

Interés superior de niñas, niños y adolescentes. Interpretación adultocéntrica. Caso Oaxaca*

Adán Gamboa-Fernández**

Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila, México

Resumen

El principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes presupone el respeto por todos y cada uno de sus derechos, por lo cual, cualquier restricción a alguno de ellos debe encontrar un amparo constitucional. En tal sentido, las legislaciones internacionales y nacionales han adoptado múltiples edades mínimas para que estos puedan ejercer determinados derechos, lo que presupone una restricción para el ejercicio de los mismos. En este texto se analizará, de manera crítica, una de estas medidas que fue adoptada en el estado de Oaxaca, con la finalidad de conocer si se trata de una medida que respeta o que incide en otros derechos de niñas, niños y adolescentes y, en su caso, si esto se realiza de manera objetiva y razonable.

Palabras clave

Derechos de niñas, niños y adolescentes; igualdad y no discriminación; interés superior; autonomía progresiva; libre desarrollo de la personalidad.

Introducción

Consideraciones previas

Sobre los enfoques de derechos de niñas, niños y adolescentes

En la teoría de los derechos de niñas, niños y adolescentes se reconoce que a lo largo de la historia este grupo vulnerable ha sido considerado y tratado a través de tres grandes enfoques: el indiferenciado, el tutelar y el de derechos (Suprema Corte de Justicia de la

* Información sobre la investigación de la que se deriva el ensayo: esta reflexión fue finalizada el 25 de noviembre 2022. Área de conocimiento: derechos de niñas, niños y adolescentes. Sub-área: igualdad y no discriminación.

** Maestro en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Orcid: 0000-0001-7170-8696. Correo electrónico: adan.gf@hotmail.com

Nación, 2021, p. 8; Unicef & Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 2016, p. 14). El enfoque indiferenciado refiere que anteriormente no existía una distinción entre niñas, niños y adolescentes y adultos, por lo cual, se les daba el mismo trato, por ejemplo, en el área laboral no existía una diferencia entre el trabajo que realizaban, por lo cual, a menudo, niñas, niños y adolescentes realizaban trabajos pesados o peligrosos al igual que los adultos en fábricas, minas y campos (Capote-Fernández, 2013, pp. 57-154).

El enfoque tutelar presupone un reconocimiento de la distinción entre niñas, niños y adolescentes y los adultos. No obstante, a los primeros se les percibe como *adultos inacabados* o *en potencia*, por lo cual se les considera como *objetos de protección* que carecen de *recursos* o *habilidades* y, por ende, los adultos se encargan de decidir *qué les conviene* o *qué es lo mejor para ellos* (Educo, 2021). Con esta perspectiva, se robustece el modelo adultocéntrico que sigue vigente hasta nuestros días en donde se piensa que los adultos pueden ejercer los derechos de niñas, niños y adolescentes por el solo de hecho de ser mayores en edad.

El enfoque de derechos es un modelo reciente que, jurídica y especialmente, se materializa con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en donde se reconoce que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos y no objetos de protección o propiedad de sus progenitores (Unicef, n. d.) Bajo este modelo se considera que las personas adultas tienen que crear las condiciones necesarias para que aquellos puedan ejercer sus derechos.

El artículo 5° de la Convención referida es de suma relevancia para este último modelo, ya que se establece que niñas, niños y adolescentes pueden ir ejerciendo sus derechos conforme la evolución de sus facultades, lo que presupone que los adultos solamente sean un tipo de *punte* entre niñas, niños y adolescentes y el ejercicio de sus derechos y no que aquellos sean los titulares de los derechos de estos —como se pensaba con el enfoque tutelar que, lamentablemente, se reproduce hasta el día de hoy.

Entender estos *enfoques* es trascendental, pues ello sirve como apoyo para dejar atrás viejas prácticas y formas de percibir a niñas, niños y adolescentes a la hora de tomar decisiones que puedan afectar su esfera jurídica y personal, ya sean administrativas, legislativas o judiciales. El conocer la forma en que se tienen que observar los derechos de niñas, niños y adolescentes presupone empoderar a este grupo vulnerable para que, conforme a su desarrollo, puedan ir ejerciendo sus derechos y no necesariamente tener que esperar hasta una edad determinada.

Sobre niñas, niños y adolescentes y las edades mínimas para el ejercicio de derechos

Derivado de la característica *no absoluta* que tienen los derechos humanos, existe la

posibilidad de que estos sean restringidos o se requiera encuadrarse en ciertos supuestos para ejercerlos. Niñas, niños y adolescentes constituyen un grupo vulnerable que, a menudo, encuentran barreras legales para el ejercicio de sus derechos, en virtud de que se piensa que no son los suficientemente maduros para ejercerlos.

Así, se han ido estableciendo edades mínimas para que aquellos ejerzan determinados derechos o libertades, tales como la edad mínima para: el acceso al voto; el acceso al trabajo; poder consentir el tener relaciones sexuales con personas mayores de edad, es decir, para ejercer la libertad sexual; o para adquirir bebidas embriagantes. Cada una de ellas puede ser cuestionable, mientras que para unos se trata de medidas necesarias, para otros podrían resultar desproporcionales, empero, lo cierto —y aunque no estemos en total acuerdo— es que estas medidas han sido adoptadas y están vigentes en diversos países del mundo.

