuencia que a niñas, niños y adolescentes que se encuentran en alguno de ambos supuestos se les siga un mismo proceso. Esto resulta jurídicamente erróneo, ya que a las y los infantes que se encuentran en un estado de vulneración de derechos y que no han realizado un acto delictivo, no puede tratárseles como si lo hubiesen hecho, puesto que lo único que se estaría haciendo sería cometer una violación más a sus derechos fundamentales.

Las medidas asistenciales que hayan de crearse para auxiliar a estas personas deberán ser garantistas, buscando no sólo el resarcimiento de los derechos vulnerados, sino la protección y ejercicio de todos los demás. En tanto que a adolescentes en conflicto con las leyes penales se les debe seguir un juicio igualmente garantista, donde la persona se haya podido defender adecuadamente, así como apelar las resoluciones emitidas por la autoridad judicial, quien al final del proceso podrá aplicar una sanción fundada y motivada. Asimismo debe existir una diferencia clara entre lo que es un acto delictivo y una falta administrativa, misma que no debe ser manejada con sanciones de corte penal.

l) Respecto de los sistemas de responsabilidad penal juvenil, el modelo de protección integral estipula que si las y los adolescentes son sujetos de derecho, deben entonces estar vinculados con sus actos y ser responsables de los mismos. Dicha responsabilidad deberá ser determinada mediante un

juicio garantista tramitado ante la autoridad jurisdiccional competente, diversa de aquélla que procesa a las y los adultos, estableciendo diversos grados de reacción penal en función de la faja etárea a la que pertenece la persona enjuiciada. Se debe establecer una edad mínima de responsabilidad penal, debajo de la cual el Estado se comprometerá a no intervenir penalmente respecto del caso, en virtud de que antes de dicha edad el Estado reconoce que niñas y niños no se encuentran en condiciones de infringir la ley.

m) Se establecerá un catálogo de sanciones para adolescentes en conflicto con las leyes penales, que deberán contener una connotación educativa y valorativa de la persona, de terceros, de los derechos humanos y de equidad de género. De entre dichas sanciones la privación de la libertad debe ser la *ultima ratio*, tener un tiempo determinado -el cual deberá ser lo más corto posible-, preservando la dignidad de la persona y sólo por la comisión de un delito considerado grave.

Esto no habla de un sistema penal mínimo, en el cual únicamente entra la fuerza coactiva del Estado cuando de no hacerlo se generaría un daño mayor. De igual manera, la pena privativa de la libertad debe ser la última opción dentro de una larga lista de probables sanciones, que deberán ser entendidas por la persona a quien se le apliquen como una consecuencia de sus actos, deberán estar vinculadas con un posible resarcimiento del daño causado y hacer que se valore a las personas con un claro respeto hacia mujeres y hombres por igual.

Dentro del conjunto de derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentran los estipulados en los artículos 37 y 40, referentes a la prohibición de tratos y penas crueles, detenciones arbitrarias y a las garantías del debido proceso de que debe gozar una o un adolescente en conflicto con las leyes penales. A éstos se le suma el derecho que tienen niñas y niños de expresarse, opinar e intervenir -directamente o a través de representante legal- en todos aquellos procedimientos judiciales, administrativos y de cualquiera otra índole que afecten directamente sus intereses (artículo 12.2).

La facultad de ser escuchados en los procedimientos judiciales suele no encontrarse especificada dentro de la legislación estadual, y por ser

además una cuestión cultural la concepción de que niñas y niños no saben expresarse o que pueden ser manipulados, en la práctica las y los infantes, en muchas ocasiones, no tienen la oportunidad real de ejercer tal derecho, particularmente aquellas niñas, niños o adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal. Un ejemplo es que, pese a que la niña, niño o adolescente en cuestión sea el sujeto de la sanción, no se puede entender con ella o él una diligencia de emplazamiento, ni ninguna otra actuación dentro del proceso tutelar, puesto que se evoca la inimputabilidad del infante, a quien, desde los supuestos del modelo tutelar, no se le corre un proceso, sino que se le somete a un tratamiento.

