



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR POR PARTE DEL JUEZ DE LO FAMILIAR EN
PRO DEL DESARROLLO INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES EVITANDO EL MALTRATO
INSTITUCIONAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
BRENDA PAOLA VEGA VEGA

ASESOR: MTRA. MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ



FES Aragón

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉX.

2011



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.

Dedico la presente tesis:

A Dios por permitirme llegar a este momento tan especial en mi vida.

*A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la
Facultad de Estudios Superiores Aragón por permitirme ser parte
de una generación de triunfadores y gente productiva para el país.*

A mis maestros.

*Gracias por su tiempo, por su apoyo así como por la sabiduría
que me transmitieron en el desarrollo de mi formación profesional.*

A mi asesor: Mtra. María Graciela León López

*Por su gran apoyo, paciencia y motivación para guiarme en la
elaboración de esta tesis y llegar a la culminación de la misma.*

Al honorable jurado:

Mtra. María Graciela León López

Lic. Laura Vázquez Estrada

Lic. Edmundo Olivares López

Lic. Noemy López Luna

Lic. Roberto Ponce Guerrero

*Por darme la oportunidad y su tiempo dedicado para presentarles
con respeto y humildad este trabajo de tesis.*

*A la memoria de mis abuelos: Romana Mercado y Gonzalo Vega
Los veo, felices en algunos de mis sueños y no temo, no existen los miedos.
En su mundo todo es placentero y nada es un simple recuerdo. Esos valores
que cultivaron en mi infancia fueron los que forjaron ese sabio don de la
responsabilidad y la perseverancia, conduciéndome a lograr mi más fiel anhelo.*

*A mi madre: Ana Ma. Vega Mercado
Por estar siempre en los momentos importantes de mi vida.
Gracias por mi oportunidad de existir, por tu sacrificio en algún
tiempo incomprometido, por tu ejemplo de superación incansable, por
tu comprensión y confianza, por tu amor y amistad incondicional,
porque sin tu apoyo no hubiera sido posible la culminación de una de
mis más grandes metas.*

*A mi tío: Lic. Arturo Vega Mercado
Por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan
y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir
adelante y por su cariño. Fuiste la inspiración que necesitaba para
iniciar y llegar al final de este camino, con la promesa de seguir
siempre adelante.*

*A mis tías Hilda, Araceli, Leticia y Martha
Por depositar su confianza, amor y comprensión en todo momento.
El objetivo logrado también es de ustedes y la fuerza que me ayudo
a conseguirlo fue su apoyo.*

*A mis amigos.
Por pasar a mi lado los momentos de mi vida universitaria y estar
siempre en las buenas y en las malas. Por lo que ha sido y será...Gracias.*

*Son muchas las personas especiales a las que me gustaría agradecer
su amistad, apoyo, ánimo y compañía en las diferentes etapas
de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y
en el corazón. Sin importar en dónde estén o si alguna vez llegan a leer
estas dedicatorias quiero darles las gracias por formar parte de mí, por
todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.*

*Con afecto
Brenda Paola*

ÍNDICE

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR POR PARTE DEL JUEZ DE LO FAMILIAR EN PRO DEL DESARROLLO INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EVITANDO EL MALTRATO INSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

Pág.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1 Génesis de la familia.....	1
1.2 Concepto y tipos de familia.....	5
1.3 Definición y contenido del Derecho de familia.....	10
1.4 Ubicación y autonomía.....	14
1.5 Instituciones del Derecho de familia.....	18
1.6 Conflicto, familia, niñez y Derecho de familia.....	23

CAPÍTULO II

LA INFANCIA

2.1 Las diferentes etapas de la infancia: su construcción y evolución histórica....	29
2.2 ¿Qué se entiende por niño?.....	36
2.3 La educación como elemento motor de la infancia.....	40
2.4 El niño y las necesidades humanas.....	44
2.5 Las necesidades de los niños y adolescentes, y sus derechos.....	49

CAPÍTULO III
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

3.1 ¿Qué se entiende por interés superior del niño?.....	54
3.2 Legislación que regula el principio del interés superior.....	59
3.3 La niñez y su derecho de opinión.....	74
3.4 Familia, Sociedad y Estado: concepción de la protección integral de los derechos del niño.....	78
3.5 Preeminencia del interés superior sobre otros intereses. Participación y promoción.....	82

CAPÍTULO IV
EL NIÑO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL
PRIMERO EVITANDO EL MALTRATO INSTITUCIONAL

4.1 Concepto y tipos de maltrato infantil.....	87
4.2 Maltrato institucional: definición y ámbitos de ubicación.....	93
4.3 Características del maltrato institucional.....	98
4.4 ¿Cómo se interpreta y aplica el interés superior del niño?.....	101
4.5 Aplicación del principio del interés superior del menor por parte del Juez de lo familiar evitando el maltrato institucional.....	106

CONCLUSIONES	128
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	132
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Durante siglos y en todas las culturas y civilizaciones, se ha dicho que la familia es el núcleo esencial de la sociedad y el eje impulsor de valores y principios fundamentales para el sano desarrollo del género humano y la realización individual de cada uno de sus miembros. Sin embargo, hoy en día, nos encontramos ante una profunda y aguda crisis de valores que han transformado nuestra actitud frente a la familia.

Siendo ésta el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad, el Estado cuyo interés coincide en este respecto con el de la familia, ha de intervenir ciertamente para que este grupo social cumpla la función que le está encomendada. El cual debe tender a dictar las medidas protectoras de orden moral, económico o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llenar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

Toda sociedad encuentra los más hondos y sólidos cimientos de su futuro en las generaciones jóvenes, que instruidas en forma adecuada y educadas de manera integral, serán el sustento de una nueva conciencia social y humana, que es el único camino hacia el desarrollo y la paz social. Ellos no sólo representan el futuro, sino un verdadero presente para todas las naciones del orbe. No es aventurado declarar que el progreso del país, depende de una niñez sana, feliz y emprendedora, llena de metas y energía para cumplirlas.

Habitualmente, la inversión en los niños se fundamenta en criterios relacionados con la producción, la ciudadanía y la integración social. Según estos respectivos enfoques, la niñez y la adolescencia son las etapas en que se definen las oportunidades de adquirir habilidades claves para participar en la estructura productiva y en la sociedad, así como para acceder a niveles adecuados de bienestar.

La importancia de estas oportunidades en el desarrollo de los menores ha sido reconocida incluso en el plano jurídico al aprobar las Naciones Unidas, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra un conjunto de compromisos relacionados con la sobrevivencia, la protección y la participación de la infancia. Esta Convención constituye el marco ético, político y jurídico que compromete a la sociedad a organizar la materialización de las oportunidades que determinan el desarrollo personal y social de sus miembros en las etapas tempranas de la vida. No obstante el inmenso valor ético y normativo que posee el mencionado instrumento, dichas oportunidades dependen principalmente de factores contextuales asociados al desarrollo infantil, tales como la capacidad económica del hogar en que se desenvuelven, el ambiente educacional al cual son expuestos en sus hogares, las condiciones físicas de sus viviendas, los servicios de infraestructura y salud a los que tienen acceso y el tipo de familia en la que crecen.

Es claro que el bienestar del menor depende del bienestar de la familia; por ello, a través de los apoyos puestos a disposición de la misma, los Estados en forma indirecta pueden lograr permanencia del menor en su grupo familiar de origen. Asimismo, cada Estado en su legislación interna determinará los atributos y competencias de las autoridades administrativas y judiciales dedicadas a la protección de los derechos del menor. Las legislaciones referidas a menores deben pasar por un proceso de integración con el consiguiente ajuste en su contenido para que se vayan adaptando a las necesidades de los cambios tanto en el tiempo como en las estructuras familiares y hasta de las nuevas tecnologías reproductivas. Corresponde, de esta manera, a los órganos legislativos promulgar leyes que protejan a los menores en sus derechos y libertades; que reconozcan como prioritario el interés del menor frente a otros intereses; y que procuren servicios y oportunidades para que los menores se desarrollen adecuadamente en el mejor de los medios posibles.

El concepto de *“interés superior del niño”* alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado. De manera general describe el bienestar del niño. Sin embargo, a raíz de que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que éste significa. Por esta misma razón, debe ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso. Una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que puedan afectar a esa resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

En este caso y dada la función en sociedad que representa el Juez de lo Familiar, se encuentra cada vez más obligado a reflexionar escrupulosamente sobre este tema y actuar en consecuencia; porque dentro de su labor cotidiana conoce de negocios en donde se controvierten derechos fundamentales de menores como lo es la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, alimentos, custodia, régimen de visitas, reconocimiento de paternidad, adopción, tutela, y demás instituciones jurídicas relacionadas con esta cuestión.

En apariencia, la legislación civil mexicana protege los derechos de los menores; sin embargo, cuando se desea garantizarlos es frecuente enfrentar serias dificultades. Por ejemplo, los juicios de pérdida de patria potestad, lejos de tener una resolución pronta y expedita a fin de otorgar la protección jurídica que el interés superior del niño exige, son un verdadero calvario judicial. De esta manera, se evidencia el vacío y las deficiencias de la legislación civil (familiar) frente a los derechos de los niños planteados por la Convención.

Si bien es cierto que el Juez de lo Familiar, en ejercicio de sus funciones, como cualquier Juez, está limitado en su intervención por las garantías constitucionales; debiendo además ser idóneo en derecho, más allá de tener conocimientos específicos de temas vinculados con la infancia. También lo es que

no basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.

En definitiva, el aplicador del derecho, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Y para lo cual también deberá existir una labor de sensibilización en que se procure siempre salvaguardar el principio del interés superior del menor.

Por otra parte, aquellos que se encargan de la administración de justicia han de ser conscientes de que en el ejercicio de sus funciones pueden causar lo que es conocido como “maltrato institucional”.

Desde el primer momento que un niño, niña o adolescente entra en contacto con la administración de justicia debe evitarse que este proceso se convierta en una agresión. Sin duda el niño es el ser más desprotegido, indefenso y vulnerable de nuestra sociedad. Deberá tenerse en cuenta el carácter evolutivo de la infancia y la adolescencia. La dilación en la solución de los casos puede llegar a constituir una forma de abuso, dado que los parámetros de tiempo de los estados de crecimiento del niño son distintos a los de los adultos. El riesgo para la integridad del niño o la niña puede verse aumentado por la demora en la acción de la justicia. Las sentencias o resoluciones judiciales atenderán al interés superior del niño, niña o adolescente, y no al de sus padres y, se prestará consideración a sus opiniones.

Especialmente deben evitarse los abusos verbales, el etiquetaje, los interrogatorios intimidatorios, los ritualismos y formalismos incomprensibles, la utilización del niño en procesos legales de separación y divorcio, el olvido de la presunción de inocencia, entre otras conductas.

Resguardar irrestrictamente el interés superior del menor, bajo el anterior contexto, constituye el eje principal de mi trabajo de investigación. Asimismo, y por lo anteriormente expuesto, es que se debería hablar cada vez con mayor vigor de llamado “*interés superior del niño*”; legislar, disponer instrumentos jurídicos, ser motivo de discurso político, crear establecimientos o corporaciones administrativas que tengan relación con este concepto.

Aquellos encargados de la administración de justicia en materia familiar deberían poseer formación específica y dedicación exclusiva para entender asuntos relacionados con la infancia y adolescencia, contando con el asesoramiento continuado de profesionales de las ciencias humanas y sociales; mismos que han de propiciar la creación, desarrollo y, sobre todo, la correcta aplicación de leyes tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las leyes de atención y protección a la infancia y adolescencia, etc.; la aplicación de éstas y otras leyes deberán ser flexibles, garantistas y permitir situar el interés de la persona menor de edad y su adecuado desarrollo evolutivo por encima de consideraciones legalistas o reglamentistas.

El carácter general y abstracto que representa el concepto de “interés superior del niño” exige que los impartidores de justicia reflexionen sobre su significado a partir del contexto social y de los casos particulares que enfrentan. Debido a que el contenido concreto que se le dé, en cada caso, estará en función de las concepciones que se tenga sobre la infancia y sobre el “desarrollo integral” de los niños, niñas y adolescentes.

En este tema los Licenciados en Derecho tenemos todavía una deuda pendiente que consiste en aceptar y desarrollar mecanismos de exigibilidad de los derechos de niños y niñas haciendo primar el *interés superior del menor*. Tenemos en nuestras manos las armas del Derecho, no cabe la menor duda, para hacer triunfar en el ámbito jurídico nacional y en el internacional una sana estructuración de la niñez y una adecuada protección a la misma.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1 Génesis de la familia.

No se puede establecer exactamente cuando surgió la familia pero se sostiene que en un principio predominó la promiscuidad o la libertad sexual, lo cual hace imposible concebir un tipo de familia propiamente dicha, así como determinar alguna filiación entre sus miembros, pasando por distintas formas de matrimonio, hasta que tomó importancia la convivencia con una sola mujer, de lo cual derivó inicial y necesariamente la filiación materna, que era la única filiación valedera, lo cual evolucionó hasta llegar más tarde a conocerse como el matriarcado, lo que para muchos autores es considerado como la base de la familia actual, al estimarse que con la llegada de la monogamia y la finalización de la poligamia, esto necesariamente llevó a su fin a la promiscuidad sexual.

Se debe tomar en cuenta que la unión del varón y la mujer en el acto amoroso responde a un instinto natural que no significa necesariamente la institución de la pareja. La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja. “El bien de los hijos constituye una necesidad que reglamenta y que fue seguida por normas sexuales en la vida de la comunidad, las que, junto con otras, constituyeron reglas de convivencia sociales a través de las cuales se pudo promover la convivencia y evitar la rivalidad y agresividad, atemperando los egosmos individuales”.¹

En este orden de ideas y yendo a tiempos históricos que son conocidos, se pueden señalar tres grandes etapas en la evolución del núcleo familiar: el clan, la gran familia y la pequeña familia:

¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Séptima edición, Porrúa, México, 2007, p. 1.

En los tiempos más remotos la sociedad estaba integrada por clanes. El clan es la familia primitiva que estaba constituida por una agrupación de familias cuyos miembros pretendían descender de un antepasado común y estaban sujetos a la autoridad de un jefe, quien ejercía el gobierno, administraba justicia y celebraba el culto. Esta agrupación familiar era el único ámbito social organizado en donde se desenvolvía la existencia total del individuo. Clan se llamaba entre los germanos y celtas; *gens*², entre los romanos y griegos.

El aumento de la población, el instinto de sociabilidad del hombre, los matrimonios entre los miembros de los distintos clanes, las necesidades del sustento, la guerra y factores geográficos y económicos, determinaron que estas estructuras patriarcales se fuesen uniendo y organizando hasta constituir el Estado, a quien transfirieron las funciones políticas.

Al quedar las familias integradas bajo el poder político del Estado, dentro del ámbito familiar subsiste, no obstante, la autoridad absoluta del *paterfamilias*³, quien preside una sólida comunidad compuesta por su mujer, hijos, clientes y esclavos, siendo el señor, juez y pontífice de su familia, con poder de vida y muerte sobre sus miembros. Tal es la gran familia, cuyo origen lo encontramos en la familia romana primitiva, que constituye, además, una organización económica que se basta a sí misma.

Posteriormente, la influencia de diversos factores contribuye a pulir los toscos contornos de aquella organización familiar. El crecimiento del Estado y el progreso del Derecho fueron cercando paulatinamente los poderes del *paterfamilias*, y a la vez, el desarrollo de las costumbres y la trascendental influencia del cristianismo suavizaron la antigua rudeza de la institución patriarcal, elevando la dignidad de la mujer y combatiendo el ejercicio arbitrario y absoluto de la patria potestad.

² *Gens*. Era una agrupación civil o sistema social en la antigua Roma. Cada *gens* comprendía a varias familias.

³ *Paterfamilias*. Era el hombre mayor en el hogar romano. Es un término latino para designar al "padre de la familia".

Finalmente, quedó modelada una familia de tipo patriarcal, compuesta por un amplio grupo de consanguíneos, que se caracteriza por una vigorosa autoridad paterna y marital, por el predominio del varón y la consiguiente posición subalterna de la mujer, y por la aglutinación de todos los miembros bajo la dependencia personal y económica del jefe de la estirpe, constituyendo el grupo un centro de producción económica en el que todos los miembros participan según un orden de jerarquía familiar. La familia consume lo que produce, vendiendo el excedente en un mercado preferentemente local. La función económica fortalece la unidad familiar, y el grupo solidariamente protege a sus miembros contra los riesgos de la existencia.

Tal fue el sistema de la gran familia o familia extensa, o familia patriarcal, dotado de una sólida estabilidad estructural, que tuvo su vigencia durante la Edad Media y hasta la época en que se produce la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

La pequeña familia o familia nuclear surge como consecuencia del proceso de industrialización y urbanización que se opera en los siglos XVIII y XIX. En efecto, la industrialización significó una verdadera revolución tecnológica y el lugar en que se realizó fue la ciudad y sus alrededores, por lo cual la urbanización aparece como un componente necesario del desarrollo industrial. Este proceso produjo una corriente migratoria del campo a la ciudad y la concentración de la mano de obra en torno a las manufacturas, circunstancia que fue separando a un número cada vez mayor de individuos y núcleos conyugales de sus respectivas familias-estirpes.

La antigua producción doméstica, que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar, cede el puesto a la organización industrial y comercial. Las funciones económicas, en adelante, son asumidas por los comerciantes, las empresas capitalistas y el Estado.

La familia ya no es la fuente de recursos económicos ni el lugar permanente de trabajo, ni tampoco el nacimiento de un hijo supone ya la aportación de una nueva fuerza de trabajo a la empresa común.

Los miembros de la familia han de trabajar fuera del hogar, incluso la esposa también debe abandonar el recinto hogareño a fin de allegar recursos para el sustento común. La división del trabajo y su especialización provoca la dispersión profesional de la familia, facilitada por los modernos medios de comunicación.

El fuerte impacto que el progreso técnico, la urbanización y el gran comercio produce en la antigua estructura familiar tiene por consecuencia disminuir la extensión, la cohesión y la estabilidad de la familia, y además de eliminarla como unidad de producción, reducida y dispersa, ya no logra tampoco cumplir su función asistencial en favor de sus miembros.

El desarrollo económico y cultural determinó también que la mujer trabajase fuera de su hogar y ejerza las más diversas profesiones, circunstancia que condujo a su emancipación civil y política. La mujer de nuestros tiempos ya no está sometida a la autoridad marital; ha conquistado la igualdad jurídica con el hombre y comparte con él la autoridad en la familia.

Han sido, en suma, fundamentalmente las circunstancias económicas las que han determinado la transformación gradual de la familia patriarcal, la gran familia, numerosa, autoritaria y estable, en la familia moderna, pequeña, nuclear, igualitaria e inestable, que resulta más funcional, más acorde con las condiciones económicas y culturales de una compleja civilización técnica, industrial y urbana.

Sin lugar a dudas la familia constituye un grupo social en el que las personas se agrupan y enlazan por vínculos ya sea conyugales, de parentesco u otros, generalmente para conservar y transmitir a las generaciones posteriores sus valores, costumbres, religión, instrucción, etc., esto con el fin de integrar una sociedad sólida, con valores y costumbres comunes.

1.2 Concepto y tipos de familia.

Como se ha referido, “los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias, las cuales reflejan una gran variedad de situaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, etcétera. Debido a ello, la familia es una institución que ha sido definida de muy distintas formas. Se le ha considerado como primera asociación humana, o como la célula natural y necesaria de la sociedad; también como el núcleo de toda organización social o el medio en el que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social; de igual manera, se ha dicho de ella que es la unidad económica que conforma la base de la seguridad material del individuo en sus diversas etapas de desarrollo, al principio en el seno de la familia en que nace y, posteriormente, en el de la familia que hace; asimismo, se le ha señalado como la institución cuyos miembros se relacionan por derechos, deberes y obligaciones recíprocos”.⁴

Es indudable que las costumbres familiares han cambiado, aun por encima de nuestra imaginación. Al hablar de la familia, se puede asegurar que todos entendemos de lo que estamos hablando, sin embargo, no significa lo mismo en todos los lugares del planeta, porque ahora la familia es una pluralidad de realidades.

Razón por la cual, el término familia posee distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en que se coloque el estudioso para reflexionar sobre ella y, por consiguiente, conocerla.

Por ello, se tratará el concepto desde tres enfoques diferentes: biológico, sociológico y jurídico.

⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Segunda edición, Oxford, México, 2009, p. 3.

El concepto biológico establece que la familia se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna. “La familia como fenómeno biológico abarca a todos los que por el solo hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan lazos sanguíneos entre sí; debido a ello, el concepto biológico de familia indefectiblemente implica los conceptos de unión sexual y procreación”.⁵

El concepto sociológico refiere la forma como se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, lo que nos coloca frente a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable, sino un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares. “La familia es el núcleo primario de la sociedad en general; el conjunto de familias componen el grupo social; los lazos de unión entre los miembros de una familia, hacen oponer un frente más sólido para la defensa y la posición de cada uno de ellos ante las situaciones adversas de la lucha diaria por la vida”.⁶ Precisamente, corresponde al Estado la carga y la responsabilidad de armonizar las relaciones entre los particulares para equilibrar la vida de uno, sea cual fuere su origen familiar, así como para fortalecer los valores tendientes a mantener en armonía las relaciones de todos los individuos.

El concepto jurídico atiende “las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los

⁵ *Ibidem.*, p. 4.

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil: “Familia”, Porrúa, México, 2006, p. 4.

miembros de la familia”.⁷ Es decir, considera a la familia a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. De este modo, “el concepto jurídico de familia abarca al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como a otras personas unidas bien sea por vínculos de sangre (a partir del matrimonio y el concubinato), o bien por vínculos civiles, a las que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones y otorga al mismo tiempo derechos jurídicos, como la adopción”.⁸

Por otra parte, algunos ordenamientos tanto internacionales como nacionales han intentado definir a la familia, entre los que se encuentran:

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Artículo 16. 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966.

Artículo 23.1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de

diciembre de 1966. **Artículo 10.1:** “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Código Familiar del Estado de Hidalgo. Artículo 2°: “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad y se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado”.

Código Familiar del Estado de Zacatecas. Artículo 3°: “La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”.

⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUESROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. cit., p. 5.

⁸ *Ibidem.*, p. 6.

El grupo familiar, hoy por hoy, lucha desesperadamente por encontrar dentro de la modernidad su propia definición y subsistir de acuerdo con los valores de su cultura. Sin embargo, para lograrlo la sociedad deberá aprender a entender a la familia desde nuevos enfoques, abriendo su criterio para aceptar sus nuevas organizaciones y adecuarlas a las circunstancias.

Finalmente, se puede definir a la familia como:

“La institución jurídica que surge de la naturaleza biológica, ética y social del ser humano; una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores) constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones regulados por el Derecho; tales relaciones deben darse en un ambiente de consideración, respeto a su dignidad e integridad física y psíquica, que está interesado en proteger el Estado”.

Debido a que la familia no es un modelo estático y, ésta ha ido cambiando su estructura e incluso algunas de sus funciones, se le puede clasificar en los siguientes tipos:

a) Nuclear o familia en sentido estricto. La compuesta exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos, es decir, el hombre, la mujer y sus hijos, los cuales, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva familia y aunque vivan separadas, están engranadas de una forma típica en redes alargadas de familiares por diversas partes.

b) Extensa o familia en sentido amplio. Es cuando en la misma se incluye, además de la pareja y de sus hijos, a los ascendientes de uno o de ambos de sus miembros, a los descendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos.

c) Monoparental. Es la compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de las madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nuevas nupcias o se unen en concubinato.

d) Reconstituida. Es el resultado de la unión (matrimonio o concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad, ya habían formado otra familia; generalmente este tipo de familia se compone por la nueva pareja (padre y madre), los hijos de ambos y los hijos de cada uno procreados con la pareja anterior.

e) Homoparental. En esta nueva forma de familia los hijos e hijas son gestados o criados dentro del marco de una relación homosexual entre dos hombres (gays) o dos mujeres (lesbianas) ya sea a través de la adopción o de inseminación artificial.—Cabe aclarar que con esta anotación, no se pretende entrar a debate respecto en si el desarrollo de los niños que crecen en familias con progenitores homosexuales es el adecuado—.

Constituida la familia como fuere, es decir, sólo por los padres o inclusive nada más uno de ellos y los hijos; algún miembro adicional como un abuelo, un medio hermano; algún sustituto, padrastro o madrastra, o hasta únicamente por la pareja o al contrario; la familia se traduce en un conjunto de personas ligadas por razones de matrimonio, concubinato o filiación con presencia fáctica en la sociedad a la que además de formarla, la apuntala y vigoriza en la medida del vigor y cohesión observado por cada uno de los anteriores núcleos familiares.

Cualquiera que sea el tipo de familia formada, “ésta ha surgido como respuesta a la necesidad del ser humano de convivir, especialmente con una persona del sexo opuesto y con esa unión enfrentar las contingencias cotidianas, para buscar y encontrar la complementación integral de lo que cada uno en la pareja puede ofrecer, con inclusión de la procreación misma”.⁹ La motivación de la familia en todas las formas que ésta se presente consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole.

⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.*, p. 4.

La familia constituye, además de una institución jurídica, social y económica; una comunidad de parentesco, natural, asistencial, protectora y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, entre las diferentes generaciones, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad.

1.3 Definición y contenido del Derecho de familia.

Al respecto del tema, habrá de comenzarse por definir:

Familia. “Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. // Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”.¹⁰

Derecho. “En general se entiende por derecho todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres [...]”.¹¹

De lo expuesto y considerando que basta un simple concepto o definición para caracterizar al Derecho de familia sin abrir juicio acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido, puede decirse que:

“El Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular la organización, vida y disolución de la misma”.

En el Derecho familiar caben tanto las disposiciones relativas a la constitución de la familia en virtud del matrimonio, como la disolución de éste; las que permiten la existencia de un patrimonio familiar, como las reguladoras de la filiación natural; la complejidad es causa condicionante de la notable dificultad para delinear una definición satisfactoria. Con tal reserva y con el propósito de comprender al Derecho familiar como regulador orgánico, propone Diego H. Zavala, en forma tentativa, la siguiente definición:

¹⁰ DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Trigésima tercera edición, Porrúa, México, 2004, p. 287.

¹¹ *Op. cit.*, p. 228.