Con la finalidad de exhibir la existencia de medidas que restringen derechos bajo el supuesto amparo de la protección a otros —empero que, bajo la aplicación de un control constitucional resultan arbitrarias—, este texto tiene como finalidad analizar una medida prohibitiva que se estableció en el año 2020 en el estado de Oaxaca, la cual fue dirigida, únicamente, hacia este grupo vulnerable.

Antecedentes

En noviembre del año 2019, se reformó la Ley General de Salud en México a efectos de que los alimentos y bebidas no alcohólicas incluyeran información nutrimental *de fácil comprensión* en las etiquetas o contraetiquetas de los productos preenvasados¹.

Por lo cual, se estableció que debía implementarse un etiquetado frontal de advertencia para aquellos productos que excedieran de los límites máximos de contenido energético, azúcares añadidos, grasas saturadas, sodio, entre otros nutrientes e ingredientes que contemplaran las Normas Oficiales Mexicanas (Noms) vigentes —a saber, en la «Nom-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados- Información comercial y sanitaria» (Nom 51).

Asimismo, el 24 de enero de 2020 se modificó la Nom 51² —y entró en vigor hasta el 1 de octubre de 2020— a efecto de disponer que, como parte de la información nutrimental complementaria de aquellos productos preenvasados, se tendría que plasmar la leyenda *exceso de calorías, azúcares, grasas saturadas, grasas trans y sodio* si es que

¹ Véase artículo 212 de la Ley General de Salud.

² A las reformas de la Ley General de Salud y la Nom 51 se les conoce como la *Ley de etiquetado de alimentos*.

estos rebasaban los ahí establecidos. Por lo cual, se dispuso que aquellos productos que se encontraran en tal supuesto tendrían que contemplar dichas leyendas a través de los siguientes sellos en su etiquetado frontal, según sea el caso, tal como se puede ver en la figura 1:

Figura 1

Etiquetas de productos con alto contenido calórico



Fuente. Imagen tomada del numeral 4.5.3.4.1 de la Nom 51

Desde la experiencia personal, y a efecto de contextualizar este texto, en México, una gran parte de los productos preenvasados de consumo diario —por no decir *casi todos*— que se venden en los supermercados o *tienditas* tienen al menos uno de estos sellos, tales como: la mayonesa, las salsas, quesos, yogurts, bebidas gaseosas, bebidas energéticas, frituras, chocolates, dulces, snacks, tortillas de harina, panes dulces y de caja, solo por mencionar algunos.

La reforma en el estado de Oaxaca

Relevancia de la reforma

El día miércoles 5 de agosto del año 2020 quedó marcado como un día histórico para el Congreso del Estado de Oaxaca, ya que se aprobó y publicó la adición del artículo 20 Bis a la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca. Con dicha reforma se prohibió la distribución, venta, regalo y suministro de bebidas azucaradas y alimentos *envasados* de alto contenido calórico para las personas menores de 18 años de edad, es decir, niñas, niños y adolescentes.

Por lo cual, a partir del 5 de agosto de 2019 —de *iure*—, niñas, niños y adolescentes que se encuentren en Oaxaca solo pueden acceder a aquellos productos por medio de sus *padres, madres o tutores legales*. Dicho de otra forma, y en palabras coloquiales, en Oaxaca, se aprobó una disposición que prohíbe la venta o regalo de *productos chatarra*

—o cualquier producto que, actualmente cuente con un sello de advertencia— a niñas, niños y adolescentes, la cual, aún sigue vigente.

En Oaxaca, dicho proyecto fue aprobado con una votación a favor de 31 de los 42 diputados que constituyen la LXIV legislatura del Congreso local y, con ello, esta se convirtió en la primera entidad del país en implementar tal prohibición argumentando que se buscaba salvaguardar el derecho a la *salud* de niñas, niños y adolescentes.

Desde un día antes de la votación del Congreso, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh, 2020), el representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) en México (Skoog, 2020) y la representante de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (Fao) en México (Pohl, 2020) ya celebraban y respaldaban esta propuesta. Tan importante decisión fue rápidamente difundida, celebrada y criticada por los ciudadanos y distintas autoridades a nivel internacional.

La aprobación de tal restricción contó con el respaldo de 73 organizaciones civiles a nivel nacional y local (Miranda, 2020), además de un sinnúmero de ciudadanos que piensan que lo mejor para la salud de sus hijos e hijas es que sus *madres, padres o tutores legales* decidan cuando pueden consumir tales productos.

Esta reforma fue celebrada por distintos gobiernos estatales que han señalado que pretenden seguir el modelo implementado en el estado de Oaxaca, tal es el caso de Ciudad de México, Chihuahua, Colima, Coahuila, Guerrero, Hidalgo, Nuevo León y Tabasco (Milenio, 2020). Es tanta la relevancia de esta decisión que, incluso, se ha presentado ya un proyecto ante el Congreso de la Nación para que esta prohibición sea establecida a nivel nacional.

