

¿MENORES O NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES? REFLEXIONES EN EL CONTEXTO DEL DEBATE EN AMÉRICA LATINA

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Categorías conceptuales*. III. *De la situación irregular a la protección integral*. IV. *El paradigma de la minoridad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Es relevante el debate sobre la utilización del término *menores* o *niños* en el contexto de la discusión en relación con los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad?, ¿o se trata de una tarea ociosa que no tiene repercusión alguna con lo verdaderamente importante, que es precisamente la garantía de los derechos de este grupo de personas, independientemente de cómo se les llame? Éstas y otras preguntas similares deben constituir el punto de partida de una reflexión sobre las formas de identificar, desde el ámbito jurídico, a los seres humanos durante los primeros años de la vida, pues una respuesta negativa tendría que, probablemente, conducir a renunciar a un ejercicio argumentativo alrededor de este tema.

Sin embargo, la respuesta es positiva debido a que no sólo resulta útil por el aparente desacuerdo entre los especialistas en torno a este aspecto, sino que además es importante por diversos motivos, cuyo desarrollo pretende ser objeto de este trabajo. Por las razones que se expondrán, se plantea asimismo la defensa de la postura a favor de la utilización del concepto *niñas, niños y adolescentes* para referirnos a las personas que, sin haber cumplido la mayoría de edad, son titulares de ciertos derechos. Y es necesario partir de la afirmación de que un factor importante del problema es justamente que, pese a un aparente acuerdo motivado por lo "políticamente correcto", aún no hay un consenso real sobre la titularidad de derechos durante la infancia y adolescencia. De este debate no superado aunque invisibilizado, surge en buena medida la polémica en relación con la identificación de los miembros de esta franja etaria.

El lenguaje no es neutral, sino que refleja y al mismo tiempo construye realidades. Esto es especialmente notorio en el ámbito jurídico. La forma en que designamos un determinado fenómeno manifiesta la manera en que lo concebimos. Es por ello indispensable descubrir lo que describe nuestra forma de referirnos a niñas, niños y adolescentes. A través del lenguaje se construyen relaciones de poder, y en el caso de las personas menores, una condición de incapacidad. El vocablo *menor* refleja una situación relacional en la que siempre habrá un *mayor*, por la que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico.

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En conclusión, no se trata de una mera disertación lexicográfica, sino de un debate que incorpora desacuerdos conceptuales, teóricos e incluso ideológicos, por lo que vale la pena intentar explicar las razones para decantarse a favor de la utilización de una u otra expresión, poniendo de manifiesto lo que subyace a las distintas posturas. El fin de este ejercicio no es simplemente describir los usos más comunes para justificar así su corrección, sino precisamente argumentar a favor de que ciertos términos son más adecuados que otros (pese a que pueden no coincidir con los más utilizados) a partir de la explicación de las ideas implícitas en el lenguaje con el que se ha identificado a una parte importante de la población.

II. CATEGORÍAS CONCEPTUALES

Para comenzar, es necesario exponer que algunas palabras que se utilizan para designar a las personas menores de edad como titulares de derechos no son sinónimos, pese a que se utilicen indistintamente. Cada concepto hace referencia a distintos contenidos, que además tienen implícitos ciertos elementos de los que no siempre son conscientes los hablantes. Entre estos conceptos los más frecuentes son: *menor*, *menor de edad*, *niña*, *niño* y *adolescente*, *infancia* y *adolescencia* y *niñez*. A continuación se propone una breve explicación de los alcances y características de cada uno.

1. *Menor*

El término *menor*, según la Real Academia Española, es un adjetivo comparativo que significa: “Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad; menos importante con relación a algo del mismo género”. Sin embargo, en el derecho es utilizado como sustantivo, tanto en la doctrina como en la legislación de habla hispana. Este término es el más frecuente —o por lo menos solía serlo hasta hace muy poco tiempo— en el ámbito jurídico, tanto en las normas jurídicas como en el medio jurisdiccional. En ocasiones se utiliza también como adjetivo, por ejemplo al hablar del *menor hijo* en los juicios en materia familiar, aunque en esta última acepción se utiliza más bien como una abreviatura de *menor de edad*, en tanto expresa una condición.

El concepto *menor* deriva de la posición de menor de edad, pero con el uso se ha convertido en una forma de designar a las niñas, niños y adolescentes, especialmente en el ámbito del derecho privado —materia familiar— y penal —menores infractores—.

2. *Menor de edad*

Al hacer referencia a alguien *menor de edad* estamos describiendo una circunstancia, un estado en el que se encuentra la persona durante los primeros años de su vida. Se trata de un término eminentemente jurídico, pues es claro que se es menor de edad porque no se ha alcanzado la mayoría de edad que la generalidad de los sistemas jurídicos modernos prevén como requisito para tener capacidad plena en el ejercicio de los derechos. En realidad, cuando se dice *menor de edad* se está diciendo *persona menor de edad*, pues en sí misma esta expresión carece de significación alguna, más que en referencia a describir la situación de la persona al no haber alcanzado la mayoría de edad.

