Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada

Nicolás Espejo Yaksic
Editor

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
K310
R476r

La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores y autoras] Amira Aftab [y otros diecinueve] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo John Eekelaar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (li, 778 páginas : ilustraciones, cuadros ; 23 cm.). – (Derecho y familia)

Contenido: Principios y Avances Regionales. Potestades, derechos y responsabilidades parentales : comprendiendo la responsabilidad parental / Nicolás Espejo Yaksic – Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana / Marisa Herrera y Fabiola Lathrop – La responsabilidad parental en Europa / Josep Ferrer-Riba – Perspectivas Constitucionales y Legales Comparadas. La responsabilidad parental en Irlanda / Louise Crowley – La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad / Aída Kemelmajer de Carlucci – Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán / Anne Sanders -- La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia / Alma Beltrán y Puga – Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica / Julia Sloth-Nielsen, Rachel Sloth-Nielsen – La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México / Daniel Delgado Ávila -- La responsabilidad parental en Australia / Meda Couzens y Amira Aftab – Temas Sobre Responsabilidad Parental. El escrutinio judicial sobre los derechos parentales / Margaret Ryznar -- Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés / Jonathan Herring -- Responsabilidades parentales en plural : conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos / Marisa Herrera – La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminación en contra de los negros y los pobres / Rafael de Sampaio Cavichioli – Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad / Alejandra Cortázar, Joseph Strauss, Karla Rost – Corresponsabilidad parental post-separación en Chile / Fabiola Lathrop Gómez

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-198-5

1. Paternidad – Responsabilidad – Derecho comparado – Ensayos 2. Interés superior de la niñez – Patria potestad – Normas constitucionales 3. Sujetos del derecho de familia – Protección de los Derechos humanos 4. Progenitores – Hijos – Obligaciones reciprocas 5. Perdida de la patria potestad 6. Guarda y custodia I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Aftab Amira, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Eekelaar, John, escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K705

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO XIV
La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminatorio en contra de los negros y los pobres*

Rafael de Sampaio Cavichioli**

* Traducción del portugués al español a cargo del Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción, S.C, con autorización del autor.

** Doctor en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraná (PPGD/UFPR). Investigador del Grupo de Investigación Biotec-Derecho, Biotecnología y Sociedad, del Centro de Derechos Humanos y Desarrollo de PPGD/UFPR. Fiscal miembro del Ministerio Público del Estado de Paraná

Resumen

En este trabajo se demuestra que en Brasil existe una reglamentación paralela de la responsabilidad parental, actualmente llamada poder familiar. En el Código Civil de 1916, el poder familiar se regulaba bajo la forma de poderes conferidos al padre y al marido para administrar la sucesión del patrimonio y el nombre de la familia, permitiendo el control social de las familias carentes de patrimonio, el llamado *dispositivo de alianza,* tomado de Michel Foucault. En lo que se refiere a las familias pobres, este poder está subordinada al interés del niño o la niña y sujeto a un mecanismo de control social posibilitado por la Justicia de Menores, el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena,* elaborado teóricamente por Jacques Donzelot. En el curso del siglo XX, la metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral buscaron romper con la reglamentación patriarcal y patrimonialista de la familia y con el carácter discriminatorio y selectivo de la Justicia de Menores. Sin embargo, basado en datos de investigación y el análisis de la legislación y del discurso judicial, se concluye que,

en Brasil, la Justicia de Infancia conforma un Derecho Familiar paralelo, orientado a la reglamentación del poder familiar de las familias de negros y pobres, ejerciendo un control social discriminatorio y selectivo de dichas familias.

Palabras clave: Poder familiar, Niños, niñas y adolescentes, Derecho de los Menores, Derecho Familiar, Brasil, Negros y pobres, Selectividad discriminatoria.

