

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL MARCO
DE LA UTILIZACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PENAL

*THE BEST INTEREST OF THE MINOR IN THE FRAMEWORK OF
THE USE OF ALTERNATE CONFLICT RESOLUTION METHODS IN
THE CRIMINAL FIELD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 794-819

Arnulfo
SÁNCHEZ
y Yulisán
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El interés superior del menor en la actualidad constituye un principio rector que rige las relaciones paternofiliales y regula el alcance de la responsabilidad parental. Su proyección ha irradiado también a la esfera penal, ámbito en que se aplican una serie de medidas para evitar la revictimización del infante. Desde esta óptica, la mediación constituye una vía ideal, para el manejo asertivo del conflicto con intervención de menores. Sin embargo, aún resulta una interrogante la actuación de órgano judicial, cuando los padres sin motivo fundado privan al infante, víctima de un delito, a participar en un proceso de mediación, conllevando un riesgo de revictimización por el desgaste emocional que genera el proceso penal. El trabajo analiza el interés superior del menor desde un enfoque transversal, acentuado en el ámbito penal, y las limitaciones que este postulado impone al ejercicio de la patria potestad. Así mismo, se evalúa los aspectos de la mediación que le califican como instrumento efectivo de garantía de los derechos humanos, en especial lo relativo al bienestar de los infantes.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; patria potestad; mediación; revictimización del infante.

ABSTRACT: *The best interests of the minor at present constitute a guiding principle that governs parent-child relationships and regulates the scope of parental responsibility. Its projection has also irradiated the penal sphere, an area in which a series of measures are applied to avoid the re-victimization of the infant. From this perspective, mediation is an ideal way to assertively handle conflict with the intervention of minors. However, the judicial body's performance is still a question mark, when parents without a well-founded reason deprive the infant, victim of a crime, of participating in a mediation process, carrying a risk of re-victimization due to the emotional exhaustion generated by the criminal process. The article analyzes the best interests of the minor from a transversal approach, accentuated in the penal field, and the limitations that this postulate imposes on the exercise of parental authority. Likewise, the aspects of mediation that qualify it as an effective instrument to guarantee human rights are evaluated, especially those related to the well-being of infants.*

KEY WORDS: *Best interest of the minor; parental authority; mediation; revictimization of the infant.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. – II. LA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. - 1. El interés superior del menor. Fundamentos teóricos esenciales. - 2. Naturaleza y alcance del interés superior del menor: es un principio o derecho, o una conexión jurídica de ambos. - 3. Criterios interpretativos sobre la ausencia de una definición convencional del interés superior del menor. - 4. El aseguramiento de interés superior del menor desde la responsabilidad parental. - III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MENOR VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. – 1. Tratamiento procesal al menor como víctima y como ofendido. - IV. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS. – V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La utilización de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos— en adelante MASC— en las diversas áreas jurídicas constituye un tópico de gran referencia en la actualidad. El impacto de estos dispositivos pacíficos no solo se ha reflejado en el marco de la esfera privada de los involucrados en el conflicto, sino que en ámbitos del derecho público también ha contribuido a optimizar las funciones de los órganos judiciales, y de otras autoridades que de igual forma ejercen una función pública.

Con respecto al proceso penal, la utilización de los MASC, en especial de la mediación, ha contribuido a reacondicionar el rol de la víctima y el infractor, convirtiéndose en los protagonistas de la gestión, y solución—a través de la suscripción del acuerdo reparatorio—de conflicto penal. La mediación constituye en la actualidad un atributo del proceso penal, considerando su efectividad en la solución de controversias que emanan de una conducta delictiva. Desde la perspectiva de las víctimas, la mediación, ha permitido proscribir el estado de vulnerabilidad de los ciudadanos perjudicados por eventos delictivos, alejando el riesgo de revictimización que se genera con la tramitación del procedimiento penal.

• Arnulfo Sánchez García

Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular de derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogado. Investigador del Centro de Investigación de tecnología Jurídica y Criminología de la facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I Conacyt (SNI-I). Secretario General de la Asociación Internacional de doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. correo arnulfosanchezgarcia@hotmail.com.

• Yulisán Fernández Silva

Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Becario Conacyt en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Máster en Criminología por la Universidad de la Habana, Cuba. Profesor de Derecho Penal y Cultura de Paz por la misma Universidad. Correo fedezyulisan@gmail.com.

Ahora bien, el tema planteado cobra aún más importancia, cuando la condición de víctima recae en un menor. Cuando es un infante quien resulta afectado por la comisión de una conducta delictiva, el riesgo de victimización es mayor, por lo que deberán adoptarse las medidas pertinentes encaminadas a disminuir la presencia del infante en las diligencias procesales. En ello, reviste gran importancia la participación de los padres, en representación y defensa de sus derechos, considerando que, aunque se reconoce la personalidad del infante, su capacidad de ejercicio se encuentra limitada por una razón natural. Sin embargo, ni la presencia de los progenitores, ni la utilización nuevas tecnologías que sustituyen los medios rudimentarios de investigación, constituyen métodos infranqueables para impedir la victimización secundaria, sino que son herramientas que se implementan para evitar en la medida de lo posible las consecuencias del proceso penal.

De ahí que la mediación penal, represente una vía de recuperación de la estabilidad del menor; que se aleja del ambiente hostil que impera en el proceso penal, y se inserta en un espacio de cordialidad, donde existe mayor posibilidad de recuperación de las heridas emocionales del evento delictivo, y salir fortalecido; propiciándose además la reparación de daño en base a la magnitud real de la afectación recibida.

Sin embargo, la oportunidad de acceder a la mediación en el proceso penal puede verse afectada ante la mera negativa de los padres, actitud que conlleva a privar al menor de una reparación expedita, suponiendo, además, que tal decisión implica un riesgo de victimización secundaria para el infante. Lo anterior supone una contraposición de intereses, y puede tener una trascendencia en el ejercicio de la patria potestad, puesto que la responsabilidad parental de los progenitores debe sustentarse en el respeto a los derechos y puede ser impugnada cuando se ejerce de forma desmedida, pudiendo ser privados o suspendidos del ejercicio de esta.

De acuerdo con lo anterior, el presente texto aborda la intervención del menor dentro del proceso penal, y los aspectos que genera una segunda victimización en el infante, postulándose la mediación como un método más sano, y revitalizador del bienestar del menor. Además, se evalúa la naturaleza y alcance del interés superior de la infancia, tomando como referencia el ordenamiento jurídico mexicano, planteándose la posibilidad de preponderar el bienestar del menor con la utilización de vías pacíficas, "a contrario sensu" de los daños psíquicos que pueden generar las diversas diligencias procesales— tales como interrogatorios y declaraciones como testigo—en el proceso penal.