*“Derecho familiar es la parte del Derecho civil que organiza a la familia como núcleo social fundamental, crea y regula las instituciones instrumentales para su estabilidad y cumplimiento de sus fines, norma la disolución matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y su promoción humana”.*¹²

En otro orden de ideas, Antonio Cicu citado por Gutiérrez y González, afirmó que “el Derecho privado se basa en el principio de la autonomía de la voluntad que permite a las personas crear, modificar, transmitir o extinguirlas consecuencias jurídicas que les atañen, pues sólo está presente el interés de los particulares. Por el contrario en el Derecho de familia, existe un interés público, esto es un interés del Estado en proteger a la familia, que es la célula de la sociedad, por lo cual la mayoría de sus normas son de orden público y, en consecuencia los particulares no pueden alterarlas ni modificarlas”.¹³ Es decir:

1. Sostuvo que la familia, objeto del Derecho familiar, tiene una integración distinta en las relaciones, respecto al individuo, a la persona, a la sociedad y al propio Estado.
2. Consideró que la familia es más importante que el Estado, ya que nace antes que éste y se manifiesta como un producto natural y necesario de la humanidad, y por ello el Derecho familiar representa y tutela un interés superior que limita el individual o personal.
3. El Derecho familiar es un tercer género diferente al Derecho privado y al civil, porque se protege el interés público de preservar la familia.
4. El Derecho familiar no regula los bienes, los derechos reales, la posesión, la propiedad, las obligaciones o los contratos; su objeto exclusivo es la familia y las instituciones que de ella derivan.

Por lo que, los derechos y obligaciones que se generan por las relaciones familiares, son fundamentalmente de interés público. Los derechos subjetivos que se conceden siempre son compuestos, es decir concurre al mismo tiempo el interés particular y el familiar, e instituciones como el matrimonio, el divorcio,

¹² ZAVALA PÉREZ, Diego H. Derecho Familiar, Porrúa, México, 2006, p. 12.

¹³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia, Porrúa, México, 2004, p. 80.

el concubinato, la filiación, el parentesco, los alimentos, la patria potestad, la tutela, la adopción y las sucesiones, al ser creadas por el poder público, mantienen características irrenunciables, intransferibles y no enajenables por regla general.

Ahora bien, ya que este Derecho no rige la libertad del principio de autonomía de la voluntad, en virtud de los deberes irrenunciables y la importancia social de las instituciones de su contenido, las cuales subordinan el interés personal al familiar, pueden definirse al Derecho de familia o familiar como:

“El conjunto de normas jurídicas de carácter privado que atienden vínculos personales y patrimoniales o ambos, que se dan entre los miembros de la familia, tanto entre sí, como los de éstos con terceros”.

Sabiendo que el Derecho de familia se encuentra sustentado en relaciones jurídicas patrimoniales y personales y de carácter privado, tanto entre sus componentes como respecto a terceros, nos da la cabal idea de las discusiones que se han desprendido de la naturaleza de sus normas. Toda vez que el Derecho de familia ostenta una carga altamente social, ética y moral, impuesta por la clase de relaciones que regula, de tipo personales, y que le imprime características peculiares, que lo hacen diferente del resto de las ramas del Derecho. Tiene la importante misión de normar jurídicamente la mayoría de las relaciones que tienen lugar en la institución humana más antigua que se conoce “la familia”, que por demás es un producto de la sociedad y responde a la estructura económica social que le sirve de marco.

Por lo antes expuesto, se puede decir que el Derecho de familia es parte del Derecho privado que se vincula con el Derecho público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar en cuanto a su constitución, organización y disolución. De ahí que la definición de Derecho de familia responde a la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco. En otras palabras:

“El Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos”.

Se ha considerar al Derecho de familia como la rama del Derecho más estable y a la vez la más cambiante entre todas las ramas de nuestro ordenamiento jurídico. La más estable, porque está constituida por las reglas para contraer matrimonio, definir la filiación; establecer los derechos y obligaciones de los miembros de la familia; y la más cambiante, porque establece las reglas para disolver el vínculo matrimonial y por tanto determinar qué sucede cuando se rompe este vínculo, a quién corresponde cumplir con la obligación alimentaria de los miembros que por cuestiones de edad o capacidad estén impedidos para sufragar por sí mismos esta necesidad, y otras cuestiones relativas a la materia. El Derecho de familia tiene como objetivo regular las relaciones así como dirimir las controversias que se susciten entre las personas que integran este núcleo.

De más está destacar la importancia y, por ende, la amplitud de la materia, ya que constituye el Derecho de la vida cotidiana, tanto en su connotación biológica más estricta como en lo concerniente a las relaciones primarias del sujeto desde antes de su concepción, pues de los vínculos filiales y parentales puede decirse que nadie se escapa, dado que la familia es el primer grupo en el que el hombre, social por naturaleza, está inmerso durante toda su vida. Por ende, es necesario que su organización sea cada vez mejor dirigida, debido a que dentro de la familia se adquieren las bases y los conocimientos principales de la conducta humana.

1.4 Ubicación y autonomía.

El Derecho se divide para su estudio en diversas ramas, atendiendo al contenido de sus normas o a las relaciones que se encarga de regular. Así, se tiene que existe el Derecho penal, el civil, el procesal, el Derecho del trabajo, en fin. Pero todos ellos se inscriben en tres grandes sectores que son el Derecho público, el privado y el social; que dicho de manera muy somera, se ocupan de regular las relaciones del Estado, de los particulares, y de ciertos grupos sociales necesitados de protección, respectivamente.

Antonio Cicu citado por Zavala Pérez, sostuvo que “[...] la familia no es un ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y tutela de Estado, sino debido a que los intereses que debe cuidar no son los de la generalidad. Al Derecho de familia debe asignársele un lugar independiente entre el Derecho público y el Derecho privado, es decir, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el Derecho familiar”.¹⁴

En este contexto, no es de extrañar, que haya juristas que se pregunten si efectivamente debe considerárselo como perteneciente al Derecho privado y si no estaría más propiamente ubicado dentro del público o como rama independiente de ambos. En este problema hay algo más que un interés puramente metodológico; implica en el fondo una cuestión conceptual que hace a la esencia de la familia en su relación con el individuo y el Estado.

En virtud de que las relaciones familiares se dan siempre entre particulares y no con los órganos estatales, algunos doctrinarios ubican al Derecho de familia en el ámbito del Derecho privado.

¹⁴ ZAVALA PÉREZ, Diego H. *Op. cit.*, p. 16.

Otros, aludiendo a la tutela del Estado sobre los intereses superiores de la familia, sostienen que debe salir del Derecho privado colocándolo en el campo del Derecho público. Algunos más han pretendido situarlo fuera de los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado y lo han colocado en un tercer grupo intermedio denominado Derecho social.

Si bien es cierto que la familia es un grupo social de interés público, en tanto constituye la base sobre la cual se finca la sociedad y, por lo tanto, es de interés del Estado que se constituya, consolide y funcione sólida y sanamente; también lo es que las relaciones entre los miembros de la misma son, ante todo, relaciones entre particulares.

Desde esta perspectiva, consideran Baqueiro y Buenrostro que “si bien éstas se encuentran acogidas y reguladas por el orden público, minimizando la autonomía de la voluntad privada, dada su trascendencia social, la ubicación del Derecho de familia dentro del ámbito del Derecho privado es correcta”.¹⁵

El Derecho de familia sigue considerándose parte importante del Derecho privado, y aunque algunos han pretendido segregarlo de esta rama del Derecho, por cuando a que se confunde el interés público que tienen la mayor parte de las relaciones familiares con el concepto de Derecho público, al que atañen las relaciones del Estado con sus gobernados.

Las disposiciones legales aplicables a la familia, no tienen como finalidad proteger el interés del individuo considerado aisladamente, sino como miembro del grupo familiar, pero es evidente que tampoco pueden identificarse los fines propios del Estado, aunque no se opongan, con los fines y las necesidades de dicho grupo.

La intervención del Estado si ha de ser eficaz debe tender a dictar medidas protectoras de orden moral, económico o social, que fortalezcan a la familia misma, y le permita satisfacer, de la mejor manera posible sus finalidades naturales como son la procreación, el sostenimiento económico y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

¹⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia, Segunda edición, Oxford, México, 2009, p. 11.

Sin duda, en el Derecho de familia se reproduce la estructura del Derecho público, porque el interés impuesto por la norma es siempre superior al interés individual. El Estado interviene en muchos de los aspectos reguladores del Derecho de familia con normas que se refieren en forma directa o indirecta a la familia, a la que protegen y promueven, y esto se explica por la importancia que esta institución tiene para la sociedad y para el Estado; pero lo hace sin la menor intención de coartar la libertad, de tal forma que en el Derecho de familia el interés individual se subordina al interés superior.

No debe pues, incluirse en el Derecho privado al Derecho de familia, pero tampoco puede estar comprendido dentro del Derecho público porque la familia no es un ente público. La familia desborda lo privado, y su presencia e influencia se observa en todos los ámbitos de la sociedad. No se puede, por tanto, concluir que solo predomina en materia familiar la voluntad del Estado, sino que la voluntad de las personas que integran la relación familiar es fundamental. Así lo demuestra la regulación jurídica del Derecho familiar en México.

“Destacados autores, Ruggiero entre ellos, consideran que el Derecho familiar se aparta del Derecho privado y también se sustrae del Derecho civil, constituyendo un derecho autónomo; en cambio, Valverde y Puig Peña continúan en la posición tradicional: el Derecho familiar es parte del Derecho civil”.¹⁶

El hablar de “Derecho de familia” responde a un impulso relativamente reciente que lleva a las normas reguladoras de tal ámbito a configurar una rama específica y organizada dentro del Derecho civil, o una rama del Derecho privado paralela al Derecho civil o, más aún, a encuadrarlo en la estructura del Derecho público en virtud del manifiesto interés social que sobre la familia existe y a la intervención de los organismos públicos que deben actuar o promoverse en beneficio de la institución familiar.

¹⁶ ZAVALA PÉREZ, Diego H. *Op. cit.*, p. 16.

Al impulso indicado en el párrafo anterior, respondió probablemente la creación en el Distrito Federal de los Juzgados de lo Familiar, distintos de los Juzgados Civiles, con competencia exclusiva para el conocimiento de las controversias del orden familiar. Las características que determinan la autonomía de una rama del Derecho, quedan definidas en los siguientes ámbitos:

1) Didáctico. Existe la autonomía didáctica al tener el Derecho de familia principios y métodos que lo distinguen de otras disciplinas y permiten su enseñanza o exposición estructural y organizada. Sin embargo, la enseñanza del Derecho de familia, en las escuelas y facultades de derecho del país aún se incluye en los cursos de Derecho civil.

2) Científico. Se produce ya la autonomía científica; hay una amplia bibliografía, se señalan diferencias profundas con el Derecho civil, que anteriormente lo comprendía.

3) Legislativo. La llamada autonomía legislativa, o con mayor propiedad, de codificación, se da en tanto existan ordenamientos especiales para regularla. El Distrito Federal carece de un código o leyes que de manera exclusiva regulen las relaciones familiares, las disposiciones vigentes en la materia siguen formando parte del cuerpo normativo de la rama civil, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo. Sin embargo, en la República existen Estados que cuentan ya con códigos especializados en la materia familiar, como ocurre en los casos de Hidalgo y Zacatecas.

4) Jurisdiccional. Se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de las controversias de la materia. La existencia de juzgados de competencia familiar exclusiva constituye una realidad que coadyuva a la independencia judicial del Derecho familiar y, con ello, a su autonomía. En la actualidad la jurisdicción familiar del Distrito Federal consta de 42 juzgados familiares de primera instancia y un mixto con competencia familiar, que es el de las Islas Marías; además, cuenta con cuatro salas de apelación familiar en la segunda instancia.

Simplemente, puede concluirse, que si bien es cierto que con el paso del tiempo adquiere mayor importancia y trascendencia el debate social sobre si el Derecho de familia es o no una rama jurídica autónoma, más importante ha de ser el hecho de procurar su eficacia.

1.5 Instituciones del Derecho de familia.

Con las reformas hechas en mayo del año 2000, se fortalecieron las normas relativas a la familia y la materia familiar sufrió una transformación inédita. Desde luego, es muy alentador la incorporación del capítulo denominado “De la Familia” en el Título Cuarto Bis, del Código Civil para el Distrito Federal, el cual contiene lo referente a los deberes, derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas familiares, sin importar cual fuere la figura o institución jurídica señalada por el ordenamiento civil que implique de alguna forma la relación familiar. Es decir, en estos artículos (del 138 TER al 138 SEXTUS), se regulan las relaciones jurídicas familiares que generan los deberes, derechos y obligaciones que se dan entre las personas que integran una familia.

Las relaciones jurídicas del Derecho familiar, son aquéllas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad y la tutela. Las relaciones familiares son de carácter privado, en virtud de que solo intervienen particulares como sujetos activos y pasivos de las mismas. Las relaciones familiares pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, porque fundamentalmente se originan vínculos que tienen carácter moral o simplemente humano (como ocurre en el matrimonio y en todos los deberes que impone el parentesco) principalmente entre parientes en línea recta o transversal hasta el segundo grado.

Algunos aspectos de las instituciones fundamentales para la constitución o integración de la familia son:

I. *Matrimonio.* Una de las instituciones jurídicas que nuestra legislación reconoce para formar una familia es el matrimonio. En este sentido, el artículo 146 del C.C., lo define como: *“la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código”*.

Hay que tomar en consideración que el matrimonio es una de las estructuras que sustentan a la sociedad en que actualmente vivimos, porque precisamente la familia tiene su inicio en forma legal a través de esta unión, calificada en el derecho como institución, y definida por sociólogos como una relación de cohabitación sexual estable y domiciliar entre un hombre y una mujer la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir.

En el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, los consortes tienen la común finalidad de constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Y para el logro de las finalidades comunes que impone esta institución se organiza un poder que tiene como objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social, en el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder asumiendo igual autoridad, lo que significa que se establece una igualdad entre hombre y mujer, integrantes del matrimonio.

II. *Concubinato.* Otra de las fuentes de las relaciones familiares es el concubinato. Situación de hecho regulada y reconocida por el Derecho. El artículo 291 BIS de la ley en cita, establece que los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos cuando no tengan impedimentos legales para contraer

matrimonio y que hayan vivido en forma permanente y constante por un periodo de dos años que precedan a la generación de derechos y obligaciones, y que no es necesario que transcurra el término antes citado cuando están reunidos los requisitos y tengan un hijo en común. Asimismo se menciona que si se establecen varias uniones en ninguna se reconocerá el concubinato y quien haya actuado de buena fe podrá demandar al otro una indemnización por daños y perjuicios. Una de las características principales que predominan en el concubinato es la permanencia, y que esta exista de un solo concubinario con una sola concubina, pues de no ser así no habría concubinato.

En el concubinato se genera un parentesco consanguíneo entre el hijo y sus progenitores, no así entre los concubinos, pues no son parientes, como tampoco lo son los cónyuges, pero existen algunos efectos jurídicos que los vinculan como los derechos alimentarios y sucesorios con independencia de los demás derechos y obligaciones reconocidos por el propio Código Civil para el Distrito Federal u otras leyes.

Si esta unión socialmente tiene la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en conducta igual a la de la esposa no hay razón por la cual no exista un auxilio y protección mayor para la familia formada, el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho.

III. Divorcio. El divorcio es otra figura jurídica que forma parte de los fundamentos de los derechos de familia. Se protege ahora al cónyuge inocente y a los hijos. De esta manera, el legislador plasmó su visión acerca de los problemas a que se enfrentaba la familia al momento de la disolución del vínculo matrimonial, pues en muchas ocasiones el cónyuge culpable se quedaba, por ejemplo, con la vivienda familiar por ser la persona titular del inmueble que había sido destinado durante la permanencia del vínculo, como hogar conyugal, mientras que el cónyuge inocente, en muchas de las

ocasiones, tenía que salirse de éste junto con los hijos y, al no contar con una vivienda, pues por lo general, su trabajo era en el propio hogar, se evadía sin sanción alguna el pago de la pensión alimenticia.

Doctrinalmente, el divorcio es la ruptura de un matrimonio valido en la vida de dos esposos. El divorcio engendra un estado civil especial entre los divorciados, produce consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia de los hijos y los divorciados quedan en posibilidad de contraer nuevo matrimonio en forma inmediata.

IV. Adopción. Otro de los fundamentos de los derechos de familia es la adopción, porque actualmente en nuestra legislación existe la posibilidad de que se les permita a los concubinos adoptar conjuntamente, cuando estén conformes en considerar al adoptado como hijo, aunque solamente uno de ellos cumpla con el requisito de ser mayor de veinticinco años o que exista una diferencia de edad de diecisiete años entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado, o bien sólo uno de ellos tenga medios para proveer la subsistencia y educación del adoptado. Por otra parte, algo importante es que en todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores atendiendo a su edad y grado de madurez. La adopción es irrevocable, y el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio.

El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.

Actualmente, la adopción es aceptada en la mayoría de los países, y rechazada en algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede sustituir los vínculos biológicos. La adopción solo puede llevarse a efecto ante el Juez de lo familiar, quien decretará la adopción cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la ley.

V. Patria Potestad. La patria potestad es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Es una figura jurídica que consiste en un conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.

Actualmente la patria potestad es considerada como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes, por lo que es un conjunto de deberes, derechos y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen durante el lapso de tiempo antes señalado.

Asimismo, la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse cuando tengan más de sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño, porque de lo contrario sería muy cómodo para los progenitores irresponsables renunciar a ejercer la patria potestad, quitándose tranquilamente de los deberes y obligaciones que adquieren en relación con los hijos. Es plausible que día a día se refuercen más nuestras leyes y sobre todo que no queden en el olvido haciéndose obsoletas e inaplicables.

VI. Tutela. La institución jurídica que tiene por objeto cuidar y representar a los menores no emancipados, que no tienen quien ejerza la patria potestad, o bien de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos así como para su representación en casos especiales, es la tutela; que de acuerdo al origen romano fue una institución netamente familiar, que constituía un derecho en interés de la familia, para el cuidado de los bienes del menor impúber, quien por su falta de madurez podía dilapidar los bienes familiares. Bajo la misma situación estaba el incapacitado mayor o púber y para este caso el encargado era denominado curador.

La tutela se ha preocupado por el cuidado de la persona del incapaz, considerándose a ésta más como una función con marcado interés público que como un derecho meramente familiar, en los sistemas modernos se ha dado más intervención al poder público a través de los jueces de lo familiar, consejos tutelares, y Ministerio Público, pues nuestro código establece que la tutela es un cargo público del cual nadie puede eximirse sino por causa legítima.

1.6 Conflicto, familia, niñez y derecho de familia.

El mundo ha visto múltiples transformaciones sociales y muchas más que se vislumbran, que han zarandeado y hecho sentir su presencia en la familia. Los cambios sociales han traído consigo variantes que repercuten en la composición e interactuar de este colectivo, mutaciones que desde luego generan desajustes en la normatividad vigente. En efecto, nada es más cambiante que el Derecho de familia. La flexibilidad de esta rama tiene que ser directamente proporcional a tales variaciones, que obligan a regular las nuevas pautas que desde luego desfasan notoriamente a las tradicionales estructuras y funciones familiares.

Esta crisis de cambio tan constante ha creado nuevas formas conductuales que tendrán que ser receptadas por la ley, a fin de garantizar la tutela de derechos fundamentales a los seres humanos. El modelo patriarcal, por fortuna envías de extinción, obliga a crear normas jurídicas más igualitarias y más democráticas que capten las nuevas relaciones familiares con los roles mucho menos estereotipados. La familia nuclear tuvo actualidad una década atrás, pero ahora se le pegan los monoparentales (sólo el padre o sólo la madre); reconstituidas (los tuyos, los míos y los nuestros); uniones de hecho (concubinatos, uniones libres, etc.); parejas homosexuales; donde la pareja es de distinta cultura; familias sin hijos y aquéllas donde los hijos y ambos padres trabajan; sin soslayar la familia extensa en donde cohabitan tres o más generaciones, ligadas por algún tipo de parentesco y fundamentalmente bajo la dirección del padre.

Al ser la familia transmisora cultural, su protección jurídica se hace muy necesaria, sobre todo cuando las conductas ya referidas nos dan una idea de que existen criterios y esquemas superados que demandan en la ley, respuestas nuevas a preguntas nuevas. Se busca dar pleno reconocimiento a la libertad que todo ser humano tiene para constituir el tipo de familia que quiera o pueda, porque al fin será ese su proyecto personal de vida, el cual invariablemente debe ser protegido.

Como un grupo social fundamental, la participación en la vida familiar genera una intensidad de emociones, en la que se encuentran inmersos tanto las obligaciones como los derechos de sus integrantes, y que al no cumplir con los mismos nacen las diferencias y los conflictos entre sus miembros.

En la actualidad, el conflicto se considera algo negativo. “La Real Academia Española lo define como combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión o materia de discusión. En términos psicológicos, el conflicto se define como la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos. El conflicto surge cuando se rompen las expectativas previstas por los sujetos”.¹⁷

El conflicto es inevitable en las relaciones sociales y puede adoptar un curso constructivo o destructivo. Se adopta un curso constructivo cuando se obtiene algún beneficio de la situación en crisis. Por el contrario, el curso es destructivo cuando se convierte en un círculo vicioso, el cual perpetúa las hostilidades y fomenta el antagonismo entre los participantes. Por tanto, la cuestión no es eliminar o prevenir el conflicto, sino enfrentarlo de tal modo que salgamos enriquecidos.

¹⁷ FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena. Manejo de conflictos y mediación, Oxford, México, 2010, p. 1.

Hay una definición muy simple de conflicto, elaborada por Priut y Rubin: *“Conflicto significa la percepción de divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente”*.¹⁸ Esa “percepción” de las partes proviene de sus vivencias y emociones estallando el conflicto cuando hay diferentes creencias, valores, intereses, sentimientos, objetivos, competencias personales o recursos resilientes. Principalmente, hay tres tipos de conflictos: ¹⁹

1. Aquellos que son causados por la relación entre los participantes, que tienen su origen en las emociones y en las falsas percepciones que un sujeto tiene acerca de otro. Es decir, estos conflictos se suscitan por motivos sentimentales; por ejemplo prejuzgar indebidamente a una persona o malinterpretar algunos hechos.
2. Derivan de la escasa información con que cuentan los individuos y la falta de comunicación entre éstos, lo que es el origen del conflicto. Frases como “yo no lo sabía” son comunes en este tipo de controversias; por ejemplo, cuando una persona no sabe que su conducta molesta a otra, porque esta última no se lo dice.
3. Se causan por el conflicto de intereses de los participantes. Este tipo de conflicto se presenta cuando las personas tienen necesidades incompatibles, como el dinero o el tiempo, o bien, cuando tienen diferencias contundentes respecto a sus valores, manera de hacer las cosas o forma de relacionarse. Estos conflictos son objetivos, pues no son sentimientos ni falta de comunicación los que ocasiona, sino la incompatibilidad de intereses.

¹⁸ HERRERA, Marisa. “El conflicto familiar”, La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, p. 122.

¹⁹ Vid. FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena. *Op. cit.*, p. 3.

“En el contexto de los vínculos humanos contemporáneos, es dable admitir una revolución de la afectividad, tensión entre autoridad y libertad, modos diferentes de ejercer la sexualidad, reacomodamiento de roles parentales, un lugar preponderadamente asignado al niño investido ahora de un nuevo poder genealógico capaz de proyectarse de manera diferenciada de sus padres, la homoparentalidad, diversas relaciones de dominio, igualdad y asimetría entre hombres, mujeres y niños, cierto desdibujamiento de la figura paterna en una familia gradualmente maternalizada, modos asexuados de procreación científica, relaciones virtuales, una organicidad social que atraviesa la familia con la economía de mercado, la globalización, la revolución de las comunicaciones y un mundo externo amenazante, caótico, violento, individualista y despersonalizante”.²⁰

La familia se ha construido, deconstruido y reconstruido, y parece avanzar hacia una modalidad en red fraternal funcionalizada sin jerarquías ni autoridad, con vínculos frágiles, ambiguos, inestables, flexibles, flotantes, desordenados y neuróticos.

No se puede soslayar que existen factores históricos, costumbres, tradiciones, prejuicios y mitos que influyen de manera determinante en la concepción fundamental sobre el matrimonio y que provoca que las parejas manejen conceptos equívocos y “románticos” que muy poco tienen que ver con la realidad de la vida matrimonial y con la orientación y verdadera educación de los hijos. Una vez celebrado el matrimonio, la pareja que se ha unido sobre bases falsas, empieza a enfrentarse con los múltiples problemas de la vida real. Muchas veces, sin poder o sin querer evitarlo, ve derrumbarse día con día la débil estructura de su matrimonio, y si a esto se añade la responsabilidad, el sacrificio y el cambio radical de vida que significa el advenimiento de los hijos, la situación se torna insostenible.

²⁰ HERRERA, Marisa. “El conflicto familiar”, *Op. cit.*, p. 123.

Los problemas de la pareja inciden necesariamente en los hijos, quienes se convierten en víctimas inocentes de maltrato de todo tipo, lo que les afecta de por vida y los obliga muchas veces a rebelarse y asumir actitudes antisociales o a separarse de sus hogares.

En el seno de la realidad social, que confrontamos, existen múltiples factores que influyen marcada y negativamente en el desarrollo conductual del niño y del adolescente. Circunstancias que la mayoría de las veces, obedecen a las influencias socio-culturales que contemplamos y cuya concurrencia lesiona y entorpece el desarrollo de la vida de los menores y los proyecta a conductas inadecuadas.

Las actitudes y acciones emocionales de cualquier miembro de la familia, se expresan en lo que necesita, cómo intenta conseguirlo, qué está dispuesto a dar en retribución, qué hace sino lo consigue y cómo responde a las necesidades de otros. El proceso de distribución de satisfacciones en la familia, está dirigido por los padres, en ellos reposa especialmente el que las expectativas que pone cada miembro, en otro, estén destinados a cumplirse razonablemente. En el mejor de los casos, este proceso va sobre ruedas y prevalece una general atmósfera familiar de amor y devoción mutuos. Pero si la atmósfera está llena de cambios y desvíos bruscos, pueden surgir profundos sentimientos de frustración, acompañados inevitablemente de resentimientos y hostilidad.