Es importante hacer notar que pese a que en la mayor parte de las leyes se identifican *mayor de edad* y *ciudadano*, estos conceptos no tienen el mismo significado, y como consecuencia *niño* y *no-ciudadano* tampoco son sinónimos. La ciudadanía supone un conjunto de derechos, especialmente de participación pública, mientras que la mayoría de edad

simplemente expresa que se ha alcanzado determinada edad, como se explicará con más detalle posteriormente.

3. Niña, niño y adolescente

La expresión *niña, niño y adolescente* para referirse a los destinatarios de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) y una serie de normas surgidas en México a partir de su ratificación, es la más utilizada actualmente tanto en la legislación derivada de este instrumento internacional, como en algunos sectores académicos, de gobierno y de organizaciones de la sociedad civil. Las razones no son gratuitas, pues en primer término, *niño* es la denominación que utiliza la Convención para identificar a sus destinatarios, pero además el término *niño* se identifica con la transformación de la situación irregular a la protección integral, como se explicará más adelante. En los años posteriores a su ratificación, al sistema legal mexicano se han incorporado los términos *niña* y *adolescente* para identificar a todos los miembros que componen este grupo de población.

Sin duda alguna, la palabra *niño* es la más utilizada coloquialmente para referirse a las personas durante los primeros años de la vida, aunque es cierto que no se trata de una acepción unívoca, pues, al ser un término del lenguaje natural, no tiene una clara delimitación, como en el caso de los vocablos jurídicos. En este sentido, es claro que indiscutiblemente se identifica como niños a las personas menores de doce años, aunque tal vez esta designación sería dudosa en el caso de quienes se encuentran en la adolescencia. Sin embargo, al ser adoptado en la Convención, en algunos instrumentos internacionales, en la Constitución mexicana y en las leyes secundarias, se le ha dotado de un claro carácter jurídico, estableciéndose su delimitación al cumplirse la mayoría de edad.

En este punto, es importante aclarar que en los últimos años, especialmente a partir de 2000, en México se ha incorporado el término *adolescentes* a esta franja poblacional, por lo que el término *niño* en el lenguaje jurídico puede tener cierta ambigüedad, ya que puede referirse a las personas menores entre cero y once años o entre cero y diecisiete años. En cada caso habrá que explicitar en qué acepción se está utilizando el signo lingüístico.¹

El término *adolescente* tiene como objeto hacer una distinción entre franjas etarias para reconocer la progresividad en la capacidad de autonomía. En este sentido, resulta importante el reconocimiento de derechos diferenciados a partir del desarrollo de habilidades. Conviene distinguir entre *niños* y *adolescentes* para reconocer a estos últimos la capacidad en la toma de ciertas decisiones. En buena medida esta distinción deriva de la justicia penal, que tiene como destinatarios exclusivamente a los adolescentes, reconociendo que los niños menores de doce años son inimputables.² Por otra parte, esta distinción que se ha trasladado al ámbito jurídico, refleja la separación que en el lenguaje común se hace respecto de quienes tienen menos de doce años y quienes han rebasado esta edad, pero aún no han alcanzado los dieciocho años.

En el caso concreto de México, el término *adolescentes* se introdujo por primera vez en la Constitución con la reforma al artículo 18 en diciembre de 2005, aunque previamente la ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional —Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— había definido ya en su artículo 2o. que son adolescen-

¹ Pese a que la incorporación del término *adolescente* en el lenguaje constitucional y legal mexicano ha convertido los términos *niño* o *niñas* y *niños* en ambiguos, es totalmente injustificado y absurdo, como pretenden interpretar algunos detractores de la reforma al sistema de justicia para adolescentes, que a partir de esta incorporación se haya excluido de la titularidad de derechos contenidos en la Convención y el artículo 4o. constitucional a las personas de 12 a 17 años.

² El artículo 18 de la Constitución mexicana establece que: “Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social”.

tes las personas entre doce y diecisiete años: “Artículo 2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”.

El artículo 4o. constitucional, reformado en 2000 con el fin de ajustarse a los contenidos de la Convención y que por primera vez introduce el término *niñas* y *niños* en la Constitución para sustituir el de *menores*, quedó desfasado respecto de la legislación, y la misma norma fundamental con la reforma al artículo 18. Sin embargo, es evidente que debe interpretarse que los titulares de los derechos contenidos en el artículo 4o. son todas las personas menores de 18 años de edad.

Pese a no estar reconocido en la Convención, la inclusión del término *niña* se ha extendido en los últimos años —especialmente a partir de la reforma al artículo 4o. constitucional— con el objeto de visibilizar a las personas del sexo femenino, que quedaban comprendidas en el genérico *niño*. Los estudios de género aconsejan esta distinción, debido a la situación de marginación en que la mitad del género humano ha estado durante siglos.