II. LA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

I. El interés superior del menor. Fundamentos teóricos esenciales.

Las concepciones sobre el tratamiento y protección del menor a nivel internacional han sufrido una transformación a partir del reconocimiento del menor como sujeto de derechos. Ello ha motivado un reforzamiento de los medios de protección refrendados desde el orden constitucional, ponderándose el interés superior del menor como un pilar fundamental y preponderante en cualquier acontecimiento que derive en una intervención judicial efectiva.

Esta proyección ha tenido un impacto significativo en la esfera de las relaciones paternofiliales, direccionando la responsabilidad parental a resguardar el bienestar del menor como postulado supremo. Ahora bien, es importante destacar los fundamentos esenciales que permiten identificar la naturaleza y alcance del interés superior del menor— en adelante ISM— como aspecto cardinal en el cambio de paradigma sobre la tutela de los derechos de la infancia.

El primer aspecto a señalar, es que no existe en la actualidad una conceptualización general, o quizás diáfana, sobre el interés superior de la infancia, a partir de que se han presentado diversas posturas en cuanto a la concepción jurídica de todo lo que puede englobar el concepto de "menor"; los aspectos que conducen a evaluar la capacidad de obrar en su persona, y la trascendencia que conlleva el invocar este ISM, desde el ámbito de principio, derecho, o una conexión jurídica de ambos.

Se parte del criterio, que la indefinición del ISM obedece a conceptualización vaga de la figura del "menor"; y la confusión que ello implica en la estimación de la capacidad de obrar del infante, al punto de equipararse en algunas ocasiones con la de un incapaz. En ese sentido, la capacidad jurídica, puede ser analizada desde dos vertientes; la capacidad de derecho, adquisición o goce; y la capacidad de ejercicio, de hecho, o de acción. Estos aspectos constituyen el eje cardinal del protagonismo del menor dentro de las relaciones jurídicas como titular de un derecho, o destinatario de un deber o una obligación.

Ahora bien, en la constitucionalización del derecho civil, el concepto de persona está vinculado con su dignidad. La persona está jurídicamente conformada con componentes estructurales de su individualidad y que son por eso sus atributos, así que entendemos por atributo de la persona las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho¹.

1 PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 13-20.

Luego, la capacidad de ejercicio se percibe como la idoneidad para realizar actos jurídicos eficaces, desde el ejercicio personalísimo de los derechos de los que se es titular, y que se reconocen en el ordenamiento jurídico. De ahí, que no pueda atribuírsele en el mismo grado a todos los sujetos, por ello algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella. Por ende, la capacidad de ejercicio contiene un plus de idoneidad, y que es variable en función de la aptitud de cada persona para autogobernarse, al realizar determinado acto y con conocimiento del alcance jurídico del mismo².

En el caso de los menores de edad, no son incapaces, sino que simplemente tienen limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Así, una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta es la capacidad natural del menor de edad en aras a otorgar eficacia a los actos jurídicos que éste realice; entonces, mientras que la capacidad de goce es una consecuencia necesaria de la personalidad, la capacidad de ejercicio se fundamenta en la capacidad natural o autogobierno, de tal manera que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse al menor, capacidad de ejercicio³.

Sobre el infante no puede hablarse propiamente de ausencia de capacidad jurídica, puesto que no se debate si en la figura del menor existe idoneidad para gozar de los derechos y asumir obligaciones, sino que lo que se está limitando es la posibilidad de ejercitar actos personalísimos y no por ello carece de personalidad. Es decir, hay un reconocimiento de la autonomía progresiva en el sujeto, reconociéndose en un principio una capacidad restringida, la que se va adquiriendo paulatinamente y que mientras tanto, ha de suplirse a través de la representación de los progenitores⁴.

De modo que, aunque el menor desarrolla progresivamente el ejercicio de derechos, estos deben tutelarse con independencia de la edad. La minoría de edad implica una restricción en la capacidad de obrar por orden natural y no necesita justificarse en tanto el menor carece de experiencia para conducirse, por ello, la ley debe estipular la protección, considerando que aún están por desarrollarse las facultades cognitivas y volitivas, que le incapacitan para autogobernarse, por ello debe estar auxiliado por una persona que lo represente⁵.

2 GALIANO MARITAN, G.: "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho", *Revista Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, núm. 31, p. 17.

3 PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral*, cit., pp. 133-140.

4 VILLAR, M.: *Interés superior del menor, significado y alcances*, 1ª ed., México, Poder Judicial del estado de Guanajuato, 2008.

5 VILLAR, M.: *Interés superior del menor*, cit., p. 8.

De lo anterior, puede entenderse que el nivel de incapacidad— que se inicia desde el nacimiento hasta la emancipación— puede estar sujeto a diversos grados, en tanto el sujeto este impedido de hacer valer sus derechos, o contraer obligaciones, ejercitando actos en nombre propio.

Ahora bien, no puede confundirse el hecho de que al menor por cuestiones de orden natural se le impida realizar actos personalísimos, con la condición especial de un sujeto declarado incapaz. Como ya se ha mencionado, el menor posee un tipo especial de capacidad, considerada en evolución, que va perdiendo notoriedad a medida que el infante va madurando, por ello se habla de una capacidad de obrar limitada, que justifica la función tuitiva del poder parental.

Es decir, el infante ante todo es una persona, que no solo puede valorarse desde una dimensión jurídica sino también humana, puesto que, desde su realidad se refleja lo que para él es realmente importante, su devenir, en tanto cada día que transcurre se acerca más a su emancipación y a la plenitud jurídica que aspira⁶.

Finalmente, para poder definir la capacidad de ejercicio de las niñas y los niños, hay que tomar en consideración que el desarrollo de capacidades y su madurez, va evolucionando con el transcurso del tiempo, por lo que deberá evaluarse la autonomía progresiva del infante de acuerdo con la evolución de las facultades psíquicas, a fin de concederle el autogobierno de sus derechos y la asunción de obligaciones⁷. Lo anterior, se traduce en una evolución paulatina de la capacidad de ejercicio en las distintas etapas de la vida y desde el entorno donde habitan las niñas y niños⁸. De ahí, que resulte indispensable fomentar la autonomía progresiva a través de atributos conductuales que incentiven su independencia y faciliten su emancipación.

2. Naturaleza y alcance del interés superior del menor: es un principio, derecho, o una conexión jurídica de ambos.

Otro tópico importante resulta la naturaleza y alcance del interés superior del menor, por cuanto su validación conlleva a identificar en qué medida resulta más efectiva su aplicación, desde la égida de su postulación como principio, o como un derecho que debe ser resguardado con mayor recelo, por el grado de sensibilidad que genera la intervención de un menor en las relaciones jurídicas.

6 GONZÁLEZ MARTÍN, N., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano* (Serie Doctrina Jurídica núm. 586), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

7 LÓPEZ-CONTRERAS, R. E.: "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015, vol. 13, núm. 1, pp. 51-70.

8 OCHOA, M. L.: "Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2019, vol. 17, no 1, pp. 125-137.

Desde la perspectiva trazada, un enfoque de pensamiento mayoritario considera que el ISM, representa un grupo de acciones y procesos tendientes a garantizar una vida digna a los infantes, a través de la materialización de un conjunto de condiciones afectivas y materiales⁹. Ello significa que el interés superior del menor se proyecta como un principio fundamental que contempla un grupo de derechos los cuales deberán ser refrendados desde la interpretación y aplicación de este postulado.