Elementos que se tomaron en cuenta para la reforma

Para la aprobación del Dictamen con Proyecto de Decreto por el que Adiciona el Artículo 20 bis A de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca (el Dictamen)³ se consideraron una serie de investigaciones en materia de salud alimentaria que señalaban que las bebidas contienen azúcares añadidos se asocian con un mayor riesgo de aumento de peso y a desarrollar sobrepeso u obesidad, así como diabetes o hipertensión.

Aunado a ello, también se sostuvo, que «en México 6 de cada 10 muertes se atribuyen al consumo de bebidas azucaradas en adultos de meno[s] de 45 años»

³ Disponible en:

https://docs64.congresooaxaca.gob.mx/gaceta/20200805a/52_2.pdf?fbclid=IwAR3ryZE9EDjHCybLSkMg0SBDkr3QkkjHFmyWUcGQrkG6ArBIWZrvXDnglSM

(Comisión Permanente de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2020, p. 14). Y que nuestro país es el primer consumidor de refrescos a nivel mundial con un promedio de 163 litros por persona de manera anual (p. 15).

También se señaló que los *niños* con consumo habitual de bebidas azucaradas tuvieron 2.4 veces más probabilidades de tener sobrepeso al ser comparados con *niños* no consumidores (Comisión Permanente de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2020, p. 16). Además, que, en nuestro país, aproximadamente 1 de cada 4 *niños* de entre 5 y 11 años presentan sobrepeso u obesidad, mientras que 1 de cada 3 adolescentes padecen estas enfermedades (p. 15).

Para el caso del estado de Oaxaca, se expresó que, en datos oficiales de la Secretaría de Salud local, para el año 2012, el 24 % de niñas, niños y adolescentes que residen en zonas urbanas de entre 5 y 11 años, padecían obesidad (Comisión Permanente de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2020, p. 17). Y se concluyó que en la entidad existía un problema multifactorial, «debido a que, en las zonas rurales y marginadas del Estado, se presenta un problema de «desnutrición crónica» (...) y en las zonas urbanas se presenta mayor índice de «sobrepeso y obesidad infantil»» (p. 18) —sin embargo, no se dijo cuál era el porcentaje de sobrepeso y obesidad de niñas, niños y adolescentes de zonas rurales.

Ante esta realidad poco presumible, y con la finalidad de prevenir enfermedades como el sobrepeso, la obesidad, hipertensión y diabetes infantil, el Congreso oaxaqueño decidió adicionar el artículo 20 Bis a la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca a efecto de que estos no pudieran acceder, de manera directa, a productos *envasados* con alto contenido calórico, entendiéndose por aquellos los que excedan los límites máximos de azúcares, grasas saturadas, grasas trans y sodio añadidos.

La reforma a la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca

La adición quedó de la siguiente forma:

«Artículo 20 Bis. Para la eliminación de formas de malnutrición de niñas, niños y adolescentes, se prohíben las siguientes actividades:

- I. La distribución, venta, regalo y suministro a menores de edad, de bebidas azucaradas y *alimentos envasados* de alto contenido calórico en el Estado;
- II. La distribución, venta, regalo y suministro de bebidas azucaradas y *alimentos envasados* de alto contenido calórico en instituciones educativas

públicas y privadas de educación básica y media superior, y
III. La venta, distribución o exhibición de cualquiera de esos productos a través de distribuidores automáticos o máquinas expendedoras en instituciones educativas públicas y privadas de educación básica y media superior.

Las bebidas y alimentos de alto contenido calórico señalados en las fracciones anteriores, serán aquellos que excedan los límites máximos de azúcares, grasas saturadas, grasas trans y sodio añadidos, conforme a la Norma Oficial Mexicana correspondiente.

La aplicación, vigilancia y cumplimiento de esta disposición estará a cargo de la Secretaría de Salud del Estado, quien podrá coordinarse con las autoridades e instancias correspondientes.

Quedan exentas de estas prohibiciones madres, padres o tutores legales, quedando bajo su responsabilidad el consumo de estos productos por los menores de edad.

La infracción a lo establecido en el presente artículo será sancionado en términos de la presente Ley, y en lo no previsto, conforme a la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado de Oaxaca.

Los propietarios o encargados de los establecimientos en donde se vendan o suministren bebidas azucaradas y alimentos envasados de alto contenido calórico, en ningún caso y de ninguna forma los venderán o suministrarán a menores de edad, ya que de hacerlo, se harán acreedores a las sanciones administrativas previstas en la presente Ley, y en lo no previsto, conforme a la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado de Oaxaca» —negritas añadidas.

De esta disposición se pueden advertir los siguientes puntos:

- a) Se prohíbe la distribución, venta, regalo y suministro de bebidas y alimentos *envasados de alto contenido calórico* a niñas, niños y adolescentes.
- b) Las madres, padre o *tutores legales* son los únicos que pueden suministrar este tipo de productos a niñas, niños y adolescentes.
- c) Las personas que incumplan con esta disposición pueden ser sancionadas con

una multa económica o con clausura de su establecimiento⁴.