La necesidad de utilizar un término distinto para las personas durante la minoría de edad, pertenecientes al sexo femenino y al sexo masculino, es un problema propio del castellano que no tiene un término neutro para designar al sujeto individual que no ha alcanzado la mayoría de edad,³ como sucede en otros idiomas. Por ello, muchos expertos han visto la necesidad de hacer explícita la titularidad de los derechos de las niñas a través de su mención expresa.

4. *Infancia y adolescencia*

Un error frecuente consiste en utilizar derechos de la infancia y adolescencia como sinónimo de los derechos de *niñas*, *niños* y *adolescentes*. Hay dos razones por las cuales es incorrecto utilizar la expresión *infancia* y *adolescencia* para referirse a las personas que jurídicamente entran en el ámbito de la protección de la Convención y el artículo 4o. constitucional.

En primer lugar, la palabra *infancia* hace referencia tanto a un período de la vida humana como al conjunto de personas que tienen esa edad,⁴ mientras que el término *adolescencia* se refiere exclusivamente a la franja de edad y no al grupo de personas que comparten esa edad.⁵ Además, éste último término tiene un fuerte componente cultural, es decir, lo que supone *ser adolescente* está determinado por lo que en cada contexto significa ser adulto. A esto se suma el problema de que no se trata de un concepto jurídico,⁶ lo que conduce necesariamente a problemas de ambigüedad semántica y supone un riesgo cuando se trata del reconocimiento de derechos.

En muchas ocasiones, el fin de esta fórmula es utilizar una expresión neutra que evite usar un término femenino y otro masculino, como en el caso de *niñas* y *niños*. Se trata de un despropósito porque, desde el punto de vista jurídico, no son lo mismo los titulares individuales de derechos que los grupos. Esto se vuelve especialmente importante tratándose del colectivo al que nos referimos, pues tradicionalmente se les ha negado el carácter de sujetos individuales de derechos, subsumiéndose generalmente en alguna categoría que es titular de los derechos: familia, escuela, institución, etcétera. Esta situación obliga a ser

³ Por ejemplo, en inglés y francés existen términos neutros para referirnos a niña o niño: *child* y *enfant* respectivamente.

⁴ *Diccionario de la lengua española*: “Infancia: Período de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad; Conjunto de los niños de tal edad”.

⁵ *Diccionario de la lengua española*: “Adolescencia: Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”.

⁶ A diferencia del término *adolescente*, que ya ha sido definido en la Constitución y en las leyes secundarias.

especialmente cuidadosos en distinguir entre los derechos colectivos y los derechos individuales.

La infancia como categoría social puede ser titular de ciertos derechos, que serían siempre colectivos. Por ejemplo, podría hablarse de un derecho de la infancia a la identidad como tal, a un medio ambiente sano o a espacios públicos adecuados para el esparcimiento o deporte. Sin embargo, resulta importante distinguir este tipo de derechos de aquellos que exigen el reconocimiento de un titular individual y su efectiva garantía. En este último rubro se inscriben la mayoría de los derechos de niñas, niños y adolescentes, como son el derecho a la vida, a un nombre, a la educación, al juego, etcétera.

5. Niñez

Finalmente, en algunos textos jurídicos se ha utilizado el término *niñez* para referirse al grupo conformado por niñas, niños y adolescentes. Un ejemplo claro es el artículo 4o. constitucional, que señala en su último párrafo que “El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez... y otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

La utilización del término *niñez* para sustituir a la expresión *niñas, niños y adolescentes* es errónea, pues puede llevar a muchos equívocos. En primer lugar la Real Academia identifica a ésta como el “período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”, por lo que es un concepto vago⁷ y excluye a los adolescentes.

Pero, además, es desafortunado por las mismas razones que es incorrecto utilizar infancia. Es decir, los derechos de la niñez como colectivo no son los mismos que los derechos de una *niña, niño o adolescente* en lo individual. Aún más equivocada es la atribución de dignidad a la niñez, pues son las personas y no los colectivos quienes tienen dignidad. Es más, el principio de dignidad de la persona funciona para restringir los cálculos utilitarios que podrían derivar del principio de autonomía:⁸

La dignidad supone el reconocimiento de los miembros de la sociedad como individuos y con relevancia moral como tales, es decir, separada e independiente de la comunidad, como portadores de derechos que implican un compromiso lógico con el reconocimiento de la existencia de una esfera de intereses de la persona que no podemos invadir en aras del bien común, muchas veces ni siquiera con el consentimiento del titular.⁹

El surgimiento y la generalización de esta diversidad de expresiones para identificar a las personas de 0 a 18 años de edad, especialmente en el ámbito jurídico, deriva de su reconocimiento como titulares de derechos y un papel cada vez más visible en el discurso sobre

⁷ Debido a que la pubertad se da a una edad diferente en cada persona, en el caso de las mujeres es claramente determinada por la menarquia.