1. Propuesta de análisis: la doble regulación del poder familiar, relacionada con la desigualdad económica y la discriminación racial

La tesis propuesta por este texto y sus conclusiones exponen parte de la investigación que culminó en la tesis doctoral "Dos familias, dos leyes",[1] especialmente en lo que se refiere a la demostración de la doble regulación del poder familiar.

En Brasil se desarrolló una regulación doble y paralela al poder familiar (también llamada *patria potestad* o *poder paterno*, según el contexto histórico y jurídico). Por un lado, se considera un complejo de poderes conferidos al progenitor para gobernar el patrimonio familiar y, por lo tanto, está destinado al control social de las familias que poseen bienes por medio *del dispositivo de alianza,* una categoría tomada de Michel Foucault. Por otro lado, a partir del *dispositivo para la señalización y dilución de la pena,* elaborado teóricamente por Jacques Donzelot para el examen del derecho de los menores francés, es un mecanismo que le permite al Estado y a la sociedad controlar a las familias sin bienes, lo que, en el contexto brasileño, corresponde a las familias de negros y pobres.

Parte de la bibliografía especializada contemporánea considera que el Derecho de Menores de principios del siglo XX estuvo marcado por

[1] Sampaio Cavichioli, R., 2019.

el carácter discriminatorio y represivo contra las familias pobres de la denominada Doctrina de la Situación Irregular. Esa corriente bibliográfica consideraba que el Derecho de la Niñez o la Infancia de finales del siglo XX y principios del siglo XXI rompía con las características de la llamada Doctrina de la Situación Irregular.[2]

Este nuevo derecho de la niñez o la infancia de finales del siglo XX, autodenominado *Doctrina de la Protección Integral*, se declaraba democrático y verdaderamente protector, porque no sólo estaba destinado a abordar lo relativo a las niñas y los niños pobres, sino a comprender a todas las niñas y a todos los niños. En otras palabras, tal doctrina se revelaba preocupada por la protección de todos los niños y niñas, independientemente de su situación social y económica.

En Brasil, la Doctrina de la Protección Integral fue aceptada por la Constitución de la República de 1988 y está asociada con la metodología civil-constitucional, que busca establecer una nueva reglamentación de la familia, basada principalmente en la igualdad jurídica entre hijos e hijas, en el reconocimiento legal de las diversas formas de organización familiar y en el condicionamiento del ejercicio de los poderes paternos al interés superior del niño o la niña. Por ello, en lugar de la categoría de *patria potestad*, se habla de *poder familiar*, que, en contra del patriarcado, presupone la igualdad jurídica entre padre y madre y, en contra del patrimonialismo, subordinar los poderes de los padres al ejercicio del cuidado y el afecto para con sus hijos e hijas.

Sin embargo, al examinar las prácticas institucionales concretas, además de los cambios legales promovidos por la Doctrina de la Protección Integral y la metodología civil-constitucional, se concluye que la Doctrina de la Protección Integral sigue constituyendo un derecho familiar paralelo. Lo anterior, porque dicho nuevo paradigma también realiza un control

[2] Véase Marcilio, M. L. 2011, p. 79; Amin, A., 2013, pp. 55-56; Almeida, L. 2010, p. 19.

selectivo, y por lo tanto discriminatorio, contra las familias negras y pobres, con la característica de imponerles modelos de comportamiento y hábitos de vida, es decir, una economía de la subjetividad.[3]

2. El dispositivo de alianza: regulación de la patria potestad para la gestión y transmisión del patrimonio familiar

En el Código Civil brasileño de 1916, a la falta de capacidad de ejercicio de los hijos menores de edad correspondía un conjunto de poderes de los padres sobre sus relaciones personales y patrimoniales. Este conjunto de poderes se definió como *patria potestad* y estaba destinado a proteger y administrar el patrimonio familiar

La patria potestad, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, fue entendida por los civilistas brasileños como un conjunto de poderes que el padre y la madre, pero especialmente el padre, tenían sobre el patrimonio y la persona de los "hijos menores"; es decir, aquellos que no tenían plena capacidad para ejercer sus derechos (incapaces absolutos e incapaces relativos). En 1889, Lafayette Rodrigues Pereira define la patria potestad de la siguiente forma:

> En el curso de la infancia, el ser humano carece de la capacidad indispensable para la satisfacción de sus necesidades y el gobierno de su persona y sus bienes. Es necesario que alguien tome al infante bajo su protección, que lo alimente, que cultive los gérmenes que brotan en su espíritu; que, en pocas palabras, eduque, cuide y defienda sus intereses. Esta noble misión, la naturaleza la confió a su padre y a su madre. Presupone la misma, tanto en uno como en el otro, la existencia de ciertos derechos sobre la persona y la pro-

[3] Con respecto al derecho penal de los adolescentes, la crítica a los aspectos jurídicos de la Doctrina de la Protección Integral brasileña es desarrollada por Sposato, especialmente, en lo que se refiere a la ambigüedad entre las medidas punitivas y las medidas de protección impuestas a los adolescentes que cometen actos análogos a los delitos penales, en Sposato, K., 2013.

> piedad del hijo. Estos derechos en su conjunto constituyen lo que se denomina *patria potestad.*[4]

Asimismo, Clovis de Bevilaqua definió la patria potestad como la autoridad de los padres sobre sus hijos en virtud del deber de los padres de educarlos: "El hijo legítimo, mientras es menor, es confiado a la custodia de sus padres, quienes, para cumplir con los deberes impuestos por la necesidad de educarlo, tendrán sobre él las facultades que todas las leyes han reconocido con mayor o menor amplitud".[5]

A pesar del énfasis de los civilistas en calificar a la patria potestad como un conjunto de facultades o como una autoridad conferida al padre para educar a sus hijos, ésta representó y cumplió una importante función en la atribución del control sobre el patrimonio familiar al padre, con superioridad jerárquica sobre la madre. Sobre esta superioridad del padre sobre la madre, hay que recordar, como uno de los principales ejemplos, que la mujer casada era considerada relativamente incapaz para los actos de la vida civil, según el artículo 6, II, del Código Civil de 1916,[6] y que éste sólo fue cambiado hasta 1962, con el llamado Estatuto de la Mujer Casada.[7]

En cuanto al control del patrimonio familiar, tal función estaba regulada por varias normas. El artículo 384 del Código Civil de 1916 establecía el contenido de la patria potestad; ésta comprendía la dirección de la educación de los hijos e hijas menores de edad, el ejercicio de su custodia, la autorización para que contrajeran matrimonio y su representación para la celebración de actos jurídicos hasta la edad de 16 años (después de

---

[4] Rodrigues Pereira, L. 1889, p. 203. Para conservar la fidelidad de los textos, las citas no contemplan las actualizaciones ortográficas de conformidad con las normas ortográficas en vigor en el presente documento.
[5] Bevilaqua, C., 1906, p. 105.
[6] Ley No 3.071 de 1 de enero de 1916. Código Civil de los Estados Unidos de Brasil. Portal de Derecho.
[7] Ley No 4.121 de 27 de agosto de 1962. Tiene la condición legal de la mujer casada. Portal de Derecho.

esa edad, el padre debía asistir al niño o la niña hasta que alcanzara la capacidad civil plena). El artículo 385 del mismo Código disponía que el padre era el administrador de los bienes de los hijos menores de edad.

El consentimiento de los padres era requisito para el matrimonio de los hijos e hijas hasta la edad de 21 años. En caso de desacuerdo entre los progenitores, la voluntad paterna prevalecía como regla (arts. 185 y 186 del Código de 1916). La superioridad del poder paterno sobre el de la madre era robustecida por los artículos 379, 380 y 383 del Código, que determinaban que ella sólo podía ejercer el poder en situaciones excepcionales, como en el caso de la ausencia o impedimento del padre o en relación con hijos ilegítimos no reconocidos por éste.

