

El interés superior del niño y las teorías de intervención Estatal



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Luz Teresa Vergara Perezcastro
Tesina para obtener la titularidad de la Especialidad en
Derechos Humanos
Director de Tesina, Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Nath; gracias por haber sido la guía para que hoy me dedique a algo que me llena día con día de satisfacción.

Emilio; no tengo palabras para agradecerte el apoyo y ejemplo que has sido en este proyecto. Gracias por ser un gran Maestro.

San; porque una vez más, sin tu apoyo, no hubiera podido llegar hasta aquí...Gracias!!!

Mamá; Gracias por haberme apoyado una vez más en uno de mis caprichos.

Ara y Rous; han sido y son un ejemplo de disciplina y entrega, gracias por el apoyo que me dieron durante la especialidad y la elaboración de la tesina.

Papá; gracias porque sólo tu me enseñaste que los retos se pueden lograr si luchas por lo que de verdad importa.

Eduardo; porque junto con mi mamá, has apoyado cada uno de los proyectos que he emprendido, gracias por tu cariño sincero.

Vecina y Jorge; sin su ayuda, nunca hubiera podido empezar la tesina, muchas gracias por la paciencia.

Rosilu, Rash, Sue, Den y Jose; gracias por siempre creer en mi.

Re; sabes que eres la razón por la que siempre hago las cosas, mi mejor cómplice y apoyo.

INDICE

Introducción	1 - 5
Concepto de Niño	6 - 11
Internacional	6 - 8
Nacional	9 - 11
El por qué se una especial protección a la infancia	12 -18
Marco Jurídico de protección	19 - 35
Internacional	19 - 27
Nacional	27 - 35
Interés superior del Niño	36 - 42
Conceptos jurídicos indeterminados	43 - 46
Análisis al concepto del Interés Superior	47 - 54
Teorías de la Intervención Estatal	55 - 72
Paternalismo en los niños	73 - 75
Conclusiones y propuestas	76 - 83
Referencias	84 - 87

INTRODUCCIÓN

Hasta hace muy poco tiempo, se comenzó a reconocer a la infancia¹ como sujeto de derechos que evidentemente por su condición de menores de edad, requieren de una protección especial, no solo ya por parte de sus padres o familiares, sino también del propio Estado.

Existe una urgente necesidad de aplicar la justicia de forma expedita, apegada a derecho y contemplada en una legislación actualizada, capaz de dar respuesta inmediata a los grandes cambios y necesidades que experimenta la sociedad actual.

Como integrantes de la sociedad civil Mexicana tenemos que actuar ¡YA!. Debemos desatar procesos que activen los cambios en nuestra legislación y en la estructura de los órganos gubernamentales responsables de la aplicación de la justicia y del cuidado de los derechos de la niñez Mexicana, debemos convocar a todas las partes a trabajar de forma conjunta y no sectorial, tal como se ha venido haciendo, tenemos que provocar que los actores en la materia trabajen en un mismo sentido, creando los vínculos y sinergias necesarias para obtener resultados o cambios de fondo y no sectoriales como hasta hoy, que no ayudan en nada a los niños².

Es por esto, que a pesar de que el tema de trabajo de la presente tesina nada tiene que ver con lo que uno u otro país legislan al respecto, pretendo abordar el marco jurídico no solo a nivel internacional, sino también el mexicano, ya que somos la propia sociedad quienes debemos preocuparnos por brindar a quienes más desprotegidos están, en este caso las niñas y los niños, los medios

¹ Según la Real Academia Española de la lengua, infancia es; Período de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad, vigésima primera edición, 1992, tomo II, p. 1179. Se utilizará el concepto niñas y niños de forma genérica para hacer referencia a las personas menores de edad, y sólo cuando el caso lo amerite, se hará la diferencia con los adolescentes.

² http://www.custodiaresponsable.org.mx/P_juridico.html

para hacer valer sus derechos. Como mexicana quiero aportar al tema de la infancia algo que más que un trabajo de titulación que sirva como marco de referencia del cual partir en la lucha por los derechos humanos de la infancia y adolescencia.

De acuerdo con el II Censo de Población y Vivienda 2005, en el país residen alrededor de 31 650 104 habitantes de 0 a 14 años de edad (niños).

En términos absolutos, las entidades con mayor número de niños (0 a 14 años) son: México con 4.1 millones; Veracruz de Ignacio de la Llave, 2.2; Jalisco con 2.1 y Distrito Federal, con 2.0 millones. Por su parte, los estados con el menor número son Baja California Sur, 146 mil; Colima, 163 mil y Campeche con 236 mil³.

Así mismo en información más reciente en datos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se tiene conocimiento de que la población infantil en la capital asciende al 30% de la población.⁴

A pesar de las cifras tan altas de la población infantil, la protección de los derechos de los niños en nuestro país es muy reciente, fue apenas en el año 2000 que se adoptaron dos leyes en esta materia, una federal y otra local. Asimismo, se hicieron diversas modificaciones en pro de la protección del *interés superior del niño* publicadas en el Diario Oficial de la Federación en 2004 al Código Civil y Penal.

Existen diferentes fuentes de Derecho (instrumentos internacionales, leyes, jurisprudencia, doctrina) que protegen los derechos de los niños y niñas, y que pretenden garantizarlos, no obstante que la Convención sobre los Derechos del Niño es la más ratificada a nivel mundial se siguen presentando graves problemas.

³ Consultada el 17 de mayo de 2008 <http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2007/ni%C3%B1o07.pdf>

⁴ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "Arcoíris por los derechos de los niños y las niñas", *DFensor*, México, D.F., Milenio, agosto 2005, Número 8, p. 31.

La Convención no brinda efectivamente de certidumbre respecto a cómo se debe velar por los derechos que en ella se contemplan, específicamente el *interés superior del niño*; Si bien es cierto, contempla mecanismos de supervisión y crea el Comité de los Derechos del Niño, también es una realidad que dota a quienes deben aplicar y velar por el respeto y garantía de los derechos humanos de un poder subjetivo que puede vulnerar los derechos de la infancia al no definir qué se entiende por este concepto.

Los países en América Latina, han incorporado en los últimos 20 años la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que nos lleva a pensar que las sociedades cada día están más preocupadas por la protección de estos derechos.

Existen instrumentos jurídicos que declaran a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, además de reconocer el *interés superior del niño* y de otorgar una protección especial a la población infantil.

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de nuestro país, constituye la piedra angular en la construcción de las políticas públicas, las reformas institucionales y las legislaciones respectivas en el tema.

La inclusión de México, en este escenario, complementa y potencia los avances que en idéntica materia se han logrado en el plano regional a través de convenciones pactos y resoluciones.

La adopción de medidas especiales para la protección de los menores de edad, corresponde tanto al Estado, en su deber de proporcionar los medios que garanticen la vigencia y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en todos sus ámbitos, como a la sociedad civil y a las organizaciones públicas y privadas que han adquirido el compromiso de velar por la protección de estos derechos.

Es importante abordar el tema del interés superior de niño, ya que día a día se habla más y más acerca de éste concepto, se plasma en las resoluciones y debates que constriñen a la infancia en todos y cada uno de los sectores tanto en el plano nacional como en el internacional, sin embargo, ¿quién determina cuál es este interés superior?, ¿cómo se debe alcanzar?, ¿cuáles son sus alcances? y

concretamente ¿qué es en realidad el “*interés superior del niño*” o “interés superior del menor”? Se debe redefinir el concepto toda vez que como se verá en este trabajo, es distinto señalar que se proteja al “niño” a que se proteja al “menor de edad”, ya que el niño es contenido de ese concepto, sin embargo, si señalamos que solo se proteja el *interés superior del niño*, quedan fuera de éste universo, los adolescentes y hoy en observancia estricta a la perspectiva de género, también se deja de lado a las niñas.

Es un hecho que hoy por hoy se busca proteger los derechos fundamentales de la persona ya no solo frente al poder público, sino también en los ámbitos privados, como son la familia y la vida cotidiana, como ejemplo de esto es que cada vez es más frecuente hablar de aspectos indemnizatorios como reparación del daño causado a otra persona, cuestión que va más allá de la simple sanción por un actuar contrario a la ley sino que busca resarcir a las víctimas. Esta filosofía fundamenta la búsqueda de diversas estrategias para amparar los derechos personales en las relaciones familiares y sociales. En este sentido tal como establece Mosser Iturraspe, “existe una revalorización de la persona humana, de su integridad física y espiritual”⁵.

El presente trabajo, pretende evidenciar como hasta ahora la protección por los derechos del niño no ha sido estudiada con gran profundidad, y como a través de una simple fórmula, el *interés superior*, se ha buscado dotar de poder a los adultos para tomar las decisiones que se creé, son las mejores para los menores de edad, sin que el concepto de interés superior haya sido efectivamente visto en toda su dimensión con las consecuencias de su aplicación.

El objetivo de mi trabajo es dotar a la idea de protección de la infancia, por medio del interés superior, de objetividad y adaptación a cada una de las etapas que se presentan durante la minoría de edad, observando las características propias de la persona.

⁵ Gherzi, Carlos A., *Los nuevos daños; soluciones modernas de reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 439.

Considero importante abordar el tema del interés superior toda vez, que como ya mencioné, hoy en día es un concepto ampliamente usado para brindar protección a la infancia, que en términos de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, son todos los menores de dieciocho años, sin que en ningún ordenamiento o convenio se establezca como debe velarse por este interés.

En principio, se debe abordar el concepto de niño, ya que es a partir de esta consideración que se inicia la crítica al concepto de “interés superior”, analizando a aquel, desde la óptica de la doctrina y de la normatividad, tanto nacional como internacional, con el objetivo claro, de justificar que se otorgue una especial protección a los derechos de las personas menores de edad, de acuerdo a la evolución propia de cada niña, niño y / o adolescente.

CONCEPTO DE NIÑO

Primero que nada es importante definir lo que se entiende por niño, ya que será a partir de aquí, que el tema del interés superior tomará su rumbo en el presente trabajo. Se debe diferenciar dentro del propio grupo de los menores de edad el grado de capacidad que a diferentes edades se puede tener. Es por esto que en el presente capítulo se pretende explicar, sin ahondar más allá de lo estrictamente necesario las diferencias que presenta un niño y un adolescente ya que esto sería tema de un estudio mucho más complejo y profundo, donde habría que atender a cuestiones de psicología, pedagogía y biología entre otras.

Debemos tener en cuenta que los niños, justamente por su calidad de seres en pleno desarrollo durante sus primeros años de vida, no son capaces de determinar y hacer valer sus necesidades más esenciales, es por esto, que necesitan de una protección diferenciada de la de los adultos. Para ello se debe identificar sus capacidades y atributos auténticos de los construidos socialmente.

El concepto de niño, según la opinión de diversos especialistas en el tema, no surge tal como lo entendemos actualmente sino hasta el siglo XVI en que se comienza a redefinir a la infancia atendiendo a las características fisiológicas propias de esta etapa diferenciándolos de los adultos.

Hoy día contamos con un marco más o menos homogéneo en cuanto a quienes son considerados como niños, sin embargo, existen divergencias en cuanto a desde cuándo se les debe considerar de esta forma y hasta qué momento se les considera niños, así como a partir de cuándo son adolescentes, lo que se desprende del siguiente análisis.

a. Internacional

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, habla de éstos sin dar ninguna definición en torno a lo que se debe entender por éste término.

La Convención sobre los Derechos del Niño, señala que; *niño es 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*¹. Ejemplo de esto en el caso de México, sería que el niño se emancipara² en términos del artículo 443 del Código Civil Federal.

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para los efectos de las políticas adecuadas en torno al trabajo infantil, hace una clara distinción entre niño y niña y adolescente, ya que cada etapa del crecimiento y desarrollo del individuo, encierra circunstancias particulares. Establece que se considera como niños a los menores de 14 años de edad, que es el límite inferior establecido para la admisión al empleo por la mayoría de los países latinoamericanos y además la edad en que cesa la obligación escolar, y considera como adolescentes a los que hayan cumplido 14 años, pero que sean menores de 18.

En el ámbito regional, encontramos a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias³ que en su artículo 2, establece que niño es todo aquel menor de 18 años, sin hacer diferencia entre niños y adolescentes.

La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores establece que los menores edad, son aquellas personas menores de dieciséis años⁴.

¹ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 1, 1989.

² Proviene del latín *emancipāre*, significa, Liberar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre. Liberarse de cualquier clase de subordinación o dependencia.

³ Cuarta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, Montevideo, Uruguay, entrada en vigor junio de 1996.

⁴ Artículo 2, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Montevideo, Uruguay, entrada en vigor en 1994.

Como se desprende del análisis a los instrumentos internacionales aquí mencionados, no existe un criterio uniforme respecto a lo que se entiende por niño, y mucho menos aún por adolescente. Otro marco de referencia que viene a reforzar lo antes señalado es lo que se plasma en la legislación interna de los estados. En Perú, el Código del Niño y el Adolescente define como niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y como adolescente desde los 12 años hasta cumplir los 18 años de edad. Reconoce que los niños y los adolescentes son sujetos de derechos, libertades y de protección específica.

Existen otros instrumentos internacionales, como las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)⁵, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores⁶ que en su preámbulo hace referencia al compromiso adoptado conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque si establece que son los menores de dieciocho años a quienes se considera menores de edad, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁷, por derivar específicamente de esa Convención que, al señalar lo que se deberá entender por niño generalmente remiten a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en párrafos precedentes, sin contar los instrumentos que hacen mención al concepto “niño” sin dar ninguna explicación al respecto, como la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁵ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

⁶ Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, entrada en vigor agosto de 1997, elaboradas en México, Distrito Federal en 1994.

⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

b. Nacional

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, como Ley suprema de la Nación, contempla la protección a los derechos de los niños en su artículo 4, sin embargo, no brinda ninguna definición al respecto.

El artículo 18 Constitucional, establece que la adolescencia comprende a partir de los 14 años hasta los 18⁸, en que se alcanza la edad adulta, de forma que comienza con lo que se conoce como pubertad, fase en la que inician todas las transformaciones que caracterizan esta etapa de la vida. Partiendo de esto, podemos decir que el cambio es uno de los rasgos distintivos de la adolescencia, pues se produce en prácticamente todos los aspectos, impactando profundamente en la forma de comprender la vida y de relacionarse de la persona⁹.

La Constitución Mexicana, marca los parámetros legales en el precepto mencionado sobre a partir de que edad se considera que los menores de dieciocho años, en términos de Garzón Valdés¹⁰, empiezan a adquirir características que van aminorando del grado de incompetente básico a incapaz o incompetente relativo, con el paso del tiempo.

En armonización con la Convención que establece los derechos de la niña y del niño en el plano internacional, México ha adoptado en el plano nacional la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del 2000.

Esta ley, en su artículo 2 nos señala el concepto de niñez a nivel Federal;

⁸ El artículo 18 Constitucional fue reformado el 12 de Diciembre de 2005.

⁹ González Contró, Mónica, *Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes*, p. 431.

¹⁰ Garzón Valdés, Ernesto, *Desde la modesta propuesta de J. Swifth hasta las casas de engorde, Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*, Doxa, 15-16, vol. II, Universidad de Alicante, 1994, pp. 731 – 740.

Artículo 2. *Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.*

De igual forma, a nivel Local, la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000, establece:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

[...]

XVII. Niña o Niño: A todo ser humano menor de 18 años de edad.

A nivel interno, también existen otras entidades que contemplan la protección de la infancia y adolescencia en su legislación local tal como la de Jalisco que en su artículo 3 establece que niño es aquel menor de 12 años y adolescente son las personas que tienen entre 12 y 18 años¹¹.

La ley para la Juventud del Estado de Guanajuato, establece que joven es todo ser humano entre 12 y 29 años¹².

Como se observa de los artículos anteriores, existe una discrepancia sobre hasta cuándo se considera como niños a los seres humanos.

Así mismo encontramos diversas definiciones de autores en torno a lo que se entiende por niño. Entre estas definiciones encontramos las siguientes:

Niño o niña, son todos aquellos seres humanos menores de 18 años¹³.

En conclusión y para entrar al análisis del tema planteado, conviene señalar lo que se entiende por derechos del niño. Estos son el conjunto de normas escritas y no escritas, es decir derivadas de la ley o del correcto raciocinio del hombre, que se refiere a cualquier ámbito de la esfera en la que nace, crece y se

¹¹ Palacio de Gobierno, sede del Poder Ejecutivo del Estado Libre y Soberano de Jalisco, Ley de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes En El Estado De Jalisco, entrada en vigor 26 de octubre de 2006.

¹² Artículo 2, publicada el 18 de agosto de 2006.