⁸ El principio de autonomía, reconocido como uno de los pilares de los derechos humanos, tiene un carácter acumulativo, es decir, que dentro de una sociedad se puede maximizar la autonomía privilegiando a algunos de sus miembros y sacrificando a otros. Este principio no implica la distribución de la autonomía, por lo que el principio de dignidad precisamente actúa como limitante a las consideraciones que pudieran hacerse para elevar la autonomía total de una sociedad. El principio de dignidad, al prescribir que debe tratarse a las personas como fines en sí mismas y no como medios, impide que se sacrifique a algunos individuos con base en consideraciones utilitaristas. Rodolfo Vázquez lo formula de la siguiente manera: “que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio”. Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, 2a. ed., México, Fontamara, 2010, p. 44.

⁹ González Contró, Mónica, *Derechos humanos del niño: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 316.

los derechos humanos. Esto, sin duda, constituye ya en sí misma una condición favorable que, sin embargo, no debe hacernos perder de vista, desde mi particular punto de vista, la importancia de utilizar los términos adecuadamente con el fin de evitar los equívocos y no dar marcha atrás en el delicado, incipiente y arduo proceso de la consideración de niñas, niños y adolescentes como sujetos individuales de derechos, derivados de la dignidad de la persona que corresponde a todos los seres humanos.

III. DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

El debate sobre la terminología para designar a los destinatarios de la Convención ha estado caracterizado en América Latina por varios factores, relacionados no sólo con el idioma común en la región, sino sobre todo por el tratamiento jurídico que durante mucho tiempo se dio a niños y adolescentes. En este sentido, el lenguaje fue constructor de la realidad jurídica, en tanto distinguió con base en ciertas condiciones, a quiénes debían ser sujetos del aparato protector-represor del Estado de aquellos que permanecían ajenos a lo normativo debido a su pertenencia a ciertas instituciones.¹⁰

Lo anterior no supone en modo alguno afirmar que el tratamiento jurídico durante la infancia y adolescencia haya sido diferente —ni mejor— en otras regiones del mundo, simplemente refleja algunos debates que se han dado en el ámbito latinoamericano en los últimos años. Y desde luego guarda una estrechísima relación con un origen común tanto en el idioma como en las instituciones jurídicas.

Como ya han sostenido diversos autores,¹¹ hasta antes de la firma de la Convención y su posterior ratificación por parte de los Estados latinoamericanos, el tratamiento jurídico a las personas durante la minoría de edad estuvo basado en la “doctrina de la situación irregular”. Desde esta plataforma se dividía a este grupo sobre la base de su pertenencia a las instituciones destinadas a la infancia: familia y escuela. De esta manera, el grupo de los *niños* estaba integrado por quienes se encontraban dentro de estos circuitos y, por tanto, nunca llegaban a ser propiamente sujetos jurídicos, debido a que se encontraban “protegidos” o “tutelados” en estos ámbitos. Por su parte, el grupo de los *menores* estaba compuesto por aquellos ajenos a estas instituciones, principalmente por dos motivos: haber sido abandonados o haber cometido algún delito sin posibilidad de defenderse por ciertas condiciones de vulnerabilidad social, especialmente vinculadas con la pobreza.

El modelo tutelar de tratamiento penal tuvo esta inspiración, pues al estar fundado en el paradigma de la minoridad que, como se explicará con más detalle posteriormente, suponía la incapacidad plena antes de la mayoría de edad, se reconocía la obligación estatal de “proteger” a los *menores* descarriados. Así, la reacción estatal hacia los *menores infractores* era: reconocer que no podían cometer delitos, sino solo infracciones, y por ello, “tutelarlos” en lugar de castigarlos internándolos en centros reeducativos. Bajo este esquema y con tan benévola intención, desde luego que no era necesaria ninguna garantía, pues no se estaba imponiendo un castigo sino una medida benéfica, según la definición del propio sistema, para el *menor*:

Si las medidas no son penas, sino instrumentos de carácter educativo y cautelar, las medidas son buenas por naturaleza y por ello lógicamente indeterminadas en su duración, el procedi-

¹⁰ Cfr. García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2007.

¹¹ Entre ellos, Emilio García Méndez, Mary Belloff y Daniel O'Donnell.

miento para imponerlas no requiere de las garantías y discusiones propias del procedimiento penal, ni consecuentemente de jueces profesionales, fiscales, abogados, etcétera.¹²

A pesar de la realidad que siempre contradijo estas supuestas finalidades, el sistema tutelar estuvo vigente en México hasta 2005.¹³ La mayoría de los consejos tutelares eran en realidad prisiones para niños pobres, en donde imperaba la ley del más fuerte y, lejos de ser protegidos por el Estado, eran puestos en condiciones de extrema vulnerabilidad.