Cuestionamientos sobre la reforma

Del objeto de estudio

Ante la importancia y trascendencia de esta medida que prohíbe que niñas, niños y adolescentes puedan acceder de manera directa a los productos referidos, y que pretende propagarse en el país, surge la imperiosa necesidad de conocer si esta restricción constituye una protección a sus derechos o si, por el contrario, se trata de una medida restrictiva de que no encuentra una protección constitucional.

Para tal efecto, se analizará la constitucionalidad de esta a través de un *test* de proporcionalidad de nivel estricto, a efecto de determinar si la misma es objetiva y razonable. Cabe mencionar que lo único que se analizará a continuación será si medida prohibitiva contemplada en la reforma es objetiva y razonable, sin embargo, la misma presenta diversos puntos cuestionables que podrán ser desarrolladas en algunos otros textos, por ejemplo:

- a) Se prohíbe la enajenación de productos *envasados* con alto contenido calórico, cuando en realidad se debió haber referido a productos *preenvasados*, los cuales son totalmente distintos.
- b) La poca practicidad de designar a un tutor legal para que niñas, niños y adolescentes puedan acceder a los productos prohibidos.
- c) La segregación de niñas, niños y adolescentes en situación de orfandad o que por alguna razón viven solos.

Test de igualdad y no discriminación

Partiendo de la premisa de que los derechos no son absolutos, existe la posibilidad de restringirlos siempre que exista una medida que sea objetiva y razonable. Para tal efecto, el *test* de proporcionalidad se ha desarrollado como una herramienta de control constitucional que permite evaluar la constitucionalidad de una medida cuando esta supone una intervención en los derechos. Por lo cual, se acudirá a este método que la justicia internacional y nacional han desarrollado, a efecto de determinar si la medida que

⁴ Véase artículo 130 de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca.

en este texto se estudia encuentra un amparo constitucional.

Incidencia prima facie

Antes de aplicar *test* de proporcionalidad, primeramente, se tiene que conocer si la medida prohibitiva incide *prima facie* en algún derecho (Bernal-Pulido, 2002, p. 69), si el resultado es negativo, se tendrá que determinar que la medida es constitucional, no obstante, en caso de que el resultado sea positivo, se tendrá que aplicar el examen de constitucionalidad a efecto de conocer si esta objetiva y razonable. En el caso en concreto, se estima que tal medida sí incide en el derecho a la igualdad y no discriminación.

Ambos derechos constituyen normas elevada al rango de *ius cogens*, la igualdad es «un derecho humano [que se puede entender] como la capacidad de toda persona para disfrutar de sus derechos, así como para contraer obligaciones con las limitaciones y excepciones que la ley señale concretamente y que se justifiquen con plenitud» (Kurczyn-Villalobos, 2002, p. 177).

Este derecho debe de garantizarse desde dos ámbitos, el formal y material. El primero implica una paridad de trato ante la ley y el derecho, es decir, de carácter legislativo; mientras que el segundo requiere considerar las situaciones fácticas en que se encuentra una persona para poder garantizar una protección más efectiva o, bien, no excluirla del ejercicio de sus derechos a causa de alguna diferencia humana (Pardo-Rebolledo & Estrada-Marún, 2017, p. 37).

Mientras que, a la discriminación, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 18 la entiende como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos [...] y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas».

Es decir, estos derechos o principios se encuentran enfocados a evitar situaciones de beneficios o perjuicios injustificados, los cuales constituyen mandatos normativos que se encuentran contemplados en diversos tratados internacionales⁵. Incluso, el propio Estado mexicano ha contemplado en su artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la prohibición de toda distinción de trato basada en alguna categoría sospechosa, dentro de las cuales se incluye la edad.

Asimismo, Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en

⁵ Tales como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

condición de Vulnerabilidad reconocen a la edad como una categoría que dificulta la garantía de los derechos, en donde se encuentran incluidos dos grandes grupos: los adultos y niñas, niños y adolescentes.

Por ende, al establecer una medida prohibitiva que está enfocada únicamente a limitar el ejercicio de los derechos de un grupo vulnerable, es viable afirmar que esta incide *prima facie* en el derecho de igualdad y no discriminación. En virtud de que esta se establece en contra de un grupo vulnerable por la sola calidad de ser niñas, niños y adolescentes.

Del nivel de escrutinio

Existe una clasificación respecto a los niveles de escrutinio del *test* de proporcionalidad que los diversos tribunales regionales en materia de derechos humanos y constitucionales a nivel nacional han desarrollado: leve, intermedio y estricto. Por lo cual, cuando una restricción se basa en una categoría sospechosa o afecta a un grupo vulnerable en específico e incide *prima facie* en el derecho a la igualdad y no discriminación, se tiene que adoptar un nivel estricto para evaluar su constitucionalidad (Vázquez, 2018, p. 79).