La supremacía del padre en la administración del patrimonio familiar no se basaba únicamente en la preferencia legal de la que gozaba para el ejercicio de la patria potestad. También tenía sustento en el artículo 233 del Código de 1916, que hacía del marido el jefe de la sociedad conyugal y, sobre todo, se apoyaba en las distinciones jurídicas entre los hijos y sus efectos sucesorios. Según la diferencia en el tratamiento jurídico de los hijos en el Código Civil de 1916, las hijas y los hijos habidos dentro de matrimonio eran clasificados como legítimos. Las hijas e hijos de padres no unidos por el vínculo matrimonial o cuyo matrimonio fuere nulo y no putativo, eran considerados ilegítimos.

Las hijas y los hijos ilegítimos se dividían simplemente en naturales y espurios. Los primeros eran hijos de padres que no estaban casados al momento de la concepción o del nacimiento, pero entre los cuales no existía ningún impedimento absoluto para el matrimonio (es decir, causas de nulidad matrimonial como el matrimonio entre padre e hija). Los hijos naturales podrían ser legitimados. Los hijos espurios, en tanto, eran aquellos cuyos padres tenían un impedimento absoluto para el matrimonio y se dividieron en: 1) Incestuosos: los nacidos de padres que eran parientes legítimos, naturales, afines o adoptivos, es decir, cuyos padres mantenían un grado de parentesco prohibido para el matrimonio (hipótesis

del artículo 183, I a V, del Código Civil de 1916); 2) Adulterinos: eran hijos nacidos durante la sociedad conyugal de uno de sus padres con una tercera persona (artículo 183, VI, del Código Civil de 1916); 3) Simplemente espurios: los hijos del cónyuge supérstite con el condenado por homicidio, o tentativa de homicidio contra su cónyuge, y el hijo del cónyuge adúltero con su coacusado, por tal delito (artículo 183, VII y VIII, del Código Civil de 1916). De conformidad con el artículo 358 del Código Civil de 1916, los niños incestuosos y los niños adulterinos no podían ser reconocidos.

Los efectos de esta distinción jurídica entre los hijos tuvieron repercusiones en el orden de la sucesión. De conformidad con el artículo 1605 del Código Civil de 1916, sólo podían heredar las hijas y los hijos legítimos, los legitimados, adoptados y naturales reconocidos. Las hijas y los hijos ilegítimos y los naturales sin reconocimiento no podían heredar. Por si fuera poco, si el hijo o hija simplemente natural fuere reconocido con la constancia matrimonial y de tal unión existiera un hijo(a) legítimo(a) o legitimado(a), el hijo o hija natural sólo heredaría la mitad de lo correspondiente al hijo(a) legítimo(a) o legitimado(a) (artículo 1605, núm. 1, del Código Civil). También el hijo adoptado, en caso de concurrencia con los hijos o hijas legítimos(as) supervinientes a la adopción, únicamente tendría derecho a la mitad de la herencia aplicable a cada uno de ellos (artículo 1,605, núm. 2 del Código Civil de 1916).

Así, en el derecho codificado, existía un derecho familiar centrado en la patria potestad y el poder conyugal, otorgándole al padre y al esposo altos poderes para gestionar la sucesión del nombre y el patrimonio familiar. El padre era un "juez de alta investidura privado", como Portalis lo describió en su discurso sobre el proyecto de Código Civil francés.[8] Estos poderes otorgados al padre potenciaron el *dispositivo de alianza*,[9] es decir,

[8] Portalis, J. E. M., 1844, p. 25; Gasparini, E., 2002, pp. 121-133 y 325; Schnapper, B., 1980, p. 319.
[9] Foucault, M. 2014, pp. 118-119.

un mecanismo de control social destinado a alentar a las familias con bienes, a adoptar ciertas pautas de comportamiento. Estas facultades fueron conferidas al padre por el Código para definir la transmisión del nombre y el patrimonio familiar, especialmente mediante la facultad de autorizar el matrimonio de los hijos e hijas y la de definir cuáles de ellos recibirían el nombre de la familia y el patrimonio familiar, hecho posible por la distinción legal entre los hijos y las hijas.