El caso de los *menores* en situación de abandono no era muy diferente. Compartía, con el grupo de *infractores*, la práctica de la privación de la libertad como medio para la protección. Las eufemísticamente llamadas casas-hogar para menores abandonados, que aún existen, dan un claro ejemplo de ello. Se trata de enormes edificaciones que contienen todos los ámbitos de socialización propios de las personas menores de edad: escuela, esparcimiento, deportes, descanso, etcétera. Los *menores* permanecían en ellas hasta la mayoría de edad cuando literalmente los echaban a la calle, salvo que consiguieran escapar o, en un golpe de suerte, la mayoría de las veces extraño para los niños mayores de tres años, consiguieran ingresar al entorno institucional de los niños a través de la adopción.

Para los *menores*, toda ley basada en la situación irregular poseía la capacidad para decidir cada uno de los movimientos de su vida cotidiana: “desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad”.¹⁴

Un *niño* evidentemente podía pasar a formar parte del grupo de *menores* al caer en alguno de los escenarios mencionados, aunque era común que esta condición viniera determinada desde el nacimiento, por la situación de pobreza de la familia o la circunstancia de abandono del mismo *menor*.

Aunque aparentemente las condiciones de los *niños* siempre fueron mejores que las de los *menores* (y sin duda alguna esta apariencia tiene un sustento real), compartían el destino de la inseguridad jurídica. En este sentido, el ser menor de edad conllevaba el estar sujeto a las decisiones de las instituciones “protectoras” a quienes se reconocía casi absoluta discrecionalidad en lo referente a todos los aspectos de la vida de los niños. Es por ello que la materia familiar, como rama del derecho civil, era considerada como parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares, y en los cuales se ve la intromisión estatal como injerencia injustificada. Un ejemplo claro de ello fue la regulación de la patria potestad y, en específico, el deber de corrección en México hasta 1975. Es hasta este año que mediante una reforma se elimina del artículo 423 del Código Civil la facultad para quienes ejercían la patria potestad de *corregir y castigar a sus hijos mesuradamente*, con la posibilidad incluso de recurrir a las autoridades para lograr este objetivo.

Así, la condición jurídica podía distinguirse por las ramas del derecho: el derecho civil regulaba, a través de la patria potestad y la tutela, a los *niños* subsumiéndolos en el ámbito privado y aislándolos del contacto con el sistema jurídico, mientras que el derecho administrativo (asistencial) y el derecho penal normaban a los menores sin mediación, haciéndolos sujetos de la acción estatal. Esta situación llevaba aparejada una extrema vulnerabilidad que ponía a las personas bajo un régimen cuya principal característica era la discrecionalidad, cuando no la arbitrariedad, dejando al azar de las circunstancias del nacimiento y del

¹² Hierro, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, pp. 15-32.

¹³ Aunque hay que decir que la transformación de las normas y el lenguaje tampoco se ha traducido en una modificación de las prácticas propias del modelo tutelar. En muchos de los estados de la República mexicana, en donde ya se encuentra funcionando el nuevo sistema de justicia para adolescentes, se han reproducido los modos; por ejemplo, los centros de internamiento no han tenido más que un cambio de rótulo.

¹⁴ García Méndez, Emilio, *op. cit.*, p. 26.

contexto su suerte. Padres o parientes vivos, con ciertas posibilidades económicas y con capacidades afectivas —como mínimo— eran condiciones necesarias para una infancia tranquila. Cualquier desajuste era motivo para sufrir maltrato o abuso. Es por ello que se ha dicho que se consideraba a la infancia como “objeto de protección”.

La firma y ratificación de la Convención supuso el cambio hacia un nuevo modelo, el modelo de la protección integral.¹⁵ En palabras de García Méndez, se trata de un instrumento dirigido a todo el universo infancia, superando la distinción entre menores y niños e introduciendo al ámbito jurídico a todos sus miembros. Pero además, la Convención establece ciertos parámetros de comportamiento de todos los actores a través del reconocimiento de derechos y la imposición de obligaciones, eliminando la discrecionalidad y la arbitrariedad. Los contenidos de la Convención han ido horadando lentamente todo el aparato jurídico, aunque ciertamente es mucho lo que falta por hacer. En este sentido, el cambio terminológico ha sido un factor importante de identificación sobre el cambio de paradigma. Tal vez por esto es que en el derecho familiar, considerado el ámbito privado, se sigue utilizando el término *menores*.

Para comenzar debe decirse que la CDN fue correctamente entendida en América Latina como ruptura y no como continuidad en relación al viejo paradigma menorista que expresaba la doctrina de la “situación irregular”, doctrina que, dicho sea de paso, no sólo se resiste a morir sino que vuelve hoy con mucha fuerza de la mano de un neo-menorismo, para colmo travestido de “progresista”.¹⁶

IV. EL PARADIGMA DE LA MINORIDAD

La doctrina de la situación irregular estaba sustentada, como toda doctrina, en una serie de presupuestos que justificaban el tratamiento, sobre todo jurídico, a las personas menores de edad. Esta serie de presupuestos constituyen el “paradigma de la minoridad” que, en conjunto, sustentan los conceptos y, en consecuencia, todo el sistema jurídico dirigido a las personas menores de edad.¹⁷ En el caso de los *menores*, es el resultado de una evolución histórica que tuvo como resultado la concepción moderna de infancia y adolescencia vinculada a la idea de la incapacidad.