Entendido de esta manera, el ISM, puede percibirse como un pilar vinculante para todos aquellos órganos que tengan facultades para resolver todo asunto o proceso en que se vea inmiscuido un menor; también a los progenitores desde las funciones tuitivas del poder parental, y todas aquellas instituciones que de algún modo contribuyen a resguardar los derechos de la infancia. Así mismo, los operadores del sistema de justicia, y el órgano legislativo deberán entrar a considerar el carácter teleológico de este postulado, preponderando las acciones que favorecen la consolidación del derecho del menor en el orden jurídico y social¹⁰.

Al mismo tiempo, la percepción del interés superior de la infancia como postulado rector, impone la articulación de políticas públicas proyectadas hacia el reforzamiento de los derechos fundamentales y la promoción de una cultura de no discriminación y equidad¹¹. Ello posibilita la inclusión de los menores en los programas de protección efectiva de derechos, a través de la instrumentación de mecanismos de salvaguarda, entre los que es muy representativa, la mediación.

Por otra parte, la vaguedad recurrente en cuanto a la ausencia de definición del ISM, en los instrumentos jurídicos internacionales, determina que este sea considerado un "concepto indeterminado y "estándar"¹² de difícil definición", concebido como uno de los valores representativos del derecho moderno que tiene una connotación universal, e irradia a las esferas jurídicas tanto en la parte sustantiva como procesal.

Ahora bien, desde otra postura doctrinal, se plantea que el postulado cardinal sobre la infancia puede ser entendido desde una doble naturaleza—como principio y como derecho—, y esto es lo que permite que pueda recabarse de

9 Vid. VILLAR, M.: *Interés superior del menor*, cit., p.4.

10 BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. L. X-2017, 2017, p. 1.

11 BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor", cit., p.6.

12 HERNÁNDEZ RIVERO, F.: "El interés del menor", citado en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, Serie Doctrina Jurídica núm. 586, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

las autoridades, una tutela efectiva de los intereses de los menores¹³, puesto que la adaptabilidad del ISM, como derecho subjetivo, posibilita que los órganos judiciales, puedan contextualizarlo mediante una pretensión que reclama en el reconocimiento de ese derecho, del cual se contrajo una obligación. Por otro lado, el ISM también es visualizado como principio jurídico interpretativo fundamental, por el cual toda norma susceptible de aplicación en asuntos donde es imperiosa la protección los intereses de los infantes deberá ser interpretada en consonancia con la literalidad de este pilar¹⁴.

Por ende, el interés superior de la infancia, comprendido con un principio que ha sido concebido para la virtualización de los derechos subjetivos, deberá tener una representatividad en las obligaciones de los estados e instituciones, para preponderar derechos de corte familiar como la autonomía progresiva y el derecho a ser escuchado.

Finalmente hay que agregar que el abordaje de este principio desde una definición convencional indeterminada permite la convergencia de los derechos de los niños y la diversidad cultural, pudiendo interpretarse de manera casuística de acuerdo con el contexto social en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, y solucionar conflictos en los que el interés social se contraponga inclusive a otro pilar universal, considerando que los derechos de la infancia requieren de la mayor prioridad¹⁵.

De ahí que resulte necesario comenzar a establecer las pautas esenciales de lo que se considerarían criterios mínimos de una definición conceptual del ISM, que permitan clarificar todas estas cuestiones, aspectos que son analizados en el acápite siguiente.

3. Criterios interpretativos sobre la ausencia de una definición convencional del interés superior del menor.

Un aspecto que ha generado gran interés sobre la postulación del ISM, como pilar fundamental de las relaciones paternofiliales, es la ausencia de una definición conceptual en los distintos instrumentos internacionales que promueven su aplicación.

13 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2016, vol. 16, pp. 131-157.

14 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 140.

15 CILLERO BRUNOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, 1998, p. 125.

Desde esa óptica, el término es percibido como un concepto jurídico indeterminado, que constituye una cláusula abierta¹⁶, y que impone a los órganos jurisdiccionales ajustar su actuación al ejercicio de ponderación que conllevará tomar decisiones en asuntos donde deba evaluarse el ejercicio pleno de los derechos de un menor:

En palabras de Beloso Martín, la complejidad de invocar un concepto indeterminado no radica tanto en la cuestión normativa, sino en el grado de interpretación y aplicación. De ahí que resulte apremiante facilitar la concreción práctica del ISM, desde la aportación de soluciones a situaciones concretas, y no desde la construcción de categorías generales. Por tanto, el análisis casuístico deberá comprender además una evaluación ponderativa sobre la participación del menor como sujeto de protección especial, y concederle prioridad ante cualquier supuesto que pueda socavar la virtualidad de sus derechos¹⁷.

Visto lo anterior, el ISM, constituye un principio rector, que debe prevalecer en cualquier valoración o interpretación casuística, considerando la relevancia que adquiere el preponderar el derecho de las niñas y los niños ante de los de cualquier tercero, buscando garantizar el desarrollo integral y el máximo de bienestar de los infantes y erradicar cualquier disparidad que pueda colocarles en un estado de vulnerabilidad.

Así mismo, la estimación del interés superior del menor debe incluir políticas públicas que contemplen un grupo de acciones dirigidas a proporcionarle una formación integral a los infantes, coadyuvando a su desarrollo psíquico y emocional, así como la satisfacción de una vida digna. Por ello, resulta necesario de acuerdo con el análisis del caso en concreto, aplicar una metodología basada en la ponderación que permita distinguir, qué derechos de la infancia pueden verse afectados frente a un tercero, y con ello, qué solución resulta la más adecuada para asegurar el ejercicio pleno de estos.

Por otra parte, el ISM, al constituir un pilar fundamental que contempla cualquier circunstancia o hecho, en las que el menor se encuentre implicado, su aplicabilidad tiene también un impacto en la órbita de los derechos fundamentales, lo que, en el ámbito del menor, constituyen derechos preferentes que requieren de mecanismos que garanticen el goce efectivo de estos¹⁸.

16 PÉREZ FUENTES, G. M., et al.: "El interés superior del menor Como Principio", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, Año I, núm. 2, México, 2014.

17 BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción", cit., p. 6.

18 CONTRERAS LÓPEZ, R. E. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M. Á.: "El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Letras Jurídicas*, núm. 40, 2019, pp. 179-187.

Pasando a otro tema, la aplicabilidad del ISM, como un principio carente de una conceptualización diáfana, contempla dos características esenciales: la relatividad y la movilidad.