Sin embargo, hay que considerar que “dos personas que libremente se han comprometido a amarse y respetarse en base a su mutua complementación, tienen la magnífica oportunidad de hacer extensiva su realización a otros seres, los hijos, quienes criados en un ambiente de armonía y aceptación, florecerán en una nueva generación de adultos maduros y responsables, de manera que una sana célula social original irradiara sus beneficios en toda la comunidad política”.²¹

²¹ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, Quinta edición, Porrúa, México, 2006, p.8.

En una u otra forma, en casi todas las culturas y civilizaciones ha dominado la idea de que la sociedad será como sean las familias, si las familias están bien establecidas, bien ordenadas y funcionan bien serán la fuente de bienestar, grandeza y prosperidad sociales. Sin embargo, cierto es que la característica de nuestro tiempo es la total desarmonía de las relaciones del individuo con la sociedad. Los conflictos son inherentes a las relaciones humanas. Tanto en los núcleos familiares como en la sociedad en su conjunto, la forma en que los afrontemos y los medios que usemos para solucionarlos dependerán, en gran parte, de nuestra madurez y de las habilidades de comunicación con que contamos.

Por tanto, la familia debe ser el núcleo social que ha de favorecer al desarrollo de la personalidad de cada uno de los hijos. El individuo inicia su educación en la familia, por lo que es de gran trascendencia que ellos se desarrollen en un ambiente de buen ejemplo, tolerancia, armonía, comprensión y solidaridad, porque de la calidad de las actitudes sociabilizantes que reciba el niño desde su nacimiento, dependerá el encauzamiento social para su vida futura. Un ambiente familiar favorable proporcionará, además, que los hijos, mediante hechos prácticos, necesarios y naturales, aprendan a conocer el bien, los valores humanos y el cumplimiento de los deberes.

CAPÍTULO II

LA INFANCIA

2.1 Las diferentes etapas de la infancia: su construcción y evolución histórica.

La infancia no es sólo un fenómeno natural derivado del desarrollo o crecimiento físico, es además, y sobre todo, una construcción social, diferente en cada tiempo y geografía, incorporada dentro de una estructura social y manifestada en ciertas formas de conducta, que va más allá de los años que dura este período en la experiencia vital de cada una de las personas.

“La minoría de edad se caracterizó durante mucho tiempo por ser una situación de dependencia frente a otra de autonomía, propia de quienes ya normalmente desarrollados alcanzaban la necesaria madurez para regir su propio destino, la cual no debe ser vista sólo como un hecho cronológico, exacto y absoluto, sino que su extensión varía según las clases de relaciones que puedan entrar en juego; de la cultura, religión u ordenamiento jurídico de cada sociedad”.²²

La minoría era considerada como una situación sin importancia en la que el menor era simplemente un ser carente de las aptitudes necesarias para asumir las tareas de un adulto y sin trascendencia para el ámbito jurídico. Al menor se le otorgaba una protección genérica, directamente encomendada a salvaguardar el patrimonio y el linaje de quienes, en un futuro más o menos próximo, afirmarían la continuidad de la familia o del grupo social al cual pertenecían. Cabe hacer mención, el hecho de que la idea de ser niño ha sido una construcción histórica caracterizada por una constante marginalidad; desde la inexistencia, o invisibilidad social, hasta la idea de infancia meramente pasiva, receptora y objeto.

²² BRENA SESMA, Ingrid. “Evolución del derecho de menores una visión desde instrumentos internacionales. Transformaciones”, El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, Porrúa, México, 2007, p. 22.

Por ello, identificar el momento histórico preciso en que el niño aparece como personaje relevante de la sociedad es sumamente complejo; sin embargo, tres parecen ser las principales posturas respecto de la historia de la infancia:²³

La primera, representada por Philippe Ariès, quien puede ser considerado el precursor de este enfoque específico: el de reconstruir la evolución del concepto de niño a lo largo de la historia, sobre todo en Europa. Ariès, especialista en la historia de la vida privada, en su obra *“El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”* sostiene que el concepto de niño es de reciente aparición, ya que no es sino hasta finales del siglo XVI que la niñez comienza a distinguirse como etapa con características específicas. Antes de este momento, la infancia como categoría había sido ignorada y la prueba de esto se encuentra en las representaciones pictóricas de la época, en las que los niños aparecen como adultos en miniaturas, es decir, sin las proporciones fisiológicas propias de cada etapa de la niñez (esto es, cabeza más grande en relación con el cuerpo, cuerpo rollizo, etc.) y vestidos con ropas similares a las de los adultos. La consecuencia de este descubrimiento según el autor fue la segregación de la infancia del mundo adulto y el confinamiento del niño en la institución escolar.

La segunda postura puede representarse por la tesis de Lloyd De Mause, quien por el contrario, sostiene que en la antigüedad el maltrato infantil fue una práctica generalizada ya que los padres proyectaban sus propias frustraciones en sus hijos, siendo éstos quienes satisfacían las necesidades de afecto, vinculación, etc., de los mayores.

Una tercera visión propone que la atención hacia los hijos deriva de una inclinación natural tal como se desprende de la teoría sociobiológica, de tal forma que es posible concluir que el ser humano siempre ha cuidado de su descendencia como condición para la supervivencia de la especie.

²³ Cfr. GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. Ponencia: “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia”. Congreso Internacional de Derecho de Familia. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Noviembre 2005. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-153s.pdf>. Artículo consultado el 17 de julio de 2010, 17:20 PM.

Estas tres posturas confirman el hecho de que el concepto de infancia tal como se le considera hoy en día, es una construcción social que apareció en una época tardía de la historia; por lo que, aunque no es concluyente la idea de la existencia de un maltrato generalizado, si se puede considerar un serio cuestionamiento sobre el papel del niño en la sociedad sobre todo en el contexto de las relaciones paterno-filiales. Esto parece confirmado, por otra lado, por la evolución histórica de lo que se denomina “tratamiento jurídico a la infancia”, lo que hace referencia a la forma en que los derechos se relacionaban con la minoría de edad.

Respecto de dicho tratamiento jurídico, resulta igualmente compleja la descripción exacta del nexo entre minoría de edad y derechos, por lo menos en la antigüedad, pues la situación jurídica del niño se encontraba profundamente vinculada a la relación de filiación. Era común en los pueblos antiguos no reconocer al menor ningún derecho, ni siquiera el derecho a la vida. “Durante mucho tiempo el *paterfamilias* pudo matar, mutilar o arrojar de la casa a las personas sujetas a su potestad; podía incluso venderlas o darlas en prenda. Textos como el Antiguo Testamento enumeran pasajes que reflejan la dureza de trato hacia los menores. «Castiga mientras haya esperanza pero, recomienda, no llegues a matarle»”.²⁴ En relación con los menores, el Derecho romano creó importantes instituciones, tales como la patria potestad, la tutela, la curatela y la adopción. Sin embargo, el enfoque que el ordenamiento jurídico dio a estas instituciones fue más bien el del interés de los adultos en tener un continuador de su personalidad y la transmisión de la propiedad, más que de la protección de los menores. La patria potestad era el poder absoluto que ejercía el padre sobre la persona de sus hijos y los bienes que a éstos pertenecían; la tutela y la curatela se establecieron para evitar que los bienes, cuyo titular fuera un menor sin quien

²⁴ BRENA SESMA, Ingrid. “Evolución del derecho de menores una visión desde instrumentos internacionales. Transformaciones”, *Op. cit.*, p. 22.

ejerciera sobre ellos la patria potestad y que carecían de personalidad jurídica quedaran fuera del comercio por falta de un representante legal, y la adopción tenía como fin dotar de heredero al ciudadano que carecía de descendencia y darle una continuidad a su patrimonio y honrar a los antepasados y dioses domésticos.

Durante la Edad Media, el niño se vio diluido en los numerosos grupos familiares que constituían la base de la estructura social. La función del hijo consistía en continuar el linaje y alimentar la cantidad de miembros del clan para hacer más fuerte al jefe de familia y permitirle aumentar su poderío.

Es en el Renacimiento (siglos XV y XVI), cuando el hombre comienza a verse a sí mismo como individuo y el consiguiente paso de la familia extensa a la familia nuclear. El niño empieza a destacar como personaje central. Los movimientos iluministas del siglo XVIII reafirman explícitamente el derecho del niño a la libertad, Juan Jacobo Rousseau sostenía el valor absoluto de la personalidad del niño en su significado de autenticidad y de autonomía. “También fue ostensible el interés que la comunidad social manifestó por la situación de los menores; educadores y pedagogos, como Pestalozzi, Montessori, y novelistas como Dickens, han llamado la atención de la sociedad sobre la situación de los menores. Los conocimientos médicos y psicológicos han modificado criterios, los cuales han permitido una nueva concepción del menor”.²⁵ A finales del siglo XVIII ya se puede observar un sentimiento de infancia moderno por la separación de ésta en una categoría diferenciada de la adulta; sin embargo, no es suficiente para garantizar la adecuada satisfacción de sus necesidades. Al ser una fase de evolución acelerada, las características específicas y los requerimientos para un pleno desarrollo varían en cortos períodos de tiempo. La identificación y clasificación de estas etapas es resultado de muchos años de observación e investigación y constituye un esfuerzo por comprender el mundo infantil.

²⁵ *Íbidem.*, p. 23.

En este mismo orden de ideas, a lo largo de la historia también es frecuente encontrarnos con la inclinación de dividir la vida en ciclos relacionados con números mágicos. Al parecer, Hipócrates (460 a. C.) fue uno de los primeros en hacer una clasificación de las etapas de la vida, medidas por el número siete: bebé (de 0 a 7 años), niño (de 7 a 14 años), adolescente (de 14 a 21 años), hombre joven (de 21 a 28 años), hombre maduro (de 28 a 45 años), hombre de edad (de 45 a 56 años) y anciano. Galeno (131-201) propuso también una clasificación en cuatro fases, de acuerdo con los elementos cósmicos que predominan en cada una de ellas: infancia (aire), juventud (fuego), madurez (tierra) y vejez (agua).

En la Antigüedad, el trato estaba diferenciado por la vulnerabilidad del niño, e iba cambiando conforme a ésta. El destete significaba la superación del período de mayor dependencia y fragilidad, además de que el niño regresaba de la casa de la nodriza en donde permanecía a veces hasta tres o cuatro años y se incorporaba al círculo familiar. La siguiente etapa la constituía el tiempo durante el cual el niño asistía a la escuela y, finalmente, el momento de contraer matrimonio.

Durante la Alta Edad Media, la lactancia concluía cerca de los tres años y la mayoría de edad se alcanzaba alrededor de los 12 años, edad en la cual también se contraían nupcias. En la época feudal, se sabe que los primeros años de la vida significaban un enfrentamiento a cambios violentos, pues al reintegrarse al hogar familiar tras volver de casa del ama de cría, los niños dormían junto a sus padres en una cuna, hasta el momento de ir con los mayores a compartir su alcoba, así como sus ocupaciones y entretenimientos. La vida del niño transcurría enfrentándose a adaptaciones bruscas y difíciles, en las cuales se veía mezclado a muy temprana edad con personas mucho mayores y compartiendo sus trabajos y juegos cotidianos.

En el Renacimiento, los ciclos estuvieron determinados por el destete, y posteriormente por el comienzo de la educación (ya sea con un preceptor o enviándolo a la escuela a los siete años). Se dirige prioritariamente la educación escolarizada a los niños de entre 7 años (“la edad del juicio”) y los 12 años (“las amenazas de la pubertad”).

Ariès sostuvo que hasta mediados del siglo XVII había una división entre la primera infancia, que abarcaba hasta los 5 ó 6 años, edad en la que el niño se separaba de su madre o niñera, y entraba en el colegio; posteriormente se retrasó este ingreso a los 10 años. A partir de su incorporación a la escuela, convivían indiscriminadamente alumnos de todas las edades: muchachos de 10 a 14 años, adolescentes de 15 a 18 y jóvenes de 19 a 25 años asistían a los mismos cursos.

“Jan Amos Komensky (1592-1670) advierte la inconveniencia de esta situación y señala que la escuela debe ajustarse a los períodos de crecimiento: infancia, puericia, adolescencia y juventud. Esta aspiración de Komensky tarda en ser una realidad, pues la diferencia de edades en una misma clase será muy pronunciada hasta el siglo XVIII; sin embargo, existe ya una noción de la conveniencia de la separación por edades, tanto por habilidades y conocimientos como por finalidades. Surgen así las “promociones”, grupos de edad que acompañarán al individuo el resto de su vida”.²⁶

En Rousseau se advierte una noción bastante avanzada de las diferencias de acuerdo con las etapas. Divide la infancia en cinco períodos:

- a) Primer estado de la infancia: nacimiento, lactancia, desarrollo de capacidades psicomotrices.
- b) Segundo estado de la infancia: adquisición del lenguaje, desarrollo de cierta autonomía y conciencia de sí mismo. Se le empieza a considerar como ser moral y tiene necesidad de libertad bien regulada.

²⁶ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 53.

c) Tercer estado de la infancia (de 12 a 13 años): excedente de facultades y de fuerzas, actividad y curiosidad, primer libro.

d) Pubertad (16 años): desarrollo de la sexualidad, crisis, cambios físicos, identidad sexual (conciencia de su sexo).

Durante el siglo XIX se identifican tres momentos importantes de la infancia: la primera infancia, reservada a la madre y feminizada ²⁷; el niño de ocho años, que se considera está entrando a la edad de la razón y el cual es objeto de atención de legisladores, moralistas y médicos; y el adolescente, objeto de inquietud por las inclinaciones sexuales que aparecen durante este período.

Finalmente, durante el siglo XX, gracias en buena medida a Piaget, se definen claramente las etapas de la infancia, sus características y necesidades especiales. “A Piaget se debe, según la opinión aceptada, el haber establecido etapas claramente definidas a través de las cuales el niño adquiere su desarrollo intelectual, conquista el lenguaje, se convierte en el centro del universo, se interesa por el mundo que le rodea, conquista el pensamiento lógico, se vuelve realista y se socializa. [...] El conocimiento de las etapas de la infancia resulta fundamental para una atención adecuada a las necesidades de los niños. Muchos fueron los estudiosos que, además de Piaget, se preocuparon por conocer y explicar el desarrollo que se produce durante los primeros años de la vida del hombre”.²⁸

Debido a que durante la niñez se produce un desarrollo acelerado, lo que tiene como consecuencia grandes cambios en cortos períodos de tiempo; la identificación de estas fases de la infancia no significa negar la continuidad del desarrollo, sino que implica reconocer las estructuras propias de cada edad y atender y comprender al niño de acuerdo con éstas.

²⁷ El niño llevaba faldas y cabellos largos hasta los tres o cuatro años y se movía entre su madre o niñera. Durante este período los juguetes comienzan a ser objetos de uso corriente en las ciudades, no así en el campo.

²⁸ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Op. cit.*, p. 54.

Significa producir un reconocimiento a la infancia respecto de su especificidad y de su autonomía, con una actitud de mayor cuidado a nivel social. El niño comienza a ser respetado, asistido, educado y acompañado durante su crecimiento. La infancia y la adolescencia comienzan a ser concebidas no sólo como etapas de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social, sino también jurídica.

2.2 ¿Qué se entiende por niño?.

Ser niño, como ha quedado descrito, es un concepto que cambia según el contexto histórico y social, y muchas veces es un concepto sujeto a las ideas del Estado. Normalmente, se considera que los niños son aquellos individuos que transcurren por la primera instancia de la vida conocida como infancia y que es anterior a la pubertad. Si bien los bebés son considerados por algunos profesionales como niños, otros sostienen que esa etapa es anterior a la niñez, por tanto las posibilidades son variadas y no del todo definidas. Uno de los aspectos que pueden ser utilizados para comprender lo que es un niño es el hecho de que no son considerados adultos y que por tanto deben ser protegidos y cuidados por aquellos mayores de edad. “La palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o bio-psíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescencia, joven, adulto o anciano”.²⁹

Niño o niña, desde el punto de vista de su desarrollo psicobiológico, es la denominación utilizada a toda criatura humana que no ha alcanzado la pubertad. Como sinónimo de infantil o pueril, el término se aplica a quien no es considerado adulto, así como también a quien previa a la adolescencia vive su niñez. En términos generales, o jurídicos, niño es toda persona menor de edad.

²⁹ BELOFF, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, Argentina, 2008, p. 145.

Se denomina adolescente a los individuos que se encuentran entre los 12 y 18 años de edad, la edad es aproximada, ya que a diferencia de las otras etapas por las cuales también pasa una persona, la de la adolescencia puede variar de un individuo a otro, incluso las culturas y hasta el sexo, a veces, también intervienen en dicha determinación. La adolescencia es esencialmente una época de cambios. Trae consigo enormes variaciones físicas y emocionales, transformando al niño en adulto.

El artículo 2° de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes refiere:

“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”.

La Convención sobre los Derechos del Niño ³⁰, de Naciones Unidas, considera:

“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”(artículo 1°).

Lo citado, confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto -y a este sujeto- como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. En este sentido, “el concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho”.³¹

Puede considerarse que la palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno (o amplio) ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos, unaposibilidad que surge en el pasado desde el nacimiento, o antes inclusive ³²;

³⁰ En adelante la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención.

³¹ BELOFF, Mary. *Op. cit.*, p. 145.

³² Declaración de los derechos del niño no nacido; principio segundo: “La ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano en la adopción de medidas legislativas a este efecto. El interés del niño que va a nacer debe constituir la consideración determinante que es el interés del niño: su primer y mayor interés es el de la vida”.

y la capacidad de ejercicio de ellos, una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos. En sentido contrario, “la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad para actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen la capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.³³

Entonces, puede considerarse que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de la Convención, tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. Sin embargo, también queda manifiesta la enorme dificultad de establecer un criterio de delimitación de la infancia, sobre todo cuando se pretende incluir el periodo de adolescencia, que presenta diferencias significativas entre los sujetos -tanto respecto de su duración como de sus características- dependiendo de factores culturales, ambientales, etc.; reflejándose una de las grandes carencias de la Convención respecto de la falta de distinción entre las distintas fases de la infancia, especialmente la adolescencia.

“La no diferenciación de la Convención tiene un doble efecto, pues por una parte el adolescente queda cubierto por la protección especial, lo cual puede ser positivo en tanto le garantiza ciertos derechos como educación, salud, nutrición, etc., pero podría también estar limitándose el desarrollo y ejercicio de la autonomía (que también es una necesidad). En este sentido, la Convención parecería responder al viejo criterio de considerar a la infancia como una clase

³³ *Íbidem.*, p. 107.

homogénea y, en cierta medida, caracterizada por la incapacidad del sujeto, y no responder a la visión del desarrollo como un proceso gradual de adquisición de nuevas habilidades”.³⁴

Esta situación podría tener como consecuencia la justificación de un paternalismo indiscriminado, en el entendido de que todos los que se encuentren en ese rango de edad son incompetentes, sin tomar en consideración la necesidad de ir ejerciendo paulatinamente sus libertades.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la posibilidad de que los ordenamientos internos de cada país establezcan un criterio propio (siempre y cuando sea anterior a los 18 años) para alcanzar la mayoría de edad, el umbral estipulado puede desconocer las diferencias significativas entre distintas culturas, pues se ha demostrado que la adolescencia prolongada es un rasgo de las sociedades industrializadas. En esta línea han sido dirigidas algunas de las críticas a la Convención, por considerar que puede tratarse de un documento en el que predomina la visión occidental de la infancia, e ignora que ésta, resulta ser uno de los grupos humanos atravesado por un mayor número de diferencias de todo tipo, no solamente por las discrepancias entre etapas, sino debido a que es fácil deducir que los niños sufren las diferencias sociales que afectan a los mayores bajo cuya guarda se encuentran. De tal manera que el agrupamiento de todos los seres humanos en el rango de edad comprendido hasta los 18 años en la categoría niño podría ser arbitrario, y reflejar únicamente la concepción de la infancia y la realidad de los niños y adolescentes de los países económicamente desarrollados.

“Si bien es cierto que la infancia no puede considerarse una categoría homogénea que incluya a los niños de todas las edades y de todo el mundo, como han señalado algunos autores, el único camino viable para el reconocimiento de derechos para los niños es a través del establecimiento de una frontera consensual que indique el ámbito de aplicación de las normas”.³⁵

³⁴ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Op. cit.*, p. 398.

³⁵ *Ibidem.*, p. 399.

Ha quedado manifiesta la dificultad de determinar una edad precisa que sea aplicable a todas las culturas, de tal manera que la mejor solución parece el consenso social adoptado por la Convención sobre los Derechos del Niño: *cada país determina la edad en la que el niño se convierte en un "adulto"*. Tampoco habrá de importar su raza, su color, su sexo, su idioma, su religión, su nacionalidad, sus opiniones políticas o si es pobre o rico, igualmente, tampoco importa si tiene o no padres o si posee algún tipo de impedimento físico o mental, puesto lo que realmente importa es el hecho de que toda la ciudadanía conozca o entienda que la infancia es una "zona sagrada que se debe respetar", a fin de poder vivir digna y libremente en un Estado social y democrático de Derecho, con todas las garantías constitucionales que nos amparan, entre ellas el establecimiento del respeto y de la tolerancia de y hacia la población en general.

Esto nos permite, una verdadera construcción del concepto de niño y el estudio de sus características, haciéndonos más competentes para tratarle y proporcionarle las herramientas necesarias para estimular su desarrollo y evitar prácticas que podrían causarle daño o sufrimiento innecesarios. Existe una tendencia a la protección integral del niño como ser humano, para integrarlo armónica y plenamente en la convivencia social.

2.3 La educación como elemento motor de la infancia.

La educación es un proceso de socialización y endoculturación ³⁶ de las personas a través del cual se desarrollan capacidades físicas e intelectuales, habilidades, destrezas, técnicas de estudio y formas de comportamiento ordenadas con un fin social (valores, moderación del diálogo-debate, jerarquía, trabajo en equipo, regulación fisiológica, cuidado de la imagen, etc.).

³⁶ Endoculturación. Es el proceso por el cual la generación más antigua transmite sus formas de pensar, conocimientos, costumbres y reglas a la generación más joven.

El desarrollo de la infancia entre los 6 y los 11 años de edad es decisivo para consolidar las capacidades físicas e intelectuales, para la socialización con las demás personas y para formar la identidad y la autoestima de los individuos. La familia, la comunidad y la escuela son esenciales en esta etapa de crecimiento acelerado que requiere las condiciones adecuadas para lograr un mejor desarrollo para el aprendizaje, el juego y el descubrimiento, así como para estimular la motricidad y la creatividad. Esta etapa es fundamental también para aprender normas sociales y adquirir valores como la solidaridad y el sentido de justicia.

Es innegable que en los últimos tiempos el tema del derecho a la educación ha cobrado gran importancia; especialmente en los períodos de ingreso a los distintos niveles educativos. Esto se debe a que es la puerta de acceso más importante para el desarrollo de las personas, y forma parte del catálogo de los derechos y libertades fundamentales reconocidas nacional e internacionalmente.

En el plano nacional, el derecho a la educación se encuentra reconocido por el orden jurídico mexicano como una garantía individual. En ese sentido, hay que partir de lo previsto por la propia Constitución Política, que en su artículo 3º, contiene las bases del sistema educativo nacional, así como un conjunto de conceptos indispensables para el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana, para la preservación de la soberanía nacional y para el desarrollo de la justicia y la armonía social.

El derecho a la educación, significa no sólo la garantía de tener un lugar en un aula, es fundamentalmente el derecho de aprender y, sobre todo, a tener acceso a oportunidades de desarrollo humano, constituyendo, por tanto, un derecho inalienable de todas las personas. De ello, se desprenden por una parte, los propósitos y valores básicos que la educación debe fomentar; y por otra, se encuentran una serie de derechos que los individuos y las sociedades tienen frente a los Estados.

Como exigencia para el disfrute del derecho a la educación pueden extenderse tres variantes principales: la igualdad de oportunidades con referencia a una oferta educativa diversificada (que implica la existencia de una pluralidad de centros de enseñanza, diferentes en cuanto a metodología e ideología, privados y públicos); la igualdad de oportunidades para el acceso a una determinada institución, y la igualdad de oportunidades para aquellos estudiantes ya inscritos en una institución; pero que no garantiza de manera efectiva el ingreso al sistema educativo.

A la luz de estas premisas es evidente que el sistema educativo nacional debe guiarse por los valores fundamentales que establece el artículo 3° constitucional, pero también debe preservar los principios que hagan realizable la equidad en la educación, la eficiencia, la calidad de la enseñanza que se imparte y el principio de igualdad de oportunidades. La Convención sobre los Derechos del Niño también reconoce el acceso a la educación señalando:

Artículo 28.1. *Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:*

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;*
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.*

La educación formal proporciona al sujeto las herramientas para desenvolverse en la sociedad a la que pertenece, y es mediante esta institución (junto con la familia y otras organizaciones sociales) que se preserva y transmite la cultura. Aparentemente también este tipo de enseñanza ha intervenido en la formación de nuevas estructuras mentales y formas de relación.

Corresponde a los padres, por naturaleza misma, conceder los cuidados necesarios para que los hijos se logren y libren la primera etapa de su vida; debiendo mantenerlos, educarlos, protegerlos y hacer lo posible para que éstos crezcan, se preparen y evolucionen en un ambiente adecuado y así su participación en la vida diaria sea con la preparación mínima para hacer frente a las circunstancias y contingencias que ello trae aparejado para cualquiera. La participación de los progenitores en el desarrollo, preparación y formación de los hijos debe ser con la aplicación, responsabilidad y respeto requeridos en todo caso, con la orientación y conducción aconsejables en particular para cada hijo. Inclusive, a los progenitores corresponde inculcar en sus hijos los sentimientos de respeto, reconocimiento, y hasta de admiración y amor que éstos deben profesarles en condiciones normales y llevarán ello adecuadamente con el buen ejemplo, la mesura y el respeto que la relación merece.

Sin embargo, “difícil y complicada es la educación familiar en nuestro tiempo. Buscar orientación en materia educativa resulta hoy de una complejidad abrumadora, por la abundancia de opiniones contradictorias. *No es el hijo un objeto propiedad de los padres: es un ser individual provisto de derechos.* Muchas veces por desgracia los padres desconocen totalmente al niño, desconocen los pasos de su desarrollo psicológico y afectivo”.³⁷ Por ello, ni golpes que duelan ni palabras que hieran; hay que educar con ternura. Educar con ternura no es otra cosa que promover en los niños, niñas y adolescentes los valores de tolerancia, respeto, aceptación de las diferencias, justicia, equidad, no discriminación y autonomía, que permitan redefinir los papeles, las normas y dotar de nuevas herramientas pedagógicas a maestros, maestras, padres y madres de familia para que privilegien el aprendizaje por medio de la vivencia de experiencias que sean acordes con el respeto a la dignidad de los niños y las niñas. La educación del niño ha de ser dirigida hacia el desarrollo de su personalidad, el desarrollo del respeto a los derechos humanos, la preparación del niño para una vida responsable y el inculcamiento de la tolerancia.