En virtud de que el sistema tutelar tiende a utilizar términos eufemísticos para evitar entrar en similitudes con el sistema penal de adultas y adultos, las denominaciones de las actuaciones procesales y los términos legales se manejan de tal forma que todo el sistema sea algo diverso a un proceso. Sin embargo, esto no sólo se ha quedado en una cuestión semántica, puesto que a raíz de estas usanzas también se han obviado en dicho sistema las garantías y derechos de niñas, niños y adolescentes en conflicto con las leyes penales.

La justificación ha sido la protección, la cual es jurídicamente inexacta, puesto que no resulta procedente privar a alguien de un derecho para proteger otro. Esto acarrea como consecuencia que las leyes tutelares tengan establecidas en sus disposiciones un procedimiento desprovisto de las garantías de legalidad, de audiencia y de debido proceso. Dicho procedimiento es substanciado por una autoridad administrativa –quien por su naturaleza jurídica debiera carecer totalmente de competencia para juzgar delitos o dictar sentencias–, que como referimos anteriormente, tiene facultades omnímodas para decidir sobre la situación jurídica y material de la o el adolescente de manera discrecional.

Esto tiene otra serie de consecuencias jurídicas: ya que niñas, niños y adolescentes (a quienes dentro de los modelos tutelares se les denomina “menores”) se consideran inimputables, no hay un juicio, por lo cual la medida de tratamiento consistente en internamiento en un centro tutelar no podría ser una pena privativa de la libertad a la cual se les condenó. En

consecuencia, los defensores del sistema tutelar no ven la necesidad de que las y los adolescentes en conflicto con las leyes penales se encuentren asesorados legalmente, ni de que puedan ver su expediente, puesto que no habría necesidad de ello. Todo esto implica una privación de derechos sin fundar ni motivar, y sin juicio previo ante la autoridad competente, donde el sujeto activo no tuvo la posibilidad de tener una debida defensa en equilibrio de derechos con los otros actores procesales.

La realidad es que, hasta el día de hoy, en los 32 estados de la República Mexicana, niñas, niños y adolescentes en conflicto con las leyes penales son sujetos de estos preceptos, en donde, como ya se ha analizado, se aplica una especie de *justicia administrativa*, en la cual un órgano dependiente del poder ejecutivo determina -sin un límite puesto específicamente por la ley- las consecuencias jurídicas que las y los adolescentes que realizaron un acto constitutivo de delito habrán de tener. Así pues, bajo los preceptos de las leyes tutelares, la pena privativa de la libertad puede ser dictada por una autoridad no judicial, dentro de un procedimiento que viola las garantías de legalidad y del debido proceso -lo cual no ocurre en la legislación penal para mujeres y hombres adultos-, y que se encuentran reconocidas en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, así como por la Constitución Política de este país.

Asimismo, al realizar un análisis a los sistemas penal y carcelario mexicanos para personas adultas, se puede observar que dichos sistemas se encuentran realizados en su mayoría por hombres y para hombres, en virtud de que no proporcionan espacios adecuados ni servicios necesarios para las mujeres en conflicto con la ley penal, tales como especialistas en ginecología, lugares que se encuentren realmente separados de los reclusorios masculinos, con personal femenino, lugares adecuados para las hijas e hijos de las mujeres reclusas, entre otros.¹⁵

¹⁵ Esta situación fue motivo de una Tercera Recomendación emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos el pasado del 2002, dirigida a las autoridades competentes de la materia. Sin restar la gran trascendencia que encierra su emisión, cabe hacer la aclaración que, incluso dicha recomendación no se encuentra elaborada con una clara perspectiva de género.