El ejercicio de estos poderes por parte del padre constituyó el *dispositivo de alianza* precisamente porque permitió la reproducción del modelo familiar patriarcal y se centró en la administración y preservación del patrimonio, es decir, una determinada economía de la subjetividad de las familias con bienes.

Si la reglamentación legal de la paternidad y de la patria potestad del Código Civil de 1916 estaba destinada a la protección de bienes, ¿cómo podemos entender el artículo 395 del presente Código, que indica la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre que castiga inmoderadamente al niño o la niña, que los deja abandonados o que practica actos contrarios a la moral y las buenas costumbres? Si la reglamentación jurídica de la paternidad recalcaba su importancia para gobernar el patrimonio familiar, ¿por qué la preocupación por el maltrato infantil y la moralidad?

3. El dispositivo para la señalización y dilución de la pena: regulación de la patria potestad dirigida a las familias sin patrimonio

Una manera de responder a la pregunta puede ser la de Evaristo de Moraes: "El punto de partida para la transformación radical del concepto de la patria potestad fue el pleno reconocimiento de la influencia familiar en la génesis de la delincuencia infantil y juvenil".[10] De manera icónica, esta

[10] Moraes, E., de 1927, p.132.

frase expresa un discurso etiológico sobre la delincuencia,[11] identificando entre sus causas a la familia porque, de acuerdo con esta percepción, según la forma en que los hijos e hijas son criados, la familia podría dar a la sociedad delincuentes o personas de trabajo.

La fuerza de este discurso etiológico se vislumbra en las referencias de Moraes. En la misma obra, el autor cita intervenciones en el Congreso Penitenciario de París de 1895;[12] obras en italiano y francés; el discurso del representante de la Sociedad General Penitenciaria (París) en el Congreso de Estocolmo de 1875; la recomendación del Congreso de Roma de 1885 para la suspensión temporal de la patria potestad como medio preventivo de la corrupción de niñas y niños en las familias; el Congreso de San Petersburgo y el Congreso de Anvers del mismo año; el Congreso Internacional de Antropología Penal de Turín en 1906, que "aceptó [...] la conclusión de Van Hamel, presentando como medida profiláctica de la delincuencia infantil y de adolescentes, la privación judicial del ejercicio de la patria potestad".[13]

Evaristo de Moraes también cita el Segundo Congreso Americano de los Niños, de Montevideo en 1919, que "[...] también afirmaba el principio de *protección del Estado,* en beneficio de los menores abandonados y en prejuicio de la patria potestad. Estableció nuevas razones para la pérdida de este poder, incluyendo la inhabilidad o incapacidad de los padres para ejercerlo".[14]

Si la causa de la delincuencia estaba en la familia que educaba a sus hijos e hijas para delinquir, era necesario entonces intervenir en la educación familiar para proteger a la sociedad. Para ello, la patria potestad no podía ser absoluta como planteaba Portalis. El padre no podía ser alto juez de un

[11] Baratta, A., 2002, pp. 38-40.
[12] Evaristo de Moraes, *op. cit.,* nota 11, pp. 132-139.
[13] *Ibid.*, p. 139.
[14] *Ibid.*.

hogar privado y estar exento de la vigilancia externa. Para proteger los intereses de la niña o el niño (en esa lógica, "el menor") y, en última instancia, proteger el interés de la sociedad con respecto a la generación de delincuentes, la patria potestad tenía que ser más flexible. A la naciente *Justicia de Menores* se le encomendaría la tarea de administrar estos intereses, el de la familia, la sociedad y el del menor.