La relatividad constituye un aspecto cardinal al momento de interpretar y aplicar el ISM, considerando que, al hacerlo, deberá centrarse el análisis en las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. Ello significa, que la decisión a que se arribe deberá contemplar toda la información que expone la condición legal del menor y todos aquellos aspectos que puedan definir con claridad la situación jurídica y los protagonistas en ella¹⁹. En cuanto a la movilidad, este aspecto se refiere a la adaptabilidad del principio mencionado, con relación a los contextos específicos en los que se invoca, y que evoluciona juntamente con el menor; lo que significa que siempre podrá adaptarse a las necesidades de los infantes²⁰.

Estos componentes, han sido identificados a partir de la necesidad de que el ISM, como concepto indeterminado, pueda adecuarse a las circunstancias actuales de la creciente internacionalización de las relaciones familiares, y el vínculo paterno filial; buscando tener aplicabilidad en los diversos modelos de justicia familiar, que impulsan la salvaguarda de los derechos de la infancia²¹.

Pasando a otro tópico, algunos tratadistas consideran que la indefinición en la conceptualización del interés superior del menor constituye un atributo de flexibilidad propio de este principio vinculante, que le concede un espacio de discrecionalidad a los jueces, para poder aplicarlo con base a los hechos y circunstancias concretas.

Desde esta postura, se considera que la volatilidad que acompaña al término, que identifica al referido principio, ha impedido que pueda operar una definición acorde a la naturaleza de este postulado, desde la doctrina, o bien en la norma. Y, si bien es cierto que la ausencia de una conceptualización supone cierta inseguridad jurídica a partir de las incertidumbres que genera concederle al poder judicial un rango discrecional ilimitado; en la práctica resulta más beneficioso, pues permite circunscribir la decisión en función de las necesidades concretas del menor y la adaptación personalizada a las necesidades que puedan aparecer en su vida²².

De manera que, al representar el ISM, un concepto voluble, constituye un acierto dejar en las manos de los operadores jurídicos la decisión sobre cuál será

19 CONTRERAS LÓPEZ, R. E., y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M. Á.: "El interés superior del menor", cit., p. 181.

20 *Idem*.

21 GONZÁLEZ MARTÍN, N y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: "El interés superior, del menor", cit., p. 25.

22 *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍN, N; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: "El interés superior, del menor", cit., pp. 26-28.

la forma más efectiva de garantizarlo, depositando en el propio órgano judicial el alcance del mencionado principio vinculante²³.

Desde esta línea de pensamiento, la ausencia de una definición convencional sobre el término puede resultar favorable, considerando que aún no existe consenso entre las diferentes corrientes jurídicas, sobre la edad y atributos de la persona reconocida como sujeto de derechos, el alcance, y carácter vinculante de la aplicación de este principio. De ahí que, solo un número reducido de países haya ratificado el texto convencional. Por ello, puede entenderse que la falta de conceptualización justifica la necesidad de mantener un dinamismo en cuanto a la realidad social, cultura política y jurídica de un país, circunstancia que impide que pueda restringirse desde un único contexto legal, pues no respondería a título universal tomando en cuenta la proliferación de instrumentos jurídicos sobre menores²⁴.

Desde otra postura científica, la flexibilidad atribuida al ISM, como concepto indeterminado, implica depositar en el órgano titular de la aplicación normativa, la potestad judicial decisoria en torno a la forma más adecuada de salvaguardar la figura jurídica del menor; lo que puede dar cabida a factores subjetivos—éticos, morales o religiosos— que podrían entorpecer el juicio de ponderación de la autoridad, y conducir a una decisión desafortunada. Por el contrario, definir este postulado, en función de las necesidades físicas, psicológicas del menor; así como las características del entorno, contribuye a limitar el ejercicio desmedido de discrecionalidad que trastoca la naturaleza y contenido teleológico de este principio²⁵.

Desde esta perspectiva, es válido el criterio de Beloso Martín— y con el que coinciden los autores de este trabajo—, quién plantea que la ausencia de una definición convencional tiene un impacto notorio en la actuación de los operadores del sistema de justicia, especialmente en los aplicadores de la norma, puesto que serán estos quienes tendrán un rol fundamental en la estimación, del interés superior del infante como presupuesto del ejercicio pleno de los derechos de la niñez. En ese sentido, deberá existir un equilibrio básico entre la flexibilidad y seguridad jurídica, que puede materializarse a partir de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en función de contribuir a enriquecer la dogmática con la incorporación de nuevo material científico. Así mismo, resultará necesario establecer criterios mínimos de determinación, con el propósito de orientar la

23 *Idem*.

24 *Vid. VILLAR M.: Interés superior del menor, cit., p. 25.*

25 *Cfr. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 144.*

actividad jurisdiccional, y reducir la desmesurada discrecionalidad que dificulta el ejercicio pleno de los derechos de la infancia²⁶.

Lo anterior, impone una mayor responsabilidad y compromiso de los jueces, como funcionarios que aplican las leyes, y la necesidad de establecer parámetros de estimación del interés superior como principio cardinal, enfocados a potenciar el desarrollo integral de los menores, a través de su reconocimiento como sujetos de derechos.

Hay que agregar que la estimación de los marcos operacionales de la actividad judicial con motivo de preponderar el interés superior del menor, ante actuación de tercero, tiene también una proyección hacia el ejercicio de la patria potestad, y deberán los jueces velar porque la autoridad parental no se ejerza de manera disfuncional.

4. El aseguramiento de interés superior del menor desde la responsabilidad parental.

El interés superior del menor, como principio rector, tiene su máxima expresión en el entorno de las relaciones paternofiliales. En este ámbito, se requiere prestar mayor atención, tomando en cuenta que el ejercicio de la patria potestad contempla una serie de obligaciones encaminadas a preservar el desarrollo integral de las niñas y niños, procurándole condiciones materiales y afectivas, que puedan proveerle entorno saludable para su crecimiento afectivo y espiritual.

Esto significa, que el ejercicio de parentalidad no responde únicamente a la responsabilidad por la educación y alimentación, sino que comprende el respeto a los derechos reconocidos al infante otorgándole participación en la medida en que vaya adquiriendo gradualmente madurez.

Es decir, una interpretación adecuada del alcance del ISM, en las relaciones paternofiliales impone la necesidad de reconocer al niño en su condición de persona, y así, evitar considerarlos como objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad del Estado²⁷. El cambio de paradigma, que resultó del reconocimiento del menor como sujeto de derechos en los instrumentos jurídicos supranacionales, dispone una salvaguarda especial de los derechos de los infantes, y la preminencia de estos por encima de otros que puedan colisionar con los refrendados en defensa de los infantes.

Al realizar una lectura de los principales instrumentos internacionales en materia de protección a la infancia, se advierte que la responsabilidad de los padres

²⁶ Vid. BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción", cit., pp. 17-18.

²⁷ Vid. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", cit., p. 144.

cumple el propósito, la protección y el seguimiento al desarrollo progresivo del menor, tomando en cuenta que sus facultades se encuentran limitadas por orden natural, y son los progenitores lo que deben asegurar el ejercicio efectivo de sus derechos.