³⁷ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, Quinta edición, Porrúa, México, 2006, p. 48.

2.4 El niño y las necesidades humanas.

El tema de las necesidades humanas ha sido objeto de estudio durante mucho tiempo en distintas disciplinas. Una de las primeras formulaciones teóricas se encuentra en los trabajos de Marx, pues del contenido de su obra se desprende una concepción de las necesidades como creaciones humanas derivadas de la evolución de la sociedad en la historia, es decir, que no pueden entenderse como necesidades universales. Por otra parte, las necesidades también han sido explicadas desde la perspectiva psicológica, identificándolas con los instintos (Freud y psicoanalistas), con la motivación (Murray), o con objetivos y estrategias para evitar daños graves (Bay y Galtung). Finalmente, las necesidades se han propuesto también como criterios de justicia y legitimidad de los sistemas políticos y como fundamento de ciertos derechos de contenido social y económico.

Para efectos prácticos, únicamente se mencionara la teoría del psicólogo Abraham Maslow: *Necesidades como impulsos*.

El propósito de Maslow en su libro *Motivation and Personality* (1954) es hacer una teoría de la motivación humana partiendo de la base de que el individuo es un todo integrado, y descubre en las necesidades básicas el elemento común a los seres humanos que motiva sus comportamientos, más allá de las diferencias culturales. “Nuestra clasificación de necesidades básicas es, en parte, un intento por determinar esta unidad, tras la diversidad aparente de una cultura a otra [...], las necesidades básicas son más comunes que los deseos superficiales o los comportamientos”.³⁸

Maslow, propone como alternativa a la explicación de la motivación a través de los instintos la existencia de necesidades básicas con carácter *instintoide*, en el sentido de que son exclusivas de la especie humana, actúan como motivadoras del comportamiento humano y son resultado de la herencia en interacción con el medio ambiente.

³⁸ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Op. cit.*, p. 107.

Estas necesidades están ordenadas jerárquicamente de tal manera que para que las necesidades superiores puedan aparecer es requisito que se encuentren satisfechas (por lo menos parcialmente) las necesidades inferiores. Así, el concepto de satisfacción de necesidades es tan decisivo como el de privación, pues libera al organismo y permite la aparición de impulsos superiores. Sin embargo, reconoce el autor que la jerarquía, aunque aparece en la mayoría de los casos, no es tan rígida y admite la existencia de excepciones, además de que hay grados de satisfacción relativa de las necesidades que permiten la aparición de las superiores. El orden propuesto por Maslow es el siguiente: ³⁹

1) Necesidades fisiológicas. Son las necesidades más básicas, cuya satisfacción (aunque sólo sea relativa) es la condición de posibilidad para que aparezcan las necesidades sociales (Necesidad de respirar, beber agua, y alimentarse, necesidad de dormir y descansar, necesidad de evitar el dolor, necesidad de amar y ser amado).

2) Necesidades de seguridad. Estas necesidades pueden, al igual que las fisiológicas, actuar como organizadores exclusivos del comportamiento cuando se experimenta una carencia importante. Maslow pone las reacciones de los niños como ejemplo de este tipo de necesidad, ya que los pequeños no inhiben la expresión de sus sensaciones y sentimientos ante el peligro y se puede observar más claramente su funcionamiento: “los niños reaccionan de una forma total y como si estuvieran comprometidos, si son molestados o apartados súbitamente de algo, alarmados por grandes ruidos, o por una luz muy fuerte, por un trato áspero, por pérdida general de ayuda de los brazos de la madre, por protección inadecuada u otro estímulo sensorio poco corriente”. A medida que va creciendo, mediante el desarrollo cognitivo el niño va superando el miedo a través del conocimiento de las cosas. El pequeño necesita vivir en

³⁹ Vid. *Íbidem.*, p. 109.

un ambiente estable, previsible, confiable y seguro, en un mundo organizado y la familia juega un papel decisivo en la satisfacción de esta necesidad, pues al tiempo que brinda equilibrio le permite asirse a sus padres protectores en caso de peligro. Los niños que tienen una familia amante y protectora perciben el mundo como un lugar seguro.

3) Necesidades de pertenencia y amor. Este tipo de necesidades se refiere al “hambre” de afectos y pertenencia a un grupo; comprenden el amor en sus aspectos pasivo y activo: dar y recibir.

4) Necesidades de estima. Incluyen la necesidad de autorrespeto, autoaprecio y consideración por parte de otros, el sentimiento de valía, fuerza, capacidad y suficiencia de ser útil y necesario en el mundo, pues de lo contrario surge un sentimiento de inferioridad, debilidad e impotencia. Se clasifican en dos categorías: a) suficiencia, competencia, confianza, independencia y libertad, y b) reputación, prestigio, reconocimiento y aprecio.

5) Necesidades de autorrealización (“self-actualization”). Esta necesidad deriva de la tendencia del hombre a actualizar sus potencialidades: “Un hombre tiene que ser lo que puede ser”. La aparición de esta necesidad descansa en la satisfacción de las necesidades fisiológicas, de seguridad, de amor y de estima.

Las necesidades básicas son “aparentemente los únicos fines en sí”; sin embargo, el autor señala que se requiere de ciertas condiciones sociales como requisitos previos para la satisfacción de las mismas: libertad de expresión, información, derecho a la justicia, a la equidad y honestidad.

Aunque el trabajo de Maslow no se enfoca a la etapa infantil, atribuye una gran importancia a este periodo de la vida, pues la satisfacción adecuada de las necesidades básicas propicia la formación de una personalidad autónoma y segura con un grado mayor de tolerancia a la frustración durante la edad adulta.

Por el contrario, una insatisfacción crónica de las necesidades básicas durante la niñez puede tener como consecuencia una patología posterior: “las personas que han estado seguras y fuertes en los años tempranos, tienden a permanecer seguras y fuertes después, frente a cualquier cosa que amenace”. La visión de Maslow acerca de la motivación basada en las necesidades humanas es de gran ayuda en el esfuerzo por formular una teoría de necesidades básicas universales. En primer lugar, pone de manifiesto la complejidad del ser humano y de las necesidades como elemento común a todos los hombres, así como la relación entre carencias importantes en la satisfacción de éstas, especialmente durante la infancia, y la aparición de dificultades en la vida adulta, en concreto graves trastornos de personalidad.

Como se ha referido, la infancia es un período de la vida humana de desarrollo acelerado en el que se van transformando los distintos aspectos de la persona y que la inmadurez supone una gran dependencia hacia los adultos, razón por la que el entorno determina en gran medida el despliegue de las capacidades del niño. Resulta necesario, entonces, generar los medios y proporcionar al individuo lo necesario para que el desarrollo se produzca de manera adecuada hasta el momento en que alcance cierto grado de autonomía y pueda proveerse a sí mismo de lo que requiere para vivir.

Se puede considerar que las “necesidades básicas” desempeñan un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos en tanto constituyen razones para que su satisfacción sea exigible mediante la imposición de un deber correlativo. Estas necesidades deben reunir varios requisitos: ser traducibles al lenguaje de los derechos, existir la posibilidad de su realización, ser universales, apelar a fines últimos y ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que su no satisfacción tenga como consecuencia un daño grave para el individuo.

Con lo que podría argumentarse: El derecho a la nutrición, al cuidado y a la educación del niño, y en general “los derechos”, derivan de la apelación a una necesidad, o un interés del sujeto titular considerado de tal importancia que convierte en moralmente obligatoria su satisfacción en todo caso, y en particular, mediante la imposición de obligaciones a otros sujetos.

Tradicionalmente se ha atribuido la atención de las necesidades de los niños a la familia, tal vez por asumir que dentro de ella el menor se encuentra protegido y puede desarrollarse. Sin embargo, hoy resulta insostenible este mito de la familia como institución garante de los satisfactores básicos de los niños; porque es evidente que no todas las familias responden a este esquema. Se hace necesario otorgar derechos que garanticen la satisfacción cuando los padres no cumplan con esta función o, peor aún, sean ellos mismos quienes ocasionen daños graves a sus hijos.

Las necesidades de los niños cumplen todos los requisitos para constituir exigencias en sentido fuerte, de manera que deben ser protegidas mediante derechos, pues su no satisfacción conlleva un daño inevitablemente y no es posible reemplazarlas por una acción futura. Pero además son susceptibles de actuar como criterio de distribución de bienes, por existir una doble imposibilidad de satisfacción por el sujeto mismo: la inviabilidad derivada de la situación de dependencia en la que se encuentra el ser humano en el inicio de su vida y que está íntimamente relacionada con el desarrollo humano; y la incapacidad impuesta por la limitación de la autonomía en el ejercicio de los derechos que le impiden acceder por sí mismo a los satisfactores básicos.

El conocimiento del niño nos permite entender que simplemente es distinto, que no razona como los adultos, pero que es necesario comprenderle y ayudarlo a desarrollarse, respondiendo a las necesidades especiales de cada etapa. Se necesitó mucho tiempo y estudios para que el adulto comprendiera que el niño tiene una forma peculiar de pensar, sentir y relacionarse y que no es simplemente el ser humano inacabado que muchos consideraban y que tal vez sigue latente en el concepto de algunos.

2.5 Las necesidades de los niños y adolescentes, y sus derechos.

“La relación entre necesidades y derechos parece formar parte de una intuición; sin embargo, se requiere justificar cómo se produce este nexo, pues resulta claro que de la simple evidencia empírica de la existencia de determinadas condiciones necesarias para la vida humana no se puede desprender directamente la existencia de derechos fundamentales, ya que ello supondría saltar la brecha entre lo fáctico y lo normativo, incurriendo en la llamada falacia iusnaturalista”.⁴⁰ Cuando se habla de necesidades humanas básicas en un contexto de justificación (ya sea ética o jurídica) parece claro que se está haciendo referencia a la existencia de ciertas condiciones objetivas y universales. Todo aquello que favorezca al menor queda afectado a su bienestar, ya sea material o moral, para su desarrollo físico, afectivo, intelectual o espiritual, siempre constituyendo la prioridad de la familia y la sociedad.

De Lucas y Añón, explican que la fundamentación de los derechos desde las necesidades puede ser formulada desde dos puntos de vista: ⁴¹ según el primero, un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica, porque se entiende que existe una conexión directa entre ambos. La necesidad va dirigida a algo que se considera valioso, las necesidades y los valores son afines y el derecho no se funda directamente en la necesidad, que sería un soporte ulterior, sino en el valor al que dan lugar y por lo que existe una necesidad “en orden a”. La segunda versión estima que entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la “prueba” de una exigencia fuerte (*claim*), donde las necesidades apoyarían, argumentarían a favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho. Este último planteamiento exige no confundir necesidades como razones para la existencia de un derecho, con la necesidad como derecho.

⁴⁰ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Op. cit.*, p. 126.

⁴¹ Cfr. *Ibidem.*, p. 128.

Para algunos autores, las necesidades básicas cumplen su función en la esfera de la fundamentación de los Derechos Humanos, los últimos como exigencia de satisfacción de las primeras. Las necesidades constituyen razones para la acción, aunque no todas las necesidades son traducibles a derechos; se requiere recurrir al criterio de racionalidad y razonabilidad para su traslación al ámbito jurídico, proceso que pasa por el consenso de la comunicación para su aceptabilidad y legitimación, pero que exige además un aparato discursivo racional previo.

“Por lo que se refiere en particular a los niños, la especificación de sus derechos parece fruto del progresivo “descubrimiento” social y cultural de la niñez y de la adolescencia como fases específicas de la existencia humana merecedora de una especial atención (y pareciera también de especiales derechos). A su vez, la consideración del niño, en tanto sujeto de derechos, muestra la aspiración a superar una actitud tradicional de indiferencia que el Derecho (en sentido objetivo) venía mostrando frente a la menor edad, la cual, en el mejor de los casos, era percibida como incapacidad para la participación en el tráfico jurídico”.⁴²

Es innegable que entre los términos “derechos” y “menor” existe, ya en el plano semántico, una compatibilidad conceptual más bien problemática. “El concepto de “derecho” (entendido, obviamente, en sentido subjetivo), [...], implica, en todo caso, una pretensión o facultad reconocida y protegida sobre un sujeto, pero, al mismo tiempo, la capacidad del titular del derecho de “moverse” en el ámbito de esa esfera protegida, o sea de valorar su alcance y, por tanto, calcular la oportunidad de valerse o no de la posición de ventaja que deriva de ésta”.⁴³ “Por lo que se refiere al término “menor”, éste, a pesar de su innegable connotación jurídica, se ha convertido, hoy por hoy, en patrimonio del lenguaje común, donde reenvía inmediatamente a la idea de debilidad intrínseca, inmadurez psico-física y, por tanto, incapacidad estructural de autogestionarse sin la intervención mediadora de protección, guía y asistencia por parte de otros”.⁴⁴

⁴² FANLO CORTÉS, Isabel. “Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos: algunas notas introductorias”, Derecho de los niños: “Una contribución teórica”, Fontamara, México, 2008, p. 8.

⁴³ *Op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 14.

En este sentido, una teoría de la justicia no puede ignorar las necesidades de las clases en situación de vulnerabilidad, sobre todo cuando éstas son causa de que se limite el ejercicio de su autogobierno. En primer lugar, desde una postura liberal y democrática no parece aceptable realizar discriminaciones o limitar el ejercicio de las libertades sin dar razones fuertes que constituyan una justificación moral de tal exclusión. Finalmente, lo que subyace a la idea de mecanismos de protección a la infancia y su instrumentación como derechos que no tienen un poder de disposición sobre quien tiene el deber correspondiente, sino como derechos con origen en un interés del individuo, es precisamente un principio de igualdad.

La limitación en el ejercicio de los derechos se sustenta en una idea de equidad, pues se sacrifica la autonomía porque tiene más fuerza el contenido de los derechos como intereses que constituyen el bien de una persona: el bien de un niño es tan importante que debe prevalecer aún en contra de su propia concepción del bien. El menor no puede decidir por sí mismo porque una mala determinación podría causarle un perjuicio, situarlo en posición de desventaja respecto de las demás personas y constituir una diferencia en la igualdad de oportunidades como punto de partida. Se busca que, llegado el momento, todos los niños tengan la misma oportunidad para elegir sus propios planes de vida, su propia concepción de “bien”.

Hay una intuición de que dar un tratamiento distinto a la infancia es justo, y es así como las necesidades de los niños y adolescentes pueden ser identificadas como intereses y originar derechos sobre los cuales no hay facultad de elección sobre su exigibilidad o cumplimiento. Es entonces aplicable el principio de justicia como criterio para la distribución de bienes: las necesidades básicas de los niños y adolescentes deben ser consideradas en la asignación de recursos, ya que carecen de los medios para satisfacerlas por sí mismos, y son exigencias de tal importancia que constituyen derechos.

El desarrollo no puede ser dejado exclusivamente al arbitrio y actuación de la familia, se requiere incorporar a los niños como miembros de la sociedad que demandan ciertos bienes para la satisfacción de sus necesidades, y para hacer operativa la equidad se debe contemplar esta realidad en el diseño y asignación de derechos y deberes mediante las instituciones políticas y sociales. Si las necesidades pueden aportar razones para reclamar el reconocimiento en términos de derechos, por ser exigencias en sentido fuerte, en el caso de los niños las necesidades tienen un carácter más sólido como demanda, por la limitación en la autonomía que les incapacita para satisfacerlos por sí mismos por la situación de dependencia y vulnerabilidad, así como por el riesgo de sufrir un daño mayor que en el caso del adulto, como consecuencia del proceso de desarrollo.

Parece que las necesidades de la infancia como fundamento de los derechos, entendidos como criterio para la diferenciación en el trato, es la única justificación posible a la limitación de la autonomía en el ejercicio de los derechos: los niños y los adolescentes deben ser tratados de manera diferente, ya que las necesidades como exigencias requieren de un sistema especial de protección (que incluye el nivel de asignación de recursos) que garantice de manera especial sus necesidades. Demanda que justifica, de alguna manera, que la autonomía se vea limitada en el ejercicio de los derechos, pues el acceso a los satisfactores es de tal trascendencia que la voluntad del beneficiario no se ve involucrada en el ejercicio.

Las necesidades de los niños y adolescentes operan en un doble sentido en la fundamentación: como razones para el reconocimiento de derechos (por qué los menores deben tener derecho) y como razones para determinar el contenido de los derechos (cuáles deben ser los derechos de los menores).

Ha de considerarse que el niño tiene capacidad y necesidad de ir ejerciendo y desarrollando gradualmente su autonomía, entendida ésta no como un estado final, sino como la capacidad del ser humano para actuar e influir en su entorno, y

es falsa la imagen del niño como ser totalmente irracional. Si bien es cierto que las capacidades cognitivas van evolucionando con el tiempo, esto no incapacita al ser humano durante toda su infancia y adolescencia para tomar decisiones que le afecten directamente. Es necesario adaptar los esquemas de participación de acuerdo con las edades, de manera que pueda ser ejercida esta necesidad que tan estrechamente está ligada con la dignidad del ser humano.

Tampoco debe entenderse al niño como un receptor pasivo en la satisfacción de sus necesidades. Él es un agente activo en las decisiones que le afectan y en todas las actividades de interacción con los demás. Desde pequeño, en la medida de sus posibilidades, deben tenerse en cuenta sus peticiones, hacerle participe de las decisiones que le afectan y conseguir que sea agente activo que contribuya eficazmente a satisfacer sus propias necesidades y las de los demás.

De importancia es tomarse en serio la participación del niño al considerar que también éste detenta una “integridad moral”, es decir es capaz de formular valoraciones, elaborar creencias, expresar deseos y comportarse; en consecuencia, tenemos que tratarlos como personas con derecho a una igual consideración y respeto y con un derecho tanto a tener reconocida su autonomía actual como protegida su capacidad para una autonomía futura.

Traigamos aquí, a modo de ejemplo, algunos derechos del niño:

El niño tiene derecho a que sus padres se conozcan debidamente antes de casarse.

El niño tiene derecho a que sus padres puedan casarse y se casen.

El niño tiene derecho a que sus padres le dejen nacer.

El niño tiene derecho a un mundo infantil.

El niño tiene derecho a ser comprendido.

El niño tiene derecho a una adecuada educación religiosa.

El niño tiene derecho al cultivo de su inteligencia.

El niño tiene derecho al fortalecimiento de su voluntad.

El niño tiene derecho a ser educado en la libertad y para la libertad.

El niño tiene derecho a ser educado en el amor y para el amor.

Solo el día, en que los anteriores derechos, y otros, sean respetados y cumplidos podremos decir, con verdad, que “*el interés superior del niño es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación*”.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

3.1 ¿Qué se entiende por interés superior del niño?.

La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional, por ello, el reconocimiento del menor como persona es sin duda la piedra basal de todo lo que se pueda argüir sobre el tema. Sólo si se toman en consideración los siglos transcurridos en la historia de la “protección” de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción de su ciudadanía apenas está comenzando, “el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia”.⁴⁵ Constituye un cambio fundamental construir una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia, pasando de la idea de “menor” como objeto de la compasión-represión a la idea del niño-adolescente como sujeto pleno de derechos.

Se tiene como primer antecedente de la protección de los derechos de los niños registrada en la Declaración de Ginebra de 1924. En la se proclamaron cinco principios, entre los que destaca, el que afirma: “*La humanidad debe a los niños lo mejor que ella tiene y, por lo tanto, éstos deben ocupar un lugar preferente en la sociedad, sobre la cual recae la responsabilidad de asegurar su futuro*”. Por primera vez en la historia, un texto jurídico internacional tomaba en cuenta a la niñez como un colectivo específico dentro de la sociedad. Un colectivo que merece todos los esfuerzos por parte de la humanidad entera, con el fin de asegurar su futuro. Por otra parte, en 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se proclamaban diez principios. Se trataba de una ampliación de la Declaración de 1924, así como un avance en lo dispuesto en ella.

⁴⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia y Adolescencia: “De los derechos y de la justicia”, Tercera edición, Fontamara, México, 2007, p. 238.

En esta Declaración se estableció un principio que afirma: *“la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”*; pero lo más importante es que en este texto ya se dejó sentada la doctrina de que el “interés superior del niño” debe prevalecer sobre los intereses de aquellos que tienen la responsabilidad de proporcionarle educación y protección. Éste constituye el antecedente más claro del *“principio del interés superior del menor”*, el que se habría de constituir en uno de los principios más importantes establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se le ha identificado como un principio rector que actúa como criterio de interpretación para los demás derechos. Se le ha definido como una disposición paraguas que prescribe seguirse en todas las acciones que conciernen a los niños y que por tanto abarca al resto de los derechos contenidos en la Convención: se trata de asegurar por parte de los Estados que, en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la infancia y la adolescencia, han de tenerse en cuenta de forma prioritaria sus intereses. El “interés superior” del niño implica, en suma, la consideración de la prelación de los derechos de la infancia sobre los derechos de los adultos. La infancia comienza a ser considerada y respetada como una etapa en sí misma, como titular de dignidad y derechos humanos.

Una vez configurado el “interés superior del menor” como último fundamento de toda normativa, tanto nacional como internacional, relativa a la protección del niño, cabe preguntarse que ha de entenderse por tal “interés superior”, por cuanto a que se relaciona con la necesidad de valorar; por una parte, el pedido de medidas especiales; y por otra, las características particulares de la situación en la que se halla el niño. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3°:

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

Uno de los aspectos que es necesario analizar de la redacción del citado artículo 3°, es el hecho de que el artículo dispone que “interés superior del niño” es “una” consideración primordial, más no “la” consideración primordial; esto quiere decir que existen otras consideraciones que pueden ser tomadas en cuenta en las decisiones relacionadas con los niños. Es decir, en algunos casos pueden intervenir otros factores a la luz de valores culturales y tradicionales (por ejemplo; la familia o los derechos de los padres). En sentido contrario, podemos notar que el caso de la adopción aparentemente es distinto, pues según el artículo 21 los Estados que reconocen el sistema de adopción: *“cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”*; el artículo 18.1 también parece dar un peso diferente a dicho principio: *“incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*. Pareciera que el objetivo de la redacción del artículo 3° fuera dar cierta flexibilidad al principio, pues en las discusiones sobre la Convención se argumentó que en muchas ocasiones hay otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el del “interés superior”.

Asimismo, el adjetivo “superior” debe también ser considerado, pues indica que no se trata de cualquier tipo de interés, sino de un interés especial, con una mayor fuerza para desplazar a otras pretensiones. Con lo que dicho precepto refiere un tipo de interés específico al agregar el calificativo “superior”. Efectivamente, los intereses entendidos en un sentido amplio pueden ser múltiples, pero no necesariamente todos dan origen a derechos, y menos al tipo de derechos que contiene la Convención. Este adjetivo, está vinculado con la idea de necesidades, es decir, no se refiere al interés que el niño pudiera tener en el cumplimiento de sus deseos o inclinaciones, sino a aquel que es más importante por ser un requerimiento para la vida y el desarrollo, y que por tanto, puede desplazar a otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño.

Bajo este contexto, el “*principio del interés superior del niño o niña*”, puede ser entendido como:

“El conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible”.

Algunos autores, por otra parte, plantean que la noción de interés superior:

“Es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.

Se ha considerado, también, que se trata de un principio general de discriminación inversa a favor del niño que implica la responsabilidad subsidiaria del Estado en la satisfacción de los derechos: el principio del “interés superior del niño” convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes; y que se enuncia además, como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos. “Significa esto,[...], que el principio humanitario primitivo en favor de los niños, que ya contenía la Declaración de Ginebra para casos de desastre, se convierte ahora en principio inspirador y jerarquizador del reconocimiento jurídico de los derechos de los niños”.⁴⁶ Así que al aparecer como principio básico de la Convención sobre los Derechos del Niño, compromete a los gobiernos y sociedades que ratifican dicha Convención, a realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables para que los niños y niñas puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

⁴⁶ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 403.

Esta disposición es quizá, también, la más polémica del documento, pues algunos han puesto en duda su utilidad por considerar que los intereses del niño se recogen en los derechos; mientras que otros dicen que genera más dudas de las que resuelve y que podría ser contraproducente; aunque la crítica más común se debe a su indeterminación y consecuente difícil aplicación.

“Una de las causas de esta ambigüedad radica en que lo que finalmente define este interés superior, deriva de la concepción del niño, de sus capacidades y de sus necesidades, que dista mucho de ser homogénea y se encuentra influida en cada sociedad por una gran variedad de factores culturales”.⁴⁷

En todas sus manifestaciones el interés del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores, en el respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos y en el libre desarrollo de su personalidad; aunque en el caso de los menores, precisamente ese desarrollo de la personalidad es el que va a otorgar una nota de incertidumbre a tal interés, al no resultar conveniente actuar en igual grado de protección o imposición sobre un niño que sobre un adolescente, por lo que es preciso, a medida que el menor tenga uso de razón, que sea éste el que manifieste cuál considera que es tal interés. Desde esta nueva perspectiva, se considera que el menor deja de ser una mera emanación de sus padres para ser reconocido como una persona portadora de dignidad constitucionalmente reconocida, no sólo en el ámbito internacional, sino por supuesto también en el nacional.

Por tanto, este principio regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entendiéndose con ello y siguiendo las pautas de la Convención, que:⁴⁸

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil: “Familia”, Porrúa, México, 2006, p. 603.

- a) El interés del menor será siempre el criterio fundamental en las relaciones de familia en las que el menor sea parte.
- b) En el resto de las relaciones, el principio del interés del menor tendrá una consideración principal.
- c) El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención, y que la zona de concreción que posee podrá llenarse con los elementos culturales propios.

Sin embargo, también presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las circunstancias socioeconómicas de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser admitido en todos los sitios y sirve a todos. En definitiva, el *“principio del interés superior del niño”* es la satisfacción, la efectividad de los derechos del niño o la niña. Permite abordar integralmente la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerándolos como sujetos de derecho y no como un objeto de protección y estableciendo una prioridad no excluyente de los derechos de los niños respecto a los derechos de otras personas; que tendrá aplicación en la resolución de casos particulares, en la legislación y en las políticas públicas en general.