En algunos casos, la Constitución otorga al legislador un margen de discrecionalidad más amplio para desarrollar su actuar legislativo, no obstante, en otras es más limitado. Lo cual, supone que el control judicial sea inversamente proporcional al margen de discrecionalidad de los congresistas (Vázquez, 2018, p. 92). Esto quiere decir que a medida que el legislador tenga una libertad configurativa más amplia, el escrutinio será más ligero, no obstante, en los supuestos en que la Constitución limite esta facultad, el examen será más estricto (Bernal-Pulido, 2002, p. 68)⁶.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el nivel de escrutinio que se tiene que seguir al examinar una norma que restrinja derechos basado en una categoría sospechosa será siempre estricto, ya que está prohibido que el legislador, en el uso de sus funciones, incurra cualquier tipo de discriminación, en virtud de que aquellas distinciones se encuentran basadas en una presunción de inconstitucionalidad; por lo cual, el legislador solo podrá emplear tal distinciones cuando exista una justificación robusta para ello⁷.

En el caso en concreto, al existir un mandato que prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra los derechos derivados de una condición de edad en el

⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-93/01*, 2001, párr. 14.

⁷ Véase Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175; Tesis 1a./J. 66/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1462.

artículo 1 de la Constitución Federal, se entiende que este mismo instrumento normativo ha limitado previamente la libertad de actuación de los legisladores mexicanos. Por lo cual, para evaluar una norma que incide *prima facie* en la igualdad y no discriminación, se tendrá que aplicar un *test* de proporcionalidad de *nivel estricto*.

En realidad, la metodología del *test* de proporcionalidad de nivel estricto sigue el mismo que el modelo alemán y el propuesto por Robert Alexy, el examen a los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2008, p. 15; Cárdenas-García, 2014, p. 66), con la única diferencia que el nivel con el que se evalúa cada uno de estos es más riguroso.

Objetivo o fin legítimo

Antes de comenzar con el estudio de los subprincipios, es necesario precisar si la medida prohibitiva tiene una finalidad que encuentre una protección constitucional, ya que no es viable afectar derechos humanos con tal de obtener un fin que no es constitucionalmente protegido.

En el caso concreto, sí existe una finalidad legítima, en virtud de que, en el proyecto de reforma, los legisladores oaxaqueños justifican su restricción debido a que intentan proteger el derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes a partir de la prohibición de enajenación de ciertos productos *envasados*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, ha señalado que el derecho a la salud entraña un conjunto de libertades y derechos, por ejemplo: derecho de controlar la salud y el cuerpo; el derecho a no padecer injerencias —no ser sometido a tratamientos y experimentos sin consentimiento— y; el derecho a tener un sistema de protección de la salud que permita a las personas poder disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Este derecho se encuentra reconocido en múltiples tratados internacionales y, por su parte, la Constitución mexicana lo contempla en el artículo 4. Es importante mencionar que, así como todos los derechos encuentran una interrelación directa con otros más, el derecho a la salud no es la excepción, ya que se encuentra relacionado con el derecho al agua, a la *alimentación*, al medio ambiente sano, condiciones sanas de trabajo y evidentemente, a la vida.

De tal forma que, la reforma aprobada en el estado de Oaxaca encuentra un amparo en el derecho a la salud al referirse que se pretende disminuir los índices de obesidad, hipertensión y diabetes infantil por medio del mejoramiento alimenticio que la prohibición de la adquisición de ciertos productos preenvasados puede ocasionar.

Por lo cual, es viable proceder con el estudio de los subprincipios del *test*, a efecto de

determinar si la medida restrictiva que se aplica para proteger el fin legítimo –la salud– es objetiva y razonable.

Idoneidad o utilidad

Para el análisis de nivel estricto de este subprincipio, se requiere determinar que la medida prohibitiva se encuentre totalmente encaminada a conseguir la finalidad legítima. Esto implica que la medida prohibitiva sea realmente útil para proteger el objetivo constitucional (Vázquez, 2018, p. 93). Es decir, en el nivel estricto de proporcionalidad, no basta con que la medida prohibitiva esté potencialmente conectada con los objetivos —como en el caso del nivel leve o en el intermedio.

En tal sentido, en el proyecto de la reforma, el Congreso del Estado de Oaxaca refirió una serie de estudios en donde se ha asociado el consumo de bebidas que contienen azúcares añadidos con un mayor riesgo de aumento de peso, lo que eventualmente se traduce en sobrepeso y obesidad. Asimismo, se señala que se ha identificado al consumo de bebidas azucaradas como un factor de riesgo para la *diabetes mellitus tipo 2*, así como la *hipertensión arterial*.

Además, se mencionó que en México 6 de cada 10 muertes se atribuyen al consumo de bebidas azucaradas en adultos menores de 45 años de edad. También quedó precisado que 1 de cada 4 niñas y niños de entre 5 y 11 años padecen sobrepeso u obesidad, mientras que, en el caso de los adolescentes, el número se eleva, ya que 1 de cada 3 presenta estas enfermedades. Situación que coloca a México en el segundo lugar a nivel mundial con obesidad en adultos.