¹³ Santamaría, Benjamín, *Los Derechos de las Niñas y de los Niños*, México, 1999, p. 13.

desenvuelve tanto física como psíquicamente la persona humana, desde el momento de la concepción hasta cumplidos los dieciocho años de edad, tendientes al adecuado desarrollo del mismo¹⁴.

Hago referencia a esta definición, proveniente de la doctrina, ya que la considero la más completa en cuanto al tema que abordo, fuentes diversas a ley como lo es la jurisprudencia y la propia doctrina, toman especial importancia en el tema del *interés superior del niño*, toda vez que no existe norma alguna que determine de forma concreta cómo se debe atender a este concepto, cuestión que no carece de relevancia pues solo dejando la aplicación del concepto al caso concreto, se podrá proteger efectivamente, los derechos de la infancia, sin embargo, lo que sucede en la realidad, es que se utiliza únicamente el propio criterio de quien tiene a su cargo la protección de las personas menores de edad para determinar qué es mejor para ellos.

La normatividad en la materia dota a escritores y estudiosos del tema, del punto de partida del cual deriva la discusión en torno a las niñas y los niños, ¿quiénes son?, ¿qué derechos tienen?, ¿qué cualidades y aptitudes los distinguen?, ¿cuáles son sus limitaciones en relación a su edad?, etc. Es por esto que para dar una correcta definición de lo que se entiende por niño, es importante el estudio de la normativa anteriormente planteada.

Conforme a lo anterior, se puede decir que las personas menores edad son todas aquellas personas menores de dieciocho años, siguiendo lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, y que de acuerdo a esa característica, la edad, el Estado y la sociedad debemos velar por el respeto a sus derechos ya que una de las particularidades que los distinguen, es precisamente el estado de desarrollo en el que se encuentra y por el cual son carentes de cierta madurez y capacidad de discernir sobre lo que más les conviene, por eso lo adultos, la sociedad y el Estado debemos procurar su correcto y sano desarrollo sin dejar de observar la natural evolución del ser humano.

¹⁴ Rubalcava Suárez, Juan Manuel, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, *El Derecho del Niño en México*, Universidad Iberoamericana, p. 13.

EL POR QUÉ DE UNA ESPECIAL PROTECCIÓN A LA INFANCIA

Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, el siglo XX comenzó a recorrer el camino por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no fue hasta éste siglo, que se tomó conciencia de que las personas menores de edad, al igual que cualquier otro ser humano, son titulares de derechos, derechos que no puede hacer valer por si solo, por lo que necesita de terceros para su realización, pues carece de capacidad de ejercicio, conforme a la ley.

El tema de los derechos de los niños es simple de detectar en comparación con las posibilidades que los adultos podemos tener a la hora de diseñar nuestros propios derechos, ejemplo de esto es el hecho de que los niños no tienen facultad para participar en el proceso de toma de decisiones, esto suponiendo que se encuentren en un país democrático, lo que se justifica perfectamente atendiendo al desarrollo que van adquiriendo conforme a su edad. Los niños de 5 años no tienen capacidad para distinguir que requieren y atender esas necesidades, sin embargo, conforme van creciendo, puedan ir discerniendo sobre lo que quieren, lo que les gusta y lo que les desagrada evidentemente de acuerdo a cada una de las etapas de su desarrollo. Para esto, los adultos quienes tenemos a nuestro cargo el cuidado de la infancia, debemos poco a poco permitirles que intervengan en los asuntos que los afectan, sin perder nunca de vista los puntos objetivos que se deben atender para su mejor desarrollo, de lo cual se hablará en el capítulo correspondiente a las teorías de intervención estatal.

La idea de que los niños son titulares de derechos subjetivos, es apenas de épocas muy recientes, idea sin la cual, los niños, son expuestos a situaciones de discriminación y mal trato del que no se pueden defender¹⁵.

¹⁵ Doctrina de la Protección Integral; establece que las personas menores de edad son sujetos plenos de derecho, y ya no objetos de protección como se contemplaba en la doctrina de la Situación Irregular.

Para reforzar esta protección que se ha reconocido con más ímpetu desde la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante evidenciar las diferencias que existen entre los niños y niñas, y los adolescentes, ya que las necesidades y capacidades de uno y otro grupo, serán muy diferentes de acuerdo a la edad en que se encuentren, por lo que habrá que realizar un estudio multidisciplinario a fin de determinar por los rasgos físicos y psicológicos, a partir de cuando se deja de ser niño y se comienza la adolescencia, estudio que sería muy extenso de realizar aquí y que no es el tema del presente trabajo, por lo que no se abordará a lo largo de éste.

La discriminación hacia los niños, comparte gran parte de los rasgos y causas con otros grupos que también son discriminados, sin embargo, se diferencian también en aspectos fundamentales. Al igual que en otros colectivos, deriva de una generalización que lleva a agravar las condiciones de los miembros de la clase, es decir, alcanza a diversos individuos a los cuales se atribuye una característica común, que en este caso es el de ser menor de edad. Así, quedan incluidas en una sola categoría personas en situaciones radicalmente distintas, como son niños, niñas y adolescentes, aunque se podría hablar también de distintas etapas de desarrollo, diversos contextos culturales, etcétera.

Con base a un criterio consensual que fija la mayoría de edad a los 18 años de edad, se construye una justificación —implícita o explícita— para dar un trato diferente al del resto de los miembros de la sociedad, en este caso la comunidad de adultos, excluyéndolos de ciertos derechos vinculados a las características de las que se supone carecen los miembros del grupo *infancia*.

La historia y el desarrollo de los derechos de la infancia al igual que la de los derechos humanos en general, no ha sido lineal. El avance que hoy tenemos en el reconocimiento por la dignidad de las niñas y niños como personas, no se alcanzó de un día a otro, ni de forma sencilla, ha sido un proceso que ha traído avances lentos, estancamientos y hasta retrocesos. Uniformar los criterios no es tarea fácil, y empoderar a un grupo de personas que por determinadas características, en este caso, la minoría de edad entendida ésta en términos de la

Convención de Naciones Unidas en menos de dieciocho años, ha sido vulnerabilizado durante siglos, ha sido muy difícil.

En un principio se veía al menor de edad en base al adulto en el que se iba a convertir y a partir de ahí es que se le intentaba proteger y guiar, hoy esto ha cambiado, se reconoce al niño como tal.

Antes del siglo XVII, se consideraba al niño, en función del adulto que iba a ser, por eso, se le educaba para ser adulto y conservar el grupo social al cual pertenecía. Cuando esa visión que se tenía de la infancia se transforma, se ve a las personas menores de edad como sujetos en lo individual, es dentro de esta concepción que se empieza a configurar al niño como persona, como ser capaz de percibir al mundo de forma autónoma y diferenciada de los adultos.

El siglo XVIII, tal como se plasma en el texto de Ernesto Garzón, Desde la Modesta propuesta de J. Swifth hasta las casas de engorde, trabajo que aborda lo relativo a la historia de la infancia y sus derechos entre otras cuestiones¹⁶, estuvo plasmado de un trato inequitativo y cruel para con las niñas y niños, se percibía a la infancia, como los seres inútiles que venían detrás de las faldas de sus madres, o en las espaldas de sus padres, se pretendió comerciar con los niños, la venta para pornografía infantil, extracción de órganos y adopciones internacionales, lo que hasta el día de hoy sigue siendo una realidad

La infancia es la época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo, crecer fuertes y seguros de sí mismos y, recibir el amor y el estímulo de sus familias y de una comunidad amplia de adultos. Es una época valiosa en la que los niños y las niñas deben vivir sin miedo, seguros frente a la violencia, protegidos contra los malos tratos y la explotación. Como tal, la infancia significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta, se refiere al estado y la condición de la vida de un niño, así como a la calidad de esos años.

¹⁶ *Op. Cit.*, nota 15, pp. 731 – 743.

Han sido diversas las atrocidades a las que los niños han sido sometidos a lo largo de la historia de la humanidad, en la medida en que no se les consideraba sujetos de derechos, estaban fácilmente expuestos a la voluntad de los demás.

Existen millones de niños abusados sexualmente, por ser considerados objetos sexuales, amputados, por razón de costumbres y tradiciones que hasta hoy en día se practican, como las mutilaciones genitales femeninas a las niñas en Egipto, los niños castrados con el objeto de convertirlos más tarde en guardianes de confianza de los aposentos femeninos, o en cantores de voz aguda en las cortes y monasterios.

Los niños y niñas son siempre los primeros afectados por un conflicto, ya sea directa o indirectamente. Los conflictos armados alteran sus vidas de muchas maneras, e incluso si no mueren o resultan heridos pueden quedarse huérfanos, ser secuestrados, violados o sufrir graves daños emocionales y traumas psicosociales debido a la exposición directa a la violencia, el desplazamiento, la pobreza o la pérdida de seres queridos.

Niñas y niños abandonados por sus padres a lo largo de la historia, ya sea por razones económicas o sociales, personas menores de edad que más tarde viven en las calles, susceptibles de contraer adicciones, enfermedades y ser víctimas de maltrato infantil, niñas y niños que terminan por convertirse en muchos casos, en delincuentes a los que la misma sociedad que de cierta forma propicio eso, los rechaza y considera indignos a recibir ayuda por parte del Estado.

En 1982 se comenzó a hablar en Guatemala de los llamados huérfanos del altiplano, es decir, niñas y niños que eran comercializados para la venta de órganos. Los embarazos constituyeron un negocio, sobre el cual se hacía el pedido de una niña o niño, y este se entregaba para usar sus órganos, como meras piezas que había que reponerse.

En el mismo año, en el mes de marzo, se descubrieron escritos sobre la venta de 170 personas menores de edad en Guatemala, que en su mayoría fueron enviados al extranjero para usar sus órganos.

En enero de 1987 se descubrió en San Pedro Sula, Honduras, una casa de engorde en cuyas cercanías se encontraron varios cadáveres de niñas y niños, entre ellos recién nacidos, a los que se les había extirpado uno o varios órganos.

En fin, estos son solo unos de los millones de ejemplos que se pueden exponer a fin de justificar el por qué de una mayor protección a la infancia.

La infancia requiere que quienes ahora somos adultos y que en algún momento de nuestra vida pudimos ser discriminados o fuimos discriminados por haber pertenecido sin lugar a dudas, al grupo de las personas menores edad, realicemos esfuerzos que día con día brinden mayor protección a ese sector de la sociedad, pero no solo esto, sino que los legitime de manera objetiva para que efectivamente se proteja el mejor interés de las niñas y niños, y no solo se utilice está fórmula hermenéutica¹⁷ cuando el Estado o los propios padres, desconozcan la forma de ayudar al mejor desarrollo de la niñez.

Otro aspecto que justifica la mayor protección de las niñas y niños, es que casi todos los otros grupos que sufren de algún tipo de discriminación, (mujeres, personas con discapacidad, personas indígenas, grupo LGBTTT¹⁸, etc) presentan rasgos que son determinantes de su condición como personas, por lo que es posible que se de un seguimiento a la protección de sus derechos por parte de los mismos miembros del grupo, ya que la situación por la que son discriminados no va a desaparecer como en el caso de las personas menores de edad con el paso del tiempo. Las niñas y los niños, carecen de está ventaja, ya que el estado que los estigmatiza es temporal, y al alcanzar la vida adulta, tendrá fin, independientemente de las consecuencias que el trato como personas menores de edad discriminados haya tenido en sus vidas, por lo que fácilmente superaran la discriminación y solo unos pocos se preocuparán por proteger a quienes igual

¹⁷ Es el conocimiento y arte de la interpretación, sobre todo de textos, para determinar el significado exacto de las palabras mediante las cuales se ha expresado un pensamiento.

¹⁸ El grupo LGBTTT, se compone de las lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, transvestis y transexuales.

que ellos, siguen sufriendo este estigma por el simple hecho de no tener la mayoría de edad.

Este punto, podría ser ampliamente debatido, sosteniendo que la discriminación que se imparte a la niñez, podría no ser tan grave, toda vez que ésta será superada una vez que alcance la mayoría de edad, a lo que considero un grave error, ya que si bien es cierto que la característica por la que se discrimina a la infancia, la edad, será superada en algún momento, las secuelas y afectaciones tanto morales como las físicas y psicológicas que se pueden presentar en sus personas, afectarán su vida adulta, repercutiendo a su vez en la sociedad.

No podemos concebir la historia de los niños únicamente conforme a las barbaries que en muchos lugares, durante mucho tiempo vivieron. La humanidad no hubiera sobrevivido de ser así, las madres de estos pequeños en muchos casos dieron atención amorosa y necesaria para la crianza de sus hijos, no podemos generalizar y decir que todas las niñas y los niños son maltratados y olvidados, sin embargo lo que si podemos decir, prácticamente de forma general, es que las personas menores de edad, aunque cada vez en menor medida, siguen siendo considerados como incapaces, no solo por nuestras leyes que determinan a partir de qué edad, adquirirán el ejercicio de ciertos derechos, sino por la propia sociedad. Sus familias y el Estado en general, buscan, buscamos satisfacer todas y cada una de las necesidades de la infancia, sin tomar en cuenta, en la mayoría de los casos, las necesidades no derivadas de la naturaleza propia del ser humano, sino de las individuales de cada uno de los niños, niñas y adolescentes que tenemos a nuestro cuidado, buscando su autonomía y desarrollo.

Es así como los adultos, terceros, que aunque hayamos pasado por la minoría de edad no la comprendemos del todo, ya que la madurez hace que adquiramos nuevas perspectivas del mundo y hacen que nuestra visión de la vida cambie, nos encontramos tomando decisiones por la infancia, por lo que éstas deben ser lo más responsable posible. El logro de lo antes señalado debe estar determinado de forma clara en las leyes, reglamentos y el propio funcionamiento del Estado y de la sociedad civil.

Se dice que hoy en día se realizan más abusos a los menores de edad, cuando probablemente lo que sucede es que en realidad estos se denuncian cada vez más, gracias a la concepción que recientemente se tiene de las niñas y los niños como sujetos de derecho, que requieren de una especial protección.

La importancia que subyace en este tema deriva de la afirmación incuestionable de que los menores constituyen un sector de la sociedad en una grave situación de vulnerabilidad respecto de los adultos y de algunos otros grupos que constituyen una minoría.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la infancia, no es exclusiva de las niñas y los niños abandonados o de escasos recursos, no se trata de una cuestión de estatus social, sino de una cuestión de todos, es por eso que todos debemos tomar las medidas que sean necesarias a fin de observar el interés superior de la infancia.

Lo anterior, justifica la importancia de realizar un estudio acerca de las personas menores de edad que contemple lo relativo a los derechos que recientemente les han sido reconocidos por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, con el objeto de que no simplemente se reconozcan esos derechos sino de que efectivamente se lleven a cabo de la forma en que objetivamente más convenga, dotándolos no sólo de un marco jurídico de protección sino garantizando que efectivamente se vele por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, sin que prevalezcan los intereses de quienes deben realizar esa labor, por consiguiente, en el siguiente apartado se aborda el marco jurídico que dota de protección a los niños, niñas y adolescentes, no ya al simple concepto de niño.

MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN

a. Internacional

Tanto a nivel internacional como nacional existen varios ordenamientos que contemplan la protección de los derechos de la niñez, en los diferentes ámbitos en que se puede afectar a ésta y su desarrollo.

Estos instrumentos contemplan la protección de la infancia en todos los sentidos, sin embargo, existen tratados, convenios y leyes específicas sobre algunas temáticas particulares que en mayor medida se han presentado a lo largo de la historia, así tenemos el Convenio relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, también encontramos instrumentos referentes a las personas menores de edad privados de libertad, y los niños y niñas en conflictos armados.

Todos estos ordenamientos establecen lo que se debe atender para el mejor desarrollo de la infancia, es decir, el mejor interés de las niñas y los niños.

Asimismo, la protección a los derechos de las personas menores de edad, en su calidad de personas, se contempla en los instrumentos y leyes generales, tanto internacionales, como nacionales, entre los que están:

➤ **Declaración Universal de los Derechos Humanos**¹⁹

Artículo 25

[...]

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

¹⁹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

➤ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**²⁰

Por su parte el PIDESC también contempla la defensa del *interés superior del niño*, en los artículos siguientes.

Artículo 10

[...]

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. [...]

En el mismo sentido, el artículo 12, nos señala que el Estado deberá adoptar las medidas que sean necesarias para que los niños se desarrollen sanamente con el más alto nivel de vida.

Una vez más se comenta y se plasma en un ordenamiento internacional, la protección al *desarrollo de los niños*. No obstante esto, en ningún ordenamiento, internacional, así como en los nacionales que posteriormente analizaré, se especifica cuál es el *sano desarrollo* y el *mejor interés* de los niños, y/o en qué consisten.