3.2 Legislación que regula el principio del interés superior.

La situación de los menores de desventaja y de vulnerabilidad en la que se desenvuelven comparativamente con la de los mayores, amén de los abusos de toda índole de éstos para con aquellos, ha dado lugar a que la ley subraye la prioridad de los derechos de los menores, con la implementación de la fórmula que nos ocupa, con la que se pone de manifiesto que en todo caso debe prevalecer la atención a la situación de los menores de edad.

El marco jurídico de México está conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el país y las leyes federales y locales. México ha ratificado numerosos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que el Estado se ha visto en la necesidad de ir adecuando sus sistemas jurídicos a los estándares mínimos reconocidos por estas convenciones y a realizar reformas legislativas al marco jurídico constitucional en los niveles federal y local.

A) Internacional.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* aprobada por aclamación en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989; implicó un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y cultural. Con su aprobación por los países de la región se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia, pues, “las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutelar”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencialista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas”.⁴⁹ Por ello, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes. En la Convención se establecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos⁵⁰. Define los Derechos Humanos básicos que disfrutaran los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas,

⁴⁹ BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Argentina, 2008, p. 4.

⁵⁰ Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados y Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Todos los derechos que se definen en ella son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. Protegiendo los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención a la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

De ella se reproducen únicamente aquellas partes que hacen mención expresa del “*principio del interés superior del menor*”.

Artículo 3°

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

Todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Lo que implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

Artículo 9

*1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el **interés superior del niño**. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al **interés superior del niño**.*

Es un derecho del niño vivir con sus padres, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos padres, si está separado de uno de ellos o de los dos.

Artículo 18

*1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el **interés superior del niño**.*

Es responsabilidad primordial de ambos padres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

Artículo 20

*1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo **superior interés** exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

Es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado.

Artículo 21

*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el **interés superior del niño** sea la consideración primordial (...).*

En los Estados que reconocen y/o permiten la adopción, se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción es admisible. Con agrado, puede notarse como el “interés superior del niño” aparece como principio rector de la Convención, mismo que ha de favorecer al fortalecimiento del Derecho de familia. Lo antes mencionado, representa una excelente síntesis de normas provenientes de un instrumento de Derechos Humanos de carácter general y de principios propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, contamos con un conjunto de derechos y garantías fundamentales para niños y niñas que a la vez se traducen en un importante catálogo de obligaciones para el Estado, la familia y la sociedad.

Las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; particular importancia, para interpretar a la luz del nuevo contexto, el “*principio del interés superior del niño*”.

Pues, como se ha dicho, ésta lo ha elevado al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que además se proyecta, más allá del ordenamiento jurídico hacia políticas públicas e incluso orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Los niños, niñas y adolescentes dejan de ser simples beneficiarios de los servicios y de la protección del Estado, pasando a ser concebidos como sujetos de derecho. Por tanto, y de acuerdo con el concepto de “interés superior” que la Convención promulga, tanto la sociedad como el gobierno mexicano deben realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desarrollarse integralmente en un marco jurídico en el cual se respeten sus derechos y necesidades.

B) Nacional.

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra Carta Magna, le otorga protección a la familia mediante diversas disposiciones que se contienen a lo largo de su articulado; pero fundamentalmente por algunos derechos establecidos en el artículo 4° constitucional. Dicho artículo, que para muchos consagra entre otras cosas un derecho a la libertad reproductiva, tiene innegablemente la virtud de concederle a la familia un lugar privilegiado y la protección de nuestra más alta norma jurídica, en muchos de sus aspectos.

La protección de la familia a nivel constitucional, comienza por el establecimiento en nuestra Carta Magna del principio de igualdad de géneros, al señalar que el varón y la mujer son iguales ante la ley; para después continuar con un enunciado normativo que establece con toda claridad que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, reconociéndola, por ese simple hecho, como célula básica de organización de la sociedad y merecedora de la protección especial del Estado. De tal suerte que éste tendrá como menester garantizar la protección integral de la familia.

En este mismo sentido, se establecen otros derechos que sin duda se encuentran relacionados con la familia. Así, consagra un derecho de libertad, al referirse en uno de sus párrafos a que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Por lo que esta disposición implica la total libertad de todo individuo de procrear hijos o no hacerlo. Derecho, por cierto, que en otros países se encuentra restringido o limitado, cuando se establece la posibilidad de procrear solo un número determinado de hijos.

La protección constitucional, se extiende a otros derechos como el de gozar de una vivienda digna y decorosa; derecho que la propia Constitución atribuye a la familia como titular, con lo que también señala la posibilidad de que cada uno de los miembros de una familia pueda convertirse en el detentador de éste para efectos de su efectividad, por el simple hecho de su pertenencia.

Por otra parte, el Estado mexicano ha llevado a cabo reformas constitucionales al propio artículo 4º, que le han permitido avanzar en el proceso de adecuación de su legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, algo que nos parece sumamente destacable y que es parte fundamental en la efectiva aplicabilidad del “interés superior del menor”: *incorporando la noción de sujetos de derecho, reconociendo que los niños y niñas son titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento y desarrollo integral; así como la correlativa obligación que tienen los ascendientes, tutores y custodios de preservar estos derechos y, más importante aún, la obligación del Estado como el responsable de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos y otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.*

Se reivindica la idea de que el niño, al igual que el adulto, es detentador de derechos autónomos y no de meros intereses que otros sujetos deben proteger de forma paternalista.

La posibilidad del ejercicio de los derechos en forma autónoma, con criterios de progresividad de acuerdo a la edad, implica un abandono de prácticas de subordinación de los niños y adolescentes a sus padres, a las instituciones y a los adultos en general, y el reemplazo por funciones de orientación y dirección para que los niños, niñas y adolescentes ejerzan los derechos de los cuales son titulares. Donde tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto “la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo”. Los niños deben ser la prioridad y la supremacía del interés del menor debe hacer eco en la conciencia de todos ellos.

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

La destacada reforma llevada a cabo en el artículo 4° constitucional dio lugar a la emisión de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo objeto es garantizar a éstos la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como establecer los principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano habrá de proteger y garantizar tales derechos. Asimismo, dio lugar a la posterior emisión de leyes homólogas en los Estados de la República. Actualmente, en gran parte de las entidades federativas se cuenta con leyes que protegen a niños, niñas y adolescentes, encaminadas todas ellas a procurar la protección integral del colectivo de la niñez en cualquiera de sus esferas.

La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala en su artículo 1° que la misma se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, de interés social y de observancia general

en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Cita en su artículo 3° la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, teniendo por objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad. Que son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, entre otros y enumerado en primer término: *el interés superior 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.*

B. *El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.*

C. *El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.*

D. *El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.*

E. *El de tener una vida libre de violencia.*

F. *El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.*

G. *El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.*

En este sentido, el “interés superior del menor” 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 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:

- a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y niños.
- b) En la atención a las niñas y niños en los servicios públicos.
- c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños.

Asimismo, señala en su artículo 4° que 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.

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. La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política. Además, habrá de considerarse:

- La Corresponsabilidad o concurrencia, que asegura la participación y responsabilidad de la familia, órganos locales de gobierno y sociedad en la atención de las niñas y niños.
- La igualdad y equidad en todos los ámbitos que conciernen a las niñas y niños.
- Que la familia cuente con un espacio preferente para el desarrollo de las niñas y niños.
- Que la niña o niño tienen diversas etapas de desarrollo y diversas necesidades que deben llevar a la elaboración de respuestas gubernamentales especiales y políticas públicas específicas, dependiendo de la etapa de desarrollo en la que se encuentre, con el objeto de procurar que todas las niñas y niños ejerzan sus derechos con equidad.
- Que las niñas y niños deben vivir en un ambiente libre de violencia.
- El del respeto universal a la diversidad cultural, étnica y religiosa.

Lo descrito, permite reconocer que la niñez requiere tratamientos especiales y protección social que le permita superar las desigualdades de que es objeto en el ejercicio de sus derechos; y que los niños y adolescentes como portadores de dichos derechos y con capacidad para ejercerlos, significa un paso trascendental para su definitiva incorporación como participantes activos en la sociedad.

3) Código Civil y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En nuestro Código Civil se encuentran diversos artículos que establecen lo relativo al interés superior del menor, de los cuales se transcribe lo siguiente:

Capítulo X. Del divorcio

Artículo 282. *Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:*

B. *Una vez contestada la solicitud:*

III. *El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.*

Tratándose de menores, la ley impone atender en todo caso a su interés superior. El Juez de lo Familiar establecerá de manera provisional un régimen de visitas y convivencias; que subsistirá durante el procedimiento o en los casos en que no se llegue a concluir mediante convenio, a reserva de lo que decrete la sentencia interlocutoria en el incidente que resuelve la situación jurídica de los hijos. Esto, con la finalidad que aquéllos que ejercen la patria potestad se relacionen de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo; para lo que el menor, tendrá derecho a emitir su opinión y ser escuchado de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Título séptimo. De la filiación

Capítulo I. Disposiciones Generales

Artículo 336. *En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.*

El desconocimiento de la paternidad o la maternidad es una cuestión grave que afecta desde luego al hijo e inclusive a todo el grupo familiar, razón por la que el niño tiene derecho a emitir su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan, conforme a su interés superior.

Capítulo IV. Del reconocimiento de los hijos

Artículo 380. *Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.*

Si los padres viven separados, por razones obvias, sólo uno de ellos podrá hacerse cargo de la guarda y custodia del hijo. La autoridad tiene la obligación de proveer sobre este particular, ya que de lo contrario acarrearía inseguridad jurídica al menor, dada la interminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado, si ambos siguen ejerciendo la patria potestad y pueden exigir fundadamente su guarda y custodia.

Capítulo V. De la adopción

Sección I. Disposiciones generales

Artículo 390. *El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:*

II. *Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma.*

El niño tiene derecho a integrarse libremente y sin presión de ninguna autoridad, a un hogar y a recibir los beneficios de la adopción, llegado el caso. Lo que obedece a la idea de que la adopción se establece por sobre todas las cosas, en provecho del adoptado, dada su condición de minoridad o por otra incapacidad.

Título octavo. De la patria potestad

Capítulo I. De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos

Artículo 414 Bis. *Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:*

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;*
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;*
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y*
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.*

[...]

Artículo 416. *En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.*

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Artículo 416 Bis. *Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.*

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Artículo 416 Ter. *Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:*

- I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;*
- II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;*
- III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;*
- IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y*
- V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.*

El niño tiene derecho a vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Siendo obligación primordial de los padres la crianza de los niños, procurándoles un desarrollo sano e integral, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

Debido a que los problemas familiares son los que en mayor medida afectan a los niños y a las niñas, ya que temen ser reprendidos o castigados por cierta conducta, o ser infelices a consecuencia de algún conflicto familiar, es que el Código Civil alude al “interés superior del menor” con prevalencia sobre otros intereses, incluidos los de sus padres, sobre todo si entran en conflicto con aquéllos.

Por tanto y en todo tiempo, el Juez de lo Familiar podrá modificar cualquier determinación tomada en la sentencia relativa a la nulidad de matrimonio de los ascendientes, a propósito de la guarda y custodia de los menores inmiscuidos; igualmente dicha autoridad judicial deberá tomar en cuenta ese interés superior al decidir sobre las modalidades del derecho de visita de los menores; en los juicios de impugnación de la progenitura el Juez deberá atender al interés superior del menor; quien pretende adoptar deberá acreditar que la adopción es benéfica para el menor, atendiendo a su interés superior; dicho interés es determinante para decidir cuál de los padres tendrá el cuidado del hijo si éstos llegan a separarse; y en todo caso puede modificarse el orden de a quien corresponda desempeñar la tutela de un menor, en función de su interés superior.

Lo que siempre deberá hacerse en beneficio del menor, precisamente para salvaguardar sus derechos como persona, con circunstancias especiales derivadas del hecho biológico de la edad y del hecho social de sus especiales relaciones sociofamiliares; así como de las circunstancias de tipo afectivas, económicas o educativas, que su situación conlleva.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo relativo a las “Controversias del Orden Familiar”, artículo 941, le concede amplias facultades al Juez de lo Familiar para resolver en lo que respecta a los menores, por tal motivo y con base en lo anterior, el llamarlos a juicio a fin de conocer su voluntad puede llevarse a cabo, a través de los diversos procedimientos que se lleguen a suscitar en cuanto a las prestaciones que reclamen, sin embargo dichas facultades extraordinarias no deben aplicarse en forma arbitraria y en cualquier etapa del procedimiento.

Artículo 941. El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 941 BIS. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuara dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.

Se establece el interés superior de los menores como principio rector de las decisiones de carácter judicial que repercutan en la vida de aquéllos. Dicho principio obliga a que en las controversias del orden familiar, el juzgador observe, por sobre todas las cosas, el bienestar de los infantes, anteponiéndolo al interés de cualquier adulto involucrado en la contienda.

La participación del niño en el proceso judicial, representa un elemento esencial en la defensa de sus derechos, pues le permite expresarse en las cuestiones que lo afectan directamente. Es indudable que para el Juez de lo Familiar la palabra del niño constituirá un factor primordial para determinar su “interés superior”.

Los anteriores artículos son solo algunos de los preceptos existentes en nuestras leyes, y en los tratados internacionales que tutelan el “interés superior del niño”. Él que no se aplica o se aplica con criterios dispares y desde perspectivas del adulto que terminan por hacer primar los derechos de los padres sobre los derechos de los niños.

Pero si bien, la falta de contenido en la enunciación del “*principio del interés superior del menor*” en los diversos ordenamientos que norman la actividad de los operadores del sistema de justicia dificulta la decisión en una controversia en la que se encuentra inmerso el “interés de un menor”; ello no debe ser obstáculo para evitar referirse de manera suficiente a ese principio rector del sistema. El no hacerlo provocaría resoluciones con falta de motivación que las legitime.

Sin embargo, vale hacer el reconocimiento de que antes de emitirse estas disposiciones, los niños y adolescentes prácticamente eran ignorados, ya que cuando por diversas razones resultaban involucrados en un asunto judicial, lo que menos se tomaba en cuenta eran sus intereses, jamás se les preguntaba que querían, con quién deseaban estar, cómo se sentían, simplemente se les tenía como un objeto, en donde prevalecía la decisión inobjetable de un adulto; numerosos son los casos en donde a los niños se les separaba del padre o de la madre, o de cualquier otra persona con la cual se encontraba protegido, se le colocaba en instituciones, que en ocasiones en lugar de ayudarlos los dañaban, eran objetos de disputas entre los padres en donde su interés carecía de valor; así era la situación que prevalecía, la opinión del niño no contaba, pero en la

actualidad con el principio del interés superior, la situación cambio, al niño se le escucha, se le pregunta qué quiere, qué desea, ya es sujeto de derechos, los cuales antes se le negaban. Se comienza a garantizar el deber de velar por las necesidades y derechos de vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria, acorde a las exigencias para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia.

3.3 La niñez y su derecho de opinión.

Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de ellos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover su realización y les prepara para desempeñar una función activa en la sociedad. Porque el niño tiene derecho a saber, a ser informado y a participar de las decisiones que afecten su vida, es que, su derecho de opinión está profundamente vinculado con su “interés superior”.

Expresar su opinión en los asuntos que le afectan, significa que el niño debe tener un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista debe ser tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente, teniendo siempre presente la constante adquisición de nuevas habilidades. Permitiendo, a la vez, superar los escollos derivados de las distintas realidades de los niños.

Todo niño, niña o adolescente tiene el derecho libre de exponer su pensamiento, de ser oído en todo lo que le incumba, que se tome en cuenta su opinión al momento de resolver un determinado asunto que le atañe, que deje de ser tratado como un objeto de derecho, para convertirse en un sujeto al que hay que respetarle sus derechos, y no que sean los adultos los que impongan su voluntad, sin escucharlo, sin saber, si lo que se le impone es lo que verdaderamente quiere.

En este sentido el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
- 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Conforme al precepto citado, se entiende en primer lugar; que el peso que deba darse a la opinión de los niños debe reflejar su nivel de comprensión de los problemas involucrados. Como anteriormente se dijo, “el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”.⁵¹ Si bien la norma garantiza sólo al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión, esto no significa desconocer los sentimientos y aportes que pueden realizar los más pequeños, cuyas expresiones deben ser interpretadas por especialistas designados al efecto.

⁵¹ BELOFF, Mary. *Op. cit.*, p. 126.

Por tanto, también habrá de considerarse el contexto social, la naturaleza de la decisión, la particular experiencia del niño y el nivel de apoyo adulto, como factores que pueden afectar la capacidad del menor para comprender los problemas que lo afecten.

En segundo lugar; si los niños son capaces de expresar sus puntos de vista, es necesario que los adultos creen las oportunidades para que los niños lo hagan. Lo que impone la obligación para los adultos en su responsabilidad como padres, profesionistas y políticos, asegurar que los niños sean estimulados y se les permita contribuir con su punto de vista en todos los asuntos relevantes.

Entonces, ¿para qué escuchar al menor?, la respuesta, primordialmente para conocerlo, pero no simplemente para hacerlo como quien quiere satisfacer una curiosidad, sino para aprehenderlo en su individualidad, en aquello que lo caracteriza como persona singular, distinta de otra, para entenderlo y saber de él; dotando así al proceso de humanidad y haciendo ostensible que la decisión a adoptarse tendrá en cuenta ese conocimiento, sus circunstancias y las características que lo definen como ser único e irrepetible. “La importancia, significación y alcance del imperativo de escuchar al menor en todo aquello que le es atinente. Constituye el real tributo a la personalidad del niño desde el momento sublime en que accede a la vida y que, como tal, alcanza un hito trascendente en el camino hacia el reconocimiento pleno de la dignidad de la persona y la consagración integral de los derechos humanos”.⁵²

Por tanto, el artículo 12 de la Convención es un derecho sustantivo, al señalar que los niños son capaces para ser actores de sus propias vidas y para participar en las decisiones que les afecten. Pero, como los adultos, la participación democrática no es un fin en sí mismo. Se trata de un medio para lograr la justicia, influir en resultados y exponer los abusos de poder. En otras palabras, es también un derecho procesal permitiendo a los niños denunciar abusos y negligencias a sus derechos y tomar acciones para protegerlos y promoverlos.

⁵² GROSMAN P., Cecilia. “¿Para qué escuchar al menor?”, La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, p. 215.

Insistir en que la opinión del niño tenga peso y en que se le debe informar sobre las decisiones tomadas a ese respecto, obviamente, no significa que cualquier cosa que los niños dicen debe cumplirse, sino simplemente que sus opiniones reciben la consideración en forma apropiada. Es decir, el respetar el derecho de opinión de la niñez y la adolescencia, no significa de ninguna manera que se le esté confiriendo a este grupo poblacional, el poder absoluto de decisión, ya que en muchas ocasiones están influenciados por personas adultas que pretenden manipular ese derecho de pronunciarse que tienen; más bien significa que su opinión va a ser tomada en cuenta, pero que paralelo a ello, personas especializadas en aspectos sociales, familiares, psicológicos, médicos, etc., realizarán los estudios correspondientes para determinar que esa opinión es auténtica y que corresponde a lo que en efecto beneficia a la niñez. Por ello, es necesario tener buen cuidado de que la palabra del niño sea dada libremente, es decir que no resulte de la consecuencia del miedo, el estrés, la inhibición o el producto de presiones o influencias, y comprendida a la luz de su edad y su nivel de entendimiento, y de acuerdo con su historia de vínculos y roles. Todo ello para estar en posición de resolver de la mejor manera y acorde al “interés superior” del menor.

El derecho del niño a participar en su proceso formativo mediante la expresión de su punto de vista, representa además la incorporación de un nuevo modelo interaccional, ya práctica normal en muchas familias, que abre la posibilidad de diálogo entre padres e hijos, el conocimiento de los problemas y la posibilidad de cumplir en mejor medida una función de apoyo y orientación.

3.4 Familia, Sociedad y Estado: concepción de la protección integral de los derechos del niño.

Considerar siempre lo que es mejor para el niño constituye el principio básico para cualquier labor de protección del menor. “Sabemos que si las condiciones del ámbito hogareño en que un niño nace son favorables, tendrá la posibilidad de alcanzar un desarrollo físico y psíquico pleno, y en su futuro como adulto podrá mostrar un grado de adecuación al medio que lo lleve a una interacción social productiva”.⁵³

En aras de la protección efectiva del niño, niña o adolescente; el “*principio de interés superior del menor*”, es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar su pleno desarrollo y su total autorrealización en su entorno; y, a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad. Desde este punto de vista, cabe preguntarse quiénes deben ceñirse a este principio o, dicho de otro modo, a este criterio para la protección de los niños, niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos.

Derivado de las enseñanzas de los órganos interamericanos de protección de los Derechos Humanos podemos extraer tres niveles de obligados: “En primer lugar y de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia. [...]. En segundo lugar, resulta obligado por el principio del interés superior del niño evidentemente el Estado, entendiéndose por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio. Por supuesto que la política legislativa relacionada con los niños, niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone

⁵³ GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar, Segunda edición, Editorial Universidad, Argentina, 2004, p. 25.

el interés superior del niño y, evidentemente, la política judicial y, más particularmente, las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior. Finalmente, la sociedad también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño”.⁵⁴

Así, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior de los menores y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

Por esta razón “cuando el varón y la mujer se unen con el fin de procrear hijos, su unión adquiere carácter público, pues de la procreación y educación de los hijos depende la conservación y desarrollo del grupo social. Por eso, este tipo de uniones implica un compromiso de las personas entre sí, pero también una responsabilidad hacia la sociedad y de ésta hacia la pareja (este es el fin de los regalos, de la dote, o de los demás estímulos gubernamentales a la procreación, cada vez más frecuentes en países con tasas de natalidad bajas o decrecientes) y que la misma sociedad, mediante sus órganos judiciales, haga exigible, a petición de parte interesada, el cumplimiento de ciertas conductas; por ejemplo, las relacionadas con la manutención de los contrayentes, o con la manutención y educación de los hijos”.⁵⁵

Es deber de los cónyuges actuar en interés de la familia; y dentro de esta obligación se enfatiza, la supremacía del interés del menor, constituyendo, a la vez, un límite a las decisiones conyugales, que les obliga a actuar prioritariamente en favor de ellos.

⁵⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 238. [en línea]. http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf. Artículo consultado el 4 de agosto de 2010. 18:45 PM.

⁵⁵ ADAME GODDARD, Jorge. “Uniones afectivas con intención de procrear hijos”, El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, Porrúa, México, 2007, p. 14.

Es clara la necesidad de buscar el mayor bienestar posible para la infancia; su vulnerabilidad y dependencia requiere del aporte del medio social para resolver sus múltiples necesidades. La persona necesita, desde los primeros instantes de su vida, de un medio ambiente circundante que lo proteja. La estructura familiar se vuelve, por ello, imprescindible e insustituible.

Ésta es, desde luego la situación ideal; pero sucede que en ocasiones el menor carece de un medio familiar, o, en otras, la familia no es capaz de proporcionar al menor los elementos necesarios para su sano desarrollo, e inclusive la conducta de alguno de sus miembros puede ser contraria al bienestar del niño o niña. De llegarse a estos extremos, la sociedad no puede permanecer pasiva; por el contrario, debe acudir a través de una intervención pública y de instituciones jurídicas, como la tutela, la adopción y en algunas legislaciones el acogimiento, a fin de proporcionar a los menores la protección necesaria.

Los padres son titulares de un conjunto de poderes en las relaciones internas de la familia que conforman una potestad que excluye las injerencias extrañas. Donde los actos derivados de dicha potestad asumen un carácter público cuando la sociedad interviene como instancia de protección de los derechos de los niños.

Aparece, entonces, una colisión entre aquellos derechos que protegen la vida privada de la familia y los que amparan los de los componentes del núcleo familiar. “Si bien uno de los elementos básicos de la noción de intimidad es la autonomía con un mínimo de intervención estatal, cuando se trata del gobierno del niño o adolescente, las acciones de los progenitores tienen, como valla insoslayable, el respeto por los derechos del menor. Es decir, el Estado como garante de tales derechos interviene en la familia, ya sea para suplir la función parental o para controlarla”.⁵⁶

⁵⁶ GROSAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. *Op. cit.*, p. 140.

La medida en que debe intervenir el poder público en las relaciones familiares dependerá de las diferentes relaciones entre el Estado y la familia. “Si se trata de una injerencia constante en el ámbito interno de la familia, nos encontramos en un Estado de corte totalitario; en cambio, un Estado liberal permitiría a la familia desenvolverse y resolver por sí misma los problemas que surjan en su seno, sin ningún tipo de intervención. Una tercera postura indica una presencia subsidiaria del poder público. El Estado permite el desarrollo de la familia en la intimidad, estableciendo, a través de la legislación, las formas de su organización y funcionamiento”.⁵⁷ Corresponde al poder público tomar las previsiones para evitar las posibles consecuencias de conductas que pudieran resultar agresoras hacia los menores. Sólo en casos extremos, cuando los menores no sólo no obtienen el apoyo parental, sino que incluso son tratados con violencia, o son objeto de desatención o abandono, la función del poder público se debe transformar en acciones concretas. “Está justificada intrusión, que será subsidiaria, deberá tomar en cuenta primordialmente el bienestar del menor, pero sin dejar de atender los intereses de los padres u otros miembros del grupo familiar o representantes de los menores, como en el caso de la tutela o el acogimiento”.⁵⁸

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención, que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere, por supuesto, la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural; es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño y tomar aquellas medidas que promuevan la unidad familiar.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 24.

⁵⁸ *Idem.*, p. 24.

El mensaje es claro, en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. La sociedad deberá enfocarse en las actividades y experiencias de los niños, niñas y adolescentes mientras lo son, en la construcción de una imagen clara de la infancia y de la forma en que la misma es experimentada; y el Estado, por su parte, se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección a los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

3.5 Preeminencia del interés superior sobre otros intereses. Participación y promoción.

Cuando hablamos de que la Convención refiere una consideración primordial hacia el “interés superior del niño”, descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y; a la vez, en el área de las relaciones entre particulares. Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica de exclusión, olvido y mezquindad. “Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilante y activo para transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más “humana” y solidaria”.⁵⁹

⁵⁹ BELOFF, Mary y GROSMAN, Cecilia. “El interés superior del niño. Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, p. 131.