El “paradigma de la minoridad”, base de la doctrina de la situación irregular, está integrado por un conjunto de creencias y prácticas dirigidas a la infancia sobre la base de la distinción entre menor y mayor de edad. El menor de edad es considerado como incapaz, pero con el simple paso a la mayoría de edad cambia radicalmente su situación jurídica hacia la capacidad plena. A esto han ayudado leyes, teorías, instrumentalización para su aplicación, etcétera. Elementos todos que acompañan a cualquier paradigma, como lo señala Kuhn.¹⁸

¹⁵ “La Convención implica, en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico, tanto como político, histórico y —muy especialmente— 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”. Belloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 4.

¹⁶ García Méndez, Emilio, “Los menores de edad en conflicto con la ley y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo gordiano”, *Isonomía* 31, México, 2009, p. 99.

¹⁷ Un paradigma, según Kuhn, son los “logros que una comunidad científica reconoce durante algún tiempo como el fundamento de su práctica ulterior” con dos características esenciales: “Sus realizaciones carecían hasta tal punto de precedentes, que eran capaces de atraer a un grupo duradero de partidarios alejándolos de los modos rivales de actividad científica, y a la vez eran lo bastante abiertas para dejarle al grupo de profesionales de la ciencia todo tipo de problemas por resolver”. Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2007, pp. 70 y 71.

¹⁸ *Idem*.

El término *menor* constituye una expresión fundamental de este paradigma, pues además de que expresa inferioridad respecto del *mayor*, como se ha expuesto ya, favorece la idea de la incapacidad como cualidad totalizadora que impide el ejercicio de la autonomía. Se produce así un proceso de “minorización” de las personas durante la infancia y la adolescencia a partir de la atribución de la incapacidad en el lenguaje jurídico, creando una categoría perfectamente diferenciada, y reforzando las prácticas y creencias culturales que separan a la infancia de la adultez. Los *menores* aparecen claramente diferenciados de la categoría *mayores*. Los dos sistemas, jurídico y cultural, se retroalimentan para justificar su funcionamiento. Uno de los problemas torales es que esta incapacidad, que es jurídica, aparece como incapacidad fáctica, nulificando cualquier capacidad de diálogo o transformación. De ahí la importancia del cambio en las categorías conceptuales.

De esta construcción deriva también la confusión que se mencionó en el primer apartado entre menor de edad y no ciudadano, pues la minoridad implica una condición que no admite grados. Es por ello que, mediante el mágico acontecimiento del paso a la mayoría de edad se adquiere casi la totalidad de derechos que reconoce y otorga el sistema jurídico mexicano. Se trata de una construcción evidente, pues es claro que el simple hecho de cumplir dieciocho años no implica la capacidad fáctica para el ejercicio de los derechos. El problema es que esta construcción jurídica ha aparecido como realidad “natural” que no permite ser cuestionada y que impide la titularidad de ciertos derechos y el ejercicio de otros. Especialmente es obstáculo para reconocer la gradualidad en el desarrollo de ciertas habilidades en el ser humano y, por tanto, regular la posibilidad de ir ejerciendo autónomamente ciertos derechos. Ejemplo de ello es el artículo 450 del Código Civil Federal que establece que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal: “Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal: / I. Los menores de edad”.

Por el contrario, el principio de autonomía progresiva, que a partir de la firma de la Convención se ha venido elaborando tanto en la teoría como en la praxis, reconoce el desarrollo continuo de habilidades y establece la necesidad de ir concediendo capacidad en el ejercicio autónomo de los derechos de acuerdo con éste. Un importante avance en este sentido lo constituye la distinción entre niños y adolescentes en la Ley para la Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en México. Sin embargo, aún no se advierten grandes progresos respecto del reconocimiento de la autonomía,¹⁹ pues éste debe ir acompañado además de certeza jurídica, lo que significa que no puede dejarse su interpretación a las personas a quienes involucra la decisión del adolescente.

La lenta superación del paradigma de la minoridad ha tenido algún reflejo en la legislación, tanto en lo que se refiere a las categorías nominales jurídicas, como en los contenidos de las normas, aunque no es posible afirmar que se encuentre totalmente superado. En este sentido, dentro del sistema jurídico mexicano una importante transformación derivada del reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos, se ve reflejado en la reforma al artículo 4o. constitucional. Sin embargo, la convivencia de ambos paradigmas se refleja también en las normas, que siguen utilizando, especialmente en el ámbito del derecho privado, el término *menores*.