➤ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**²¹

Por su parte éste Pacto en su artículo 2, establece como muchos otros ordenamientos, la garantía de que se legisle en el ámbito interno para hacer efectivos a la observancia de los Estados, los Derechos Humanos. Esto es importante ya que es, en los ordenamientos internos, donde en primera instancia tiene que regularse esta protección para de esta forma obligar a las autoridades a que efectivamente actúen en pro del respeto de éstos derechos. En el caso específico de México para que la autoridad actúe conforme a lo establecido en la Constitución como Ley Suprema de nuestro país, así como en los Tratados Internacionales conforme al artículo 133 constitucional, en su calidad de supra legales en la aplicación del derecho nacional.

²⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, entrada en vigor 3 de enero de 1976.

²¹ Asamblea General de Naciones Unidas, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Asimismo, el pacto señala que se deberá atender a las necesidades de los niños que se requieran conforme a su calidad de persona menor de edad, sin embargo se sigue sin establecer cuáles son esas necesidades.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

[...]

El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2 para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto necesarios también para el desarrollo de cualquier persona.

El Comité de los derechos del niño, establece que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos que el Pacto reconoce a las niñas y a los niños y, que estos últimos gozan, en cuantos individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él. En algunas disposiciones del Pacto, al enunciar un derecho, se indican expresamente a los Estados las medidas que deben adoptar para garantizar a las personas menores de edad una mayor protección.

En la mayoría de los casos, las medidas que deben adoptarse no están incluidas explícitamente en el Pacto y es cada Estado el que debe determinarlas en función de las exigencias de protección de las niñas y los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción, tomando en cuenta también los recursos y necesidades que cada Estado en lo particular tiene.

La obligación de garantizar a las niñas y a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique

como se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, especialmente a los padres, la tarea de crear condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad de la niña o del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto.

En los casos en que los padres falten a sus deberes o maltraten o descuiden a la persona menor de edad, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño puede ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres de ser posible²².

➤ **Declaración de los Derechos del Niño**

Fue Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. La Declaración es el primer instrumento internacional que reconoce los derechos de las niñas y de los niños, sin embargo no tiene ninguna fuerza coercitiva por lo que únicamente los enumera dando las pautas a los Estados sin que estén obligados a reconocerlos y protegerlos efectivamente.

➤ **Convención sobre los Derechos del Niño**

Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, culminando un proceso que había comenzado con los preparativos para el Año Internacional del Niño de 1979.

Esta Convención dio lugar a la creación del Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano encargado de vigilar, y supervisar la correcta aplicación de la Convención.

²² Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Vol. II, pp. 488- 504.

Ha sido la más rápidamente ratificada por los 20 países que eran necesarios para su entrada en vigor, lo que ocurrió tan solo un año después de su elaboración. Esto la convierte en el tratado de Derechos Humanos que históricamente ha entrado en vigor más rápido.

Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado. A la fecha, solo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado.

México es parte de dicha Convención desde 1990.

La incorporación de los derechos de los niños al ámbito de los derechos humanos, es muy reciente, fue hasta finales del siglo XX que se les reconoció jurídicamente.

La Convención, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino.

La Convención abarca la totalidad de los derechos humanos de los niños, los cuales se resumen para fines didácticos como los derechos de las tres P: provisión, protección y participación. Es decir, los niños y niñas tienen derecho a que se les provea de todos los bienes y servicios para su desarrollo integral; tienen derecho a ser protegidos tanto por el Estado, sus familias y la sociedad misma y tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan²³.

Las leyes y las prácticas anteriores a la Convención, respondían a un modelo tutelar, paternalista y de protección, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección. A partir de la Convención la visión empezó a cambiar para que los niños fueran vistos como ciudadanos, y se empezaron a reconocer sus derechos, lo que les abrió poco a poco las puertas a que se les considerara en la toma de decisiones en relación a las acciones que los involucran.

²³ Álvarez de Lara, Rosa María (comp), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los Derechos de las mujeres y los niños*, p. 82.

➤ **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948.

La Declaración como su nombre lo indica, no tienen fuerza coercitiva en su aplicación es decir, si no se cumple no implica ninguna violación por el o los Estados que no la hayan llevado a cabo, sin embargo, sí marca pautas de observancia importantes para el respeto de los derechos. Si tomamos en cuenta el marco histórico en el que ésta fue promulgada, la intención de protección de los derechos humanos es muy clara.

Después de las guerras vividas en el mundo y la reciente terminación de la Segunda Guerra Mundial, los Estados comenzaron a plantearse la necesidad de crear un marco de protección para que esas atrocidades no volvieran a suceder, y en los casos en que fuera necesario que esto ocurriera se protegieran ciertos derechos, marcando reglas específicas de actuación para los Estados.

Es por eso que este instrumento, no menciona una protección específica a los derechos de la niña y del niño, sino únicamente menciona ciertos cuidados que se deben tener como en el artículo XX, que establece que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten por esto, y a pesar de no tener fuerza coercitiva es importante tomar en cuenta esta Declaración así como la Declaración Universal que ponen las pautas de protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo esta protección no es suficiente y se requiere fuerza coercitiva para que en caso de que los Estados no observen estas disposiciones se les sancione. Así como también ampliar lo establecido en esta Declaración que a mi gusto es poco específica.

➤ **Convención Americana Sobre los Derechos Humanos²⁴**

Por su parte la Convención Americana, al tener el carácter de convenio implica un compromiso por los Estado que la han aceptado por medio de su

²⁴ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

ratificación, por lo que implica una violación y por lo tanto una sanción a los Gobiernos que no la cumplen cabalmente²⁵.

El artículo 1 de este instrumento, contempla la protección a toda persona desde el momento de la concepción, campo en el que entran evidentemente los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 5 de la Convención, incluye el primer criterio de protección especial a las personas menores de edad al señalar que ellos deberán recibir un trato por separados de los adultos, y tratados por tribunales especializados cuando están sujetos a un procedimiento cualquiera que sea su naturaleza.

Este ordenamiento internacional establece artículos específicos sobre la protección a la infancia. El artículo 17, hace mención a la protección de la familia, de la que las niñas y los niños son un elemento característico, haciendo referencia a que la familia es quien en primer lugar debe brindarles protección, señalando que en caso de disolución de este vínculo, se deberán adoptar las disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Este mismo precepto, establece que no se habrá de hacer diferencia entre los hijos que nacen dentro del matrimonio, con los que nacen fuera de éste, lo que claramente demuestra que lo que este instrumento busca es brindar protección a las niñas y niños, sin importar de quién son hijos y en qué circunstancias.

De la interpretación de éste instrumento, en particular del artículo 19, se desprende que para atender al *interés superior del niño*, se deben tomar las medidas necesarias para la protección de su condición de persona menor de edad y que en caso de que su familia no cumpla con esta obligación, deberá hacerlo el Estado mismo, ya no en su compromiso de no intervenir, sino precisamente tomando las medidas necesarias para protegerlos mediante acciones encaminadas a garantizar el respeto de los derechos humanos de las niñas y los niños. Esto es muy subjetivo, puede quedar abierto a muchas interpretaciones y el primer

²⁵ Lo aquí señalado es según lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 1969 en su artículo 2.

problema que encontramos aquí es responder ¿qué requiere una niña o un niño por tener esa condición? cuestión que no es fácil determinar, pero que es necesaria si lo que se persigue es efectivamente la protección a las personas menores de edad. Otros instrumentos internacionales, así como los nacionales en nuestro país complementan ésta disposición y la especifican más aunque ninguna de ellas como se verá en el presente análisis determinan de forma concreta qué es el *interés superior del niño*.

El artículo mencionado anteriormente es importante en tanto que toca el punto referente a que no solo la familia es la encargada de la protección de los derechos de las niñas y los niños, sino que también concierne al Estado. Lo que la Convención no señala es en qué calidad deberá intervenir el Estado y a partir de cuándo, lo que se desarrolla mejor en la doctrina.

➤ **Protocolo de San salvador**

El Protocolo de San salvador, a su vez establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas especiales de protección a las niñas y a los niños a fin de garantizar la maduración de sus capacidades físicas, intelectuales y morales²⁶.

Artículo 16; Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]

²⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes. Tomo I, PRODECA, p. 262.

En este artículo se establece como uno de los puntos a considerar dentro del *interés superior del niño*, es que no sea particularmente separado de su madre, ya que en general las niñas y niños se desenvuelven y desarrollan mejor en el seno familiar, una vez más se demuestra como la preocupación es promulgar un beneficio para la infancia.

b. Nacional²⁷

Primero que nada encontramos lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo está la Ley Suprema de nuestro país.

➤ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La Carta Magna del Estado Mexicano, contempla dentro de sus primeros 29 artículos, así como en el 123 entre otros, las garantías individuales y lo referente a la protección de estos derechos por parte del Estado.

De esta forma el artículo 4 establece la protección de las niñas y los niños, y especifica los derechos que deben de observarse en torno a su protección.

Artículo 4

[....]

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez²⁸.

²⁷ Se analiza la legislación Mexicana, ya que si bien el tema de la presente tesina no es propiamente la aplicación del concepto en determinado país, considero importante conocer la normatividad que rige el concepto de interés superior del niño en México.

Así, la Constitución en congruencia y complementándose de la materia internacional en el tema, contempla la protección de los derechos de la niñez en nuestro país. En atención al compromiso que el Estado mexicano asumió con la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 29 de mayo de 2000, se publica la ley para la protección de los derechos de los niños y niñas.

➤ **Ley para la protección de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes**

Contempla en forma general todos los derechos de las personas menores de edad de observancia actual en nuestro país, así encontramos la protección relativa a la protección de la participación de las niñas y los niños en los temas que los afectan o son de su interés, y la protección al interés superior de éstos.

Tenemos disposiciones a lo largo de esta Ley que establecen la protección de los derechos de la infancia.

Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

A. El del interés superior de la infancia.

[...]

Este artículo es el primero en la materia que en nuestro país, en un ámbito de competencia federal establece la protección al *interés superior del niño*, sin señalar que se entiende por esto.

Sin embargo, si se contempla el hecho de que el desarrollo pleno de la niña y del niño debe ir encaminado a la protección de su salud física, mental y emocional, social y moral, lo que implica que las personas menores de edad deben crecer en un medio idóneo, conforme a las necesidades de su edad, por lo tanto gozar de educación, espacios y tiempos para la recreación, en convivencia

²⁸ El 7 de abril de 2000, se adiciona el último párrafo al artículo 4to Constitucional.

sana con sus padres y con su ámbito familiar, se presupone que para garantizar el respeto por el interés superior deberá brindarse todo esto.

Lo anterior se plantea en el artículo 4 de la Ley, el que establece;

De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Es muy importante lo que se plantea en este mismo artículo en su segundo párrafo, el que prácticamente antepone las necesidades de la infancia a la de los adultos.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Conforme a lo señalado por la normativa respecto al interés superior de las niñas y niños, se debe atender su crecimiento y desarrollo plenos, sin mencionar en qué consiste ese desarrollo, cuestión trascendental si tenemos en cuenta que no es lo mismo el sano desarrollo de un niño en España, que el de un niño en la India.

El artículo 6 contempla la posibilidad de que en caso de que en la Ley, así como en la Constitución se presente alguna laguna, se estará a lo establecido en los principios generales contemplados en los Tratados Internacionales, lo que prevé cualquier falta en las disposiciones para que en ningún momento ni las autoridades, ni organismos públicos, ni los propios padres puedan faltar a la observancia en la protección de los derechos de la infancia.

La Ley en comento contempla un capítulo titulado “Del derecho de prioridad” en el que se plasma el deber de brindar protección en cualquier circunstancia y atención inmediata, incluso primero que a los adultos, este artículo aunque si bien no contempla cuestiones como el desarrollo de las personas menores de edad y el interés superior de las niñas y los niños, se puede interpretar de distintas formas.

Una de esas formas de interpretación puede versar sobre la protección de las niñas y los niños en cualquier circunstancia, lo que implica la actuación del Estado en implementar medios necesarios y profesionales para que se tome en cuenta a las personas menores de edad antes que a sus padres en las decisiones referentes a la adopción, custodia y tutela de éstas y éstos. Que sean precisamente las niñas y niños quienes lleven el peso mayor en los juicios relativos al tema, para que se tome en cuenta su opinión. Se mencionan estos artículos porque hasta ahora son a los que se hace mayor referencia en los ordenamientos, sin embargo, se debe dar prioridad a las personas menores de edad en todas las circunstancias en las que se puedan afectar sus derechos, aún en contra de la voluntad de sus padres.

El artículo 24 por su parte al pretender otorgar protección a los menores de edad, está establecido de una manera tan formal que parece que le dan prioridad a lo que la ley y las autoridades basándose en ella señalen como determinante sin tomar en cuenta la importancia de la opinión de los niños, niñas y adolescentes, lo que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños para el Distrito Federal, refiere como prioritario para emitir resoluciones en los asuntos que los afectan como es el caso de ser separados o no de sus padres, así como de convivir con ellos o no.

Artículo 24. Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella. Asimismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo que de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño.

Este artículo es importante ya que señala en congruencia con toda la legislación existente en la materia, que las niñas y los niños deben crecer al cuidado de sus padres de preferencia y que solo en casos excepcionales se les podrá separar de ellos atendiendo a sus intereses y en beneficio de su desarrollo.

De la misma forma, el capítulo Décimo Tercero referente al derecho de las personas menores de edad, señala que éstas, tienen derecho a expresar libremente sus opiniones así como a estar informados sobre los asuntos que los afectan.

El artículo 41 es importante toda vez que señala que el derecho de opinión implica que se les tome su parecer respecto de:

- A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.

Como se puede ver de este capítulo, se entiende que las niñas y los niños tendrán derecho pleno a expresar lo que deseen, sobre todo tratándose de las situaciones que los puedan afectar, lo que en mi opinión se contrapone un poco con el artículo 24 de la misma ley que parece otorgarle todo el derecho a las autoridades para determinar lo referente a la situación de las personas menores de edad, lo que es incorrecto, si lo que se pretende es proteger con mayor ímpetu a la infancia.

El artículo 45 hace referencia a las circunstancias en que las personas menores de edad deban ser privadas de libertad. Pone especial énfasis en que sólo se aplicará esta medida si el delito que cometieron es grave, como último recurso y por el menor tiempo que sea necesario, atendiendo a su interés superior.

Finalmente el artículo 48 viene a rescatar en alguna medida la laguna que a lo largo de la Ley se presenta referente a cómo, quiénes y, bajo qué parámetros se velara por la protección de los derechos en cuestión.

Artículo 48. Para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos.
[...]

C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

[...]

El artículo 122 Constitucional señala, dentro de las atribuciones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la de legislar en las materias que expresamente le confiere. En tal sentido, la I Legislatura de la Asamblea aprobó el 21 de diciembre de 1999 la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal que fue promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2000.

➤ **Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal**

A fin de comprender mejor la materia a tratar dentro de la Ley se especifican determinados conceptos, entre los cuales solo señalaré los referentes a la materia que en el presente trabajo nos ocupa.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

[...]

X. Atención y Protección Integral Especial: Al conjunto de acciones compensatorias y restitutivas que deben realizar los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a favor de las niñas y niños que se encuentran en condiciones de desventaja social, y que tienen por objeto garantizar el ejercicio de sus derechos, satisfacer sus necesidades básicas y propiciar su desarrollo biopsicosocial

Artículo 4.- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

I. El Interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

Este principio orientará la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de las niñas y niños, y deberá verse reflejado en las siguientes acciones; [...]

Esta ley es más específica en cuanto a lo que debemos entender por interés superior, marcando el proceder que se debe seguir para atender el mejor desarrollo de la infancia que la ley federal.

Por su parte el artículo 5 de este ordenamiento, contempla los derechos pertenecientes a las niñas y a los niños. Estos derechos en gran medida son los mismos que los de los adultos, sin embargo, se particularizan de acuerdo a su edad y sus necesidades específicas.

Considero de gran relevancia que se oriente a los ciudadanos acerca de a qué órganos de protección pueden acudir en caso de una controversia en la que se vean involucrados los derechos de las personas menores de edad.

Tal y como se establece en el artículo 7, estos órganos encargados de garantizar los servicios de defensa y protección para preservar los derechos de las niñas y niños, serán gratuitos a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, la Defensoría de Oficio, la Procuraduría Social y todas aquellas creadas para este fin.