Por ende, los padres constituyen los aplicadores habituales del ISM, y principales responsables de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el respeto a los derechos reconocidos a los infantes. De incumplir los padres con la función tuitiva que le vienen impuesta debido al ejercicio de la patria potestad, los jueces serán los encargados de acuerdo con el análisis casuístico, de asegurar y preponderar los derechos la infancia mediante la aplicación de normas en circunstancias en que se ve comprometido el bienestar del menor²⁸.

Con respecto al poder parental, es dable señalar que la institución mencionada no solo tiene un carácter potestativo, sino que también incluye una carga obligacional dirigida a impulsar la formación integral de los menores, y además a respaldar el ejercicio pleno de sus derechos. En consecuencia, la titularidad de patria potestad contempla ambas dimensiones—derecho/deber— las que definirán los marcos operacionales de ejercicio de la patria potestad²⁹.

Por otro lado, es necesario distinguir el alcance de las funciones que acompañan el ejercicio de la patria potestad; de la representación legal habilitada para intervenir a nombre de un tercero. En este sentido, la representación legal, implica que los progenitores podrán intervenir en todos los actos jurídicos que pudiera celebrar el menor a gestión personal, pudiendo inclusive abstenerse de participar, en caso de desearlo. Sin embargo, el ejercicio de parentalidad contempla una función tuitiva, para amparar y proteger al infante de cualquier acto, o decisión que pueda perjudicarlo, sin que pueda en tal caso el progenitor renunciar a ella³⁰.

De lo referido hasta aquí, puede concluirse que la actuación de los progenitores, en torno a la salvaguarda del interés superior del menor, es un presupuesto fundamental dentro de la responsabilidad parental, e impone límites de orden normativo— sustantivo y procesal— a la autonomía de la voluntad de los padres, con el fin de evitar que se ejecuten actos en detrimento de las prerrogativas reconocidas al infante, las que deberán preponderarse desde el poder judicial a través de mecanismos de protección efectiva³¹.

28 *Idem*, p.145

29 SÁNCHEZ GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ SILVA, Y.: "El derecho de corrección en el contexto de las relaciones paterno-filiales y su apreciación como causa de justificación en la legislación penal cubana", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2020, vol. 7, no 14.

30 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, 2006.

31 Considerando los límites que impone ISM a la autonomía de la voluntad de los progenitores, en la legislación mexicana, se hace necesario ilustrar, desde la jerarquización normativa, las pautas que orientan

Lo referido, tiene trascendencia en todos los ámbitos del derecho, resultando de valoración especial, el ISM en la esfera penal, especialmente cuando el infante resulta víctima de delito y tiene la posibilidad acogerse a mecanismos que garantizan la protección de sus derechos, pero no puede acceder a ellos, por la negativa de sus padres. Este tópico será objeto de análisis en el siguiente acápite.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

Durante las últimas décadas han surgido nuevas tendencias que apuntan, por un lado, a la diversificación de las reacciones de la justicia ante el delito, y por otro a la resolución extrajudicial de conflictos donde la víctima pueda regresar a su papel protagónico, a través del reforzamiento de sus derechos, y una mayor participación.

Lo anterior, había sido obviado por el Estado en la medida en que progresivamente fue haciéndose cargo de la administración de justicia, como respuesta al reclamo social, de eliminar el abuso de la venganza y la arbitrariedad, escenario que propicia la instauración de un modelo de represión para el

las funciones tuitivas de la autoridad parental.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Art. 4. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. *vid.* Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultado el 26 de abril del 2020

Código Civil Federal.

Art. 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Art. 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Art. 441.- Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

vid. Código Civil Federal en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf, consultado en fecha 27 de abril del 2020.

Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes

Art. 103. Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como de las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños o adolescentes, en proporción a su responsabilidad y, cuando sean instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia, las siguientes:

V. Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad;

VII. Protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación;

VIII. Abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. El ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción véase Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf, consultado, 27 de Abril del 2020.

enjuiciamiento de conductas catalogadas de antisociales. Visto de esa manera, el derecho penal se convierte en un instrumento de control social que actúa ante ataques graves a los bienes jurídicos considerados relevantes.

La necesidad de que el Estado actuara enérgicamente contra las conductas temerarias que ponen en peligro la seguridad ciudadana y los intereses públicos, generó un descuido en la protección de los derechos de las víctimas, relegándole a un papel secundario hasta llegar al aislamiento, y asentar en el rol principal al delincuente. Resultante de esta plataforma jurídica, han ido incrementándose las insatisfacciones de los ciudadanos que son afectados por la ocurrencia de hechos delictivos, sujetos que se mantienen al margen del proceso sin recibir ninguna información, con posterioridad a formular la denuncia. Esta condición procesal de la víctima-que ha sido relegada a la condición de testigo-le impide participar íntegramente de las sesiones del juicio, menos aún con asesoramiento; y solo comparece cuando sea llamada a declarar; el delito se sigue visualizando desde una perspectiva adversarial, donde la condena es proporcional a la afectación del bien jurídico protegido por la norma.

Es de esa manera que, desde el derecho internacional y los órganos supranacionales, comienza a plantearse la necesidad de desarrollar una definición universal de víctima, que pueda incluir no solo las personas afectadas directamente por el hecho del delito, sino a todos aquellos que hayan sufrido las consecuencias del ilícito penal, ya sea familiares o ajenos, individuales o colectivos.

Para materializar ese postulado, la Organización de las Naciones Unidas adoptó en la Asamblea General de fecha 29 de noviembre de 1985 en la resolución número 40/34, la primera declaración sobre la protección a la víctima, a la que llamó "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"³². Este instrumento jurídico, postula un concepto que constituye una referencia sobre las víctimas, puesto que resulta bastante abarcador en tanto incluye a todas aquellas personas que han visto vulnerados sus derechos fundamentales, con independencia del vínculo familiar que pueda haber entre el agresor y el perjudicado, u otras personas que tengan relación inmediata con la víctima y que hayan sufrido daño al intervenir para asistir al perjudicado en peligro o para prevenir la victimización³³.

32 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder. Organización de Naciones Unidas. Resolución número 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Art. I

33 En la Declaración de Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder, el concepto que se brinda comprendía a las personas que sufrían un daño o perjuicio por un hecho calificado en la ley como delito y a los familiares o personas que tuvieran relación inmediata con la víctima, además a los que sufrieron daños al intervenir para asistir al perjudicado en peligro o para prevenir la victimización. Como resultado de este criterio el organismo internacional adoptó, más tarde, en la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985 en la resolución número 40/34, la primera declaración sobre la protección a la víctima, donde se formula un concepto más acabado de la categoría de víctima, definiéndole como: "aquellas personas que de forma individual o colectiva han sufrido un perjuicio, especialmente, un

Este instrumento, reivindica a la víctima desprotegida por mucho tiempo, previéndose además que en caso de que no se imponga condena a los responsables, permita acceso a la justicia y trato justo; resarcimiento, indemnización y asistencia³⁴. De ahí que adquiera virtualidad en los diferentes modelos jurídicos al nivel, de que tomamos como referencia la legislación mexicana³⁵.