Hay que señalar también que en México la doctrina de la protección integral llegó con posterioridad al ámbito del derecho penal respecto de la protección constitucional genérica,

¹⁹ Algunos derechos relacionados con el ejercicio de la autonomía, aunque muy limitados, se han reconocido en materia familiar. Por ejemplo, el requisito del consentimiento que establece el Código Civil Federal para ser adoptado para los mayores de doce años (art. 397) o para convertir la adopción simple en plena (art. 404). En el Código Civil para el Distrito Federal también se reconoce la capacidad para ciertos actos jurídicos antes de la mayoría de edad: dar el consentimiento para ser adoptado a partir de los doce años (art. 397); tomar medidas para evitar que se derrochen los bienes por parte de quienes ejercen la patria potestad a partir de los catorce años (art. 441); tomar decisiones respecto de la tutela a partir de los dieciséis años (título noveno), testar (art. 1306) o ser testigo de testamento (art. 1502) a partir de los dieciséis años y contraer matrimonio a partir de los dieciséis años (art. 148).

aunque ambos fueron muy tardíos en relación con la ratificación de la Convención. Mientras que el artículo 4o. fue reformado en 2000, el artículo 18 no se modificó sino hasta 2005. En ambos artículos —4o. y 18— se refleja claramente la tendencia hacia la vigencia del paradigma del titular de derechos, tanto en la terminología empleada, como en el desarrollo de las garantías contenidas en las normas.

El artículo 4o.²⁰ constitucional, antes de la mencionada reforma, establecía lo siguiente: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.²¹

Este artículo fue reformado en 2000 con el objeto de adecuarlo a los contenidos de la Convención (ratificada por México en 1990) e incorpora, por primera vez en el lenguaje constitucional, la expresión *niñas y niños*:

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

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

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven el cumplimiento de los derechos de la niñez.²²

En el derecho penal esta transformación se ha visto reflejada en las reformas constitucionales y legales destinadas a dar cumplimiento a los contenidos de la Convención. En 2005 se reformó para tal efecto el artículo 18 constitucional, vigente desde 1964, año en que se establece una distinción clara entre el menor infractor y el adulto delincuente.²³ Este precepto se limitaba a ordenar a la Federación y a los Gobiernos de los estados el establecimiento de instituciones específicas para el tratamiento de *menores*, y contenía los elementos de la situación irregular, desde la denominación —*menores infractores*— hasta la falta de seguridad jurídica derivada de la falta de lineamientos claros y garantías en la redacción de la norma, así como la delegación de atribuciones a las entidades federativas: “La Federación y los Gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

La redacción vigente del citado artículo 18 adopta la nueva terminología al referirse a *adolescentes*, además de que, al establecer una descripción detallada de las características

²⁰ Originalmente, el artículo 4o. establecía la libertad de profesión: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercer, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”. En la actualidad el artículo 4o. es una especie de “cajón de sastre” en donde se han incluido una gran variedad de derechos: igualdad entre hombre y mujer (párr. 1), derecho a decidir el número y espaciamiento de hijos (párr. 2), derecho a la protección de la salud (párr. 3), derecho a un medio ambiente sano (párr. 4), derecho de la familia a la vivienda (párr. 5), derechos de las niñas, niños y adolescentes (párrs. 6, 7 y 8) y derecho a la cultura (párr. 9).

²¹ El artículo 4o. constitucional fue reformado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* en marzo de 1980 en el contexto del Año Internacional del Niño, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas para incluir por primera vez alguna referencia a los derechos de niñas, niños y adolescentes. Madrazo, Jorge, *Comentario al artículo 4o. de la Constitución mexicana*, en varios autores, *Derechos del pueblo mexicano*, t. XVII, México, Porrúa, 2006, p. 159.

²² La reforma al párrafo 6 y adición de los párrafos 7 y 8 del actual artículo 4o. constitucional fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de abril de 2000.

²³ García Ramírez, Sergio, “Comentario al artículo 18”, en varios autores, *Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Congreso de la Unión, 2006, p. 669.

del sistema para todo el territorio mexicano, elimina la discrecionalidad y arbitrariedad en la interpretación de la forma de dar tratamiento jurídico a quienes se imputa la comisión de una conducta tipificada como delito y que aún no han cumplido los 18 años de edad.

La Federación, los estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.²⁴

En lo que se refiere a las decisiones judiciales, respecto de los derechos de niñas y niños, encontramos la convivencia, no sólo de las diversas terminologías —*niña, niño y adolescente, menor, menor de edad, infancia y adolescencia, niñez*—, sino también de lo que subyace a cada una de ellas:²⁵

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o. 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 3o., 4o., 6o. y 7o. 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”.

Precedentes: 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.

Tesis 1a. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265.

PRUEBAS. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE SE CONTROLAN DERECHOS DE LOS MENORES.

Con independencia de que la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio es uno de los aspectos procesales más relevantes y que con mayor cuidado debe observar el juzgador, tratándose de los procedimientos que directa o indirectamente trascienden a los

²⁴ Continúa el citado artículo 18 constitucional: “La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente./ Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía de debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”.