La presente Ley incluye un capítulo relativo a la participación que las niñas y los niños pueden y deben tener en los asuntos de su interés, este capítulo también se incluye en la Ley Federal de la materia, aunque en esa éste apartado a mi parecer es mucho más amplio.

Posteriormente se incluyen apartados con respecto a las obligaciones que tiene la familia y el Estado para con las personas menores de edad.

Es importante hacer mención a lo que se señala con respecto a la participación de la infancia en cuanto a las cuestiones que los afectan, ya que si bien es cierto, a muy temprana edad son incapaces absolutamente de tomar cualquier decisión que los constriña, en la medida que van creciendo, aunque no hayan alcanzado la mayoría de edad que marca nuestra legislación y la

Convención sobre los Derechos del Niño, pueden ir adquiriendo intereses e inquietudes que es necesario escuchar y tomar en cuenta si en verdad se pretende brindarles total protección.

Así encontramos;

Artículo 43.- El derecho de participación, como prerrogativa de las niñas y niños, constituye un deber que observarán las instituciones públicas, privadas y sociales.

Artículo 44.- La Administración Pública fomentará la creación de espacios de participación en todos los ámbitos para que las niñas y niños:

[...]

II. Opinen, analicen, y en general, puedan expresar su punto de vista y propuestas, de forma individual o colectiva, en todos aquellos asuntos de su interés;

Como se desprende de la Ley en análisis, ante todo se tratará de cuidar que los niños crezcan a lado de sus padres, ya que es con éstos con quienes en general se pueden desarrollar mejor y sólo en circunstancias en que los intereses de la infancia se vean constreñidos por permanecer a lado de sus progenitores, es que éstos serán separados entrando así el Estado a tutelar sus derechos y buscar todos los medios necesarios para su desarrollo.

Por su parte de forma más general encontramos la protección que se desprende del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, el que también refiere lo relativo a la observancia de los Derechos de la Infancia.

Tras la presentación a grades rasgos de lo que en las diferentes normas se contempla como protección a la infancia, es necesario el análisis del concepto del *interés superior del niño*, como principio en el que el Estado está obligado a basar su actuación, que como se verá a la largo del siguiente capítulo, no es tarea fácil.

El análisis de la legislación nacional nos da mayores pautas con las definiciones que incorpora a diferencia de la normativa internacional sobre lo que debemos entender por interés superior y qué se requiere para efectivamente brindarlo.

Una vez estudiado y definido lo que se debe entender por minoría de edad y la protección con la que los niños, niñas y adolescentes cuentan tanto a nivel internacional como nacional, cuestión nada nimia para plantear el problema que pretendo abordar con mi tesina, entro al tema central del presente trabajo, no dejando de aclarar que los instrumentos internacionales como se vio en el análisis anterior, señalan poco en cuanto a la evolución que las personas menores de edad van presentado conforme van creciendo, y las aptitudes que van adquiriendo, por lo que los capítulos siguientes pretenden implementar un marco concreto y objetivo a la protección de estos derechos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Mientras realizaba la investigación del presente trabajo, tuve la oportunidad de percatarme, de que prácticamente no existe un análisis de este concepto. Lo que hasta hoy hay escrito es lo referente a la historia y evolución de los derechos de las niñas y los niños, la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño como parte aguas de este recorrido, y la consideración, casi siempre, de las autoridades judiciales, sobre el principio del *interés superior del niño* a la hora de tomar sus decisiones. La mayoría de los libros hablan de juicios en los que se ven involucrados las personas menores de edad, la educación que deben llevar, con qué padre deben vivir en caso de separación, y si deben recibir atención médica o no de acuerdo a sus creencias y costumbres.

No encontré un análisis a fondo de este concepto, ¿qué significa?, ¿qué implica? y ¿cómo se puede entender desde las diferentes corrientes que existen, paternalismo, perfeccionismo y liberalismo?, mismas que explicaré más adelante brevemente, adentrándome únicamente en las que a mi parecer, se pueden aplicar de mejor forma el concepto del interés superior, brindando mayor protección a la infancia y explicaré por qué.

Es precisamente la falta de información y de estudios que alrededor del concepto existe que me interesó abordar este tema. No digo que no existen estudios al respecto como lo son los trabajos de Jean Zermatten, titulado “El interés superior del niño”, de Mónica González Contró quien recientemente publicó un libro sobre el tema titulado “Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación”, entre otros, sin embargo, no creo o por lo menos no pude encontrar muchos y muy variadas opiniones respecto a éste mientras realizaba la correspondiente investigación a mi tema de tesina. Planteare algunas propuestas de aplicación del concepto, para lo cual primero habrá que explicar que es lo que se entiende por esto y cuáles son sus implicaciones en la práctica.

El objetivo de la presente tesina es analizar el concepto del *interés superior del niño*, tal como se contempla al día hoy, por lo que en este caso, no haré referencia concreta al marco jurídico.

El concepto interés de acuerdo a la Real Academia española²⁹ equivale a provecho, utilidad, conveniencia o necesidad, sin embargo esto nada nos dice con respecto a lo que puede ser provechoso, útil o necesario para el niño, este parámetro se nutre de las diferentes ideas consensuadas a nivel mundial. Los tratados internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño constituyen un marco de mayor objetividad y pueden ser vistos como un esfuerzo para fijar las exigencias destinadas a tutelar el desarrollo de las niñas, niños y los adolescentes.

Tal como se desprende de esa Convención, siendo ésta el primer instrumento que vincula a los Estados en la observancia del interés superior de la infancia, *niños* son todos aquellos menores de dieciocho años. Este instrumento internacional no hace diferencia alguna entre los niños, niñas y adolescentes, cuestión de particular relevancia cuando hablar del interés superior se requiere, ya que si las necesidades de las niñas y los niños en primer término son distintas, más aún las de la infancia y los adolescentes.

El *interés superior del niño* es un principio jurídico que tiende a asegurar el bienestar de las personas menores de edad en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está positivado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que sus intereses a largo plazo serán tomados en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia³⁰.

²⁹ *Op. Cit.*, nota 1, 1992, tomo II, p. 1179.

³⁰ Zermatten, Jean, *El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico*, Informe de trabajo, Instituto Internacional de los Derechos de los Niños, no. III, 2003, p.15. http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf Consultada el 100908.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano³¹, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de su potencialidad así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del *interés superior del niño*, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño³² establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia³³.

³¹ Corte IDH Opinión Consultiva 12/2002, del 28 de agosto de 2002

³² La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ircdn.html, Madrid, España.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niños*, 28 de agosto de 2002.

Las leyes y tratados de la materia, incluyen artículos referentes al derecho de que las personas menores de edad sean tomadas en cuenta cuando expresan su opinión y obligan al Estado a implantar las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de esto, sin embargo; no establece en ninguna disposición como deberá de realizarse esto.

La Convención sobre los Derechos del Niño consta básicamente de cuatro principios, entre estos está el referente a la protección del *interés superior del niño* o mejor interés de la infancia, lo que implica que el Estado al tomar medidas concernientes a los niños y niñas debe considerar primordialmente los derechos de los menores de 18 años tal como lo señala el artículo 1 de ese instrumento.

La Convención a pesar de ser el instrumento moderno que pretende brindar protección a la infancia, presenta diversos errores en cuanto a su redacción en lo que al interés superior refiere. En primer lugar, como ya lo mencionaba anteriormente, no hace diferencia alguna entre la infancia, entendida está, como lo señala la Real Academia Española de la Lengua como el periodo de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad³⁴, entendida esta última como el primer periodo de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta³⁵, lo que da la pauta para que en el momento de tomar en cuenta el interés superior, se cometan errores ya que las necesidades de las niñas y los niños propiamente y de los adolescentes son distintas, y en algunos casos también las de las niñas y los niños, aunque de forma general, como se verá más adelante se puedan generalizar.

El segundo problema como comenté a lo largo del presente trabajo, específicamente en el marco normativo, es que la Convención establece la protección al *interés superior del niño*, al mejor interés de los niños, al sano desarrollo de los menores, y a que se establezcan las condiciones necesarias para la protección de su calidad de niño, sin embargo se deja al arbitrio de las personas y de las autoridades encargadas de velar por la promoción, protección y aplicación

³⁴ *Op. Cit.*, nota 1, p. 1162.

³⁵ *Ibidem*, p. 1687.

de la defensa de los pequeños, el hecho de la interpretación de lo que estos conceptos quieren decir.

Lo anterior dificulta la aplicación y la observancia de la legislación que establece la protección de las personas menores, ya que para cada juez, para cada legislador, así como para cualquier autoridad gubernamental y hasta para los propios padres de las niñas y niños, estos conceptos pueden ser distintos y entonces nos enfrentamos a que en el campo del derecho y la intención de velar por estos intereses no haya un criterio uniforme y continuo. Si a eso le sumamos el poco tiempo que tienen de haberse reconocido los derechos de la infancia, haciéndose converger la visión de objeto de protección y sujeto de derecho, el problema se agudiza enormemente.

La sociedad debe otorgar prioridad a la infancia y considerarla en primer término en todas las decisiones que tome en relación con ella.

Lo importante, y por lo tanto complicado aquí, es desenmarañar la dimensión subjetiva de un concepto al parecer objetivo, el *interés superior del niño*, ¿qué se entiende por esto? y ¿cuáles son sus limitantes?

Esta noción, tiene dos caras; una el aspecto social, y por la otra el aspecto individual. Cada época y cada cultura, define lo que es mejor para las personas menores de edad en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales. Por ejemplo en el pasado en “beneficio del niño”, se practicaban castigos corporales y en algunos casos inhumanos, con el objeto de enderezarlos y educarlos. Hoy en día, se rechazan estas prácticas violatorias a los derechos fundamentales de las personas menores de dieciocho años en todo el mundo, lo cual se observa al ser precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño, uno de los instrumentos internacionales más ratificado por los Estados.

No obstante, hasta el día de hoy, se siguen realizando prácticas basadas en costumbres que constituyen fuertes violaciones a los derechos de las niñas y niños, como es el caso de Egipto, donde las niñas al llegar a los 10 años de edad, sufren la ablación del clítoris, es por eso que los jueces siempre deben considerar el interés superior por encima de toda costumbre o práctica que menoscabe sus

derechos, no obstante, se debe tener presente en estos casos el respeto por la multiculturalidad, y por las tradiciones de cada comunidad en tanto no se vulneren los derechos humanos de las personas a las que se dirigen.

El ejemplo anterior es la muestra clara de lo complejo de pretender resolver y concebir criterios de protección a través de principios indeterminados del derecho, como son el *interés superior del niño*, el respeto a las tradiciones, y derecho al medio ambiente, entre otros, por citar algunos ejemplos.

Determinar qué es lo bueno o malo, lo mejor o lo peor para la niña o el niño, no es tarea fácil, no solo hay diversidad entre cultura y cultura, sino al interior de la misma cultura confluyen diversas ideas y opiniones sobre qué es “lo mejor” para las personas menores de edad, influyendo de este modo, distintos factores como la preferencia sexual de los progenitores, cuestiones sociales, como la discriminación por clase, etc. Es por esto que propongo que el marco que nos sirva de guía sea precisamente, las necesidades que la infancia y la adolescencia puedan tener de manera conjunta como personas menores edad, necesidades que en primer plano pertenecen al género humano y, que deben respetarse y observarse por todos, por ser los menores de 18 años, quienes más dificultades, así como otros grupos en situación de vulnerabilidad, tendrán para exigirlos, y posteriormente, en segundo plano, tomar ya en cuenta las necesidades propias de cada etapa comprendida entre los 0 y 18 años, dividida ésta en dos, para efectos del presente trabajo, la infancia y la adolescencia.

Es una realidad que por ejemplo, los adolescentes, requieren de mayor privacidad que las niñas y los niños, requieren de irse conociendo, explorando y definiendo, cosa que las niñas y niños no alcanzan a valorar del todo entre más pequeños son, lo que nunca se debe prestar a que no se brinde respeto a su persona tanto física como emocionalmente hablando.

Evidentemente, aunque existen necesidades que pueden ser conocidas del todo en forma general, hay muchas otras que no, por lo que el concepto del interés superior no puede ser un concepto rígido en el que no quepa interpretación, por el contrario requiere de la reformulación casuística que cada

particular circunstancia le dará, lo que no debe interpretarse como la facultad subjetiva de quien lo aplica, observa y respeta para violentar los derechos de las personas menores edad.

No se puede dejar al arbitrio de la voluntad de quien debe aplicar la ley, la vigilancia, cuidado y respeto de los derechos de las personas menores de edad, estos deben ser velados y protegidos por sobre cualquier circunstancia.

No obstante el carácter concreto del que se debe dotar al concepto del *interés superior del niño*, este principio no puede ser delimitado y establecido como algo lineal y estructurado, toda vez que cada caso presentará particularidades que no pueden ni deben dejarse de atender, si lo que se pretende es la efectiva protección de los niños, niñas y adolescentes.

Por esto considero de vital importancia, partir de la explicación de que son los principios o conceptos indeterminados del derecho, ya que este concepto subjetivo y poco definido entra en la categoría de “concepto jurídico indeterminado” atendiendo a su propia naturaleza, para posteriormente abordar lo referente al tema del *interés superior del niño*.

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

El interés superior del niño, es un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado por la práctica³⁶.

Los conceptos jurídicos indeterminados, requieren ser llenados de contenido en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias que se pretenden resolver. El derecho muchas veces es incapaz de llevarnos a verdades absolutas, de manera que los juristas buscan encuadrar los casos de la mejor manera posible, no siempre con los mejores resultados y, no siempre lográndose el objeto para el cual fueron creadas las normas, por lo que es necesario recurrir a los conceptos jurídicos indeterminados, dando la puerta de salida a los conceptos que muchas veces son cerrados y que no deberían serlo al no ser el derecho una ciencia exacta.

El contenido de estos conceptos, solo puede ser determinado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, es decir, para el caso concreto del interés superior de los menores de edad, en el momento en que la autoridad debe determinar que es mejor para aquellos.

Esto no significa que el Juez, puede aplicar libremente su criterio, o el Estado imponer medidas que constituyan arbitrariedades, por el contrario, la aplicación de un concepto de esta categoría requiere de un razonamiento concreto y objetivo ad hoc con el caso que haya que resolverse, tal como lo señala el siguiente criterio jurisprudencial.

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE QUE ESTABLEZCAN CONCEPTOS INDETERMINADOS.

Los conceptos jurídicos no escapan a la indeterminación que es propia y natural del lenguaje, cuya abstracción adquiere un sentido preciso

³⁶ *Op. Cit.*, nota 35, p.11.

cuando se contextualizan en las circunstancias específicas de los casos concretos. En estos casos el legislador, por no ser omnisciente y desconocer de antemano todas las combinaciones y circunstancias futuras de aplicación, se ve en la necesidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados cuyas condiciones de aplicación no pueden preverse en todo su alcance posible porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que en él concurren, lo cual no significa que necesariamente la norma se torne insegura o inconstitucional, ni que la autoridad tenga la facultad de dictar arbitrariamente la resolución que corresponda pues, en todo caso, el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio³⁷.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un principio de interpretación que deberá ser aplicado siempre que los niños se vean involucrados, brindando una garantía a los menores de edad de que sus intereses siempre serán considerados primordialmente, imponiendo la obligación del Estado a tomarlo en cuenta.

El hecho de que el concepto del *interés superior del niño*, no esté claramente definido, tienen la ventaja de ser un principio flexible, cuestión que permite adaptarlo con gran facilidad, sin embargo, también presenta características negativas toda vez que al ser relativo al tiempo y al espacio pero sobre todo estar impregnado de subjetividad, este concepto puede vaciar de

³⁷ Registro No. 175902, Novena Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Página: 357, Tesis: 1a./J. 1/2006, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional.

contenido los derechos de los niños, y privilegiar al Estado o a la familia por encima de éstos.

El problema del concepto del interés superior como concepto jurídico indeterminado radica no solo en que la mera noción está cargada de muchos componentes valorativos, sino que al final, es la pauta para la aplicación de medidas y de normas siendo la consideración final que tanto la familia como el Estado deben tener para con los niños, cuestión a la que no debe restársele importancia si lo que se busca es precisamente la protección de la infancia en su conjunto.

Con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación³⁸.

Es por esto, que con este trabajo pretendo dar una línea que marque la ruta en cuanto a la intervención por parte del Estado en todo lo que concierne a los niños que sea objetiva y plenamente justificada, dentro de los parámetros y posibilidades que el tema permite.