Comienzan a visualizarse, desde el enfoque doctrinal, diversas tipologías victimales encaminadas a distinguir el rol de la víctima en el hecho conflictivo. Unos de los principales exponentes es Benjamín Mendelsohn, quien realiza un estudio sobre la víctima, desde el ámbito de la correlación de culpabilidad entre víctima e infractor. El exponente sostiene que existe relación inversa entre la culpabilidad del agresor y de la víctima, lo que a su vez determina el vínculo con la actitud victimal³⁶.

Por su parte los criminólogos Hans Von Hentig³⁷ y Elías Neuman también presentaron una clasificación de las diferentes categorías de víctimas que ameritan

ataque a su integridad física o mental; un sufrimiento moral o una pérdida material, o un ataque grave de sus derechos fundamentales, en acciones u omisiones que infringen las leyes penales vigentes de un estado". *vid.* Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Justicia-Victimas-Delito.pdf>.

34 *Vid.* Declaración 40/34 De las Organización de Naciones Unidas de 1985. Art. 8, 9, 10 y 11.

35 La normativa mexicana, de acuerdo dispuesto en la Resolución 40/34, y a tono con el Derecho Internacional Convencional, incorpora en las leyes orgánicas, algunas categorías que permiten distinguir algunos tipos de víctima. En el caso de la legislación procesal penal, se unifican en un mismo numeral los conceptos de víctima y ofensor:

Art. 108 Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

También la Ley General de Víctimas contempla una definición

Art. 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito. Véase Ley General de víctimas en <http://www.diputados.gob.mx>.

36 Mendelsohn incorporó una amplia clasificación tipología victimaria que sirvió de base para las posteriores clasificaciones de estas categorías: Víctima inocente Es la víctima inconsciente que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Es totalmente ajena a la actividad del delincuente. Víctima por ignorancia: El sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimización facilitando la actuación del agresor. Ej. mujer que se provoca un aborto por medios impropios pagando con su vida su ignorancia. Víctima provocadora: Aquella que, por su propia conducta, incita al infractor a cometer el hecho criminal. Tal incitación, es decisiva, pues crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el crimen. Víctima voluntaria Es la que evidencia aún más la colaboración con el victimario, o sea tan culpable como el infractor. Ej. suicidio por adhesión, eutanasia; Víctima por imprudencia La que determina el accidente por falta de control. Ej. quién deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas. Víctima culpable. Esta acepción ofrece una doble fisonomía: de un lado simuladora (que acusa falsamente); de otro, la imaginaria (que inventa su propia condición de víctima cuando no se ha producido la infracción). *Vid.* MENDELSON, B.: "La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea", *Revista Alamud, al día*. San José, Costa Rica, 1981, vol. 4.

37 Hans Von Hentig se aparta de criterios legales para proponer cinco categorías de «clases generales» y seis de «tipos psicológicos». Pretende ocuparse de las categorías de víctimas más frecuentes, estas son: A) Las clases generales son: I. los niños o jóvenes, por inexperiencia son los más propensos a sufrir la comisión de

reconocimiento y protección. En caso del primero, el autor propone cinco categorías de clases generales de víctimas, en la que se distinguen los sujetos que ostentan alguna condición de vulnerabilidad. Además, se incorporan seis tipos psicológicos, que acogen los más generales estados conductuales. Desde otra postura científica, Neuman centra su clasificación en un arquetipo llamado sistema social básico³⁸ del cual extrae una clasificación cuyo rango distintivo es que permite nuevas formulaciones y ajustes, buscando un tratamiento más moderno y dinámico cuya característica esencial era que no debía ser exhaustiva³⁹.

Cabe señalar como aspecto interesante, que ambos autores coinciden reconocer al menor como una víctima en condición de vulnerabilidad, por lo que tendrá que prestarse especial atención a los hechos delictivos de los que resulta víctima un infante, de lo que puede significar un peligro físico, psíquico o emocional, y que puede resultar tanto de las secuelas resultantes del hecho delictivo, como de la propia revictimización que genera la inadecuada atención al infante una vez que se apertura el proceso. De ahí, que resulte importante evaluar la condición procesal que detenta el menor cuando interviene en el ámbito penal, el tratamiento en calidad de víctima u ofendido que recibe, tomando como referencia la legislación mexicana que contempla su inclusión dentro de estas categorías.

I. Tratamiento procesal al menor como víctima y como ofendido.

La intervención del menor en proceso penal como víctima u ofendido, no exenta de vivir las experiencias infortunadas que comúnmente padecen los ciudadanos que son objeto de una agresión u otro tipo de conducta ilícita. A los efectos nocivos que trae consigo el impacto emocional de evento de esta naturaleza, hay que sumarle las diversas vicisitudes que vive la víctima dentro de las instancias policiales y judiciales.

El hecho de estar sometido a extensos interrogatorios e interminables diligencias instructivas puede generar un estado de impotencia y abatimiento en la persona afectada por el delito. Ello es, producto de revivir los acontecimientos traumáticos de los que fue objeto, a lo que se suma la estigmatización social que

un delito.2. La mujer, que por su debilidad reconocida hasta por la ley.3. El anciano, por su discapacidad en diferentes formas. 4. Los débiles y enfermos mentales, se incluyen los drogadictos, los alcohólicos etc.5. Los inmigrantes, las minorías y los ton-tos, por su situación de desventajas al resto de la población. Vid. VON HENTIG, H.: *The Criminal and his Victim*, Archon Books, Hamdem, citado en MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E.: "La victimología como estudio: Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores De La Facultad De Derecho*, 2011, vol. 14, no 27, pp. 27-42.

38 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 81.

39 Neuman, desarrolla dicha tipología en su obra y elabora la siguiente clasificación: Víctimas individuales (las clasifica en cuanto su actitud victimal culposa y dolosa), familiares (niños y mujeres maltratados), víctimas colectivas (la comunidad como nación, Ej. rebelión, sedición; comunidad social, ejemplo, el terrorismo subversivo. Vid. NEUMAN, E.: *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 69.

genera el acudir frecuentemente a instancias judiciales, cuestión que no solo aqueja a la víctima, sino que también puede verse afectado el ofendido⁴⁰.

Ahora bien, desde el punto de vista, de las categorías que se han manejado en los diversos instrumentos jurídicos para identificar a las personas que han sido perjudicadas de una u otra forma por hechos delictivos, y que se distinguen como víctima/ofendido; el menor puede considerarse, un sujeto apto de recibir tal calificación puesto que su condición legal no impide que pueda ejercer sus derechos—a través de la representación legal de los padres, y reclamar de los órganos de administración de justicia una tutela efectiva, y reparación oportuna del hecho ilícito que ha violentado su tranquilidad.