También se dejó claro que una dieta deficiente pone en riesgo a niñas, niños y adolescentes de desarrollar enfermedades que antes solo se veían en adultos como malestares cardio y cerebro vasculares, aumento de triglicéridos y colesterol, además de las antes mencionadas. En general, se presentaron una serie de estudios que correlacionan estas enfermedades con el consumo de bebidas azucaradas y alimentos *envasados* de alto contenido calórico.

Derivado de la naturaleza de este texto, no pretendo abundar más sobre estudios que puedan fortalecer o cuestionar la postura del Congreso de Oaxaca. Por lo cual, me apegaré a los ahí proporcionados.

En virtud de ello, se puede afirmar que efectivamente, el consumo de tales productos en determinadas cantidades puede ser uno de los múltiples factores que lleguen a afectar a la salud de las personas. Esto significa que al limitar el alcance de estos se puede proteger el fin legítimo protegido a rango convencional y constitución. Por lo cual, se

afirma que esta medida es idónea.

Necesidad

El examen de este subprincipio implica demostrar la existencia de otras medidas con la misma finalidad y que intervengan en menor medida en los derechos de las personas. Esto no significa que se tenga que hacer un listado de aquellas medidas, sino solamente de identificarlas y, en caso de no hacerlo, se tendrá que concluir que la medida prohibitiva es necesaria.

Para determinar que una medida es la menos invasiva para conseguir el objetivo legítimo, primeramente, se tiene que acreditar que por medio de ella se materializa el resultado. Y, para que esto suceda, el acto que se restringe necesariamente tiene que afectar al bien jurídico protegido, lo cual no acontece en el caso en concreto, ya que el consumo de productos *preevasados*, *per se*, no ocasiona las enfermedades que se indicaron.

Es decir, los mismos estudios que el Congreso de Oaxaca presentó para justificar la prohibición, señalan que las personas que consumen de manera habitual tales productos se relacionan con el número de aquellas que padecen tales enfermedades. No obstante, no se demuestra que el consumo esporádico de tales productos causa una afectación de tal magnitud.

En tal sentido, no se puede prohibir la adquisición de determinados productos solo por el hecho de que su consumo en exceso resulta en un detrimento a la salud, ya que esto podría llegarse al extremo de prohibir sustancias como el tabaco, alcohol, la cafeína y no solo para niñas, niños y adolescentes, sino para todas las personas. Lo cual, conllevaría al Estado a actuar como un ente paternalista que imponga conductas *modelo* para el comportamiento de las personas, situación que iría en contra del libre desarrollo de la personalidad.

Por lo cual, si el estado de Oaxaca pretende salvaguardar la salud de niñas, niños y adolescentes por medio de la mejora a su alimentación se pueden adoptar otras medidas menos lesivas. En este sentido, la Unicef ha determinado que para contrarrestar aquellas enfermedades se deben de tener en cuenta aspectos en materia de salud, agua, educación y protección social (Aguayo & Ralston, 2020).

Aquella organización sostiene que para mejorar la alimentación de niñas, niños y adolescentes se necesita que los Estados: intervengan a efecto de que las familias puedan acceder a una dieta nutricional y asequible; que diseñen e implementen campañas de comunicación para cambios de comportamiento en las distintas etapas de la vida; así como contar con lineamientos y normas sobre alimentación e hidratación saludables en

los Centros de Atención (Unicef, 2020).

Por lo cual, se estima que sí existen medidas que persiguen el mismo objetivo sin que esto implique, necesariamente, una restricción a los derechos, en especial a los de un colectivo que históricamente ha sido vulnerado y que ha visto una dificultad para el ejercicio de sus derechos.

Es cierto que la protección de los bienes jurídicos de niñas, niños y adolescentes es un deber del Estado, sin embargo, no es válido imponer medidas prohibitivas absolutas que se justifiquen con tal objetivo si no todos los actos que encuadren en ella causan una afectación. Por lo tanto, se estima que esta medida no es necesaria, en virtud de que la medida prohibitiva incide en los derechos aun en los casos en que no se afecta el objeto constitucionalmente válido, y, además, existen otras formas de garantizar el derecho a la salud por medio de la alimentación en niñas, niños y adolescentes, los cuales no afectan a sus derechos.

Proporcionalidad en sentido estricto

Debido a que esta medida no pasó el escrutinio del subprincipio de *necesidad* no es necesario que se estudie la *proporcionalidad en sentido estricto*, en virtud de que la restricción ya no puede ser considerada como constitucional. No obstante, desarrollaré brevemente este apartado a efecto de exhibir el exceso en la medida prohibitiva.

En este último grado del escrutinio se analizarán si los beneficios de adoptar la medida prohibitiva superan las restricciones impuestas, es decir, si existe un desequilibrio entre la intensa afectación a los derechos de niñas, niños y adolescentes frente al grado en que se satisfacen los fines perseguidos a partir de la medida prohibitiva.