Es importante mencionar las normas que a nivel internacional, contemplan el *interés superior del niño*, esto por ser precisamente el ámbito internacional el lugar donde convergen distintas opiniones de diferentes culturas en las que intervienen protagonistas de todo clase de especialidades, abogados, filósofos, historiadores, sociólogos, entre otros, que a lo largo de siglos han venido estudiando el fenómeno que representa la niñez, su evolución y el cambio de

³⁸ García de Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 5a. Ed., Madrid, Civitas, 1989, p. 452.

concepción que a lo largo de la historia de la humanidad se ha tenido acerca de los menores de edad. Además es precisamente la norma, la que impone a las autoridades la obligación de atender los intereses de los menores de edad como una prioridad.

ANALISIS AL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR

En todos los asuntos relacionados con niños o niñas, se tomará en cuenta que lo más importante para ellos y ellas es aquello que los hace crecer y desarrollarse al máximo³⁹.

Esta es la postura que en forma general, como se verá más adelante, utilizan los diferentes exponentes de las teorías de protección a la infancia, misma que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que en materia de infancia busca el compromiso de los Estados por velar por los intereses de los menores de 18 años.

El *interés superior del niño*, es un principio que se acuña desde que se empieza a considerar al niño como sujeto de derechos, proceso que ha sido gradual y que se enfatiza en la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento donde se contempla ya como un principio jurídico de observancia obligatoria.

La convención, tiene como antecedente directo a la Declaración de los Derechos del Niño, que como su nombre lo indica, tal como se mencionó anteriormente, no es un instrumento vinculatorio y sólo marca la pauta de observancia a los derechos que en ella se mencionan, así encontramos el principio 2, que establece;

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño⁴⁰.

³⁹ *Op. Cit.*, nota 18.

⁴⁰ Declaración de los Derechos del Niño, Principio 2, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

Como se ve, desde este instrumento de 1959, ya se contempla lo referente a la protección al *interés superior del niño*, sin embargo, no se establece que se entenderá por este, siendo precisamente este instrumento, por su carácter meramente rector y no vinculante, el que debiera marcar el contenido de dicho principio.

En 1989, es promulgada la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que da fuerza coactiva a su aplicación y efectiva protección a la infancia. El artículo 3 de la Convención establece:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El principio consagrado en el artículo anterior, implica que el desarrollo de la niña y del niño así como el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁴¹.

Por esto, y porque los derechos del niño requieren una protección especial, es necesario seguir mejorando la situación de los niños y niñas sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad⁴², por ello se crea el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niñas y niños en los conflictos armados, con el cual se pretende dar una mayor atención al *interés superior del niño*, a fin de que los Estados pongan más recursos y den más importancia a su

⁴¹ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC/17/2002.

⁴² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor, febrero de 2002.

desarrollo normal. Los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalan también que para cualquier asunto en el que las niñas y los niños se vean involucrados habrá que considerar el interés superior con el objeto de que no se les prive del sano desarrollo que requieren como todo ser humano, específicamente en el ámbito familiar, en que se busca protegerlos para que crezcan en el seno de su familia consanguínea excepto cuando esto no es posible, y se busca incorporarlos a una nueva familia, en el aspecto de dignidad y protección a su integridad física y en el ámbito penal, respectivamente.

De su análisis en conjunto, se presume que la intención de la Convención es brindar una protección integral a las personas menores de edad, sin embargo, para el objeto del presente trabajo no es necesario el análisis de esos preceptos.

De la misma forma el artículo VII, de la Declaración Americana señala que;

[...] todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales⁴³

Del texto de las normas se puede desprender que por este principio se debe respetar y fomentar el desarrollo de las niñas y los niños, en un ambiente sano, en todos los sentidos, en el ámbito familiar, cultural, recreativo, en el respectivo a la salud, medio ambiente, es decir, en todo el entorno en el que se desenvuelvan.

El problema aquí, sería ver en qué condiciones se desarrollan mejor las personas menores de edad, ya que no todos los niños, niñas y adolescentes tienen las mismas posibilidades y circunstancias, cuestión que no se contempla en ninguna legislación hasta el momento.

⁴³ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VII Colombia, 1948.

En general los instrumentos internacionales constriñen en primer lugar a los padres y en segundo lugar al Estado sobre el cuidado de las personas menores de edad, cuestión que además de ser inexacta, no puede ser totalmente aplicada de esa forma.

El cuidado de la niña y del niño en primer lugar, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, está en la familia, sin embargo una vez que ésta por las razones que sean, no pudiera o no quisiera velar por todas y cada una de las necesidades de las y los niños, el Estado debe cubrir este vacío de alguna manera.

Las niñas y los niños, así como los adolescentes, se encuentran en un estado de dependencia e indefensión tal que no pueden distinguir lo que es mejor para ellos, debido a su inmadurez e inexperiencia, por lo que deben ser protegidos por los adultos, adultos que en virtud del lazo sanguíneo que tienen para con las personas menores de edad, velarán por lo que sea mejor para aquellos, sin embargo, cuando esto no sucede, se justifica claramente la intervención del Estado por medio de los órganos judiciales quienes deberán decidir en torno a con quién deberá vivir la niña o niño, para que crezca dentro del seno familiar que necesita para su correcto desarrollo, atendiendo al principio de intervención mínima en el ámbito privado de las personas.

Este tipo de intervención no es el único. El Estado está obligado, no sólo a separar a los hijos de los padres, cuando éstos los maltratan o no satisfacen correctamente sus necesidades, sino que también está obligado a garantizar el ejercicio de los derechos de las niñas y niños en todos los campos en los que se vea involucrada la infancia, de esta forma debe proveer de educación de calidad, de los medios para que las personas menores de edad tengan cuidados sanitarios, alimentos, etc, apoyando de esta forma a que los padres, proporcionen a sus hijos todos aquellos requerimientos necesarios para el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes cuando por alguna circunstancia, ellos no puedan, previniendo las carencias que en un momento dado, pueden dar lugar a que sea necesaria la separación de la niña o del niño de su núcleo familiar.

Debemos ser realistas con respecto a lo que sucede actualmente en el mundo, los Estados en desarrollo, como el caso de México, no están cumpliendo sus funciones como deberían hacerlo, y es ahí donde la sociedad civil de igual manera debemos actuar por la protección de la infancia, es por esto que creo que los instrumentos internacionales han sido ampliamente superados por la realidad que hoy día vivimos, por lo que debe crearse, cuando menos en el plano dogmático, un punto de partida sobre cómo atender al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Se tiene una concepción de la persona menor de edad como aquel que no habla, y por el que terceros, adultos evidentemente, de preferencia sus padres, deben tomar decisiones. Estas, se basan en sus propias experiencias de vida, apartándose de lo que en verdad deberían tomar en cuenta; las necesidades de las niñas y niños. Es por esto, que considero y acompaño la propuesta de Mónica González Contró cuando dice que se debe tomar en cuenta la opinión de niñas y niños en los asuntos que los conciernen⁴⁴, evidentemente, antes que esto, se deberá atender a otras cuestiones para que de manera objetiva se busque que las personas menores de edad, sean autosuficientes y alcancen su pleno desarrollo⁴⁵.

Como se desprende del análisis de los mencionados instrumentos internacionales y no obstante la importancia que se le pretende dar a este principio, ningún ordenamiento menciona que se debe entender por interés superior, no se hace diferencia entre niños y niñas y adolescentes, lo que inevitablemente repercute en la aplicación subjetiva y desprovista de parámetros para su aplicación.

⁴⁴ Respecto a la protección de esta derecho, se encuentra la Opinión Consultiva No° 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, del Comité de los Derechos del Niño.

⁴⁵ En este mismo sentido el Comité de los Derechos del Niño se pronuncia por el derecho del niño a que sea escuchado en todos los asuntos que le conciernen.

Tal como señala Cecilia Grosman, el concepto de interés superior debe irse creando constantemente a través de situaciones particulares con propia identidad.

La importancia de delimitar el concepto del *interés superior del niño*, radica entre otras cosas, en que los jueces y legisladores, al valorar cual es este interés de la infancia, están influenciados por las valoraciones particulares de su historia y sus experiencias personales, lo que hace que de cierta manera, en lugar de velarse efectivamente de forma objetiva por los intereses de la niña o del niño, como sujeto con una situación en particular, se vincule con la realidad de cada uno de los actores que tienen en sus manos el cuidado las personas menores de edad.

No obstante esto, la certeza del principio es solo una mera suposición, solo el devenir nos podrá mostrar que lo que se creía y bajo los parámetros con los que se tomo una decisión basada en el interés superior del niño, fue certero⁴⁶, por lo que aunque deben crearse lineamientos de aplicación de este principio a fin de evitar arbitrariedades, la mejor solución puede surgir de ensayos y errores, atendiendo de forma casuística la aplicación del mismo.

El término interés superior describe de manera general el bienestar del destinatario, en este caso, de las personas menores de edad. En razón de que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el *interés superior del niño*. Por ello, el concepto debe ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso⁴⁷. No obstante, esta acertada, a mi parecer, observación de la Oficina del Alto Comisionado, no se puede dejar totalmente al arbitrio de quien o quienes aplican la Ley y crean las normas y mecanismos, el futuro de nuestras niñas y niños, por ello, es necesarios delimitar no el concepto, sino su campo y modo de aplicación.

Apenas es en el siglo XX cuando se da un lugar distinto a las niñas, niños y adolescentes en la sociedad, la novedosa posición de las personas menores de

⁴⁶ Grossman, Cecilia, *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998, p. 25.

⁴⁷ ACNUR, www.acnur.org/biblioteca/pdf/6074.pdf, 210708.

edad se alcanza con la Convención sobre los Derechos del Niño que sitúa a las niñas y niños paralelamente como objeto de protección y sujeto de derecho.

La Convención al contemplar una modificación de la visión que hasta entonces se tenía de las personas menores de edad, justifica plenamente la incorporación a la observancia por el *interés superior del niño* como norma vinculante, con el objeto de alcanzar el correcto desarrollo de la infancia.

La innovación del concepto ha hecho que sea más explicado por la jurisprudencia de cada país, que por su significado dogmático que le da un mucho mayor alcance al de la simple perspectiva jurídica.

Interés y superior, justamente quieren decir que lo que debe ser observado es el bienestar del niño⁴⁸.

Algunos autores hablan de la protección al interés del niño en función del adulto en el que se convertirá, debido al deber de cuidado que se debe tener con respecto a su desarrollo, sin embargo, sus necesidades no deben subordinarse a esta persona futura que será. Es importante diferenciar los intereses de la persona, del niño, del joven y como futuro adulto.⁴⁹

Es evidente que las niñas y niños, al igual que los adultos, con el paso del tiempo van superando ciertas características que los colocan en un plano de incapacidad ante ciertas circunstancias, a consecuencia de su falta de aptitud por decidir lo que mejor les conviene, es por esto, que es importante que de acuerdo al desarrollo que las personas menores de edad vayan adquiriendo, se tomen en cuenta sus opiniones, toda vez que ellos serán los más aptos para determinar sus intereses, siempre con la observancia de los adultos que velaran por respetar esos deseos, siempre y cuando no dañen a la persona y desarrollo de la infancia y adolescencia.

⁴⁸ *Op. Cit.*, nota 35, p. 7.

⁴⁹ Campbell, Tom, D., *Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y future adulto*, en Fanlo Isabel (comp), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 107-141.

Es aquí donde se deben analizar los diferentes tipos de intervención estatal, para de esta forma encontrar el que mejor se adecue con la efectiva protección de los derechos de las personas menores de edad. De acuerdo a las nuevas concepciones que derivadas de los distintos estudios que se han hecho a lo largo del tiempo, el Estado debe proveer a los padres de los recursos para satisfacer las necesidades de las niñas, niños y adolescentes en primer plano, y es el Estado mismo, el que supliendo las deficiencias de los padres debe emplear los mecanismos, tanto judiciales, como administrativos y sociales que satisfagan las necesidades de este sector de la población para que estos puedan desarrollarse plenamente.

La aplicación del principio del *interés superior del niño* conforme a las normas internacionales corresponde al Estado mismo, ya sea en su calidad de actor o conforme a su obligación de no intervenir en los planos privados, como lo es la vida familiar, cuando esto no sea estrictamente necesario. Sin embargo, esta intervención no puede ser desprovista de certeza y unificación. Debe brindarse, como ya se mencionó, una protección objetiva y compatible a su calidad de personas en proceso de evolución, es por esto que el Estado debe contemplar en qué calidad y con qué características va a intervenir a fin de que efectivamente se proteja a las personas menores de edad, por esto a continuación se abordarán las teorías de la intervención estatal con el objeto de plantear finalmente la propuesta en torno a la observancia del *interés superior del niño*.

TEORÍAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL

La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que reconoce que los niños y niñas, a pesar de que aún existen opiniones en contra, son titulares de derechos, establece la obligación por parte del Estado de vigilar el respeto al interés superior de la infancia, con lo que constriñe a los Estados ratificantes de ese instrumento internacional, que no han formulado reservas al respecto, a intervenir o abstenerse cuando sea necesario en los temas que a la niñez se refieren.

Los tipos de intervención mediante los cuales el Estado puede actuar se resumen en tres modelos básicamente; el liberalismo, el perfeccionismo, y el paternalismo.

1. Liberacionismo

Este movimiento tuvo sus principales manifestaciones a principios de los setentas al publicarse diversos escritos sobre discriminación y opresión de los niños, sobre todo por parte de la familia y de la escuela. Fueron las sociedades anglosajonas, sobre todo la inglesa y estadounidense quienes vieron nacer esta ideología.

El movimiento liberacionista surge por los modernos planteamientos educativos que tienen su origen más significativo en Rousseau.

Previamente al liberacionismo se pensaba que la infancia era el periodo que por la falta de capacidad de las niñas y los niños para dirigir su vida, éstos debían ser guiados por los adultos y, que debido sólo a la protección brindada por las personas mayores de edad, es que podrían ser capaces de ejercitar sus derechos. Esta protección, se debía para los liberacionistas al deseo de los adultos por querer controlar a los niños, niñas y adolescentes y así explotarlos y aprovecharse de ellos, y que debido a ello, los problemas a los que la infancia se enfrenta no son precisamente derivados de la incapacidad a consecuencia de su minoría de edad en relación a su falta de desarrollo e inmadurez, sino de la concepción social que de ellos se tiene y las limitantes que ésta conlleva.

Los liberacionistas pretenden suprimir o ignorar las diferencias claras que existen entre la niñez, la adolescencia y los adultos, pugnando por la igualdad de éstos ante la ley. Quieren la liberación de la infancia de las estructuras sociales y jurídicas a las que han sido sometidos y eso sólo, para estos pensadores, se logrará al otorgar a las niñas y niños los mismos derechos que a los adultos, sin embargo, equiparar a las personas menores de edad con los adultos sólo reforzará la situación de vulnerabilidad a la que ya de por sí están sujetos ante la evidente imposibilidad que tienen de ejercer sus derechos como seres humanos.

Conciben al niño como un ser con capacidades y cualidades que hasta entonces habían sido ignoradas por los movimientos predecesores, sobre todo los proteccionistas.

Esta tesis sostiene que los niños deben ser titulares de derechos para así ser librados de la opresión en la que se encuentran por parte de los adultos. Señala que la infancia es una construcción social y que las características que constriñen a esta etapa de la vida son adjudicadas por la misma sociedad de la que forman parte. Asimismo, argumentan que estas características de las personas menores de edad son productos fabricados artificialmente que no parten de hechos reales y objetivos.

Las niñas y niños al tener los mismos derechos que los adultos pueden y debe dejarse que sean autónomos y expresen su voluntad para que elijan cómo quieren vivir y qué quieren alcanzar, por ello es que el Estado, visto como órgano opresor de la infancia, así como de otros grupos que han sido considerados incapaces de defender sus derechos, como las mujeres, o las personas con preferencia sexual distinta a la heterosexual, etc, no debe intervenir en el ejercicio de la autonomía por parte de los titulares, en este caso, las niñas y niños.

Este movimiento busca terminar con el tradicional modelo de familia donde los niños responden, al igual que las mujeres a la voluntad del padre, eliminando las relaciones de poder entre quienes la componen.

Los liberacionistas se denominan a sí mismos como movimiento por los derechos de los niños, de ahí que la piedra angular de éste sean justamente los niños y sus derechos⁵⁰.

A pesar de que la Convención pugna por la participación de los niños en todos los asuntos que les conciernen, expresando sus ideas e intereses, de la lectura de tal ordenamiento no puede desprenderse que se dé total autonomía a las personas menores de edad a fin de librarse de la opresión a la que se refieren quienes promueven la teoría liberacionista, por el contrario, la Convención busca proteger a los menores de dieciocho años y da justamente a la familia en primer lugar, y al Estado, en segundo, la responsabilidad de brindar los medios necesarios para el correcto y sano desarrollo de la infancia.