Esto desde luego tiene una razón cultural, sociológica y política que no trataremos en este documento; sin embargo se menciona dado que refleja la misma problemática que viven las niñas y adolescentes en conflicto con las leyes penales, quienes incluso podrían encontrarse en una situación de discriminación aún mayor que la de los niños y adolescentes varones, toda vez que las leyes tutelares, las autoridades y los propios centros de tratamiento no tienen una perspectiva de equidad y género. Por tanto, las medidas que se tomen en esta materia pueden no incluir a niñas y adolescentes de manera directa, como se hace con los niños, propiciando así una situación discriminatoria. Ellas tienen cuatro características que las hacen ser discriminadas:

- Ser mujeres.
- Ser pobres.
- Haber realizado un acto que puede haber constituido un delito.
- No haber cumplido aún 18 años.

Estos elementos implican que, tal y como ocurre en el sistema penitenciario para adultas y adultos, se relegue a las niñas a un plano discriminatorio por su condición de mujeres. Bajo el principio de que el número de mujeres reclusas es sensiblemente menor al de los hombres, y en concordancia con problemas de presupuesto para los centros de reclusión, los recursos tienden a destinarse a las cárceles de los varones, situando a las mujeres en espacios que no se ocupan dentro de los centros de reclusión de hombres, que no se encuentran aptos para ser habitados, son sumamente reducidos y no resultan adecuados para niñas y niños que se encuentran con sus madres.

Al igual que en estos casos, en las leyes tutelares generalmente no se especifica acerca de atención médica necesaria para las niñas, y adolescentes, como ginecólogas y obstetras, para atender los casos en estado de gravedad. Al tocar este punto se encuentran otros temas de análisis, tales como el destino de las y los bebés nacidos en estas circunstancias, quienes no permanecen con sus madres. Asimismo, las adolescentes en conflicto con las leyes penales carecen del derecho a las visitas íntimas aún si son

cónyuges o concubinas (lo cual ocurre también con los adolescentes varones). Estos son supuestos que estas leyes usualmente no regulan, así como la exigencia de que los funcionarios otorguen un trato digno a las y los adolescentes en conflicto con las leyes penales, a quienes deberá proporcionarse, en su caso, una educación desde el respeto por las y los demás, por la sociedad plural y con una perspectiva de equidad de género.

Tal omisión de las leyes tutelares constituye una violación a la CEDAW en sus artículos 1, 2 inciso g), 3, 5 inciso a), 15.1 y demás, relativos a las obligaciones de los Estados Partes a combatir la violencia hacia las mujeres cuando se da entre las propias autoridades gubernamentales; a reformar, legislar y emitir todo tipo de políticas para que las mujeres ejerciten plenamente sus derechos; a crear y modificar la legislación penal estadual para tales efectos, para respetar la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y para fomentar la educación y la erradicación de patrones culturales prejuiciosos que cimienten en las generaciones la supremacía de algún sexo. Asimismo se viola la Convención de Belem Do Pará en sus artículos 1, 2, 4 incisos c), d), f) y g), 6 inciso a), 7 incisos a), c) y e) y 9 entre otros, mismos que recogen los principios antecitados.

Como conclusión podemos afirmar que el legislador debe crear preceptos que incluyan y protejan los derechos de la infancia y los derechos de las mujeres (de todas las edades), en cumplimiento con los tratados internacionales a que México se encuentra obligado, así como con los preceptos constitucionales. Las autoridades administrativas, siguiendo su propia naturaleza, deben crear las políticas públicas adecuadas (desde el modelo de protección integral y la perspectiva de género) para que las leyes sean eficaces. El poder judicial debe dirimir los conflictos relacionados con adolescentes en conflicto con las leyes penales mediante autoridades –y leyes– que sean exclusivamente para la infancia, razón por la cual deberán estar preparados en todos los ámbitos para tales efectos. De otro modo, las legislaciones no permitirán una práctica adecuada al cumplimiento de los derechos de la niñez, llegando al extremo de cometer agravios contra niñas, niños y adolescentes en cumplimiento estricto de la propia ley.