Para Moraes,[15] en lugar de la patria potestad del llamado derecho romano, portador del *jus vitae necisque* (derecho a exponer o abandonar al niño, a venderlo como esclavo o a darlo temporalmente para pagar deudas o indemnizar el daño causado a un tercero), se esbozó una patria potestad moderna, basada en la administración de los intereses operados por el Poder Judicial, en el que los vicios del hogar, los gérmenes del delito, justificaban la sustracción de las niñas y los niños de la tutela de sus padres y su colocación bajo tutela del Estado. El interés del niño o la niña abrió la puerta de los hogares a los ojos celosos e interesados de la sociedad.

Para ilustrar este discurso, citamos la crítica de Mello Mattos, el primer Juez de Menores de Brasil, a los opositores de la reglamentación del trabajo infantil con base en la perspectiva liberal de que el Estado no puede intervenir en la patria potestad. Para ellos, la regulación del trabajo de las niñas y los niños sería un ataque a la patria potestad. Y hacia ellos, Mello Mattos responde:

> Error de hecho —la experiencia muestra, por desgracia, que en clases bajas la necesidad de proveer para la subsistencia de un gran número de hijos ocasiona, muy a menudo, que los padres utilicen en condiciones perjudiciales para la salud, el trabajo de los menores. El Dr. Villarmé ilustra elocuentemente esta propuesta sobre la desafortunada condición de las clases bajas en vísperas de

[15] *Ibid.*, p. 137.

> la primera ley que en Francia protegió al menor contra la explotación de las fábricas, y demuestra cuán erróneo era lo que los liberales de entonces pretendían considerar al joven obrero lo suficientemente protegido por el afecto vigilante de la familia. Error de derecho— ¡Es absolutamente inexacto considerar a la patria potestad como un derecho del padre, una especie de propiedad 'sui-generis', que podría ser para el padre una fuente de ingresos! Por el contrario, en el derecho moderno, la patria potestad se organiza, antes que todo, en atención del interés del hijo y el interés de la sociedad; es más una obligación que un derecho para el que lo ejerce; y a los poderes públicos les corresponde intervenir, para suprimir los abusos de los que resultan culpables los que están investidos con la patria potestad. [...] afirmó también el principio de *protección del Estado,* en beneficio de los menores abandonados y en detrimento de la patria potestad. Estableció nuevas razones para la pérdida de este poder, incluyendo la inhabilidad o incapacidad de los padres para ejercerlo.[16]

Mello Mattos delimita el punto: la patria potestad del Código Civil no tiene sentido para aquellos sin bienes, cuyas necesidades materiales los obligan a exponer a sus hijos más pequeños a la explotación laboral. Para los pobres, la patria potestad debe estar mediada por el interés del menor y el interés de la sociedad, que autorizan la intervención del Estado sobre la privacidad del hogar.

La disposición normativa de la pérdida o suspensión de la patria potestad puede entenderse dentro del ámbito de este sedimento discursivo que identifica a la familia pobre como una *entidad criminógena*. Por lo tanto, para evitar la producción de delincuentes, las familias deben ser objeto de una mirada vigilante, posible gracias a la mitigación del poder. Así, se entiende por qué Moraes critica[17] que, en Brasil, la legislación sólo autorizaba la pérdida de la patria potestad en caso de delitos de violencia

[16] Mello Mattos, J. C. de A.,1929, p. 5.
[17] De Moraes, E. *op. cit.,* nota 11, p. 144.

sexual, secuestro y lenocinio, cometidos por los padres en contra de sus hijos o hijas, según las disposiciones de los artículos 273 y 277, del Código Penal de 1890.[18]

Evaristo de Moraes registra[19] que Clovis de Bevilaqua y Lafayette (probablemente Laffayette Rodrigues) apoyaron la posibilidad de la pérdida de la patria potestad independientemente de la condena penal y por maltrato infligido a los hijos e hijas, pero destacó que tal hipótesis no estaba prevista por la ley. Para el autor, la situación fue mejorada en virtud de los artículos 394 y 395 del Código Civil de 1916 y del decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923.[20] Estos preceptos normativos ampliaron las posibilidades de desmantelar el sistema de la patria potestad más allá de las hipótesis de condena penal.