Sin embargo, el respeto por la autonomía de las niñas y niños, así como de los adolescentes es una aportación importante de esta teoría, ya que las personas menores de edad la van adquiriendo conforme van creciendo y aprendiendo del mundo que los rodea. Las niñas y niños pueden ir poco a poco diferenciando qué es lo que quieren, qué les gusta y qué no, conforme van desarrollándose y madurando.

Esta teoría también tiene otras aportaciones importantes como, la idea de que los niños por el hecho de ser seres humanos son titulares de derechos, la comprensión de que cada persona tiene un proceso y un ritmo de crecimiento propios y que esos se deben respetar, por ello es necesario establecer distinciones entre los derechos de acuerdo a cada una de las etapas de la evolución humana.

Para hablar del *interés superior del niño* en cuanto a la postura liberacionista, será necesario contemplar que de acuerdo a las características que los seguidores de esta ideología le imponen a la infancia, serán precisamente los niños quienes estén más capacitados para saber cuales son sus intereses y

⁵⁰ Campoy Cervera, Ignacio, *Dos Modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Tesis para obtener el grado de Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 2000, p. 576.

podrán exprésalos, de manera que la idea de protección por el *interés superior de los niños* sería completamente diferente a lo que hasta ahora se ha visto como una obligación impuesta para la familia y Estado. Serán las niñas y los niños, junto con los adolescentes los únicos que puedan determinar qué es lo que mejor les conviene. Esto, con la problemática de que no siempre serán sus aspiraciones las más acertadas y que los adultos no podrán ya intervenir en las opiniones que las personas menores de edad emitan, por lo que el sistema liberacionista a mi parecer, y como se analizará posteriormente, no es el más acertado para la debida protección de la infancia, por lo menos no en este planteamiento.

Efectivamente el sistema liberacionista brinda a la teoría de la protección de la infancia vertientes antes nunca vistas y contempla cuestiones que son positivas para su desarrollo como el respeto por la opinión y expresión de la voluntad de las niñas y los niños, sin embargo, no se puede dejar a la deriva completamente a las personas menores de edad para que tomen sus decisiones respecto a lo que quieren, ya que la mayoría de los casos se basarán en deseos y necesidades momentáneas, y no en cuestiones objetivas que realmente los beneficie, no sólo en el presente sino a futuro.

2. Perfeccionismo

Para quienes están a favor de esta postura, lo que importa no es lo que cada quien desea, sino lo que el Estado cree que es lo mejor, lo que es moralmente aceptado por la colectividad.

Es la postura opuesta al liberalismo, ya que a diferencia de ese, el perfeccionismo justifica la intervención estatal a fin de que conduzca a ideales morales a la sociedad.

Sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de

vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores⁵¹.

Esta teoría va en contra del estado liberal y democrático y constituye un obstáculo para el adecuado desarrollo de la autonomía y la tolerancia⁵².

3. Paternalismo

El único fin en aras del cual la humanidad, individual o colectivamente está autorizada a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la auto protección. El único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su propia voluntad, es el evitar un daño a los demás. No se puede correctamente ser obligado a hacer u omitir algo porque sea mejor para el Estado hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz porque según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto⁵³.

La idea de paternalismo ha sido comúnmente rechazada por la connotación negativa que la palabra implica. Se le vincula generalmente con la idea de un Estado sobreprotector en el que poco pueden los individuos actuar por propia voluntad.

El paternalismo, tiene como fin la consecución de los objetivos propios, a diferencia del perfeccionismo que tiene por objeto la imposición de ideales morales provenientes de terceros.

Es importante diferenciar claramente el perfeccionismo del paternalismo, ya que el primero justifica la intervención estatal para imponer los ideales morales,

⁵¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos; un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 205.

⁵² González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Universidad Autónoma de México, México, 2008, p. 355.

⁵³ Ernesto Garzón, cita a John Stuart Mill, en su obra ¿es éticamente justificable el paternalismo jurídico, refiriéndose a su ensayo On Liberty de 1859, Doxa, 1998, no. 5, p.155.

mientras que el segundo tiene por objeto proveer de posibilidades al individuo para su desarrollo personal y la realización de sus objetivos.

Es paternalista: 1) la acción de inmiscuirse en la libertad de otra persona, 2) con la intención de defender su bien⁵⁴.

Para Garzón, el paternalismo es la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma⁵⁵.

No se puede dejar de afirmar que las capacidades de los adultos y de los niños, niñas y adolescentes son distintas. El ser humano al ir evolucionando pasa por diversas etapas propias de un aprendizaje y desarrollo inherente a la naturaleza que nos caracteriza, por lo que en determinados momentos, las personas necesitamos de mayor protección que en otros, como lo es en la infancia, misma que a su vez comprende distintas etapas, como la diferencia más comúnmente usada entre niños y adolescentes⁵⁶.

Lo difícil de esto, es que evidentemente los niños al igual que los adultos poco a poco van adquiriendo capacidades, autonomía y habilidades que es necesario se respeten, por lo que se deberán implementar los mecanismos que de forma coherente logren esto.

En general la idea de paternalismo nos remite a la imposición de medidas por parte del Estado tendientes a evitar que los individuos se provoquen un daño que impida la realización de los planes que se habían planteado, aún cuando estas medidas vayan en contra de su voluntad, ejemplo de esto es la obligación del uso del cinturón de seguridad.

De igual manera, y pese a diversas opiniones de diferentes autores, considero que la protección a terceros por parte del Estado es también una

⁵⁴ Camps, Victoria, *Paternalismo y Bien común*, Doxa, 1998, no. 5, p.195.

⁵⁵ *Op. Cit.*, nota 58.

⁵⁶ Para efecto de este trabajo y como sólo se pretende hacer alusión a la idea de las diferentes necesidades que pueden tener los niños, niñas y adolescentes en función de valorar el interés superior de cada uno de ellos, solo haré referencia específica a la niñez y a la adolescencia.

medida paternalista en la que se busca que no se provoque un daño a otra persona, como es la prohibición de ir a exceso de velocidad, en la que no solo se busca la protección propia de quien maneja sino también de quienes se encuentran en su camino y a quienes puede lesionar o hasta privar de la vida.

Ernesto Garzón está a favor de un estado social de derecho desde el punto de vista liberal, no justifica por medio del uso del paternalismo las dictaduras y sostiene que un paternalismo restringido y nunca desmedido es justificable cuando se quiere evitar que las personas se produzcan un daño, no solo a sí mismos, sino a terceros.

En opinión de Mónica González Contró, es Alemany, con su teoría de bienes primarios o necesidades básicas quien ayuda a resolver lo que se entiende por evitar un daño, toda vez que estos bienes primarios o necesidades básicas son esenciales para la realización de cualquier plan de vida.

Para Doyal y Gough las necesidades básicas son aquellas que de no realizarse, incapacitan al hombre para desenvolverse y participar activamente en la sociedad. Por lo que se entiende que de no atenderse estas, el daño será tal que trunque el pleno desarrollo de la persona.

La idea de las necesidades básicas requiere de un enfoque multidisciplinario con criterios psicológicos objetivos que permitan incorporar la racionalidad del niño presente a lo que objetivamente requiere para su desarrollo y esto no puede ser de otra manera más que respetando su derecho a ser escuchado.

Feinberg sostiene que la voluntad es un elemento esencial para la teoría del paternalismo legal, ésta puede ser clasificada en débil y fuerte. Desde la versión débil se justifica la intromisión para impedir que la persona se ocasione un daño, si su actuar es evidentemente involuntario, por su parte la versión fuerte, considera que el Estado puede actuar aún en contra de la voluntad del individuo con el fin de evitar un daño o perjuicio a su persona.

No obstante lo anterior, el estado no puede actuar en cualquier caso que se corra un riesgo de producirse un daño, ejemplo de esto, es que día con día, las personas tenemos prácticas de riesgo, como quienes practican el paracaidismo e

incluso algunas prácticas que en algunos casos pueden ser consideradas imprudentes e irrazonablemente arriesgadas, en el mismo caso pero con distintas circunstancias sería hasta un acto heroico, como es el hecho de quien se mete al mar a nadar a media noche por diversión y quien lo hace para rescatar a una persona que se está ahogando, por esto, el paternalismo debe ser una medida moderada en el sentido de únicamente pretender imponer acciones u omisiones en los casos que sea estrictamente necesario.

Es por esto, entre otras cosas, que la voluntad es el tema a discutir desde la teoría paternalista, aplicada en un Estado liberal y respetuoso de los derechos humanos, en dónde debe prevalecer el respeto por la autodeterminación y manifestación de la voluntad libre e informada, en cuyo caso el Estado deberá proveer de esta información como una medida de tipo paternalista a la vez.

El caso de los niños es particularmente difícil, uno de los derechos incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño es justamente el respeto a sus opiniones y el ser escuchados, por lo que la expresión de la voluntad es vital para atender al cuerpo de la Convención. No obstante, la Convención busca que se tomen en cuenta las opiniones de la infancia, no se debe dejar de ser objetivos y claros respecto a lo que es más conveniente para las personas menores de edad, independientemente de que lo quieran o no, ya que a temprana edad, las niñas y los niños no saben que es lo que necesitan y es correcto para su desarrollo por lo que habrá que hacer un cruce entre las ideas liberales y las paternalistas.

En algunos casos, como en el de los niños, no se puede hablar de voluntad ya que existen diversas causas en las que la expresión de la voluntad sea un acto impulsivo e irracional en el que no se manifiesten efectivamente los deseos de quien la expresa, por carecer de la madurez y experiencia necesarias para esto. Por lo cual hay que buscar que de forma objetiva se atienda a las necesidades básicas como punto de partida para la protección de los derechos de las personas menores de edad y que éstas no se contrapongan con el aprendizaje propio de los niños, niñas y adolescentes que sólo adquirirán en base de la experiencia y sólo en ese caso, por más absurdas o inmaduras que puedan ser, se deberá buscar la ratificación de esa voluntad.

Según Ernesto Garzón, en principio solo se puede hablar de un paternalismo justificado cuando quien recibe la medida está de acuerdo con ella, lo que presenta varios problemas. Primero, el consentimiento no siempre puede darse en el momento de la aplicación de la medida ya sea porque la persona se opone a ella, como en el caso de los contratos Ulises⁵⁷, o porque no está en condiciones de hacerlo, cuando la persona se encuentra inconsciente por ejemplo.

Para Ronald Dworkin, la justificación del paternalismo tiene como básica la noción de “consentimiento”⁵⁸.

Es claro que en la mayoría de las veces, y dependiendo de cada persona, el consentimiento justificante de la intervención paternalista no es otorgado al momento en que se lleva a cabo la intervención por razones como la edad por ejemplo, aunque habrá algunos casos, en los que haya quienes estén completamente de acuerdo con la aplicación de la medida paternalista de usar el cinturón de seguridad, o el pago del impuesto para el fondo de retiro en un futuro, sin embargo habrá que tomar en cuenta, sobre todo por el tema de los niños que es el punto central de éste trabajo, la falta de consentimiento para la aplicación, es por ello que se debe hablar del consentimiento expreso anterior, como el caso de la votación por ciertos gobernantes que en teoría deben representar nuestros intereses y por ello se entiende que aprobamos sus decisiones, el consentimiento expreso futuro o de un consentimiento hipotético, éstas dos últimas elementales para el desarrollo del presente estudio.

El consentimiento futuro y el hipotético, independientemente de su nomenclatura, en esencia tienen como consecuencia que la justificación de las medidas paternalistas se basan en el hecho de creer que toda persona que se encuentra en capacidad de razonar en un estado normal, aceptaría dichas medidas encaminadas a la protección de su desarrollo, de manera que en todos los casos se tendrían por justificadas las acciones paternalista

⁵⁷ Se refieren a la intervención de un tercero para impedir una acción en un momento en el que se presume habrá debilidad de voluntad.

⁵⁸ *Op. Cit.*, nota 58. p. 163.

independientemente del momento en que se otorgue el consentimiento, incluso si este no se otorga nunca, como es el caso de las personas incapacitadas mentalmente, o el caso de las niñas y los niños, que debido a su edad, en un momento de su vida son incapaces de saber que es lo que les conviene, por lo que hay que crear los criterios objetivos que sean aplicables a la protección de los menores de edad en atención a su interés superior y suponer que una vez que hayan adquirido experiencia y madurez, las personas menores de edad estarán de acuerdo en la imposición de estas medidas.

Como señala Garzón, al estar frente a un caso de consentimiento futuro o hipotético, lo que en realidad sucede es que se está rechazando la medida paternalista debido a la incapacidad por comprender las consecuencias de la misma.

Puede recurrirse a la idea de competencia, para aclarar esta cuestión, por ser ésta la que dará validez a las decisiones que tome una persona, ya que en caso de que una persona, en este caso, menor de 18 años, carezca de competencia, ésta será suplida con la capacidad de un tercero apto para validar la imposición de las medidas de carácter paternalista que presuponen la aceptación de la persona a la que se imponen, si ésta (en este caso las personas menores de edad) estuviera en condiciones de entenderla, por lo que se da una validación prematura a los medios de protección impuestos por el Estado, pensándose que una vez adquirida la competencia en razón de llegar a la mayoría de edad, estas medidas serán aprobadas por el destinatario de las mismas.

Respecto a la competencia Garzón señala que es la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta⁵⁹. Por lo que en caso de no aceptarse la medida paternalista, condición esencial para que aquella se dé, se estará frente a una incompetencia por parte de la persona que, o ya sea la rechace o no la acepte por no alcanzar a comprender la necesidad de la aplicación de la misma, lo que obligará a aplicar la medida paternalista, sosteniendo que sí la

⁵⁹ *Ibidem*, p. 165

persona alcanza a comprender el beneficio de la misma, otorgaría su consentimiento.

Garzón establece dos tipos de competencia, la básica, la que explica como la necesaria para la vida en sociedad y el cumplimiento de las normas que de ella emanan, y la relativa, que refiere a la diferencia de competencia entre las personas. El autor da un ejemplo y expone, que si bien Pedro y Juan son igualmente competentes (competencia básica), Juan es más competente que Pedro (competencia relativa.) Para él, la falta de competencia básica es el elemento que de no tenerse justifica las medidas paternalistas.

A su juicio, se puede decir que alguien carece de competencia básica:

- a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que se tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mills);
- b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el parágrafo 14 del Código civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);
- c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);
- d) cuando se actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o amenazas);
- e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (...) Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es

el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas)”⁶⁰.

Cualquier persona que se encuentre en cualquiera de las situaciones antes mencionadas, sería incompetente básica y por ello tendría una desigualdad negativa con respecto al resto de las personas, desigualdades que debe buscarse superar y esto sólo se logrará por medio de medidas paternalistas. Es importante señalar, que esta incompetencia puede ser permanente como en el caso de los enfermos mentales, o temporal como el caso de los niños, quienes con tan sólo el paso del tiempo, dejaran de ser incompetentes básicos, pero no solo eso, sino que dentro de la misma categoría, menores de 18 años, irán siendo cada vez menos incompetentes conforme van creciendo.

No sólo la comprobación de la incompetencia básica es necesaria para la aplicación de las medidas paternalistas, sino que también éstas deben ir encaminadas a superar la desventaja ante las que se encuentran las personas a las que se aplica la medida, promoviendo su autonomía. Estas dos condiciones son suficientes para la justificación del paternalismo, toda vez que no se puede hablar de que efectivamente exista una autonomía si el Estado no permite a la persona tomar las decisiones que ésta considere pertinentes tomando en cuenta su grado de madurez y evolución.

Según las condiciones señaladas, no sería justificado intervenir cuando la persona goza de esa capacidad aún en casos en que al resto de la sociedad nos parezca necesario, y señala el autor varios supuestos; a) cuando alguien con competencia quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación⁶¹ b) cuando alguien que posee competencia básica quiere correr un

⁶⁰ *Ibidem*, p.166.

⁶¹ *Ibidem*, p. 168.

riesgo seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad⁶² y c) cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás⁶³.

En todos estos casos la manifestación de la voluntad debe ser respetada siempre y cuando los riesgos que se corren o las consecuencias de los actos que se pretenden llevar a cabo sean perfectamente comprensibles, por lo que el Estado no puede intervenir para impedirlos, por ser claramente una expresión de la voluntad de la persona, sin embargo, el Estado debe cerciorarse de que efectivamente la persona entiende las consecuencias que su decisión traerá.