Tal como se ha analizado, la medida incide en el derecho de igualdad y no discriminación por ser una medida discriminatoria, no obstante, también afecta a la autonomía progresiva, al libre desarrollo de la personalidad y al interés superior de niñas, niños y adolescentes.

En cuanto a la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, esta medida prohibitiva constituye un retroceso en el reconocimiento de tan importante principio, pues regresa a un modelo en que los padres y madres son los encargados del ejercicio de los derechos y los desvaloriza por considerarlos no capaces de razonar como un adulto.

En este sentido, la misma propuesta legislativa afirma que «debido a su corta edad [niñas, niños y adolescentes] no dimensionan el grado de daño que les provoca a su salud el consumir productos con alto contenido de azúcar y alimentos envasados de alto contenido calórico» (Comisión Permanente de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2020, p. 18). Lo cual refleja su carácter adultocentrista en donde se estima que una niña,

niños o adolescente es incapaz de discernir entre lo bueno y lo malo por el simple hecho de ser niña, niño o adolescente y que, al contar con la mayoría de edad, automáticamente va a contar con tales atributos.

Esto, sin duda, implica regresar al enfoque tutelar en donde a aquellos se les observa como objetos protección que hay que *cuidar* y se piensa que los adultos son los encargados de decidir qué es lo mejor para ellos. Con ello se deja atrás el enfoque de derechos que promueve la propia Convención sobre los Derechos del Niño y cuya finalidad es el respeto y garantía de todos y cada uno de los derechos de este grupo vulnerable.

Además, se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad en contra de niñas, niños y adolescentes, en virtud de que se limita el ejercicio de este derecho al no permitirles tomar sus propias decisiones de vida e ir forjando su propio criterio por el simple hecho de no contar con la mayoría de edad. Y, en lugar de eso, se intentan imponer conductas *modelo*, situación que vincula la vulneración de este derecho con el de la autonomía progresiva.

Es importante reconocer que, a través del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce el principio de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, lo cual significa que ellos pueden ir ejerciendo sus derechos conforme su grado de desarrollo y madurez. Este principio tan importante rompe el paradigma adultocéntrico que piensa que las personas adquieren, *mágicamente*, una serie de aptitudes al cumplir la mayoría de edad, lo cual les permite ejercer sus derechos libremente. Por lo cual, con dicho principio se reconoce que los derechos se pueden ir ejerciendo gradualmente y que los progenitores o tutores deben auxiliar a que aquellos ejerzan sus derechos.

Es evidente que una niña, niño o adolescente de 13 años de edad, por ejemplo, puede entender claramente el perjuicio que ocasiona —no solo a él, sino a todas las personas— el consumir alguno de los *productos prohibidos* en exceso y, asimismo, está en todo el derecho de decidir si quiere consumirlo o no, ya que tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad. Es decir, en el caso en concreto, ambos derechos van de la mano completamente: niñas, niños y adolescentes pueden decidir si quieren consumir estos productos —en virtud del libre desarrollo de la personalidad— y este debe de ser respetado —en virtud del ejercicio de su autonomía progresiva⁸.

Esta reforma también impacta en el interés superior de niñas, niños y adolescentes, en virtud de que el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General núm. 14 ha

⁸ Esto no quiere decir que se deba venderles alcohol, tabaco o marihuana a niñas, niños y adolescentes, por ejemplo, ya que aquellos productos cuentan con estudios científicos que respaldan que su consumo en personas menores de 18 años de edad provoca un daño mayor en el organismo.

determinado que el objetivo de este derecho y principio es «garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención». Y «que [l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención».

Por lo tanto, los adultos no pueden sacrificar los derechos de niñas, niños y adolescentes justificándose en el interés superior, ya que el propio interés superior presupone el respeto de todos y cada uno de los derechos mismos. Por lo cual, si se intenta restringir alguno de estos derechos, las medidas tienen que ser objetivas y razonables, lo cual, no acontece en el caso en particular y, por ende, se vulnera la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

No se deja claro cuáles son los beneficios que se consiguen al prohibir que niñas, niños y adolescentes puedan conseguir los productos prohibidos de manera directa, ya que, como se dijo anteriormente, la afectación que estos causan es por situaciones específicas y no por el solo hecho de consumirlos esporádicamente. Además, como se señaló en el apartado anterior, una mejora alimenticia de niñas, niños y adolescentes, no se va a conseguir con el solo hecho de prohibirle el acceso a tales productos.

En tal sentido, esta medida no es proporcional porque los beneficios que se pretenden conseguir no justifican la intervención excesiva a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Conclusión del análisis constitucional

Por los argumentos vertidos, se estima que la medida adoptada por el Congreso del estado de Oaxaca no encuentra un amparo constitucional y, por ende, es discriminatoria en virtud de que: limita derechos a un grupo vulnerable; existen otras medidas que ayudan a conseguir el fin perseguido; prohíbe el que niñas, niños y adolescentes accedan por ellos mismos a los productos prohibidos aun en casos en que estos no los afecten; perpetúa una postura adultocéntrica que vulnera la autonomía progresiva; restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad y; en suma, trasgrede el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Conclusión

En general, el actuar legislativo es una tarea difícil, en especial, cuando se trata de restringir derechos, empero, particularmente, cuando esta restricción limita los derechos de un grupo vulnerable en específico. A pesar de que la intención legislativa sea

salvaguardar un derecho de niñas, niños y adolescentes, no se puede omitir la existencia de otros y tampoco establecer una jerarquía en los mismos.