Por ello, cuando se trata de asuntos que involucren a la niñez y la adolescencia debe tenerse siempre presente que el interés de éstos prevalece sobre cualquier otro. Es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de intereses entre adultos y niños, y es principalmente en estos casos en los cuales se pone de manifiesto el interés en proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el *"principio del interés superior del niño"*. Se debe tener presente siempre que en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas.

Es posible señalar que la disposición del artículo 3° de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad sino porque los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Superando, así, el autoritarismo o el abuso de poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle la efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención.

Sin duda, la directriz fundamental, es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés. Con una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Lo que implica también la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general, teniéndose en cuenta que se trata de una materia condicionada por el espíritu propio de cada época, pues se formulan modelos sociales que cambian con el tiempo.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales, cuanto del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de la lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia. El proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención es y debería permanecer como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir modelos rígidos, de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia.

El interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potenciales. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas públicas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

En principio, la sociedad debe organizar la manera en la que quiere oír la palabra del niño y de tenerla en cuenta. Esto concierne evidentemente a las instancias judiciales, en particular, en el dominio del Derecho de familia y del Derecho penal.

Hablar de participación infantil protagónica implica colocar a los niños y niñas como actores sociales y no como meros ejecutores o consentidores de algo. Reconocer al niño como actor social es aceptarlo como un ser intensamente interactuante con su entorno natural y social, con importante capacidad de influencia y cambio sobre lo que le rodea, incluidos los adultos que viven con él respecto a sus experiencias, comportamientos o sentimientos. Lo que permite concebir al niño como sujeto de derecho; tanto como portador del derecho a ser protegido, a ser atendido frente a los problemas o carencias, como también, poseedor de derechos civiles y políticos que se vinculan a las libertades básicas (de opinión, pensamiento, religión, asociación, protección de la vida privada, etc.)

Esta nueva posición del niño y este derecho a la participación como ser humano como los otros, del que se desea el bien; implica ciertas consecuencias a nivel estructural de organización de la sociedad y a nivel estratégico en la definición de las líneas directrices de la política de promoción de la infancia. Dos tareas de naturaleza diversa figuran hoy con prioridad en la agenda de todos aquellos preocupados por los derechos de la infancia. Producir cambios legislativos en consonancia sustancial con la doctrina de la protección integral; y donde dicha tarea ya fue realizada, defender y profundizar las conquistas alcanzadas.

La reforma de ley constituye un paso absolutamente fundamental siendo, sin embargo, sólo el comienzo de una nueva etapa en los esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de nuestra infancia y adolescencia. Producida la reforma legal, su éxito requiere coherencia técnica en su formulación y los apoyos sociales y la voluntad política imprescindibles para su aplicación.

Esta voluntad se expresa en la preparación de los recursos humanos necesarios, en la difusión y, principalmente, en las asignaciones presupuestales sin las cuales no es posible reforma alguna.

La capacitación de los nuevos recursos humanos, y el compromiso con el cambio de los mismos resultan imprescindibles. Es cierto que una política en favor del interés del niño necesita medios humanos, materiales y logísticos y que esto tiene un coste. Instaurar las condiciones que permitan al niño una expansión de su personalidad supone también una política social clara, en favor del niño mismo, aunque también de su familia. Una política tal se traduce por compromisos financieros importantes. Este punto merecería otros desarrollos, así como la consideración de que toda la política económica de una nación tiene consecuencias sobre los niños.

Mónica Pinto, al respecto señala: “[...] a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en [la Convención sobre los Derechos del Niño] se enuncian, insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente [...]”.⁶⁰

Es justamente en este punto de avance, de no retorno, que con todas las limitaciones y requisitos señalados debe considerarse que el Derecho es un factor que induce al cambio social, que lo provoca y no lo retrasa.

⁶⁰ PINTO, Mónica. “Los derechos humanos del niño”, *Op. cit.*, p. 118.

CAPÍTULO IV

EL NIÑO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL PRIMERO EVITANDO EL MALTRATO INSTITUCIONAL

4.1 Definición y tipos de maltrato infantil.

Los relatos históricos, las narraciones literarias y otras fuentes, dan cuenta de que en diferentes épocas y culturas se han presentado casos de lo que ahora concebimos como *maltrato*. En esos contextos, las mismas acciones, sobre todo el castigo corporal impartido a los hijos o a los alumnos, se consideraba antaño como un “derecho de corrección” y tenía la aceptación social. En este sentido y al margen de teorías más técnicas, puede afirmarse que el origen del maltrato infantil ha sido y sigue siendo en gran medida la mala interpretación que los adultos tenemos de ese mal llamado “derecho de corrección”; como ejemplo de ello hay que señalar las veces que hemos escuchado decir a manera de justificación lo siguiente: “tuve que pegarle para que obedezca y entienda”; “a su edad sólo entiende a golpes”; “pues así me educaron, y ya ve, soy gente de bien”, actividades y acciones que a través del tiempo se han venido imitando y heredando. A raíz de ello fue cuando de alguna forma se empezó a considerar al colectivo de la infancia como uno de los grupos vulnerables de nuestra sociedad y, especialmente, como uno de los integrantes de la unidad familiar más susceptible de ser objeto de violencia.

Si bien es cierto que los niños, niñas y adolescentes están subordinados socialmente a sus padres o tutores, a sus maestros, familiares adultos y autoridades; también lo es que son sujetos plenos del goce de sus derechos, que son irrenunciables, indubitables e inalienables. Pero a pesar del reconocimiento legal de sus derechos, algunos niños aún son discriminados por su origen étnico y apariencia física, así como por las concepciones políticas o religiosas de ellos mismos o de sus padres. Las niñas, en particular, viven desde temprana edad la opresión de género.

Ahora bien, un primer paso para poder entender el problema del maltrato infantil y su magnitud, es el hecho de encontrar una definición que abarque todas aquellas situaciones que deban ser encuadradas dentro de este genérico y amplio concepto, puesto que son varios los factores que hacen que se produzca una disparidad a la hora de su concreción; entre los que se pueden destacar la ambigüedad y la imprecisión del concepto maltrato, la ausencia de criterios objetivos claros y operacionales, la diversidad de criterios ideológicos, entre otros.

Por ello, el concepto de maltrato infantil ha ido evolucionando con el tiempo en un intento de englobar todos los aspectos relacionados con el desarrollo del niño y la propia visión que se tiene sobre éste. Puede definirse como:

“Aquella acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive al niño de sus derechos y su bienestar, que amenace o interfiera su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad”.

Asimismo, una definición de maltrato en sentido amplio, nos dice:

*“Un niño -y se considera como tal, para este efecto, a toda persona menor de 18 años- es maltratado o abusado cuando su salud física o mental o su seguridad están en peligro, ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre o la madre u otras personas responsables de su cuidado; o sea, que el maltrato se produce por acción, o por descuido o negligencia”.*⁶¹

Un concepto como el maltrato presenta un conjunto de significados extremadamente amplios, que aluden a un complejo espectro de comportamientos sobre los cuales se pueden producir zonas muy amplias de superposiciones y coincidencias (agresión física; perturbación y violación sexual; negligencia en lo que respecta a la alimentación, la salud y la protección; violencia psicológica; abandono físico y emocional). Algunos estudiosos, en el intento de ampliar el análisis, incluyen en la definición no sólo los aspectos familiares del fenómeno, sino también los sociales, colectivos e institucionales, dada la complejidad de los factores asociados. Podría decirse que se le cataloga como:

⁶¹ GROSAN, Cecilia y Mesterman, Silvia. *Op. Cit.*, p. 42.

“Una enfermedad social, presente en todos los sectores y todas las clases sociales, producida por factores multicausales, interactuantes y de diversas intensidades y tiempos, que afectan al desarrollo armónico, íntegro y adecuado de un menor, comprometiendo su educación y, consecuentemente, su desempeño escolar, con disturbios que ponen en riesgo su sociabilización y, por tanto, su conformación profesional y, posteriormente, la social”.

Se tiende a creer que el maltrato se refiere sólo a la violencia física, sin embargo, hay otras manifestaciones de maltrato que pueden llegar a ser comunes en las prácticas de crianza de los padres. Hay conductas maltratadoras como el chantaje, la ridiculización, la amenaza, y otras, que llegan a tener nefastas consecuencias sobre el desarrollo de los niños. Por tanto, se puede afirmar que existen diferentes tipos de maltrato, que no son excluyentes entre sí y pueden aparecer simultáneamente en un mismo niño. Las definiciones que de cada uno de estos conceptos se realiza, quedan establecidas de la siguiente manera:

a) Maltrato físico. Es cualquier acción no accidental por parte de los padres o cuidadores, que provoque o pueda provocar daño físico o enfermedad en el niño. Por definición, la lesión no es accidental, pero tampoco ha de ser necesariamente resultado de un intento premeditado de dañar al menor. Éste puede derivar de un exceso de disciplina o de un castigo inapropiado para la edad o a las características del niño.

b) Maltrato psicológico o emocional. Es cualquier acto de naturaleza activa, como insultos verbales, coacciones o cualquier otro esfuerzo intencionado que trata de menoscabar la valoración de sí mismo en el niño. Se deteriora en forma directa la dignidad del menor y afecta su conducta. Frente a esta agresión, algunos niños responden en forma pasiva o adoptan conductas antisociales.

c) Abandono físico y por omisión. El abandono físico es aquel donde se presenta un total descuido y abandono del menor por parte de quien ejerce su tutela o tiene su custodia. En estos casos, el niño queda en total desamparo. A su vez, el abandono por omisión se refiere a la falta de atención

por negligencia o de modo intencional de las necesidades del niño, lo que implica que no se satisfagan sus requerimientos básicos como lo son la alimentación, la salud, la higiene, el vestido y la educación, entre otros.

d) Abuso sexual. Es cualquier clase de contacto sexual con una niña o con un niño, realizado por un familiar adulto desde una posición de poder o autoridad sobre aquél. Este fenómeno se presenta en ocasiones en el núcleo familiar y puede ir desde el manoseo físico hasta la violación. Por sus características y debido a los prejuicios imperantes sobre asuntos sexuales, este tipo de maltrato es difícil de detectar, pues los mismos miembros de la familia protegen al agresor.

En este mismo sentido, existen diversas modalidades de maltrato al menor, que pueden ser activas o pasivas:

1) Maltrato pasivo. Comprende el abandono físico, que ocurre cuando las necesidades básicas del menor (alimentación, abrigo, higiene, cuidados médicos, protección y vigilancia de las situaciones peligrosas) no son atendidas por ningún miembro del grupo que convive con él. Otra forma pasiva del maltrato del menor es el abandono emocional. Consistente en la falta de respuesta a las necesidades de contacto afectivo, la ausencia de contacto corporal y caricias, y la indiferencia frente a los estados anímicos del menor.

2) Maltrato activo. Una forma es el abuso físico, entendido éste como el daño que se ocasiona al menor en forma directa y deliberada por parte de sus padres o cuidadores. La intensidad del daño que afecta su integridad física puede variar desde una contusión leve hasta una lesión mortal. Otra forma activa de maltrato infantil es el abuso sexual, que consiste en cualquier tipo de contacto sexual con un menor por parte de un familiar, tutor o cualquier otro adulto, con el objeto de obtener excitación o gratificación sexual.

La intensidad del abuso puede ir desde el exhibicionismo hasta la violación. El abuso emocional es otro tipo de maltrato activo, que se presenta bajo la forma de hostilidad verbal crónica (insultos, burlas, desprecio, críticas o amenazas de abandono) y el bloqueo constante de las iniciativas infantiles (puede llegar hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar.

En México, los niños maltratados se definen como:

“Los menores de edad que enfrentan y sufren, ocasional o habitualmente, violencia física, emocional o ambas, ejecutada por acción u omisión, pero siempre en forma intencional, no accidental, por padres, tutores, custodios o personas responsables de los niños”.

Inicialmente, el maltrato infantil fue abordado desde la perspectiva de la patología médica, por lo cual se le denominó *síndrome del niño maltratado o agredido físicamente*⁶², con repercusiones biopsicosociales. Este tipo de maltrato se refiere a acciones directas, individuales, que por lo general ocurren en el seno familiar. Consecuencia de las diversas estructuras familiares que en los tiempos en que nos encontramos se establecen (familias extensas, nucleares, monoparentales, etc.), y observando la realidad de estas nuevas formas de familia y la repercusión que existe en ellas en el momento de producirse la separación o el divorcio entre la pareja, es un hecho que los problemas dimanantes impiden el ejercicio adecuado de la función familiar, y no son otros, más que los hijos, los auténticos perjudicados, pues en la mayoría de los casos: los menores se ven afectados directa o indirectamente por la violencia generada por los conflictos entre ambos progenitores, ya que el desarrollo de un procedimiento dificulta el establecimiento de cordiales y correctas relaciones entre todo el núcleo familiar.

⁶² El doctor Henry Kampe, director del Instituto Nacional del Niño Golpeado, en Denver, EUA, fue quien impulsó el término en 1961, al cual definió como: “el uso de la fuerza física en forma intencional, no accidental, dirigida a herir, lesionar o destruir a un niño, ejercida por parte de un padre o de otras personas responsables del cuidado del menor”.

Situaciones como la anterior impiden la relación de uno de los progenitores con sus propios hijos. Como consecuencia de un reiterado incumplimiento de las obligaciones paterno-filiales establecidas en la resolución judicial por parte del progenitor no custodio, en el menor se origina un sentimiento de abandono o se produce un grave riesgo en el niño o en la niña en el momento de que se ejerza el régimen de visitas.

Es importante resaltar que los hijos no deben sufrir las consecuencias de la separación o divorcio de sus padres, ya que la pareja es la que escoge la situación, responsabilizándose de las consecuencias, no terminando la relación con los hijos. Debe evitarse la manipulación sobre ellos para crear odio o rencor hacia alguno de los progenitores; es decir, la llamada *alienación parenta*.⁶³ Estas egoístas, vengadoras y maliciosas acciones por parte del progenitor alienador (que es responsable de las manipulaciones y el lavado de cerebro) es considerado como otra forma de abuso de menores y las tácticas de alienación usadas en los niños son la perturbación, la confusión y muy frecuentemente el temor y el robo a los niños de su sentido de seguridad y resguardo.

Por otra parte, y de la misma manera que se habla de que cualquier familia es maltratadora potencial de sus hijos si concurren una serie de circunstancias determinadas; se podría decir lo mismo de cualquier profesional en el ámbito de la justicia, lo que incluye hablar tanto de las formas más conocidas de malos tratos (física, emocional o sexual), como de los programas (educación, salud, nutrición, etc.) y de los sistemas y políticas públicas y/o sociales inadecuadas. ¿Cómo es posible que en lugares a donde las personas acuden para ser protegidas, puedan ser maltratadas?. Esta es una incógnita a la que se tratará de dar respuesta, pues los estudios sobre lo que se conoce como *“maltrato institucional”*, son muy escasos, tal vez porque se considera que éste ocurre en instituciones “cerradas” y es de orden privado.

⁶³ El Síndrome de Alienación Parental (SAP) se define como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición.

4.2 Maltrato institucional: definición y ámbitos de ubicación.

A menudo los profesionales de las distintas disciplinas de la protección infantil reducen el problema del maltrato infantil al ámbito de los casos producidos en el ámbito familiar y en el hogar. Estos casos son los más numerosos y han sido el detonante de las distintas investigaciones sociales y científicas así como de los movimientos de defensa del niño maltratado y la creación de los equipos de intervención. Pero aceptar la exclusividad del maltrato intrafamiliar supone limitar la existencia de la infancia al espacio comprendido entre las cuatro paredes del hogar cuando éste existe. Esta aceptación no sólo permite la perpetuación de las situaciones de maltrato familiar sino que también facilita que profesionales, políticos o instituciones que trabajan con o por el niño y la infancia caigan en otra forma de maltrato: *el maltrato institucional*.

El maltrato institucional es un fenómeno insuficientemente estudiado, aunque muy frecuente, que no se limita a los casos más flagrantes de abuso físico o psicológico. De hecho, los casos de maltrato institucional a menores son, hasta donde se sabe, bastante frecuentes en nuestro país, no obstante que no existen estudios donde hayan sido documentados de manera sistemática. Existe, sin embargo, información dispersa que permite suponer que se trata de un serio problema.

El maltrato institucional es el que se produce fuera del ámbito familiar y está dirigido hacia el individuo o hacia el grupo social de la infancia. En él se incluyen actos de comisión o de omisión, condiciones o acciones permitidas en el contexto de organizaciones, sistemas de protección de menores y programas o protocolos asumidos en centros, que violan los objetivos del cuidado institucional del menor con amenazas para su correcto desarrollo. Cualquiera de las distintas formas de presentación del maltrato; físico, emocional, abandono o sexual, puede reconocerse en él, pero también puede existir la que podríamos llamar “incógnito” o asintomático, que suele ser más frecuente.

En la esfera conceptual, el maltrato institucional se aparta de aspectos considerados como fundamentales a la hora de definir el maltrato intrafamiliar. Es difícil de definir, y la mayoría de las veces carece de indicadores. Los niños que lo sufren pueden no percibirlo de forma inmediata, a la vez que es complejo delimitar las repercusiones en el desarrollo. Se podría hablar del mismo, como un equivalente al trato inadecuado o situación opuesta al buen trato.

El Doctor Antoni Martínez Roig ha definido el maltrato institucional como:

*“Cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional o funcionario de las mismas que comete abuso o negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño o niña o de la infancia”.*⁶⁴

Se le ha definido considerándolo como:

“El producto que se obtiene cuando no se cuida ni desarrollan aquellos aspectos de la institución que nos permiten obtener mejores resultados”.

Por su parte, Horno y Santos definen el maltrato institucional a niños como sigue:

*“Cualquier legislación, programa o procedimiento, ya sea por acción o por omisión, procedente de los poderes públicos o privados y de la actuación de los profesionales al amparo de la institución, que vulnere los derechos básicos del menor, con o sin contacto directo con el niño. Se incluye la falta de agilidad en la adopción de medidas de protección o recursos”.*⁶⁵

Es pues, ante la expectativa del buen cuidado que se creó el concepto de *maltrato institucional*. Se ha utilizado también el término de maltrato social para reconocerlo, ya que es la sociedad con sus representantes, sus servicios o sus profesionales dedicados a la atención directa o indirecta hacia el niño y la infancia, la que actúa desconsideradamente hacia ellos, de manera protocolaria o puntual.

⁶⁴ CASADO FLORES, Juan; DÍAZ HUERTAS, José A. y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Carmen. *Niños maltratados*, Ediciones Díaz de Santos, S. A., Madrid, 1997, p. 258.

⁶⁵ AZAOLA, Elena. *Maltrato, abuso y negligencia contra menores de edad*. [en línea]. <http://www.concuerda.mx/pdfs/Maltrato,%20abuso%20y%20negligencia%20contra%20menores%20de%20edad.pdf>. Artículo consultado el 7 de agosto de 2010. 11:45 AM.

Entendiendo, en tal sentido, al *maltrato social* como:

“Todas las formas de comportamiento que se originan y actúan en cualquiera de las esferas o ámbitos de la vida social, cuyo resultado es la instalación de condiciones que impiden, retrasan o deforman el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes”.

En el contexto general, la sociedad es maltratante cuando su conciencia colectiva tiene un débil concepto de las necesidades de la persona llamada “*niño*”, así como del cumplimiento de sus derechos. La sociedad es maltratante cuando no se cumplen políticas de protección integral para la infancia y sus derechos; cuando el costo social de la crisis reduce el poder adquisitivo del salario de las familias; cuando en el diseño urbano no se toman en cuenta las necesidades apremiantes de la primera edad; cuando no hay espacios adecuados para la recreación y el deporte; cuando los niños carecen de seguridad y protección; cuando aparecen indicadores alarmantes de desnutrición y muertes infantiles por causas previsibles; cuando existe un alto índice de deserción escolar; y otros, sin duda constituyen un maltrato social impregnado de violencia cotidiana, que afecta la vida de niños, niñas y adolescentes, ante la impunidad de la mayoría de los responsables involucrados, y ante la pasividad de un gran porcentaje de la sociedad.

Por lo anterior, el reconocimiento del maltrato institucional es aún más laborioso que el intrafamiliar, ya que el origen se encuentra en las personas responsables de las diferentes políticas, programas, recursos o sistemas de protección aplicables a la infancia que en determinadas circunstancias pueden anteponer el interés personal, del adulto o de los grupos sociales o políticos que representan, a las necesidades del niño o la infancia.

Este tipo de conducta no es la habitual y, generalmente, es consecutiva a determinados factores:

- a) Concepciones erróneas de qué es un niño y la infancia.
- b) Conformismo y aceptación ante las situaciones de deterioro laboral o personal que repercuten en la tarea de gestión, asistencial o preventiva hacia el niño y la infancia.

c) Falta de formación, falta de experiencia en el trato o falta de responsabilidad profesional o personal.

Otros factores que pueden favorecer el maltrato institucional, específicamente, en el ámbito de la justicia son: ⁶⁶

- Relativas a la persona: carencia de empatía, desconocimiento del proceso evolutivo infantil, mentalidad penalizadora, escasa preparación para la realización de entrevistas poco adecuadas a la edad y condiciones del niño.
- Aplicación de leyes que favorecen al adulto en detrimento del niño.
- Lentitud del proceso judicial que puede ser perjudicial al proceso de desarrollo infantil.
- Aplicación de medidas de tutela fuera de la familia y la carencia de promoción de familias acogedoras.

Hay que considerar, además, que pueden existir dos tipos de maltrato institucional:

1) Maltrato en la institución. Es el que se produce cuando existe contacto directo entre el profesional y el niño. Es propio de la asistencia primaria, centros educativos o residencias, en donde puede haber inadecuación del trabajo asistencial con el niño en el ámbito físico, emocional o sexual.

2) Maltrato desde la institución. Es el que se produce sin contacto directo con el niño. Es exclusivo de este tipo de maltrato, propio del político o profesional con tareas gestoras, que desde su lugar “lejano” favorece o permite situaciones maltratantes. Se produce en los ámbitos y las instituciones en las que el niño o la infancia tienen protagonismo: educación preescolar o escolar, salud, servicios sociales, servicios de protección infantil, justicia, fuerzas de seguridad y medios de comunicación.

⁶⁶ *Íbidem.*, p. 260.

El maltrato institucional se considera como una acción relacional entre los individuos que forman parte de la institución donde se vulneran los derechos y deberes adquiridos socialmente. En esta acción la comunicación es suplantada por la agresión que modifica las intenciones de armonía que deben animar las relaciones sociales al interior de las instituciones.

La ruptura de la acción relacional genera espacios psicológicos, culturales, físicos, sociales y ambientales disfuncionales o inarmónicos, cuya presencia puede manifestarse de dos formas: oculta (sutil) y evidente, caracterizada bajo dos expresiones: activa y pasiva.

- ***Entre las formas de expresión pasiva se tienen:*** la indiferencia, el silencio, el contexto ambiental, las condiciones socioeconómicas del país, la religión, el entorno inmediato de los jóvenes y la familia, las condiciones institucionales que corresponden al impacto de agresión donde la entidad es víctima silenciosa de la realidad inmediata.
- ***Entre las formas de expresión activa está:*** el maltrato físico, la agresión física que enmarca el abuso sexual, los golpes y lesiones corporales, otras expresiones maltratadoras hacen referencia a que las necesidades fundamentales no satisfechas como albergue, alimentación, vestuario y servicios públicos entre otros, se conviertan en el origen del maltrato institucional.

Algunos no ven el maltrato, otros piensan que no es asunto suyo, bastantes se desesperan descubriéndolo, pero sin tener recursos de ayuda a su alcance. Lo que priva al niño de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere a su ordenado desarrollo físico, psíquico o social. Cuando se trata de un asunto que concierne a un menor siempre se ha de actuar con prioridad a su “interés superior”, lo que destaca una intervención urgente y delicada.

Cuando se ha asumido, de una u otra forma, la responsabilidad de una intervención con cualquier sujeto, implícitamente se le está diciendo que se es capaz de atenderle mejor y respetando sus derechos. Por este motivo, las instituciones no pueden permitir el abuso y han de trabajar cotidianamente para evitar cualquier tipo de maltrato. Tanto, es así, que la eficacia en esta labor puede ser considerada como uno de los indicadores más poderosos de la calidad de la atención que la institución presta.

4.3 Características del maltrato institucional.

Conviene tener presente que pocas veces las situaciones sobre maltrato institucional son evidentes, lo que no quiere decir que no sean claras las características de identificación del mismo. Deben considerarse, entre otras cuestiones, las siguientes:

a) *Inexistencia habitual de sintomatología.* El niño no suele presentar unas manifestaciones clínicas evidentes a corto, mediano o largo plazo, en especial cuando el maltrato se produce desde las instituciones. Cuando existen suelen ser en los casos producidos en las instituciones y son similares al maltrato físico, emocional o sexual intrafamiliar. A pesar de todo suele ser muy difícil su valoración y establecer una relación directa causa-efecto con el maltrato institucional. Su existencia puede revelarse al cabo de mucho tiempo de los hechos desencadenantes.

b) *Papel neutralizante o estabilizador de la familia.* Los estímulos positivos que el niño recibe de su entorno familiar o de su entorno de ocio acostumbra a ser los que frenan la aparición de la sintomatología. Aun sin una comunicación expresa de la situación institucional deteriorada, la convivencia habitual enmarcada en el seno de un núcleo familiar estable y estructurado sirve de contrapeso. Asimismo, dentro de este tipo de relación es

más fácil que se descubran las situaciones, aun cuando el niño no lo manifieste, y también es probable que la familia actúe con más celeridad en beneficio del niño, cuando lo descubran. Una situación difícil puede ser para los niños que habitan en el seno de familias desestructuradas, ya que en ellos pueden sumarse los efectos negativos.

c) *Dificultad diagnóstica.* Los patrones clásicos de intervención profesional para los casos de maltrato intrafamiliar difícilmente van a ser aplicables. Como ocurre en el abuso sexual, tiene un valor primordial lo que el niño manifiesta. A su vez, como sucede en el maltrato emocional o psicológico, el diagnóstico se fundamentará tanto en la clínica como en la valoración de las situaciones vividas por el niño. El desconocimiento por parte de la familia acerca de a quién y a qué institución debe acudir hace que situaciones de “poca trascendencia” no se comuniquen a nadie.

d) *Papel del profesional.* Es muy distinto al que realiza en los casos de maltrato familiar, pero su papel en la detección y por tanto en la intervención para detener la situación generada es fundamental. En aquellos casos en los que el maltrato institucional es una consecuencia de la actuación directa y no es merecedor de una actuación judicial, el papel del profesional es clave. A través de su labor diaria puede conocer las situaciones derivadas de las estructuras administrativas y de la inadecuada actuación profesional. No debe aceptar que la cotidianidad de determinadas situaciones se convierta en una aceptación tácita de las mismas. Lo habitual no es sinónimo de correcto. La actuación diaria de denuncia activa con el ejemplo y la discusión entre compañeros servirá para sensibilizar y desvelar conductas incorrectas o al menos inoportunas.

e) Diagnóstico del maltrato institucional. Se puede decir que existe sospecha de un caso de maltrato institucional como consecuencia de los datos obtenidos a través de la integración de: a) las manifestaciones verbales del niño; b) las manifestaciones clínicas que presente; c) las situaciones vividas, y d) el control de calidad de las distintas actuaciones profesionales o políticas. La entrevista con el niño es de primordial importancia. Debe ser realizada por un profesional con experiencia en las mismas, con empatía hacia el niño, con conocimiento de las distintas etapas del desarrollo del lenguaje infantil y su forma de comunicación. El niño desde sus primeros años de escolarización obligatoria puede explicar muy bien, con un lenguaje adecuado a su edad, las acciones u omisiones de profesionales de la enseñanza, salud, servicios sociales o fuerzas de seguridad. La valoración de aspectos más conceptuales, protocolarios o de sistemas, se conseguirá desvelar a través de las familias, las organizaciones no gubernamentales o los controles de calidad de los propios profesionales. Las sesiones clínicas, las supervisiones de trabajo y el control periódico de los protocolos de actuación van a servir a los profesionales de acción directa para detectar situaciones de posible trato inadecuado hacia el niño o la infancia.