El caso de las personas menores de edad es muy distinto, ya que entre más pequeños, más improbable será que alcancen a comprender el desenlace de sus actos, por lo que sólo en casos excepcionales no habrá una influencia paternalista que los proteja de cometer actos que perjudiquen a su persona, o que no los beneficie.

Las medidas paternalistas son un medio eficaz para la reducción de las desigualdades, ante las cuales todas las personas podemos encontrarnos en un momento dado, tal como el periodo de la niñez donde es claro que la niña y el niño van adquiriendo poco a poco capacidades para desenvolverse y desarrollarse mejor a medida que pasa el tiempo y conforme van llegando a la adolescencia, no obstante y al igual que sucede con los adultos está capacidad muchas veces se ve reducida por diferentes cuestiones en este caso en particular, la edad, es por ello que el Estado está obligado a implementar los mecanismos necesarios para que estas barreras puedan ser superadas, protegiendo siempre el correcto desarrollo de la infancia y la adolescencia, buscando la superación del déficit en el que las personas menores de edad se encuentran por su falta de desarrollo y madurez.

Evidentemente, como toda teoría, alrededor del paternalismo han existido varias corrientes de interpretación y contraposición, no solo entre las diferentes teorías de intervención estatal planteadas en un principio, sino entre los propios

⁶² *Ibidem*, p. 169.

⁶³ *Idem*

defensores de la ideología paternalista. A continuación haré un breve análisis de los argumentos que se han dicho en contra del paternalismo.

Para Garzón son tres los argumentos en contra de la teoría paternalista;

1. El argumento utilitarista de Mills,

a) Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses. Por ello es que el paternalismo no tiene cabida ya que solo cada individuo conoce lo que es más conveniente para ellos mismos.

b) Las interferencias de la sociedad se basan en presunciones generales, que pueden ser todas equivocadas y, si son correctas, es probable que sean mal aplicadas a los casos individuales.

c) Todos los errores que el individuo puede cometer en contra del consejo y la advertencia están contrarrestados por lejos por el mal de permitir a otros que lo obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien.

d) La humanidad sale ganando si permite que cada cual viva como le parezca bien y no lo obliga a vivir como le parece al resto⁶⁴.

A esto Ernesto Garzón contesta que en efecto, no siempre, y dependerá de cada caso, las personas sabemos que es lo que más nos conviene e incluso muchas veces aunque lo sepamos, por estar en un momento de tensión y por ello de debilidad, podemos tomar decisiones que son poco convenientes a nuestros intereses. Garzón ejemplifica esto, con un contrato de esclavitud, en donde tal vez la decisión es tomada perfectamente consciente más en un estado de suma urgencia, por otro lado se puede ejemplificar a mi parecer de esta forma, cuando a una madre le asesinan un hijo, entra en tal estado de shock que puede cometer un homicidio en contra de quien privó de la vida a su hijo, en este caso, el estado de consciencia es nulo, por lo que no se puede decir que siempre tomemos las decisiones más acertadas, ni que más convengan a la humanidad, ya que la ley de ojo por ojo podría convertirse en algo aplicable si se permite que cada cual viva como mejor le parece.

⁶⁴ *Op. Cit.* 3, p. 158.

2. El argumento del respeto a la autonomía de la persona

Según Mills la intervención paternalista anula la autonomía individual y por lo tanto está mal, de manera que Garzón plantea un análisis a lo que debe entenderse por autonomía, que explicaré a manera breve. A grandes rasgos la autonomía, es la capacidad de ejercer lo que elegimos, por lo que si se defiende de manera general y sin limitante alguna, caemos en el mismo absurdo planteado anteriormente en dónde la prohibición de cometer un homicidio sería inválida en pro del respeto de la autonomía de elegir y de actuar de las personas. Asimismo el uso de las drogas, ejemplo propuesto por el propio Garzón, sería permitido, siendo que el uso excesivo de éstas debilita la capacidad de elección, de manera que disminuye la autonomía y si lo que se busca es justamente proteger ésta, deberían implementarse medidas que prohíban su consumo, medidas que tendrían un carácter evidentemente paternalista.

Este argumento toma relevancia en el tema de los niños, ya que como he mencionado, ellos no son capaces a muy temprana de edad, de ejercer su autonomía conforme a la definición planteada por Garzón, ya que lo que requieren, lo eligen en base a una necesidad natural, comer, ir al baño, dormir, etc, y no en base efectiva a una reflexión en torno a lo que desean, por lo que se puede decir que en el caso de los niños, sobre todo los muy pequeños, no existe tal autonomía, pues no tienen consciencia de ella.

Otro ejemplo de esto, propuesto por el autor, es cuando en un accidente automovilístico por el hecho de no haber usado el cinturón de seguridad (medida paternalista que no se respetó), la persona pierde actividad cerebral con lo que queda en estado vegetativo y ya nunca podrá ejercer su autonomía.

3. El argumento de la violación del principio de igualdad

Según este argumento, toda medida paternalista presupone por definición una relación de supra y subordinación, que viola uno de los principios básicos de una sociedad democrática: el principio de igualdad⁶⁵.

⁶⁵ Alemany García, Macario, Tesis de Doctorado, *El concepto y la justificación del Paternalismo*, Universidad de Alicante, España, 2005, p. 285.

Como contra argumento a esta afirmación está el hecho de que sí bien, todos somos iguales, e iguales ante la ley y por lo tanto ante el Estado, no todos estamos en la misma situación de igualdad y por lo mismo no todos podemos ejercer nuestros derechos y satisfacer nuestras necesidades de la misma manera, como es el claro ejemplo de los menores de edad, que si bien son seres humanos al igual que todos los demás se encuentran, debido a su edad y madurez, en un estado de desventaja frente a los adultos, es por ello que se requieren medidas paternalistas para la protecciones de quienes debido a determinadas circunstancias, como en este caso la edad, no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos. Se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales a fin de equilibrar la balanza favor de quienes se encuentran en mayor desventaja.

Esta teoría que se contrapone a la intervención estatal, puede ser fácilmente combatida en los estados democráticos ya que los ciudadanos por medio del voto de sus gobernantes, eligen a las personas que los representarán a quienes se les da la facultad para tomar medidas que beneficien a la ciudadanía, sin que estas medidas puedan ser previstas en su totalidad desde el inicio de las deliberaciones, por lo que se deposita la confianza en los gobernantes para que apliquen medidas que favorezcan a todos presumiblemente, ya que las votaciones están diseñadas para elegir a quienes representarán, por lo menos, en la teoría, a los gobernados, visión que no implica una subordinación de la sociedad ante el gobierno, sino un acuerdo de representación de los intereses de la propia sociedad.

Por su parte, Manuel Atienza manifiesta que el paternalismo éticamente justificado tiene las siguientes características:

- a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad;
- b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no; y

c) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien⁶⁶.

Atienza critica a Garzón en su definición y propone la idea de beneficio y la falta de aceptación de los beneficiarios de la medida como requisitos indispensables para hablar de paternalismo. Señala que el término de evitar un daño, propuesto por Garzón es incompleto toda vez que no engloba la totalidad de las medidas paternalistas y solo se refiere a aquellas encaminadas a evitar un daño, cuando no todo lo que se busca con ellas es sólo eso, sino también el desarrollo pleno de la persona y la personalidad.

Atienza, continúa con su crítica a los criterios propuestos por Garzón y, sostiene que su definición es muy estrecha, ya que el autor refiere que el paternalismo es la intervención coactiva siendo que no todas las medidas paternalistas forzosamente serán coactivas como lo es la decisión del Estado de no informar respecto a ciertos asuntos por razones de seguridad nacional, por ejemplo.

No considero forzoso el hecho de que la medida deba imponerse en contra de la voluntad del beneficiario ya que pueden existir circunstancias en que los ciudadanos estemos de acuerdo con las medidas paternalistas impuestas por el Estado, por esto es que yo me inclino más a favor de lo establecido por Victoria Camps cuando señala que las características del paternalismo son: la acción de inmiscuirse en la libertad de alguien más a fin de defender su bien. Como es obvio, los niños en su mayoría y una vez más, de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, difícilmente podrán manifestar su consentimiento ante acciones u omisiones paternalistas derivado de su limitación por comprender el alcance de las mismas.

Derivado precisamente de lo anterior, en donde sostengo que no creo que toda medida paternalista sea impuesta en contra de la voluntad del sujeto a la que va dirigida, es que la crítica de Atienza, en cuanto a que el paternalismo

⁶⁶ Atienza, Manuel, *Discutamos sobre paternalismo*, Doxa, 1998, no. 5, p. 209

representa relación de superioridad, es acertada. No puede hablarse de superioridad cuando se está de acuerdo con la medida.

Garzón sostiene que su intención al hablar de relaciones de subordinación o superioridad en cuanto a quien impone la medida para con quien la recibe es justamente explicar que no se puede argumentar el derecho a la igualdad contra la aplicación del paternalismo, toda vez que es precisamente esta teoría la que busca superar el déficit proveniente de la incompetencia básica en la que se encuentran las personas a quienes se dirigen, para así colocarlas en un plano de igualdad en el que puedan ejercer sus derechos.

En realidad según lo plantean tanto Garzón como Camps, una conducta paternalista se justifica si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que el fin sea obtener un bien para una persona o grupo de personas y
- b) Que no se cuente con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la conducta o de la aplicación de la norma)⁶⁷.

En definitiva, y como se desprende de lo aquí tratado, los menores de edad requieren de la intervención no solo de sus padres, sino del Estado propio para su desarrollo, esta intervención en la mayoría de los casos será sin su consentimiento y algunas veces aún en contra de su voluntad, como el hecho de que lleven una buena alimentación, cuando ellos seguramente preferirán consumir dulces. Considero que el paternalismo, como a continuación lo establezco, es la forma de intervención más adecuada para la vigilancia y atención del respeto a los derechos de la infancia y adolescencia, sin embargo, este no puede dejar de atender a la formación de la autonomía de la persona de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no puede ser aplicado de forma estricta y lineal en todos los casos.

⁶⁷ *Ibidem.* p. 203

PATERNALISMO EN LOS NIÑOS

Los niños han sido gravemente explotados y maltratados a lo largo de la historia del hombre, tal como señala Ernesto Garzón en su artículo, “Desde la Modesta propuesta de J. Swift hasta las Casas de Engorde”, sin embargo el hecho de reconocerles los mismos derechos en los mismos términos que a los adultos, tal como lo señala la tesis liberacionista para combatir estas prácticas, los coloca justamente en una situación más vulnerables, pues se olvida de la incapacidad de las niñas y niños para ejercer por sí mismos esos derechos y, la necesidad, por lo tanto, de que un adulto los ejercite o por lo menos les ayude a llevarlos a cabo.

Al hacer referencia a las niñas y niños y sus derechos, lo importante no es el aspecto volitivo, no obstante que la voluntad sea un factor determinante para un Estado social liberal, sino que lo importante son sus necesidades básicas, necesidades que de no satisfacerse ocasionarían un daño grave a la persona tanto presente como futuro como es el caso de las niñas y los niños. Es por esto, que con referencia a las personas menores de edad, se justifica plenamente la adopción del paternalismo, toda vez que éstas se encuentran en un estado de vulnerabilidad absoluta, que en términos de Garzón es aquella que requiere no solo de la eliminación de barreras que impiden la realización de ciertos derechos, como en la vulnerabilidad relativa, sino de que se tomen medidas que ayuden a superar el déficit en el que la infancia y adolescencia se encuentran.

Dicha vulnerabilidad los convierte en *incapaces básicos* en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas⁶⁸.

Sin embargo, esta incapacidad básica, como ya se mencionó, ira siendo superada conforme la niña o el niño crece, pasando a ser incapaz relativo, hasta ser perfectamente capaz, claro está, que esto será únicamente posible en la

⁶⁸ *Op. Cit.*, nota 15, pp. 737, 738

medida en que sus necesidades básicas hayan sido atendidas, en cuyo caso se justifica una vez más la aplicación del paternalismo. Si las necesidades de alimentación y salud por ejemplo, no son satisfechas oportuna y adecuadamente las personas menores de edad no podrán desarrollarse correctamente y por lo tanto no podrán llegar a ser capaces de valerse por sí mismos.

Los liberacionistas acusan a los paternalistas de no tener en cuenta las opiniones de las niñas y los niños, quienes son, de acuerdo a esa ideología, los únicos capaces de definir que es lo que mejor les conviene, lo que es totalmente falso ya que por el hecho de que los adultos no sepamos cuál es realmente el interés de la infancia no significa que no seamos capaces de que, con el conocimiento que la experiencia misma nos ha proporcionado, actuar en beneficio de las personas menores de edad, esto es más evidente entre las niñas y niños que son más pequeños y que menos capacidad de comprensión sobre las consecuencias de tomar una u otra decisión pueden tener.

El caso de las niñas y los niños es particularmente delicado ya que a muy temprana edad no se puede hablar ni de voluntad, como anteriormente se menciono, ni de competencia, y mucho menos aún de consentimiento, por lo que habría que tomar otra línea de partida a fin de justificar la aplicación de las medidas paternalistas. Este punto de partida serán precisamente las necesidades básicas, necesidades sin las que las personas no podemos llegar a desarrollarnos correcta y saludablemente y por las que las niñas y niños en principio, no se pueden pronunciar en razón de que no saben que es lo que necesitan claramente, ya que una cosa es lo que quieren, como brincar en la cama o alimentarse solo de ciertas cosas porque saben más rico, y otra es lo que necesitan para crecer sanos como los nutrientes que contienen las verduras y frutas, por mencionar tan solo un ejemplo.

Es por todo esto que es necesaria la intervención de terceros en cuanto a la satisfacción de las necesidades de las personas menores de edad.

No obstante esta necesidad de intervención por parte de terceros en beneficio de las niñas, niños y adolescentes, no se debe descuidar el hecho de que tan sólo la experiencia que su propio crecimiento les proporcionará, ayudará a

que forjen una forma de ser que los ayude a ser independientes, al alcanzar la mayoría de edad. Es por esto que considero oportuno hacer una convergencia entre la teoría paternalista y la liberacionista que si bien, a mi parecer, no es la más apropiada como ya lo expliqué, es necesaria en cierta medida, para que por medio del paternalismo, no se caiga en una sobre protección a las personas menores de edad, la cual trunque su evolución y con ella, la determinación paulatina de su autonomía y alcancen su pleno desarrollo.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. El concepto de *interés superior del niño*, puede recibir diversas críticas, desde ¿por qué solo contemplar a los niños, y no hacer diferencia clara entre estos y los adolescentes? que claramente presentan diferencias y que de no considerarse esas se puede caer en criterios discriminatorios, hasta la crítica en que toma cuerpo este trabajo; la subjetividad del concepto.

Lo que busco es combinar en la realidad el hecho de que las personas menores de edad tienen derechos y que el Estado debe reconocerlos, sin embargo, conforme a la evolución propia del ser humano, las niñas y los niños no son capaces de hacerlos valer por sí mismos, por lo que necesitan de la protección de los adultos que se supone, buscarán lo mejor para ellos, la Convención a través de la incorporación de la protección al *interés superior del niño*, otorga a quienes aplican las normas, la facultad de determinar lo que es mejor para las personas menores de edad, sin embargo, no dota de un marco de referencia objetivo con el cual las autoridades, y las familias deben actuar en pro de la observancia de dicho interés.

No obstante se piense que los adultos conocemos a ciencia cierta lo que las niñas, niños y adolescentes requieren, la realidad nos ha dejado ver a través de los siglos que los adultos no siempre hemos buscado y atendido correctamente lo que la infancia quiere y necesitan, es por ello que en base al *interés superior del niño* propongo que se instituya un modelo que incluya a las niñas y niños en la toma de las decisiones que a ellos se refieren, teniendo en cuenta su edad y su madurez de acuerdo a aquella, ya que nadie mejor que ellos mismos sabrán que es lo que quieren, aunque esto no siempre sea lo mejor para ellos, justamente en esta diversidad de criterios es donde las personas que tienen a su cargo el cuidado de las personas menores de edad, deben encontrar el justo medio entre lo que es objetivamente conveniente para las niñas, niños y adolescentes y los caprichos que no afectarán en nada si se cumplen.