De acuerdo con la legislación procesal penal mexicana, las víctimas y el ofendido, aunque convergen en un mismo acápite como sujetos del procedimiento, ostentan una posición distinta en cuanto a la forma en que repercute la conducta delictiva en su figura. En el caso de la víctima, esta figura la tiene con el hecho delictivo, y es directamente afectado por la conducta ilícita que recae directamente en su persona⁴¹. La víctima recibe a nivel personal los efectos económicos, psicológicos, morales y físicos del delito, que insta a la apertura del proceso y el ejercicio de la acción penal⁴².

Por otro lado, el ofendido— también llamado víctima indirecta—es una persona afectada indirectamente por el hecho punible y del que resulta perjudicada ya sea por ser el titular del bien afectado, o puesto en peligro. La intervención del ofendido en el proceso puede reflejarse en personas que tienen una dependencia con la víctima, y ésta al no encontrarse presente, asiste para hacer valer sus derechos⁴³. El caso de los delitos contra la integridad corporal, especialmente el de homicidio, es un ejemplo de la intervención de personas perjudicadas por el delito que priva de la vida a la víctima.

Ahora bien, tomando como referencia el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, si bien es cierto que la normativa contiene una descripción diáfana de las categorías mencionadas, no existe dentro de este cuerpo legal una regulación detallada de las pautas que marcan el tratamiento al infante como víctima/ofendido, lo que se traduce en que desde la intervención judicial se

40 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", *Revista de derecho penal y criminología*, 2005, núm. 16, pp. 265-299.

41 Vid Código nacional de procedimiento penales, Art. 108, en <http://www.diputados.gob.mx>

42 Tesis 2010615 Ia, Aislada Constitucional Penal. *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación*. Diciembre de 2015. Vol. Tomo I, 25, p. 267.

43 GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2ª ed., Tirant lo blanch, México, 2020 (en prensa).

disponga un grupo de acciones para asegurar la protección y ejercicio pleno de los derechos de la infancia; ello se hará desde el análisis concreto del caso⁴⁴.

En cuanto a la ley adjetiva, sólo obra un numeral que hace referencia a la declaración del menor, considerada un testimonio especial. En esta diligencia procesal se dispone que el juez, a petición de las partes, podrá considerar la utilización de técnicas audiovisuales o auxiliarse del personal especializado, tomar la declaración de menor y evitar con ello el contacto directo con el imputado. Sin embargo, llama la atención que esta disposición tienen un carácter facultativo, cuando en realidad debería constituir una regla y de esa manera constreñir al órgano judicial a tomar todas las medidas pertinentes para impedir la afectación psicológica o emocional del infante.

Para saldar, la ausencia de regulación procesal, sobre el tratamiento al menor en la aplicación de las diligencias de investigación, desde la jurisprudencia— considerada una fuente formal de derecho— comienzan a emitirse un grupo de pautas que deberán ser asumidas por el órgano judicial para garantizar el interés superior del menor. En ese sentido las medidas están encaminadas a satisfacer tres aspectos: la valoración del testimonio infantil, la racionalidad en cuanto a la participación del menor en las diligencias de investigación, y, por último, evitar contacto directo con el imputado⁴⁵.

En primer lugar, la valoración del testimonio, debe estar dirigida a realizar interrogatorio al menor, con tacto y sensibilidad, auxiliándose el funcionario de un personal especializado para facilitar la comunicación con el infante, evitando el riesgo de una apreciación inadecuada del testimonio infantil. En segundo orden, se aborda la necesidad que los órganos judiciales reduzcan el número de diligencias procesales en los que se requiere la participación del infante, puesto que, entrar en contacto con sedes policiales o judiciales resultan procedimientos angustiantes. Por último, se informa que debe evitarse, que el infante y el imputado coincidan en

44 Ley General de Víctimas:

Art. 5. -El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector. Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales. *vid.* Ley General de Víctimas, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_030117.pdf.

Código Nacional de Procedimientos Penales:

Art. 366. Testimonios especiales Cuando deba recibirse testimonio de menores de edad víctimas del delito y se tema por su afectación psicológica o emocional, así como en caso de víctimas de los delitos de violación o secuestro, el Órgano jurisdiccional la petición de las partes, podrá ordenar su recepción con el auxilio de familiares o peritos especializados. Para ello deberán utilizarse las técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación con el imputado. *vid.* Código Nacional de Procedimientos Penales, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

45 *Vid.* Tesis 2010615 1a, Aislada Constitucional Penal, cit., p. 267.

tiempo y espacio, considerando que es imperioso proteger la identidad del menor y evitar reactivarle el recuerdo desafortunado de la situación vivida⁴⁶.

Finalmente, si bien es cierto que la jurisprudencia ha venido a complementar la norma, y dar respuesta con ello, a las inquietudes que hoy surgen con respecto al tratamiento del menor en el proceso penal; aún resulta insuficiente, ante el incremento de hechos delictivos en contra de infantes, puesto que la saturación de procesos judiciales impide implementar de manera eficiente todos los mecanismos de protección y salvaguarda a los derechos humanos. En el caso de los menores, esta situación se agudiza, al tener que comparecer a los interrogatorios y diligencias, que pueden provocar daños irreversibles a su estabilidad emocional. De ahí que, la mediación resulte un método menos invasivo sentimentalmente, y que pueda adaptarse a las necesidades afectivas del menor y permitirle al menor recuperar el sentimiento de seguridad.

IV. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍAS DE DERECHOS HUMANOS.

La mediación constituye uno de los instrumentos referentes de la justicia alternativa que propugna un nuevo paradigma de justicia centrada en la intervención directa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos. Su aplicación ha tenido gran resonancia en la constitucionalización de nuevos dispositivos ajenos al modelo tradicional adversarial, que a su vez se han ido incorporando al catálogo de derechos fundamentales; y aunque en otros casos, también se ha impulsado su utilización desde la promulgación de leyes orgánicas.

Ello determina que en la actualidad se haya abierto la posibilidad de coexistencia de dos formas de gestionar el conflicto penal, y lejos de contraponerse, ambos esquemas de justicia parecen complementarse tomando como punto de conexión el derecho de acceso a la justicia, potestad que concede a los ciudadanos la oportunidad de elegir la vía que mejor pueda satisfacer a su pretensión.

Desde esta óptica, la mediación, en su proyección de dispositivo no adversarial, se enmarca en una justicia horizontal, como los derechos humanos, pudiendo considerársele como un mecanismo no jurisdiccional de acceso a la justicia, que el estado pone a disposición de la ciudadanía para fomentar una cultura de paz y sana convivencia⁴⁷.

46 *Idem*.

47 ISLAS COLÍN, A.: "La mediación y los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", en AA.VV.: *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores, instructores* (coord. F. J. GORJÓN GÓMEZ y R. CHÁVEZ DE LOS RÍOS), Tirant lo Blanch, México, 2018, pp. 133-142.

