

III. LA DEFINICIÓN DE NIÑA Y NIÑO Y LAS CONCEPCIONES DESDE LAS QUE SE CONSTRUYEN SUS DERECHOS

Si bien la doctrina jurídica ha establecido la necesidad de brindar una protección especial a las niñas y los niños que asegure el pleno respeto de sus derechos humanos, el debate relacionado con el límite y alcance de los conceptos “niña” y “niño” ha generado, aunque cada vez menos, importantes dudas sobre su exacta significación.

El derecho no ha considerado el criterio de desarrollo psicológico¹⁶ como único fundamento para crear un concepto jurídico de niña o niño, aunque sin duda sus elementos son clave para la aplicación de ciertos aspectos relacionados con la infancia.

El derecho toma en consideración aspectos psicológicos, pero también biológicos, para construir los conceptos

¹⁶ La psicología estudia la conducta y los procesos mentales del ser humano, y una de sus ramas, que se denomina psicología del desarrollo, analiza el desarrollo mental y físico de una persona desde que está en gestación, hasta la vejez, considerando en todo momento su personalidad y temperamento. *Cf.* Albert Maisto, *et al.*, *Introducción a la psicología*, pp. 2-4 y 8.

de niña y niño.¹⁷ En el caso de México, como se analizará a profundidad más adelante, suelen utilizarse los términos *niña o niño, adolescente o menor de edad* para referirse a las personas que tienen menos de 18 años de edad.

De acuerdo con el doctor Sergio García Ramírez: "la palabra 'niño' ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano".¹⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, establece en su artículo 10. que: "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".¹⁹

La regla general establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño refiere la importancia de que los Estados reconozcan los 18 años de una persona como la frontera para determinar la mayoría de edad y, en consecuencia, la aplicación de las reglas que imperan en el mundo de los adultos.

De acuerdo con la Corte Interamericana:

[...] la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños.²⁰

Además puede decirse, como lo sostiene el propio doctor García Ramírez, que el "concepto 'niño' coincide con el de 'menor de edad' cuando uno y otro se juridizan, valga la

¹⁷ Así lo explica el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente Razonado de la Opinión Consultiva 17/2002. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica...*, *op. cit.*, párrs. 3 y 4.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño.*

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica...*, *op. cit.*, párr. 41.

expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho”.²¹

Desde esta perspectiva puede afirmarse, tal y como lo ha realizado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que: “se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”, incluyendo desde luego en este concepto a niñas, niños y adolescentes.²²

En algunos contextos se ha considerado que el término menor puede resultar despectivo, pues hace alusión a algo pequeño, mínimo o inferior. Más allá del empleo mismo del término “menor” (el cual se inscribe en un debate relacionado con el uso del lenguaje, y su relación con los derechos humanos), el aspecto que sería relevante analizar y poner en cuestionamiento se refiere a la concepción misma de las niñas y los niños, ya sea como simples objetos de la tutela jurídica, o bien, como auténticos sujetos de derecho.

1. La concepción tutelar de los derechos de las niñas y los niños

La denominada concepción *tutelar, proteccionista o de la situación irregular*, se caracteriza entre otras cosas por lo siguiente:

- a) Considera que las niñas y los niños son personas incapaces de ejercer por sí mismas sus derechos, porque no pueden asumir la responsabilidad de sus actos.
- b) Los adultos o mayores de edad se encargan de tomar las decisiones que están relacionadas o afectan la vida de la niña o niño, incluso si ello constituye una violación a sus derechos.
- c) Se establecen amplias facultades para las autoridades que deben resolver asuntos relacionados con las niñas y los niños.

²¹ *Ibid.*, párr. 4.

²² *Ibid.*, párr. 42.

d) Se discrimina o se excluye cualquier participación de la niña o niño en los procesos jurídicos que los involucren.

e) Las autoridades o personas que tienen bajo su cuidado a una niña o niño, deciden en todo momento por ella o él, los sustituyen en el ejercicio de sus derechos.²³

De acuerdo con Emilio García Méndez, la esencia de la doctrina de la situación irregular: “se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores”.²⁴

De acuerdo con la profesora Mary Beloff, antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, las leyes y prácticas relacionadas con la infancia “respondían a un esquema que hoy conocemos como ‘modelo tutelar’, ‘filantrópico’, ‘de la situación irregular’ o ‘asistencialista’, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas”.²⁵

Como puede apreciarse en los elementos anteriormente señalados, bajo la doctrina de la protección irregular de los derechos de la infancia, las niñas y los niños son comprendidos como objetos que deben ser tutelados y no como sujetos de derechos.

2. La concepción integral o garantista de los derechos de las niñas y los niños

Contraria a la visión proteccionista o tutelar se encuentra la perspectiva integral, también denominada garantista. Dicha perspectiva ha sido desarrollada fundamentalmente a

²³ Cfr. Ruth Stanley, “Los niños ante la ley: Juventud y justicia penal en América Latina”, p. 379.

²⁴ Emilio García Méndez, “La Convención Internacional de los Derechos del Niño. Del menor como objeto de la compasión —represión a la infancia— adolescencia como sujetos de derechos”.

²⁵ Mary Beloff, “Protección integral de derechos del niño *vs.* derechos en situación irregular”, p. 85.

partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, de la Organización de las Naciones Unidas, y se caracteriza por un cambio en la forma en que se concibe a las niñas y a los niños y a sus derechos:

- a) En principio las niñas y los niños no son objetos de protección del derecho sino sujetos titulares de derechos.
- b) El Estado tiene la obligación de garantizar que las niñas y los niños puedan ejercer plena y efectivamente esos derechos.
- c) Se imponen límites a la autoridad respecto a las facultades que tiene en relación con las niñas y los niños.²⁶

De acuerdo con Daniel O'Donnell, la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia descansaría en tres bases: a) el niño y la niña como sujetos de derechos; b) el derecho a la protección especial, y c) el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.²⁷

Desde esta perspectiva, y tomando en consideración los elementos anteriormente establecidos, debe recordarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en el punto resolutivo número 1 de la *Opinión Consultiva 17: Condición jurídica y derechos humanos del niño*: "Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección".

Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no desarrolló un pronunciamiento específico en relación con la adopción de la concepción integral o garantista de los derechos de las niñas y los niños, debe destacarse que el reconocimiento de estos últimos como sujetos plenos de derechos, apunta en esa dirección.

²⁶ Cfr. Ruth Stanley, "Los niños ante la ley...", *op. cit.*, p. 379.

²⁷ Daniel O'Donnell, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", p. 120.