El interés superior de la infancia debe ser observado por aquellos quienes tienen en su poder el control sobre la vida de las personas menores de edad, es

decir, los adultos, como sociedad, la familia y el Estado. No se puede pensar en la idea del interés superior, concepto claramente subjetivo como ya se planteo en el apartado correspondiente al tema, sin pensar en las ideas paternalistas de intervención estatal

2. Las y los niños carecen, como ya se mencionó, carecen de competencia básica, de expresión de voluntad objetiva y, evidentemente carecen de la madurez necesaria para emitir su consentimiento sobre la aplicación o no de una medida paternalista por lo que con respecto a ellos, al igual que con otras personas quienes se encuentren en situación de no poder dimensionar correctamente las consecuencias de hacer o dejar de hacer determinadas cosas, es necesario aplicar la idea de necesidades básicas. Necesidades sin las cuales ninguna persona podrá llegar a desenvolverse correctamente por ser esenciales para la vida y el correcto desarrollo de ésta, no solo en el presente, sino a futuro como el caso de las niñas y niños. En cuanto a esta idea es importante anotar que las medidas paternalistas no deben ser aplicadas con miras a las personas que en un futuro serán las personas menores de edad, sino en miras a las consecuencias que en su vida futura tendrá la falta de una buena alimentación, atención médica, recreación con respecto a su edad, etc.

Es importante que se tome en cuenta que está intervención no puede ser estricta y cerrada, sino que debe atender a la evolución de los niños y niñas y por lo tanto respetar sus opiniones tomando en cuenta siempre las necesidades básicas que todo ser humano tenemos durante esta etapa; la infancia y posteriormente la adolescencia. Estas necesidades deben ser el punto clave y objetivo desde donde el Estado, la familia y la sociedad deben partir para que al aplicar el concepto del interés superior las decisiones que se tomen concernientes a las personas menores de edad sean efectivamente en su beneficio.

El problema es determinar cuáles son las necesidades que se deben tomar en cuenta para la protección de las niñas, niños y adolescentes. Estas necesidades considero, no son muy diferentes a las que requiere cualquier ser humano, lo que sucede es que las personas menores de edad no están, ni tienen las condiciones para proveerse de lo necesario para cubrirlas por lo que necesitan

de quienes los tienen a su cuidado y bajo su protección, para la satisfacción de las mismas.

3. Como ya se apuntó anteriormente, el paternalismo presenta diversos problemas que no se pueden dejar de resolver si lo que se pretende es proponer, en alguna medida, a ese modelo como solución a la aplicación del concepto del *interés superior del niño*, brindándole mayor objetividad y positividad en su implementación.

La principal complejidad del paternalismo en cuanto al *interés superior del niño* refiere, es que el paternalismo no puede ser cerrado y estricto en su aplicación. El paternalismo no puede, ni debe ser igualmente aplicado en todas las etapas de la minoría de edad, las niñas y los niños, como ya hemos visto, van evolucionando y aprendiendo hasta llegar a la adolescencia y este aprendizaje no sería posible si no dejamos que las personas menores de edad se equivoquen. No podemos buscar solucionar a todas y cada una de las problemáticas con las que éstas se enfrentan, lo que si debemos hacer es irlos guiando, instruyendo, para que por ellos mismos logren resolver los problemas y circunstancias que se les presentan, brindándoles autonomía a la vez que se pretende protegerlos. La idea no es que tanto los adultos que tienen a su cuidado a personas menores de edad como el Estado, una vez que se ve obligado a intervenir en la vida privada de los gobernados, tomen medidas proteccionistas, sino de garantía, para que las personas menores de edad puedan, dependiendo de su edad y madurez, ejercer sus derechos por sí mismos.

4. Por lo anterior, propongo una combinación entre paternalismo y el liberacionismo, que reconoce derechos a las personas menores de edad y establece que cada persona tenemos un ritmo distinto de crecimiento, mientras que el paternalismo pugna por la protección de esos derechos o necesidades básicas de todos los seres humanos y que se deben ir otorgando con más libertad en su ejercicio conforme se va madurando, concibiéndose los ideales liberacionistas.

Lo que se debe lograr es proteger a las personas menores de edad, de manera que esa protección les dote de los medios necesarios para desenvolverse

en el mundo que los rodea de forma sana y segura, permitiéndoles ejercer cada vez más su autonomía, buscando se evite que se causen un daño o un perjuicio a corto o largo plazo.

La función del interés superior en relación con el modelo paternalista es precisamente servir de guía a las actuaciones u omisiones que el Estado, la familia y la propia escuela deben tener para con la infancia y adolescencia.

Los Estados y las personas que conformamos la sociedad y estamos en el entorno de las personas menores de edad, debemos cuidar y atender a las necesidades que el interés superior de estas tiene, por lo que el modelo paternalista indiscutiblemente, desde mi postura, debe aplicarse, sin embargo, dentro de esos intereses que se deben cuidar en relación a las niñas, niños y adolescentes, también se encuentra su desarrollo y la protección a su autonomía y expresión de su voluntad, por lo que no podemos dejar de observar y aplicar a su vez el modelo liberacional, que dota a las personas menores de edad, de la aptitud necesaria para emitir su opinión respecto a lo que les incumbe e interesa, entrando la postura paternalista solamente a regular y vigilar que esos deseos e intereses no contravengan su sano desarrollo.

Las aportaciones del liberacionismo guiaron al paternalismo a una renovación, renovación que Ignacio Campoy llama paternalismo renovado a diferencia del tradicional, que no reconocía ningún tipo de derecho a las personas menores de edad. Esto es de vital importancia para el planteamiento de la presente tesina, toda vez que es precisamente en los derechos de la infancia y adolescencia y por lo tanto en su reconocimiento que encuentra cabida la investigación del presente tema.

La observancia al *interés superior del niño*, no solo implica la satisfacción de las necesidades y respeto de los derechos que con el tiempo le han sido reconocidos a las personas menores de edad, sino que también atender sus opiniones, cuestión que no sería posible si nos apegamos rigurosamente a las ideas paternalistas que buscan proteger a la persona aún en contra de su voluntad, suponiendo que no aceptan la imposición de estas medidas por no alcanzar a comprender la consecuencia de que no sean aplicadas.

Los adultos debemos aprender de lo ya vivido, la niñez, y de ahí partir para crear criterios y posturas a favor de que la infancia se desarrolle plena y sanamente, pero no debemos dejar esto al arbitrio de a quienes se encomiende esta tarea, sino que debemos implementar medidas evidentemente de carácter garantista, más que paternalista que atiendan al mejor porvenir de la infancia y adolescencia, donde a su vez debe respetarse su autonomía por involucrarse con tal o cual persona, por defender los intereses, propios de su edad, respetar sus gustos y hasta preferencias sexuales que, muchas veces los adultos tratamos de “enderezar” de acuerdo a lo que la sociedad marca como lo “correcto”¹, por mencionar algunos ejemplos, no obstante se debe respetar la autonomía y expresión de las personas menores de edad, también se debe cuidar, aún en contra de su voluntad claramente expresada, su correcto desarrollo.

Los términos evitar un daño o el de beneficio o bien, propuestos por Garzón y Atienza respectivamente, me parecen ideas vagas que fácilmente pueden contravenir el propósitos de las medidas paternalistas de lograr algo positivo para las personas a favor de quienes se aplican. Lo que es bueno para unos en un momento y en un lugar determinado puede no serlo para otros.

5. Según establece Cohen siguiendo las ideas liberacionistas y siendo menos radical que algunos otros, las niñas y los niños efectivamente son incapaces, sin embargo, esta incapacidad no es insalvable sino que con el mero asesoramiento por parte de los mayores de edad, las personas menores de edad, pueden gozar de los mismos derechos que los adultos. Lo que establece Cohen no es falso, por el contrario, traza la línea sobre la que pretendo abordar el presente trabajo. Las niñas y niños, son sujetos plenos de derechos, lo que no pueden es ejercerlos por sí mismos en una determinada etapa de su vida, es decir, carecen de capacidad de ejercicio, por lo que necesitan de la ayuda de los adultos para poder alcanzarlos. Lo que debemos hacer es tratar a las niñas y

¹ Marco con comillas debido a que considero que son conceptos provenientes de las ideas y principios de un momento y una civilización determinada, ya que lo que para unos es correcto para otros puede ser perfectamente incorrecto.

niños como las personas menores de edad que son y a los adultos como adultos, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, atendiendo a las diferencias que existen, para así lograr equiparar la balanza que ocasiona grandes violaciones a los derechos de la infancia y la adolescencia.

6. Atendiendo a la evolución propia del ser humano, debemos respetar las necesidades auténticas de la infancia, no solo las naturales derivadas de su calidad de esa calidad. Las niñas y los niños de acuerdo a sus edad tienen necesidades propias de cada una de esas etapas de la vida, necesidades que los adultos debemos conocer, entender y respetar, como la necesidad de esparcimiento y recreo que les brinda mayor apertura y seguridad en la sociedad.

7. Previa a la entrada en vigor de la Convención, como se menciona en el apartado relativo al análisis de la normatividad en la materia de protección, se veía a las personas menores de edad como objeto al que había que cuidar mediante el modelo paternalista o proteccionista, hoy lo que propongo es justamente dar flexibilidad al modelo y brindar a la infancia la protección que requiere tomando en cuenta su madurez y evolución en cada una de las etapas a la que todos los seres humanos estamos sujetos, de manera que conforme las niñas y los niños van adquiriendo mayor criterio y capacidad, la protección se vaya reduciendo únicamente a modo de guía para procurar que las personas menores de edad tomen las decisiones más convenientes para alcanzar su pleno y sano desarrollo, atendiendo a las necesidades básicas que en primer lugar como persona y ser humano tienen, y en segundo lugar como niñas, niños y adolescentes.

Las niñas y los niños se terminan comportando tal como los adultos suponen que debe ser de acuerdo a las características que estos les imponen, es por esto que si queremos que sean maduros, responsables y capaces de tomar sus propias decisiones debemos tratarlos de forma diferente respetando la autonomía que de acuerdo a su edad pueden ir teniendo.

No obstante las aportaciones que los liberacionistas y proteccionista brindan a la categoría infancia, englobando aquí a la adolescencia, es precisamente con respecto al grupo; personas menores de edad, que no se hace ninguna diferencia entre las características y necesidades propias y

evidentemente diferentes entre las y los niños en primer lugar, y entre estos y los adolescentes, en segundo, diferencia esencial si lo que se busca es la correcta y objetiva protección de las personas menores de edad, ya que no son iguales las necesidades de un niño de 5 años que las de un adolescente de 15.

Para lograr la efectiva protección al interés superior de las personas menores de edad, lo primero que habría que hacer, es buscar la intervención multidisciplinaria de expertos en temas de infancia, y realizar un estudio minucioso que de manera concreta y objetiva, nos indique cuáles son estas necesidades que en virtud de la diferencia entre niñas, niños y adolescentes existen.

En segundo lugar, y una vez planteadas las necesidades, primero como seres humanos, y segundo, propias de las personas menores de edad, habrá que diversificar cada una de las etapas por las que el ser humano pasa, desde que es concebido hasta cumplir dieciocho años tal como lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño, edad con la que se adquiere la mayoría de edad.

8. Finalmente y para el tema que nos ocupa, hay que instituir procedimientos que brinden mayor objetividad y no dejen al arbitrio de terceros, decidir qué es lo mejor para las personas menores de edad, así como criterios para quien los aplica, que a la vez que protegen a la infancia y adolescencia, les ayuden a adquirir las herramientas para ser cada vez más independientes. No se puede castigar a los niñas, niños y adolescentes, si antes no se les educa y enseña qué lo que hacen está mal y por qué, no se puede dejar a una niña o niño en una determinada escuela solo por el hecho de que es más cómodo o conveniente para los padres, si en ésta tiene un mal comportamiento y se ve claramente que de acuerdo a su carácter, cuestión que puede verse a partir de cierta edad, no es compatible, tampoco se puede pretender que las personas menores de edad estudien en una institución en la que la educación que se les imparte, no es complementaria de la que se les da en su hogar y así podría señalar muchos casos más, con lo que confirmo que la aplicación del principio del interés superior, debe, justamente por así convenir más a la infancia y adolescencia, aplicarse casuísticamente, protegiendo y a la vez guiando, a las niñas, niños y adolescentes para que se vuelvan cada vez más autónomos.

Para lograr lo antes planteado, el Estado, en su calidad de garante de los derechos de sus representados, debe instituir políticas públicas dirigidas a un efectivo estado de derecho que reconoce plenamente a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y ya no más, como objetos de protección.

Deberá garantizar que las familias, cuenten con las medidas suficientes que permita la permanencia de las personas menores de edad en el seno de las mismas, creando los mecanismos de empleo y educación para todos los miembros que la conforman.

9. De esta forma, el modelo sugerido, sería un modelo garantista, en el que se incluya tanto la protección a la infancia, como sujetos de derechos, como la libertad de la misma, para irlos ejercitando poco a poco. Para lo anterior, los Estados, la familia y la sociedad, debemos entender que las niñas y los niños, son personas que conforme vayan creciendo, irán adquiriendo capacidad para discernir que es lo que más les conviene para lo que los adultos, únicamente debemos colocar la base para el correcto desarrollo de las personas menores de edad, lo cual se logrará con la creación de mecanismos que garanticen a la infancia su lugar dentro de la sociedad a la cual pertenecen.

REFERENCIAS

- Alemaný García, Macario, Tesis de Doctorado, El concepto y la justificación del Paternalismo, Universidad de Alicante, España, 2005, p. 285
- ALSTON, Philip, *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, Ma. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994.
- ATIENZA, Manuel, *Discutamos sobre paternalismo*, Doxa, 1998, no. 5, p. 209
- BRAZELTON T BERRY, Stanley I. Greenspan, *Las necesidades básicas de la infancia, lo que cada niño o niña precisa para vivir, crecer y aprender*, Biblioteca infantil GRAO, España, 2000.
- CAMPBELL, Tom, D., *Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y future adulto*, en Fanlo Isabel (comp), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 107-141.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 2000, pp. 93 – 144, 271 – 421, 573 – 656.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, DFensor, no. 4, año V abril 2007.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, DFensor, no. 6, junio 2005.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, DFensor, no. 8, agosto 2005.
- Comité de los derechos del Niño, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención*, Naciones Unidas, 2006 Observación General No. 1, Naciones Unidas, 2001.
- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 1*, Naciones Unidas, 2001.
- Comité de los derechos del Niño, *Observación General No. 2*, Naciones Unidas, 2002.

- Comité de los derechos del Niño, *Observación General No. 4*, Naciones Unidas, 2003.
- Comité de los derechos del Niño, *Observación General No. 5*, Naciones Unidas, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, capítulo VIII, párrafos 56, 59, 60 y 61.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987.
- FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: Una contribución teórica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, núm. 90, Distribuciones Fontamara, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 5a. Ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 452
- GARCÍA M., Emilio, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 2ª. ed., México, Doctrina jurídica contemporánea, num. 7, Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 7-90, 157-166, 199-239.
- GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, Derecho, ética y política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Desde la modesta propuesta de J. Swift hasta las casas de engorde, Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*, Doxa, 15-16, vol. II, Universidad de Alicante, 1994, pp. 731 – 740
- GOLDSTEIN, Joseph I., *¿En el interés superior de quién?*, en Beloff, Mary (comp), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa, S.A., 2000, pp. 115-129
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 105 – 259, 342 – 389.
- GROSMAN, CECILIA, *Los derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998, pp. 23 – 75.

- HIERRO LIBORIO, L., “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación*, enero-abril 1991, núm. 294.
- MACCORMIK, Neil, “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right”, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1982.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos; un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989,p. 205
- OCHANTIA, Esperanza y Espinosa, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2007, pp. 29 – 140.
- RUBALCABA SUÁREZ, Juan Manuel, *El derecho del niño en México*, Universidad Iberoamericana, Tesis para obtener el título de licenciado en Derecho, pág. 13.
- SAGASTUME GEMMELL, Marco A., *La protección internacional de los derechos de la niñez*, CSUCA, San José, Costa Rica, 1997.
- SANTAMARÍA, Benjamín, *Los Derechos de las Niñas y de los Niños*, México, 1999, p. 13
- TRINIDAD NUÑEZ, Pilar, *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002.
- ZERMATTEN, Jean, El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico, Informe de trabajo, Instituto Internacional de los Derechos de los Niños, no. III, 2003, pp.1-24
- Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, 1992, tomo II, y IV.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil Federal

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Declaración Universal de los Derechos Humanos
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convención sobre los Derechos del Niño
Declaración de los derechos del niño
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados,
Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)
Convenio relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria,
Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional
Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores
Protocolo de San salvador
Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores
Código del Niño y el Adolescente de el Perú
Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal
Ley de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes del Estado de Jalisco
La ley para la Juventud del Estado de Guanajuato

Páginas de internet

Página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. www.scjn.gob.mx
http://www.custodiareponsable.org.mx/P_juridico.html
<http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2007/ni%C3%B1o07.pdf>
www.acnur.org/biblioteca/pdf/6074.pdf
www.cervantesvirtual.com/porta1/DOXA