²⁵ Esta situación es más notoria en el caso de las tesis de los tribunales colegiados de circuito respecto de asuntos relacionados con las personas menores de edad.

menores y a fin de velar por el interés superior de éstos —previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes—, el juez está facultado de oficio para recabar las pruebas necesarias con el objeto de establecer aquello que resulte de mayor conveniencia para preservar dicho interés, practicando las diligencias que considere necesarias y conducentes para el conocimiento de la verdad respecto de los derechos del menor que se controvierten en el juicio.

Precedentes: 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.

Tesis 1a. CXXXIX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, p. 268.

DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO.

El artículo 7o. de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado mexicano y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.

Precedentes: 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.

Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.

V. CONCLUSIONES

Como suele ocurrir con las revoluciones científicas de las que habla Kuhn, durante un periodo de tiempo dos paradigmas deben convivir. En el campo de los derechos a los que hemos hecho referencia, las pruebas están contenidas en la misma legislación y en las resoluciones jurisdiccionales, especialmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tanto leyes como sentencias continúan utilizando los distintos términos como si fueran sinónimos, dejando entrever también formas contradictorias de concebir a las personas menores de edad. Un claro ejemplo es el hecho de la convivencia entre el artículo 450 del Código Civil Federal, que señala a los menores de edad como *incapaces naturales*, con las leyes constitucionales y federales que les van reconociendo la titularidad y capacidad para el ejercicio de ciertos derechos, como son el artículo 4o. constitucional y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Como corresponde también a todo paradigma, al paradigma de la minoridad no le faltaron (ni le faltan) partidarios ni problemas que resolver. De hecho, durante los últimos 200 años la legislación se ha enfocado en hacer frente a estas dificultades, principalmente mediante la distinción entre *menores* y *niños*, propia de la doctrina de la situación irregular y la atribución de un intermediario para resolver los posibles conflictos jurídicos. En el caso de los *niños*, estos mediadores fueron los padres o quienes ejercían la patria potestad, mientras que en el caso de los niños fue el *Estado*. Este sistema, bien cimentado en el paradigma, resulta difícil de cuestionar y rebatir, pues se encuentra fuertemente enraizado en creencias y formas sociales, culturales y jurídicas. Es en buena medida ésta la razón de la resistencia a ser superado, pese a contar ya con instrumentos jurídicos y propuestas para un nuevo modelo.

Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada *niña, niño y adolescente* como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ésta. Con base en algunos principios, como el interés superior, la autonomía progresiva, el derecho a la no discriminación, entre otros, propone construir un nuevo patrón de tratamiento jurídico. Ciertamente no se trata de un concepto completamente acabado, sino en proceso de construcción. Y como todo paradigma cuenta también con seguidores (quienes han producido literatura sobre el tema durante los últimos años) y los problemas están a la vista.

Es indispensable reconocer también que, pese a que el lenguaje crea realidades, tampoco es condición suficiente. Esto se ha visto claramente reflejado en lo ocurrido en muchas ramas del derecho mexicano, en donde se han dado cambios de forma que no han ido acompañados de cambios institucionales. El sistema de justicia para adolescentes es una clara muestra de ello.

Pese a que la legislación en sí misma, utilizando un lenguaje que refleja un cambio de paradigma, no es suficiente, representa un primer y muy necesario paso. Y esto se muestra sobre todo en el *empoderamiento* de niñas y niños a partir del lenguaje de los derechos.

Por último, debo confesar también que mi caso personal constituye una muestra de la confusión conceptual con todas sus implicaciones. En este sentido puedo afirmar que soy una conversa del *menorismo* a la *protección integral*. En textos de hace algunos años no consideré relevante la terminología, por lo que utilicé indistintamente *menores* y *niños* como parte de la herencia de la formación positivista propia del derecho en México. Las reflexiones, especialmente motivadas por la lectura y los diálogos con algunos "niñólogos", me llevan a sostener hoy que el lenguaje es importante para reflejar los cambios que pretendemos hacer valer para *niñas, niños y adolescentes* a partir de su consideración como titulares plenos de derechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Belloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2007.
- — —, "Los menores de edad en conflicto con la ley y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo gordiano", *Isonomía* 31, México, 2009.
- García Ramírez, Sergio, "Comentario al artículo 18", en varios autores, *Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Congreso de la Unión, 2006.
- González Contró, Mónica, *Derechos humanos del niño: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

-
- Hierro, Liborio L., "Los derechos humanos del niño", en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999.
- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2007.
- Madrazo, Jorge, "Comentario al artículo 4o. de la Constitución mexicana", en varios autores, *Derechos del pueblo mexicano*, t. XVII, México, Porrúa, 2006.
- O'Donnell, Daniel, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación con la familia", en varios autores, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2006.
- Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, 2a. ed., México, Fontamara, 2010.