De modo que, con la incorporación de la justicia alternativa al nuevo modelo de corte acusatorio, no solo se promueve el respeto a los derechos humanos— a través de la participación de las personas de manera voluntaria—, sino que desde los métodos no adversariales de los que se vale, despliega una metodología de abordaje del conflicto, que garantiza el ejercicio efectivo de esos derechos. Este escenario es propicio para la consecución de un acuerdo que clarifique las necesidades y virtualice los intereses de sus protagonistas, pues son las partes las que definirán el modo de reparación y satisfacción frente al conflicto⁴⁸. La ocasión, permite, además, a los ciudadanos involucrarse en la prevención del delito y la reintegración social.

Ahora bien, en el caso de México, la constitucionalización de los métodos alternos constituye una nota relevante dentro del ordenamiento jurídico, que adquiere virtualidad con la implementación del modelo de justicia acusatorio⁴⁹. La reforma incorporó nuevos dispositivos constitucionales⁵⁰, que modificaron el esquema rígido y adversarial que regía hasta entonces, instaurándose un modelo jurídico binomial que permite a los ciudadanos alejarse de los espacios de confrontación, y acceder a vías pacíficas para resolver los conflictos. Como nota distintiva hay que señalar que la introducción del Art. 17, párrafo cuarto, en el texto constitucional, constituye el epicentro regulatorio de los MASC⁵¹, y fundamento de la justicia alternativa⁵², lo que permite expandir el uso de los métodos no tradicionales a todas las áreas jurídicas. Así mismo, la reforma de 2017 a la Constitución Federal — se incorporan los numerales 18, sexto párrafo, 73 fracciones XXI c) y XXIX a) — propició la unificación del sistema de justicia penal mexicano a través de la fusión de todas las normas adjetivas lográndose

48 CABRERA DIRCIO, J.: *Mediación penal y derechos humanos*, Ediciones Coyoacán, 2014.

49 Las reformas del año 2008, y el 2017 de la Ley Fundamental mexicana— en los Art. 17.4, 18 (párrafo 6), Art. 73.XXI. C. Art. 73.XXI. C, Art. 73. XXIX-A—, a la Ley Fundamental, propician la armonización del Sistema de Justicia Penal, y la convergencia de dos modelos de Justicia tradicionalmente antagónicos, pero que en la práctica pueden coexistir, a través de la diversificación de las vías de solución de conflictos.

Art. 17.4. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Art.18, párrafo 6: Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionarle al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y 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, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito. Art. 73.XXI. C. La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. Art. 73. XXIX-A. Para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal. *vid.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 27 de abril del 2020.

50 SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Esquemas de mediación y arbitraje*, Tirant lo blanch, México, 2019.

51 SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Esquemas de mediación*, cit., p. 110.

52 ISLAS COLÍN, A.: "La mediación", cit., p. 134.

implementar la utilización de los MASC tanto en el marco penal de los adultos, como en el de adolescentes. Lo anterior se traduce en un efecto armonizador en todo el país, toda vez que concederle al legislador la posibilidad de crear una ley servirá de referencia y marco regulatorio a nivel federal, estatal y local.

Ergo, consideramos que la experiencia de la mediación en el ámbito penal, conlleva a expandir sus beneficios, a sujetos de condición especial como los menores, puesto que ello permitiría reducir toda la carga emotiva que implica someterse a un proceso judicial, y que, en caso de los infantes, representa un daño psicológico posiblemente irreversible. Toca entonces velar por el interés superior del menor, concediéndole todas las facilidades y el ejercicio pleno de sus derechos.

V. CONCLUSIONES.

Como ideas conclusivas puede plantearse, que se impone desarrollar nuevas estrategias y la búsqueda de un camino alternativo que pueda mitigar los efectos lesivos que lleva consigo la implementación de la vía penal, ámbito para ejercer su función de combatir las conductas más graves y reestablecer la legalidad vulnerada, ha desatendido algunos aspectos de la parte afectada, resultando necesario reformular los sistemas procesales penales en el sentido de incrementar la participación del perjudicado, rescatando su papel preponderante.

En ese sentido, la utilización de los MASC no solo está orientada a la descongestión del sistema judicial y la optimización de las funciones de administración y persecución de justicia, sino que su metodología de aplicación también contribuye a garantizar un ejercicio efectivo de los derechos humanos, de ahí que resulte trascendental concederle la posibilidad a todos los ciudadanos de acceder a estas vías pacíficas, en especial al menor víctima de un delito, puesto que ello contribuye a que el infante pueda recuperar el equilibrio emocional y sentimiento de seguridad, que resulta trastocado después de un evento de alta peligrosidad.

De tal suerte que, ante el desacuerdo de los padres, que pueda colocar en estado de vulnerabilidad al infante, al impedir el acceso a un método menos invasivo desde el ámbito emocional, entendemos que resultaría efectiva la intervención judicial oficiosa— al conocerse la negativa de los progenitores—, para permitirle al menor acceder a la mediación, considerando que este vía representa una posibilidad real, de evitar las consecuencias dañosas del proceso penal, y lograr una reparación oportuna del daño.

BIBLIOGRAFÍA

BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VOL. X-2017, 2017.

CABRERA DIRCIO, J.: *Mediación penal y derechos humanos*, Ediciones Coyoacán, 2014.

CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño* número, 1998.

CONTRERAS LÓPEZ, R. E. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M. Á.: "El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Letras Jurídicas*, núm.40, 2019.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, 2006.

GALIANO MARITAN, G.: "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho", *Revista Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, no 31.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2014.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano* (Serie Doctrina Jurídica núm. 586), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2ª ed., Tirant lo blanch, México, 2020.

ISLAS COLÍN, A.: "La mediación y los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", en A.A.VV.: *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores, instructores* (coord. F. J. GORJÓN GÓMEZ, F. J. y R. CHÁVEZ DE LOS RÍOS), Tirant lo blanch, México, 2018.

LÓPEZ-CONTRERAS, R. E.: "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015, vol. 13, núm. 1.

MENDELSON, B.: "La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea", *Revista Alamud, al día*. San José, Costa Rica, 1981, vol. 4.

NEUMAN, E.: *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994.

OCHOA, M. L.: "Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2019, vol. 17, núm. 1.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

PÉREZ FUENTES, G. M., et al.: "El interés superior del menor Como Principio", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, Año 1, núm. 2, México, 2014.

SÁNCHEZ GARCÍA, A; FERNÁNDEZ SILVA, Y.: "El derecho de corrección en el contexto de las relaciones paternofiliales y su apreciación como causa de justificación en la legislación penal cubana", *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2020, vol. 7, núm. 14.

SÁNCHEZ GARCÍA, A.: *Esquemas de mediación y arbitraje*, Tirant lo blanch, México, 2019.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2016, vol. 16.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", *Revista de derecho penal y criminología*, 2005, núm. 16.

VILLAR, M.: *Interés superior del menor, significado y alcances*, 1ª ed., Poder Judicial del Estado de Guanajuato, México, 2008.