De cualquier modo, y al margen de lo establecido, es evidente que el maltrato institucional en la infancia es un problema social que incumbe a toda la ciudadanía; y que ya sea por la falta de interés para implementar los recursos procedentes por la “privacidad” en que suele cometerse o por la “debilidad” de las víctimas, ocasiona la dificultad para denunciar los actos derivados de éste. Lo cierto, es que no posee una “publicidad tan notoria y triste a la vez” como la violencia familiar ejercida contra la infancia en el entorno familiar.

4.4 ¿Cómo se interpreta y aplica el interés superior del niño?.

El “interés superior” del niño, cuyo contenido se ha ido desarrollando en la medida en que se avanza en el tema de reconocimiento de la propia infancia, no es otra cosa que una forma de expresar que no puede haber un interés superior a la vigencia efectiva de los derechos del niño y que ni el interés de los padres, ni el de otros adultos, ni el del Estado, puede ser prioritario, cuando se toman decisiones que afectan a los niños.

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo 3° de la Convención proyecta el “interés superior” del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Cuando ésta señala que el *interés superior del niño será una consideración primordial* para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de éstos deben ponderarse de un modo prioritario. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia.

Se ha asignado, al principio el desempeño de tres papeles: en primer lugar; y, en combinación con otros artículos del instrumento sirve para apoyar, justificar o clarificar un enfoque particular a las cuestiones de la Convención, en este contexto

constituye un elemento que requiere ser tomado en cuenta para la implementación de otros derechos; el segundo papel, sería el de mediador en la resolución de conflictos entre derechos en el marco de la Convención y; finalmente, serviría para evaluar leyes, prácticas y políticas relacionadas con los niños que no se encuentren cubiertas por obligaciones expresas de la Convención.

Se ha subrayado la importancia de entender el principio de acuerdo con la serie de valores explícitos que la Convención sobre los Derechos del Niño protege, lo que significa que el resto de los artículos perfilan lo que debe ser entendido como el interés del niño (derecho a la vida, a un nombre y una nacionalidad, a preservar su identidad, a la relación con ambos padres, a expresar su opinión, etcétera). Efectivamente, la Convención en su conjunto ayuda a dotar de contenido a la expresión “interés superior del menor”, pues provee una declaración de valores cuidadosamente formulados y balanceados; sin embargo, el objetivo de este instrumento no es dar una afirmación definitiva sobre cómo atender este interés en una situación concreta, pues las implicaciones precisas del principio variarán dependiendo del tiempo y de una sociedad en función de sus propios valores culturales, sociales y de otras realidades, así como de acuerdo a la situación concreta de cada niño. De tal manera que esto no es suficiente para resolver todos los casos en los que se requiere determinar este tipo de interés, pues, como han dicho los críticos, si sólo los derechos permiten delimitarlo, el principio carece de contenido propio y es superfluo.

De ahí, que la respuesta al cuestionamiento inicialmente planteado sea fundamental, pues mediante esta noción podría justificarse casi cualquier tipo de actuación. Este principio goza de una gran amplitud en su aplicación, el cual rebasa el campo de acción del Estado e involucra a las instituciones privadas, aunque dentro del ámbito puramente judicial, es a los tribunales a quienes les

corresponde velar porque se respete el artículo 3° de la Convención, involucra a todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. De conformidad con lo anterior, este principio tiene un amplio campo de aplicación, porque lo que verdaderamente interesa es el interés del niño y de allí que el Estado se involucre también en el ámbito privado, lo cual en ningún caso se puede tildar de intromisión en las actividades privadas ya que siendo la niñez y la adolescencia un sector vulnerable, merece especial atención y el Estado cumple su función al darles una protección preferente.

El problema de la aplicación del principio a problemas concretos ha sido objeto de diversas opiniones. Se ha dicho que es imposible su delimitación, pues el mismo principio puede conducir a resultados diversos, además de que con base en el valor del cual se parte es posible justificar o condenar una misma práctica. Se ha argumentado también sobre la dificultad de saber si la norma en realidad se está aplicando. Los defensores del principio han respondido a estas objeciones con varios argumentos: en primer lugar se ha propuesto que los acuerdos sobre el uso de la norma constituyan una guía para la aplicación del principio entre quienes utilizan las reglas, limitando las posibilidades de resultados de aplicación; en segundo lugar se ha planteado la utilización de precedentes o “exámenes previos” para restringir la selección de la regla en quien toma la decisión y, finalmente, se ha sugerido la definición del principio considerando el contexto, es decir, la Convención como un todo.

Cuando se hace alusión al *“principio del interés superior del niño”*, no se duda del mensaje que el legislador quiso transmitir sino del contenido que cada uno de los llamados a interpretar ese mensaje, es decir, los jueces, vayan a darle. En general, ellos se encuentran, a la hora de decidir sobre el interés superior del niño, frente a lo que se denominan “casos difíciles”.

En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. El tipo de caso difícil más frecuente es aquel en el que la norma aplicable es de textura abierta, es decir, tiene una o más expresiones lingüísticas vagas.

Como sostiene Hart, citado por Marisa Herrera, “debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico, y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando tales casos llegan a los estrados judiciales, los jueces tienen discrecionalidad (en el sentido de libre o no reglada) para escoger la interpretación que considera más apropiada”.⁶⁷

En contra de esta posición se encuentra la concepción tradicional sobre la actividad judicial, originada en la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana. Ellas caracterizan la tarea de los jueces como consistente en la aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos. Tal concepción considera al razonamiento jurídico como un silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable y la menor sería la descripción del hecho que se juzga; la conclusión, la solución del caso. Considera, Marisa Herrera: “lo incorrecto de esa postura es considerar que es una tarea mecánica donde no existe una elección, una verdadera labor creativa”.⁶⁸

El Juez debe y está obligado a tomar una decisión, se trata de un acto de voluntad que implica la posibilidad de elegir entre distintas alternativas. Este proceso comprende la interpretación de normas y de hechos. Es una actividad sumamente compleja, que no puede reducirse a los esquemas de la lógica formal.

Como dice Segura Ortega: “la interpretación es una operación intelectual que consiste básicamente en una atribución de significado que se proyecta sobre normas y hechos”.⁶⁹ Es muy importante para la comprensión de este proceso, tener en claro que los hechos también son interpretados por los jueces.

⁶⁷ HERRERA, Marisa. “La interpretación. Casos difíciles”, La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, p. 200.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 201.

⁶⁹ *Ídem*.

Sin embargo, en la actualidad los sistemas judiciales cuentan con poca valoración y aceptación por parte de la sociedad. Extensa es la bibliografía tanto nacional como internacional respecto a la crisis de la justicia.

Poca credibilidad de los juzgadores, falta de eficacia en su actuar, rezago judicial y procesos lentos, con usuarios descontentos, son síntomas comunes del problema. Sin duda, requerimos juzgadores que interpreten las normas, fijen sus alcances en caso de duda y asignen los derechos y obligaciones correspondientes.

Basados en lo anterior, es necesario que los profesionales involucrados en el ámbito de la justicia cumplan con los siguientes criterios de atención a la niñez con prioridad a su “interés superior”:

- a) Provisión. Mediante el establecimiento de valores de gran consenso y estimación social, tales como la ausencia de violencia, el apego a la verdad, el ejercicio de la solidaridad, la tolerancia y el respeto a la diferencia.
- b) Protección. Se refiere a la no discriminación de los infantes, al derecho a vivir en familia y al derecho a la salud y a la educación, entre otras consideraciones.
- c) Participación. Tiene que ver con el derecho a saber y a ser informado acerca de las decisiones que afecten sus vidas.

La finalidad esencial ha de ser tendiente a defender los derechos de los menores implicados, ofreciendo mejores servicios y buscando la eficacia de la ejecución de medidas protectoras de la infancia, asegurándole su bienestar en el plano físico, psíquico y social, lo que garantiza que su interés será tomado en cuenta en todo momento. Se ha de cumplir con lo que prevé el “*principio del interés superior del menor*” al momento de resolver un “caso difícil” en que se vea inmersa tanto la infancia como la adolescencia.

4.5 Aplicación del principio del interés superior del menor por parte del Juez de lo familiar evitando el maltrato institucional.

Ubius, ibiremedium. Donde existen derechos, es posible el remedio.

Si bien es cierto que históricamente los niños no han sido considerados como sujetos sociales de derecho, que puedan opinar, decidir sobre las situaciones que les competen directamente, ni en la casa, ni en la escuela, ni en ningún lado. También lo es que “en su calidad de ser humano, el menor tiene derecho a la protección de sus intereses individuales, al respeto a su persona y a sus atributos y libertades. Por su natural vulnerabilidad y dependencia, el niño es acreedor de la protección necesaria para su supervivencia y desarrollo”.⁷⁰ En este sentido, ya no se habla de “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.

La Convención sobre los Derechos del Niño sigue siendo el principal y más importante instrumento internacional sobre la materia no sólo porque es un marco que orienta de manera diferente la legislación y las políticas públicas de los Estados firmantes de este acuerdo, sino porque además encierra una concepción vanguardista sobre los derechos de la niñez, por ello se dice que la Convención sigue siendo el parteaguas histórico para ver, entender, tratar y relacionarse con la infancia y la adolescencia.

Establece el preámbulo de la Convención que: *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales, en particular con un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad,*

⁷⁰ BRENA SESMA, Ingrid. “Derechos individuales del menor”, El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, Porrúa, México, 2007, p. 27.

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

Con lo que se da paso a la formulación del “*principio del interés superior del niño*” como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, identificando el “interés superior” con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y donde las autoridades se encuentran limitadas por esos mismos derechos.

En definitiva, además de ser conscientes de nuestra responsabilidad social frente a los niños, niñas y adolescentes debemos ser conscientes de la obligación jurídica. La condición y características cognitivas, físicas y emocionales de los niños y niñas los hace particularmente vulnerables (en el ámbito de la procuración de justicia) a la violación de sus derechos. De hecho, en el actual sistema de procuración de justicia, sus opiniones son raramente tomadas en cuenta. Es necesario prestar una atención especial debido a que, generalmente, los niños no pueden hablar por sí mismos.

Se hace entonces menester “*amparar el interés superior de la infancia*”, a fin de obligar tanto a los particulares como a toda clase de autoridades a respetar y velar por el bienestar de los menores más allá del sistema jurídico positivo imperante en una Nación.

La Convención impone al Estado que la adopta, la obligación moral y jurídica de trabajar en una reforma legislativa que traduzca sustancialmente su contenido. Esto significa que, al haber ratificado la Convención, México se ha comprometido a adecuar sus legislaciones al espíritu de la misma. La adecuación de la legislación nacional puede adquirir dos modalidades de naturaleza radicalmente diversa:

- a) Una adecuación formal-eufemística: incorporando una serie de derechos en términos de enunciados generales, “olvidando” introducir las técnicas legislativas que garanticen, si no su cumplimiento, por lo menos un accionar jurídico concreto frente a su violación.

b) Una adecuación real que signifique la introducción efectiva de aquellos principios generales del derecho que en forma explícita incorpora la Convención, con todas las consecuencias jurídicas y de política social que ello implica.

Bajo este contexto, contamos con leyes que tienen compatibilidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, las que establecen criterios y bases para impulsar el desarrollo integral de los menores. Ideas que han sido plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; así como en la legislación civil y procesal civil para el Distrito Federal. Ampliándose, además, la interpretación jurídica del llamado “*interés superior del menor*”, en forma reciente, emitiéndose opinión sobre éste en los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Federales, de los cuales y sólo a guisa de ejemplo se mencionan los siguientes:

Criterio Judicial emitido por la Suprema Corte de Justicia. Registro No. 172003, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Julio de 2007, Página: 265, Tesis: 1a. CXLI/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. *En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y 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 niño".*

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Registro No. 164088, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Agosto de 2010, Página: 2271, Tesis: I.5o.C.103 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

DERECHOS PREFERENTES DEL MENOR. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el interés del menor es calificado como superior. Por ello, son derechos preferentes de éste: a) recibir una atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social, y b) dar su opinión y que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, con inclusión de los de carácter judicial y administrativo.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique CantoyaHerrejón.

Registro No. 164026, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Agosto de 2010, Página: 2299, Tesis: I.5o.C.104 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO. El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique CantoyaHerrejón

Registro No. 163964, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Agosto de 2010, Página: 2337, Tesis: I.5o.C.137 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ANTES DE FIJARLO EL JUZGADOR DEBE LLAMAR AL MENOR PARA SER ESCUCHADO, INCLUSO DE MANERA OFICIOSA. *En atención a que el régimen de visitas y convivencias es un derecho humano del menor que se debe respetar en términos de los artículos 1o. de la Constitución Federal; 1 al 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 4, 7, 41, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 1 y 4 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; y 282, apartado B, fracción III, y 283, fracción III, y último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal; el juzgador se encuentra legalmente obligado a llamar al menor para que sea escuchado antes de fijar el régimen de visitas y convivencias al que deberá estar sujeto con sus progenitores, lo que deberá hacer oficiosamente en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues con ello se garantiza que las visitas y convivencias sean resueltas conforme al interés superior del menor.*

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique CantoyaHerrejón.

Sin duda un factor que ha contribuido de manera importante a impulsar estas iniciativas para proteger los derechos de la infancia de acuerdo con su “interés superior”, tiene que ver con el equilibrio de fuerzas políticas dentro de las instancias legislativas que provoca la necesidad de una mayor competencia en la materia, animando un verdadero trabajo legislativo. Sin embargo; son los incipientes cambios en los marcos legales de carácter federal y estatal logrados hasta el momento, y el lento avance, representaciones manifiestas, de la ausencia de mecanismos que promuevan de manera sistematizada la adecuación de las leyes al espíritu de la Convención; aspecto que por otro lado, muestra parte de las limitaciones de las propias leyes recién creadas en esta materia.

¿Qué hacer para que sean cumplidas las leyes y compromisos adquiridos en torno a la niñez, sobre todo cuando hablamos de su “interés superior”? Frente a este tipo de preguntas adquiere sentido cada vez más la creación de mecanismos que permitan mayores niveles de supervisión, vigilancia y diseño de las garantías individuales y colectivas de que deben gozar la niñez y la adolescencia. En este sentido, uno de los propósitos de las iniciativas en torno a la niñez, debe estar dirigida a fomentar la movilización de las distintas capas de la sociedad en la construcción y fortalecimiento de una cultura de respeto y mejor trato para niñas y niños. Es sólo la movilización, producto de una profunda convicción de los diversos actores, la que puede lograr una mejor condición de vida para la niñez de nuestro país. A final de cuentas una ley debe orientar la voluntad consensuada de una sociedad hacia aquellos fines que se consideran más adecuados para su presente y su futuro, de lo contrario se trataría de letra muerta.

Para ello es necesario establecer un nuevo marco de acción más acorde con las necesidades y capacidades de esta población y de salvaguardar tanto la provisión y protección, como la participación de los niños y niñas. La esencia de este marco es la corresponsabilidad gobierno-sociedad civil, que implica una relación de respeto e igualdad en la que tanto uno como otro deben compartir las experiencias adquiridas y rendirse cuentas mutuamente de las acciones que realizan. De esta forma los mecanismos son entendidos como formas, actividades o medios que puedan hacer valer los Derechos Humanos de la Niñez. Tales mecanismos implican organismos e instancias públicas y sociales relacionadas con el desarrollo y supervivencia de los niños, los cuales deben de estar legitimados por los marcos legales del país y de las regiones y localidades respectivas. Con estos mecanismos es posible diseñar mejores marcos jurídicos y políticas sociales que atiendan el pleno cumplimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, y de su “interés superior”.

En este orden de ideas, hay que cuestionar el hecho de cuántas de las estructuras, instituciones y prácticas establecidas para “proteger” a los niños realmente lo hacen, y si estamos preparados para alentar a los mismos para participar en decisiones concernientes a sus opciones de vida. Si se quiere lograr un progreso, se tiene que reconocer la integridad moral de los niños, tratarlos como personas con derecho a una consideración y a un respeto iguales, y derecho tanto a tener reconocida su autonomía actual como protegida su capacidad para una autonomía futura.

La realización del objetivo de dar a los niños en los Juzgados de lo Familiar el trato de verdaderos sujetos de derecho es una tarea tan importante como difícil. Si se le toma en serio puede significar un cambio radical, tanto para los niños cuyas vidas se decidirán conforme al Derecho de familia, como para las políticas de infancia, en general, por ese reconocido papel que las instituciones jurídicas desempeñan en la configuración de las costumbres y de la cultura. Pero para tomarlo en serio es necesario hacer un trabajo mucho mejor hecho que el que hemos presenciado hasta ahora, que parta definiendo objetivos, acciones e instrumentos estratégicos, y que disponga de los recursos idóneos y necesarios para ello. La consideración de los niños como sujetos de derecho en los Juzgados de lo Familiar impone ciertos costos económicos. Costo en tiempo de profesionales competentes y especialmente capacitados que asesoren al Juez en la tarea de oír al niño y en la de consultar sus sentimientos; también en tiempo de jueces que se ocupen de mantener informados a los niños y en consultar su opinión (directamente o a través de su defensor) antes de adoptar las diversas decisiones que van configurando el caso; costo en la habilitación de espacios adecuados para oírlo, reduciendo la hostilidad que de por sí impone el contexto judicial al niño que es citado por la autoridad; costo en defensores técnicos que actúen en los casos en que el niño tiene un interés independiente; etc. Estos costos no deben ignorarse si se va a tomar en serio el objetivo de tratar a los niños como sujetos de derecho.

Se concluye, de lo anterior, que el denominado *“interés superior del menor”*, no puede tener una rígida e inflexible definición, pues en sí mismo, es el principio rector que guía tanto a las autoridades como a la sociedad entera a adoptar las medidas necesarias para que los derechos fundamentales de los menores sean respetados. Sin embargo, el principio encuentra un obstáculo en su aplicabilidad ante el hecho de que los encargados de proteger a los menores e impartir justicia no siempre tienen la experiencia, capacitación o sensibilidad para hacer primar el *“interés superior del niño”*.

En gran medida, la falta de contenido específico del *“principio del interés superior del menor”* descrito en los ordenamientos internacionales, constitucionales y legales ya mencionados, y que constituyen el soporte jurídico de las resoluciones judiciales en nuestro sistema, ha generado un deficiente manejo de este principio al momento de resolver una controversia en la que se vean involucrados los niños, niñas y adolescentes, lo que se manifiesta ante la simple enunciación del concepto en las resoluciones judiciales sin que exista un desarrollo adecuado de su contenido ante la imprecisión del citado principio, o bien se interprete de forma tal que resultan decisiones judiciales incongruentes.

Con el propósito de contribuir a evitar los desaciertos que esa omisión genera en las resoluciones es importante que se considere al *“interés superior del menor como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Él que funda una obligación en las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para éste de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”*. Acorde a lo anterior, habrá que poner en práctica las siguientes reglas que nos permitirán dar contenido al *“principio del interés superior”* en un caso concreto:

- I. Tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente.
- II. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia y sus deberes.
- III. La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del menor.
- IV. La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del menor.
- V. La condición específica del niño, niña o adolescente como persona que está en proceso de desarrollo.

Resulta importante resaltar que no deberán aplicarse únicamente criterios formales sino que deberá valorarse en su conjunto la situación del niño, haciendo uso de cualquier pauta, incluidas las de las ciencias no jurídicas, con la ayuda de los equipos multidisciplinarios.

El *“interés superior del menor”* se debe traducir en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. En este orden de ideas, la función de dicho principio es iluminar la conciencia del Juez para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. El Juez de lo Familiar, ha de desarrollar una función tendiente a la aplicación del principio en cita, pues este funcionario judicial es quien conoce los problemas que afectan a la niñez y la adolescencia. Es por ello que tiene en sus manos desde el inicio de cualquier diligencia que involucre a este sector de la población la obligación de garantizar el llamado *“interés superior del menor”*. Pero también ha de tener presente que éste no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños.

El Juez de lo Familiar será el que deberá identificar cuál es el “interés superior” del niño, teniendo en cuenta como un elemento central los “intereses manifiestos” del menor (lo que el niño dice que prefiere), pero mal podría tenerlo en cuenta si éstos ya vienen filtrados y distorsionados por su representante, que se permite escoger, de lo manifestado por su representado, lo que él considera es lo más conveniente para el niño. Al hacer efectivo el derecho de opinión del niño, niña o adolescente, de que se trate; el Juez se está asegurando de que la decisión que adopte, responda genuinamente a lo que más conveniente a ese niño, niña o adolescente, garantizando la protección de sus derechos.

La adopción de una medida que afecta al menor, tras haber considerado debidamente la opinión del niño, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la misma decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del mismo en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa. Esa dramática diferencia de “calidad” en la decisión (aún si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño, justifica los mayores esfuerzos de contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarias para darle efectiva participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones. De este derecho de opinión, pueden surgir importantes estándares y exigencias para las decisiones jurisdiccionales que han de ser adoptadas por los Jueces de lo Familiar:

Un primer estándar impuesto por el “interés superior” del menor a las decisiones de los Jueces de lo Familiar que afecten a un niño es de derecho sustantivo. “Tomar debidamente en cuenta” la opinión del niño impone, conferir un “especial peso” a esa opinión y a las preferencias expresadas por el niño, en su caso.

No debe entenderse esto en el sentido de que el Juez debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida él. Así, si en un determinado caso resulta que antes de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un “especial peso” en la balanza, que termina por inclinar definitivamente en favor de esa preferencia. A la misma conclusión puede llegarse si antes de escuchar la opinión del niño una alternativa parece apenas un poco mejor que las otras; entonces, la preferencia expresada por él a favor de otra alternativa que no parecía la mejor, perfectamente puede inclinar la balanza en su favor al conferirle un mayor peso relativo. En cambio, si por razones distintas a la opinión del niño, una alternativa le parece al juzgador claramente desventajosa para su interés superior, es perfectamente posible que el mayor peso relativo conferido por la opinión de éste a esa alternativa no sea suficiente para inclinar la balanza en su favor, dado que todavía hay razones de mayor peso a favor de la alternativa que al Juez de lo Familiar parecía claramente preferible. Para la aplicación de lo descrito y por mandato del propio artículo 12 de la Convención, deberá de tenerse en cuenta la edad y madurez del menor, pues es precisamente en función de estos criterios que el Juez deberá tener debidamente en cuenta las opiniones del niño, niña o adolescente.

En este sentido, cuando la edad y la madurez del menor le permiten expresar sus sentimientos y deseos; y, éstos puedan preverse como positivos para su desarrollo, se atenderá a los mismos al momento de tomar las decisiones pertinentes en cada situación particular. El Juez de lo Familiar deberá de escuchar al niño, la niña o al adolescente, con el objeto de asegurar que éste haga uso del derecho de opinión que le corresponde como un derecho humano individual; para

que pueda expresarse, contar qué le paso, cómo fue, qué desea, con quién quiera estar; asegurándole el ejercicio y disfrute de todos los derechos que la ley le otorga; y con el debido respeto a sus vínculos familiares, sus costumbres, sus creencias religiosas, culturales, lingüísticas, etcétera.

El Juez está obligado a resolver lo que sea mejor para el niño. Ante la obligación de garantizarle sus derechos fundamentales habrán de conjugarse las necesidades presentes con las futuras, que sea razonablemente prever, hasta de tenderse a afirmar la identidad de éste según los términos en que ya aparezca definida en el momento problemático y a fortalecer su personalidad y manifestaciones positivas, en lugar de confundirla o cambiarla. Lo que por supuesto no implica que se haga su voluntad, ya que en ocasiones éstos son manipulados por los adultos; de ahí, el deber de asegurarse de que las opiniones de los niños y niñas sean genuinas; ya que en algunos casos, los adultos que acompañan a los niños y niñas, influyen negativamente sobre ellos, y cuando se les pregunta sobre el hecho sujeto a investigación, los adultos que los acompañan, con un solo gesto, una mirada, o con una simple seña, hacen que ellos digan o hagan lo que aquellos quieren, por lo que también en algunos casos da buen resultado escucharlos en privado. El Juez lo escucha sin la presencia del padre, la madre o la persona que lo acompañe, para que él pueda expresarse en forma libre y espontánea y no estar sujeto a ningún tipo de influencia.

Se descartan, desde luego, las conductas caprichosas que exijan aquello que les afecte negativamente en su desarrollo o formación, pues no proponemos con el *“interés superior del menor”*, otorgar todo aquello que materialmente sea posible; sino lo que objetivamente le edifique y le lleve a ser una persona sana, física y psíquicamente, lo que implica concederle o negarle sobre esta prioridad.