Puede que la sociedad y los propios legisladores hayan recibido con beneplácito esta reforma, no obstante, se debe de tener presente que, —como reitera el doctor Luigi Ferrajoli en sus conferencias— una legislación es democrática no porque sea aceptada por todas y todos, sino porque concede derechos para todas y todos —en donde, claramente, se incluyen niñas, niños y adolescentes.

Todos los adultos debemos de entender que niñas, niños y adolescentes no son de nuestra propiedad y que no podemos decidir por ellos por el simple hecho de que no cuentan con una edad mínima. El enfoque tutelar para concebir a niñas, niños y adolescentes aún sigue vigente en nuestra sociedad, sin embargo, no se puede permitir que estos paradigmas se sigan reproduciendo en nuestras legislaciones, pues, claramente, estas se deben de regir por un enfoque de derechos en el cual permitan que aquellos vayan ejerciéndolos de manera gradual.

Por lo tanto, por muy buena que parezca esta reforma y por muy bien recibida que haya sido, el control de convencionalidad no puede ser ajeno a ella y omitir que existen trasgresiones a los derechos de grupos vulnerables aun cuando la justificación sea la salvaguarda de sus propios derechos.

Por ende, concierne no solo a los juristas, sino también a los representantes sociales que son elegidos en los parlamentos, el estudio de los derechos humanos y de las técnicas de aplicación de estos. La interpretación conforme; el control de convencionalidad y constitucionalidad; el principio *pro persona* y; el interés superior de niñas, niños y adolescentes, son elementos que, imperiosamente, deben de regir en las leyes de un Estado democrático, como el mexicano.

Referencias

- Acnudh. (2020). *ONU-DH saluda la propuesta de adición a la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Oaxaca*. Acnudh. <https://twitter.com/ONUDHmexico/status/1290787824510279680>
- Aguayo, V., & Ralston, J. (2020). *Medidas contra la obesidad infantil en tiempos de Covid-19*. Unicef. <https://www.unicef.org/mexico/historias/medidas-contrala-obesidad-infantil-en-tiempos-de-covid-19>
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal-Pulido, C. (2002). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte*

Constitucional Colombiana. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/16175>

Capote-Fernández, M. (2013). *Trabajo y comunidad en el neolítico antiguo: los útiles de percusión de la mina de sílex de casa montero (Madrid)*. Universidad Complutense de Madrid.

Cárdenas-García, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 139, 65-100.

Educo. (2021). «Haz lo que te digo, no me interesa tu opinión» y otras frases que deberíamos dejar de utilizar con los niños y niñas. Educo.

<https://www.educo.org/blog/infancia-y-adultocentrismo>

Kurczyn-Villalobos, P. (2002). *El trabajador frente al genoma humano*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Milenio. (2020). *¿Qué Estados van contra la venta de comida chatarra a niños?* Milenio.

Miranda, F. (2020). *ONU, Unicef y Gatell respaldan dictamen para prohibir venta de alimentos chatarra a niños en Oaxaca*. El Universal.

Pardo-Rebolledo, J. M., & Estrada-Marún, J. A. (2017). Reflexiones en torno al principio de igualdad material y no discriminación: la perspectiva de género. *Anuario de Derechos Humanos Del Instituto de La Judicatura Federal*, 1, 31-48.

Pohl, L. (2020). *Ante cifras de malnutrición infantil en MX, reconocemos la labor del @CongresoOaxLXIV que hoy discutirá.*

https://twitter.com/FaoPohl/status/1291041546603835398?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1291041546603835398%7Ctwgr%5E8ac2fb05664b79b486f32172eb68c946519db65f%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.forbes.com.mx%2Fpolitica-congreso-oaxaca-prohibe-venta-alimentos-chatarra-ninos%2F

Rodríguez, A. (2020). *El 15 % de alimentos y bebidas procesadas no tendrán el nuevo etiquetado, ¿por qué?* El Financiero.

Skoog, C. (2020). *En @UNICEFMexico celebramos la propuesta de adición a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Oaxaca.*

<https://twitter.com/ChristianUNICEF/status/1290716035058991104>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Infancia y Adolescencia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Unicef. (n.d.) *Los derechos del niño y por qué son importantes*. Unicef.

<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/por-que-son-importantes>

Unicef. (2020). *Urgen políticas para reducir mala nutrición en niños y adolescentes en*

México. Unicef. <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/urgente-politicas-para-reducir-mala-nutricion-en-ninos-y-adolescentes-en-mexico>

Unicef, & Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. (2016). *Guía práctica para la protección y restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes*. Unicef.

Vázquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos : instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad Nacional Autónoma de México.