Este Decreto tuvo su origen en la Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921,[21] que correspondía a una ley presupuestal brasileña del año 1921. A pesar de ello, el artículo 3(I) de esta ley autorizó al gobierno federal a organizar el servicio de asistencia y protección para las niñas y los niños abandonados y delincuentes, esbozando algunos principios, como la necesidad de construir refugios para ellos; nombrar un juez especial para niñas y niños, y la autorización de transferencia de aquellos que se encontraban cumpliendo condena, a casas de readaptación tan pronto se construyeran, etcétera.

Por lo que respecta a la patria potestad, el artículo 3 de dicha ley establecía su pérdida o suspensión en los casos de condena de los progenitores por delitos en los que hubiera pruebas de su negligencia, abuso de poder, malos ejemplos, crueldad, especulación contra las niñas o los niños o,

[18] Decreto No. 847 de 11 de octubre de 1890. Promulga el Código Penal. Portal de Derecho.
[19] Evaristo de Moraes, *op. cit.,* nota 11, p. 144.
[20] Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923. Prevé la regulación de la asistencia y la protección de los menores abandonados y delincuentes.
[21] Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921. Establece el gasto general de la República de los Estados Unidos del Brasil para el año 1921. Centro Internacional de Estudios e Investigación infantil (CIESPI).

incluso, en los que el delito cometido por el padre o la madre pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño o la niña. A pesar de que esta ley de 1921 todavía vinculaba la pérdida de la patria potestad a una condena penal, el Decreto No. 16.272, de 20 de diciembre de 1923, mencionado por Evaristo de Moraes, la reguló de manera expansiva sobre este tema, ya que el Decreto incluyó posibilidades de pérdida y suspensión de la patria potestad disociadas de condenas penales contra los padres.

Además de repetir las hipótesis del artículo 395 del Código Civil (castigo inmoderado, abandono y práctica de actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres), los artículos 3 y 4 del Decreto No. 16.272/1923 previeron como hipótesis de pérdida de la patria potestad desvinculada de la condena penal, la negligencia, la incapacidad, el abuso de poder, y los malos ejemplos que pudieran comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño o la niña.

Además, el artículo 6 del Decreto estableció la suspensión de la patria potestad, a más de los casos de condena penal, para los progenitores que: a) dejaran al niño o la niña en un estado habitual de vagancia, mendicidad, libertinaje, delincuencia, perversión o alcoholismo; b) hubiesen contribuido a que el niño o la niña llegara a estos estados; c) por malos tratos, privación de alimentos o cuidados indispensables, pusieran en peligro la salud del niño o la niña; d) emplearan a sus hijos o hijas en ocupaciones prohibidas, contrarias a la moralidad, o que expusieron su salud, su vida o su moralidad y e); no cumplieran sus deberes parentales debido al abuso de autoridad, negligencia, inhabilidad o incapacidad para ejercer la patria potestad.

Al confrontar la explicación de Evaristo de Moraes de las supuestas transformaciones en curso sobre el concepto de patria potestad con los cambios normativos operados por medio del Código Civil de 1916, Ley Federal No. 4.242 de 6 de enero de 1921 y Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923, es posible sugerir una respuesta a la contradicción entre la

regulación legal de la paternidad centrada en el patrimonio familiar y la inusual preocupación por el maltrato de las niñas y los niños y su moralidad, evidenciada por la sanción de la pérdida de la patria potestad prevista en los artículos 394 y 395 del Código Civil de 1916. ¿Por qué sancionar el maltrato de niños y niñas o a los padres inmorales si el ámbito jurídico de la paternidad está centrado únicamente en el patrimonio familiar?