Un segundo; y último, estándar impuesto por el principio que se examina a las decisiones de los Jueces de lo Familiar es de carácter jurídico-procesal, y les exige considerar en la fundamentación de sus sentencias la opinión del niño. Si *“tomar debidamente en cuenta”* esa opinión supone conferirle un especial peso en el plano sustantivo, entonces la sentencia, en sus considerandos, debe dar cuenta

de la forma en que el juzgador tomó en cuenta la opinión del menor, confiriéndole ese especial peso. El niño tiene la posibilidad efectiva de participar en la construcción del caso, desde sus inicios hasta la sentencia. Pensemos, por ejemplo, en un adolescente al cual el Juez de lo Familiar quiere entregar en su momento la decisión de con cuál de sus parientes seguirá viviendo y qué relación mantendrá con su padre y/o madre no custodios. Pues bien, para que el adolescente decida libre e informadamente, es necesario que el Juez, primero, al inicio del proceso, lo informe plenamente sobre las razones por las cuáles fue llamado a intervenir, la forma que tendrá el juicio, las consecuencias de las diversas alternativas en juego; luego, que lo consulte sobre las personas que él cree deben ser oídas; en seguida, que lo invite a participar en la decisión que el juzgador debe tomar sobre posibles medidas precautorias; más tarde, que lo vuelva a informar plenamente sobre la posición que los diversos involucrados están adoptando frente al asunto. Sólo así, al final del proceso, el adolescente que es invitado a tomar la decisión sobre con cuál de sus padres o parientes ha de vivir, ha participado plenamente en la construcción del caso, es decir, en la definición del curso que adoptará su propia vida. Una ventaja de todo ello, además, es que ofrece mayores posibilidades para un entendimiento entre el Juez y los profesionales que lo asesoran jurídicamente, por una parte, y el niño, por la otra, de manera que las opiniones que unos y otros se van formando sobre las opciones más convenientes para resolver el caso, se pueden ir acercando, en una dinámica que tiende a flexibilizar posiciones y ampliar visiones, tanto en los primeros como en el niño, con mayores posibilidades de que en la decisión del asunto por parte del *A quo* el niño logre identificar su propio aporte y visión.

No deben olvidar que como jueces juegan un papel muy importante en la vida de un niño, de su decisión depende con cuál de sus padres que están en proceso de divorcio irá a vivir, quién lo va a educar, a quién va a visitar, quién ejercerá sobre él la patria potestad y quién no, quién tendrá la custodia definitiva y quién sólo tendrá derecho a la convivencia, nosotros cambiaríamos el “quién” por el “con quién” le conviene más al niño, al final de cuentas de eso se trata el

“interés superior del menor”. Pero, a menudo confunden su autoridad con su capacidad para actuar. Se equivocan al no darse cuenta de que el quién y el cómo deben ser temas separados. Es el quién lo que los jueces deben decidir, mientras que el cómo va más allá de su competencia. Si los jueces fueran capaces de ponerse a sí mismos en la piel de un niño que es objeto de una disputa entre sus padres por su custodia, seguramente restringirían su actividad a responder la única pregunta que ellos pueden y deben responder: quién tendrá la custodia, y no cómo o bajo qué condiciones el que tiene la custodia y el niño se relacionarán entre sí y con los otros.

Ya se ha establecido que los niños, niñas y adolescentes piensan y se comportan de manera diferente respecto de los adultos; en este sentido, se hace necesario un “trato diferencial” hacia la infancia. Por lo que al momento de hacer primar el “interés superior” de la niñez también deberán tenerse en cuenta y satisfacer durante el proceso de administración de justicia las siguientes necesidades:

1. Duración total del proceso. La duración total del proceso deberá ser la mínima necesaria. Los límites de plazos y duración total del proceso deben establecerse en el “interés superior” del niño. Debiendo estructurarse en función de: a) las necesidades y las reacciones típicas de los niños; b) en el contexto de sus capacidades de desarrollo; y, c) las actividades que deberán llevarse a cabo.

2. Eficiencia del proceso. Es necesario ejercer un control sobre los tiempos de espera que aparecen durante el proceso para hacerlo más eficiente. La situación de espera genera un alto nivel de angustia, y aumenta la probabilidad de que el niño o adolescente desee no hablar, o que lo haga bajo una situación de ansiedad, limitándose su capacidad de relatar, recordar, contener emociones, etc. Por ello, es necesario racionalizar mejor el tiempo, evitando esperas innecesarias, sobre todo al niño que se presenta a platicar por primera vez con el Juez. Cuando se presenta, el niño debe ser atendido de inmediato.

3. Duración de cada sesión. Es necesario que las sesiones que involucren a un niño sean breves y si el caso lo amerita, se contemplen descansos suficientes. Tal necesidad se fundamenta en dos características de la infancia: la primera, en la necesidad del niño de canalizar su ansiedad, ya sea mediante el movimiento o mediante el cambio de actividad; y la segunda, en la capacidad de concentración y atención en niños pequeños. Específicamente hablamos de que: a) el niño o la niña pequeños son capaces de concentrarse sólo durante períodos muy breves de tiempo; b) la atención del niño y la niña pequeños se distrae fácilmente. Salta de un objeto a otro, oscilando frecuentemente. El más sutil estímulo provoca su desconexión y aunque un segundo antes pareciera concentrado en el tema, puede extinguirse de inmediato el interés en ello, enfocándose en el nuevo estímulo; c) al encontrarse en un recinto desconocido para él, no sólo le resultará atemorizante, sino que existirán múltiples estímulos novedosos que seguramente obstaculizarán su capacidad de concentración; y, d) el esfuerzo que implica para el niño concentrarse y retener la atención en lo que le están diciendo, aunado al esfuerzo para comprender lo que se le dice, que generalmente implica palabras técnicas, poco adaptadas al lenguaje y capacidades del niño.

Por tanto, deberá considerarse que la duración de la concentración y energía dependerá de cada individuo y la situación particular en la que se encuentra. La aplicación arbitraria de interrupciones podría incluso resultar contra productivo y entorpecer la dinámica de la entrevista. Es entonces indispensable que las declaraciones infantiles sean tomadas por personal capacitado para detectar los momentos de falta de concentración, ansiedad o de descanso para el niño, según sea el caso.

Contrario a todo lo anteriormente citado, es posible considerar que la actuación o falta de la misma por parte del Juez de lo Familiar pudiese “maltratar” a un niño, niña o adolescente.

Cuando se habla del maltrato infantil se nos viene a la cabeza cualquier situación familiar en la que los derechos del niño no son respetados. Sin embargo, ya quedo establecido que ni conceptualmente es así, ni se reduce a una situación familiar.

Los jueces, en ocasiones, no consiguen ver lo que es obvio: que el carácter delicado e intrínseco de la relación paterno-filial ubica a ésta más allá de su logro destructivo. Razón por la que los lazos familiares son un proceso demasiado complejo y vulnerable para ser solucionados en adelante o desde una distancia impuesta por un instrumento tan general e impersonal como la justicia. La que se estima deficiente, lenta y no provee de soluciones reales a los problemas concretos que afrontan las personas. La justicia como resultado de un silogismo objetivo y ciego, hoy por hoy, es fuertemente cuestionada. Además, de que el sistema suele ser impersonal y frío, con reglas objetivas que pretende una legalidad abstracta que no está condicionada por lo que sienten o necesitan los participantes. Se refleja incumplimiento a las leyes. Reina el burocratismo, no hay sensibilidad, ni pasión, ni compromiso ante los problemas, los recursos son muy escasos, no se reconocen o se niegan los fenómenos, se actúa con negligencia o lentitud.

Los profesionales del ámbito judicial, han de tener claro que hay formas de coerción que pueden resultar tanto o más dañinas para el niño o niña que el empleo de la violencia. Si el Juez de lo Familiar no respeta los derechos fundamentales de los niños consagrados inclusive en la ley, si no presta especial atención a los asuntos que tengan que ver con ellos, si no aplica leyes que favorezcan al menor en lugar del adulto, si no toma conciencia y agiliza los procesos, si no se involucra, si no visita los albergues donde van a parar los niños abandonados, y que son sujetos de algún proceso judicial, y escuchan a las personas que los cuidan y se da cuenta de lo que viven, si no logra sensibilizarse ante tales situaciones, si no toma en cuenta el "*interés superior del niño*", sobre el interés de los adultos, es que incurre en lo que se denomina "*maltrato institucional*".

Como ha quedado establecido con antelación, el “maltrato institucional” se produce cuando hay una acción derivada de la actuación individual del profesional o de las mismas normas de la institución, y que impide el mejor desarrollo del sujeto con el que interviene, o que, también se produce por omisión cuando, por falta de atenciones por parte de los profesionales o de las mismas instituciones de las que el sujeto depende para su desarrollo, existe cualquier deficiencia sobre sus condiciones de vida, necesidades y derechos. Por tanto, y en definitiva, podría considerarse que el Juez de lo Familiar puede ser un agente maltratador si mediante su actuación por acción o por omisión provoca un daño significativo a un niño, niña o adolescente.

Si nos fijamos solo en la teoría, podemos pensar que el maltrato institucional es un concepto demasiado teórico y que difícilmente se produce en la práctica, en la realidad profesional cotidiana; pero por desgracia a menudo estamos más cerca de este tipo de maltrato de lo que creemos. Solo hace falta que leer y reflexionar con atención sobre algunas situaciones que se exponen a continuación:

- Desigualdad de oportunidades en el trato de los sujetos.
- Discriminación por razones de sexo, nacionalidad, etnia, religión, etc.
- No responder a las características singulares y diversas de los sujetos.
- El poco tiempo para realizar una entrevista adecuada.
- La imposibilidad material de desarrollar programas preventivos o de abordaje de situaciones de riesgo.
- Vulneración de la dignidad de los sujetos (ridiculización, humillación, etc.).
- Separación de un menor del núcleo familiar sin preocuparse de intervenir con anterioridad.
- Falta manifiesta de preparación de los profesionales o ausencia de selección de personal adecuado, que afecta al buen trato de los sujetos.
- Niños que huyen de los centros sin que nadie se preocupe.
- Supervisión inadecuada que repercute en un trabajo de poca calidad.

- Exceso de trabajo que incide negativamente en la atención adecuada de los sujetos.
- Programas que no cumplen unos niveles mínimos de calidad.
- Existencia de recursos escasos para responder a las necesidades.

Aunque probablemente, cuando el Juez de lo Familiar lea estas situaciones, las considere perjudiciales para el progreso integral de los niños a los que atiende, puede que otras personas puedan considerar que algunas de estas situaciones citadas no supongan un maltrato propiamente dicho, sino simplemente, que no se llega al tratamiento óptimo, distinguiendo así, entre maltrato y el trato óptimo (ideal) y considerando que entre uno y otro hay muchas etapas intermedias. Podríamos considerar atrevido decir si una u otra situación están más cerca del maltrato que del trato óptimo, ya que para ello se tendría que conocer la globalidad de los recursos y opinar sobre su distribución, momento en el que se iniciaría una discusión de opiniones variadas y diferentes, a menudo muy ideológica e impregnada de valores personales. Y eso debería quedarse en el ámbito de la reflexión, la ética y la conciencia de cada persona.

Para prevenir el maltrato institucional es necesario asumir que hay diferentes niveles de responsabilidad; unos que dependen exclusivamente de la intervención profesional y otros que dependen de la institución. En el primero de ellos es evidente que la responsabilidad de esta prevención y la posibilidad de evitar estos maltratos es absolutamente personal; en el segundo, tenemos que procurar incorporar, desde nuestras instituciones y en nuestra práctica profesional, diferentes mecanismos de prevención, como por ejemplo:

- Desarrollar sistemas de información orientados hacia la planificación, evaluación y control de los resultados que servirán como apoyo para la creación y distribución de los recursos. Se establecerán controles de calidad que han de permitir evitar estos maltratos en el ámbito de su competencia.

- Diseñar y llevar a cabo políticas de distribución de recursos en función de las necesidades actuales y futuras de los sujetos por encima de modas y de intereses políticos.
- Trabajar para que los recursos humanos de las instituciones tengan la formación necesaria para el desarrollo adecuado de su trabajo, impidiendo que personas sin calificación profesional o capacidad personal exigida presten sus servicios de manera directa o indirecta.
- Diseñar, igualmente, sistemas de supervisión que impidan la degradación de los recursos personales y materiales de las instituciones, degradación que facilita la desatención, la negligencia y/o el abuso manifiesto.
- Conseguir que la valoración de los profesionales y de su trabajo formen parte de la política y de los recursos humanos de las instituciones.
- Trabajar para “humanizar” la atención o el servicio que prestan, evitando convertirse en simples dispensadores de recursos, independientemente de sus destinatarios.
- Mantener un espíritu de autocrítica, autoanálisis y reflexión constante sobre su propia intervención.

Una de las dificultades más importantes con relación al maltrato institucional es el hecho de que muchos profesionales en la impartición de justicia viven estas omisiones como algo normal, como un hecho cotidiano, y no se les otorga el valor que realmente tienen. Sin embargo, no se puede aceptar el conformismo en estas situaciones y si a pesar de los mecanismos de prevención mencionados, el maltrato institucional no se puede evitar, habrá que implicarnos. No podemos mostrarnos pasivos, ya que también formaremos parte de este maltrato de forma encubierta (por omisión), estaremos llevando a cabo “maltrato institucional” y nos convertiremos en maltratadores de una forma u otra, evidentemente con diferentes grados de responsabilidad. No se trata de angustiarnos, de dejar de trabajar o de sentirnos impotentes, se trata de informar adecuadamente para sensibilizarlos, hacer comentarios con los compañeros sin miedo, hacer saber las anomalías a

las entidades responsables del órgano jurisdiccional de que se trate. Y si la importancia lo justifica y lo merece, buscar los canales para que estos hechos trasciendan en el día a día, a través de mecanismos que hagan frente a este tipo de maltrato, informando a la opinión pública, pero evitando sensacionalismos que no ayudarán a resolver el problema. Quizás fuera necesario y conveniente que incluso hubiera una intervención de la autoridad competente en todos estos temas, que siempre partiera de una denuncia que habría que demostrar y fundamentar con pruebas y, esto, pasa muy pocas veces. Puede ser que algún día lleguemos a ver una cosa parecida a la que se da en Puerto Rico, donde existe una Unidad de Maltrato Institucional que investiga y procesa criminalmente a cualquier persona adulta, trabajadora del Estado, a la cual se le impute la comisión de abuso físico, emocional, sexual y/o negligencia u omisión del cumplimiento de su deber. De todas maneras, antes de llegar hasta este punto, simplemente, habrá que trabajar para evitar el maltrato institucional y hacer primar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

Necesaria es el desarrollo de una hermenéutica inteligente y creativa que no nos lleve para atrás sino para adelante, que clarifique la interpretación y aplicación de la problemática categoría del denominado “*principio del interés superior del menor*” y la consecuente prevención del denominado “*maltrato institucional*”. Lo expuesto en capítulos anteriores nos permite nombrar algunos rubros de adecuación procesal específicos que toda legislación debe contemplar para integrar una visión de los derechos de la infancia y la debida primacía de su “interés superior”; considerando por una parte las características del niño en proceso de desarrollo, y por otra, las implicaciones procesales derivadas de dichas observaciones:

- I. Características del niño: a) El impacto emocional en el niño es mayor que un adulto. El niño cuenta con limitadas herramientas para manejar sus emociones y actuar de manera óptima en situaciones estresantes. b) La dependencia y vulnerabilidad del niño ante el medio adulto que lo rodea lo hace más susceptible a resistirse a participar de un proceso judicial o bien a

ser influenciado a través del mismo. La implicación procesal: La duración total del proceso, así como la duración y horarios de participación del niño deben ser reducidos al mínimo posible.

II. Características del niño: a) La susceptibilidad al estrés incrementa sustancialmente el impacto negativo de cada participación judicial. b) Las características cognitivas, emocionales y morales del niño hacen la toma de declaración infantil un tema sumamente delicado. La intervención de mecanismos de defensa, la subjetividad del relato, la incapacidad de abstracción, el egocentrismo, la dificultad para construir tiempo y espacio, la autoimposición de deberes y los temores fantasiosos o imaginarios hacen que tanto la toma de declaración como su valoración requieran de capacitación especializada en el tema. La implicación procesal: Toda declaración infantil y valoración de la misma debe ser practicada únicamente por personal capacitado en materia de participación infantil en procesos judiciales.

III. Características del niño: a) La vulnerabilidad del niño ante situaciones estresantes lo hace susceptible a ser afectado de manera determinante por el entorno físico. Su incapacidad para comprender procesos institucionales, provoca posibles interpretaciones erróneas sobre el significado de lo que sucede dentro de un juzgado. b) El niño es incapaz de controlar su capacidad de concentración y las múltiples distracciones presentes en un juzgado pueden interferir significativamente con su actuación. La implicación procesal: Toda actuación en la que participa una persona menor de 18 años debe llevarse a cabo en un espacio privado y poco atemorizante para el niño.

IV. Características del niño: a) Las características fantasiosas del pensamiento infantil, la falta de información sobre procesos judiciales y normas sociales hacen al niño susceptible de ser afectado por temores imaginarios sobre el proceso y lo que en él sucede. b) Los sentimientos de indefensión, comunes en todo niño pueden generar un impacto negativo en el desarrollo de la autoestima al estar sometidos a procesos que no comprende.

La implementación procesal: Las autoridades deben informar al niño sobre el proceso, sus avances y sus derechos a través del mismo, de manera adecuada a su grado de desarrollo y comprensión.

V. Características del niño: a) La autoridad que el niño naturalmente concede a los adultos y el significado que le otorga a la misma, hacen poco probable que el niño por iniciativa propia tenga el atrevimiento de expresar su opinión. b) La condición de dependencia del niño hacen que las opiniones expresadas puedan ser reflejo del pensamiento de los adultos de su entorno y no del propio niño. La implicación procesal: Las autoridades deben tomar medidas expresas para conocer la opinión del niño a través del proceso.

VI. Características del niño: a) La dependencia del niño a su entorno adulto, la falta de conocimiento de alternativas de protección, su susceptibilidad a ser influenciado o amedrentado y su debilidad física lo colocan en mayor riesgo de represalias y agresión. b) Las características del desarrollo emocional del niño lo hacen susceptible a sufrir daños psicológicos al realizar determinadas prácticas judiciales. La implicación procesal: Las autoridades deben tomar medidas especiales de protección para resguardar la integridad física y psicológica de todo niño.

Partiendo de estas necesidades básicas de todo niño participe en un proceso, puede afirmarse que para considerar una legislación como integradora de los derechos de la infancia, cada una de las antes expuestas adecuaciones debería estar contemplada de alguna manera. Es decir, las necesidades y sus implicaciones procesales conforman un parámetro efectivo para orientar y evaluar cualquier legislación procesal en materia de protección integral de la infancia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La realización de cada derecho de la niñez y la adolescencia se hace posible con el cumplimiento de obligaciones específicas por determinadas instituciones y actores sociales, incluyendo a las familias. La institución familiar debe ser un espacio propicio para el desarrollo integral de sus miembros más jóvenes, donde obtengan los elementos básicos para su inserción social como ciudadanos. Porque un ambiente familiar favorable proporcionará mediante hechos prácticos, necesarios y naturales, que sus niños, niñas y adolescentes aprendan a conocer el bien, los valores humanos y el cumplimiento de los deberes. Ellos no sólo representan el futuro, sino un verdadero presente para todas las naciones del mundo. El progreso de un país, depende de una niñez sana, feliz y emprendedora, llena de metas y energías para cumplirlas.

SEGUNDA. El objetivo de la Convención sobre los Derechos del Niño no es sólo la protección del niño contra la violación a sus Derechos Humanos, sino también crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social, estableciendo un estándar mínimo de tratamiento de la infancia. Por ello, la Convención considera al niño como sujeto, esto es, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más derechos específicos por encontrarse en una etapa de crecimiento y por ser reconocido como uno de los miembros más vulnerables de la sociedad. Convirtiéndose el artículo 3° de la Convención en uno de sus principios rectores, al consagrar el llamado “interés superior del niño”, y a la vez, implicando una de las nociones con mayor falta de claridad respecto de lo que debe entenderse por tal interés superior: *“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”*.

TERCERA. Si bien es cierto que el artículo 3° de la Convención no especifica que ha de entenderse por “interés superior del niño”; de acuerdo con lo que he expuesto, -puedo y-, podemos considerar que éste se refiere al conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible a los niños, niñas y adolescentes. Significando, por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad. Desde esta perspectiva, dicha prioridad no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

CUARTA. El Juez de lo familiar ha de considerar el “interés superior del niño”, como un principio de interpretación y aplicación de los derechos del niño, contenidos en diversos ordenamientos jurídicos. De obligatorio cumplimiento en la toma de decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes, dirigido a asegurar su desarrollo integral, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Con el propósito de contribuir a su interpretación y dar mayor contenido al *“principio del interés superior del menor”* han de ponerse en práctica las siguientes reglas: tomar en cuenta y valorar la opinión del niño; considerar el equilibrio entre los derechos y deberes de la niñez y la adolescencia; establecer un equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del menor; establecer un equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos del niño; y, considerar la condición específica del niño como persona en desarrollo. Si tomamos como base y en primer lugar el bienestar del niño o adolescente, colocándolo en una situación de privilegio frente a otros intereses (como el de sus padres) es que estaremos cumpliendo (principalmente el Juez de lo familiar) en otorgar protección jurídica preferente a la niñez y a la adolescencia. En primacía de su “interés superior” se asegurará su desarrollo integral.

QUINTA. Las estrategias que he mencionado para conceder la palabra a los niños, sólo funcionarán si hay adultos para escucharlos. Se necesita invertir tiempo trabajando con los adultos en posiciones claves de poder, como lo es el Juez de lo familiar, para convencerlos de los beneficios de una relación más abierta y democrática con los niños y adolescentes. Ellos tienen el derecho para expresar su opinión cuando las decisiones que se toman afectarán directamente su vida. Si es una decisión individual sobre el lugar en donde vivirá un niño en el proceso de divorcio de sus padres, u otra situación de mayor complejidad, éste tiene el derecho de expresar sus preocupaciones. El Juez de lo familiar ha de saber escuchar al niño, niña o adolescente afectado; para que opine, respetando lo que opina, resolviendo lo que mejor sea para él o ella; y adoptando las medidas positivas que asegurarán la protección de todos sus derechos. Se le permite ser partícipe del curso que tomará su vida.

SEXTA. Existen ordenamientos jurídicos orientados a proteger a la infancia y la adolescencia como la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; dando inicio a una reestructuración del Derecho de familia, incorporando y aplicando el *“principio del interés superior del menor”*, que no obstante se encontraba ya reconocido en la CDN, jamás se le dio la debida importancia. Se olvida, en la práctica, su puntual cumplimiento. Es necesario tomar en cuenta el “interés superior” de la infancia y la adolescencia a fin de que se respeten sus derechos, se conozcan sus necesidades y prevalezcan sus intereses sobre los de los adultos; función que ha de garantizar el Juez de lo familiar. Caso contrario, podría considerarse que éste ha actuado como agente maltratador, por acción o por omisión de su actuación, provocando un daño al niño, niña o adolescente. Evidentemente ha de afrontar su responsabilidad frente a las consecuencias previstas e imprevistas que se deriven de su actuación; sin embargo, es necesario reconocer la falta de mecanismos que hagan exigibles dicha responsabilidad y que identifiquen el nuevo fenómeno del maltrato institucional; hasta el momento que logremos desarrollarlos, hay que trabajar por evitarlo.

SÉPTIMA. Ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia y la adolescencia, ya sea internacional o nacional, cambiará automáticamente la realidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social. Como estudiosa del Derecho aprecio la necesidad de desarrollar una hermenéutica inteligente y creativa que no nos lleve para atrás sino para adelante cuando hacemos referencia a la categoría problemática del llamado “*principio del interés superior del menor*”, clarificando su aplicación, se ha de interpretar como *uninstrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Fundando una obligación en las instancias y organizaciones públicas y privadas a examinar si este criterio se está realizando en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para éste de que su interés a largo plazo será tomado en cuenta. Debe de servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.* Lo que nos permite considerar rubros de adecuación procesal que toda legislación debe contemplar para integrar una visión de los derechos de la infancia y la debida primacía de su “interés superior” con conocimiento del cumplimiento de su derecho de opinión; evitándose “maltrato institucional” por acción u omisión del actuar por parte del Juez de lo familiar, causando un daño al menor. Hay que permitir a la infancia y la adolescencia disfrutar y ejercer sus derechos, garantizándoles un desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR SAHAGÚN, Luis Armando. Educación, derechos de la infancia y derecho al desarrollo, Plaza y Valdés Editores, México, 2008, P. 164.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia, Segunda edición, Oxford, México, 2009, P. 436.
- BELOFF, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, Argentina, 2008, P. 204.
- CASADO FLORES, Juan; DÍAZ HUERTAS, José A. y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Carmen. Niños maltratados, Ediciones Díaz de Santos, S. A., Madrid, 1997, P. 372.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Séptima edición, Porrúa, México, 2007, P. 589.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, Quinta edición, Porrúa, México, 2006, P. 608.
- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, Trigésima tercera edición, Porrúa, México, 2004, P. 525.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil: Familia, Porrúa, México, 2006, P. 737.
- FANLO, Isabel (comp.). Derecho de los niños: Una contribución teórica, Fontamara, México, 2008, P. 216.
- FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena. Manejo de conflictos y mediación, Oxford, México, 2010, P. 161.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia y Adolescencia: De los derechos y de la justicia, Tercera edición, Fontamara, México, 2007, P. 321.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Séptima edición, Oxford, México, 2006, P. 380.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, P. 551.

- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.). El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, Porrúa, México, 2007, P. 184.
- GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar, Segunda edición, Editorial Universidad, Argentina, 2004, P. 548.
- GUTIERRÉZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia, Porrúa, México, 2004, P. 648.
- HERRERA, Marisa (coord.). La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, P. 532.
- HERRERA, Marisa (coord.). La Familia en el Nuevo Derecho, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, P. 560.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Tomo I, Trigésimo sexta edición, Porrúa, México, 2005, P. 540.
- ZAVALA PÉREZ, Diego H., Derecho Familiar, Porrúa, México, 2006, P. 540

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
- LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.