Ahora bien, el surgimiento de las hipótesis legales de pérdida de la patria potestad desvinculadas de la condena penal de los padres estaba relacionada con una preocupación por la administración liberal respecto a la pobreza urbana y las conductas asociadas. En vez de luchar en contra de las causas sociales de la pobreza, de las causas de la producción colectiva de pobreza, el discurso de los filántropos europeos[22] y de los publicistas brasileños (como Evaristo de Moraes y Mello Mattos) atribuyó las faltas morales y las incapacidades individuales a la pobreza y sus problemas asociados (delitos, desnutrición de los niños y las niñas, explotación de los hijos e hijas por medio de la mendicidad, etcétera).

Al asumir esta postura etiológica de la criminalidad —la delincuencia es causada por una elección inmoral del padre/madre pobre e indigno— el discurso de la administración liberal de la pobreza se forja, institucionalmente, a partir de prácticas dirigidas a transformar moralmente al individuo: de niña o niño abandonado y potencialmente adulto criminal, a niña o niño protegido a partir de la vigilancia y la intervención en su familia.

La Justicia de Menores, así, es considerada un dispositivo institucional, el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena,* apto para la tarea moldeadora de esta economía de la subjetividad. Jacques Donzelot desarrolla teóricamente este dispositivo para el análisis de la justicia de menores en

[22] Sampaio Cavichioli, R., op. cit., nota 1, pp. 20-75.

Francia,[23] y en ese texto se presenta como una herramienta analítica para demostrar que tal sistema de justicia es, especialmente en Brasil, un derecho familiar paralelo, dedicado a la vigilancia y el control de negros y pobres.

Es importante señalar que el artículo 37 del Decreto No. 16.272/1923 crea el Tribunal de Menores del Distrito Federal (Río de Janeiro) y, a través de su artículo 39, lo dota con un personal compuesto, entre otros, por un psiquiatra y seis comisarios para funciones de vigilancia. Si la patria potestad y la relación entre padres e hijos e hijas en el Código Civil de 1916 estaban tan asociados con la protección del patrimonio familiar, ¿cuál sería la utilidad de estos funcionarios en la supervisión del ejercicio de la patria potestad y de esta relación familiar centrada en el patrimonio?

Ninguna utilidad, porque estos servidores, la nueva justicia de menores y el derecho de los menores constituían un derecho familiar paralelo, cuya finalidad no era la protección del patrimonio familiar, administrado con celo por el padre, el alto juez privado y *bonus pater familias.* Este derecho familiar paralelo al del Código Civil volvió su mirada a los que carecían de patrimonio, a quienes explotaban a sus hijos e hijas en ocupaciones prohibidas y peligrosas, que los colocaban en la mendicidad y cuyo beneficio de su inocente trabajo se malgastaba en la parranda y los juegos de azar. Es decir, a los pobres con mala fama, sin domicilio fijo, moradores de casas asistenciales, en donde se vive un hacinamiento inmoral.

La observación de las familias tenía como objetivo impedir el surgimiento de nuevos delincuentes y se materializó en la asociación de diversos conocimientos y las instituciones relacionadas con ellos: el cuidado de los hijos e hijas, la asistencia social, la red filantrópica y la coerción judicial (por los instrumentos de suspensión y pérdida de patria potestad y afectaciones

[23] Donzelot, J., 1986, p. 103.

relativas a la custodia de los hijos) que actuaban conjuntamente para "enseñar" y controlar a las familias, orientándolas para llevar a sus hijos por el camino correcto. La observación de las familias y la identificación de signos de desviación mediante estas instituciones y sus conocimientos corresponden a la *señalización*. En el Código de Menores figuraba una disposición legal congruente con esta técnica del señalamiento en los artículos 158 a 160, imponiendo la necesidad de un Tribunal de Menores, luego de ser informado de una irregularidad de la situación de algún niño o niña, de acogerlos en Refugio y someterlos a exámenes médicos y pedagógicos para luego iniciar el proceso adecuado.[24]

Beatriz Sofia Mineiro, comentarista contemporánea y defensora del Código de Menores de 1927, revela la finalidad de vigilancia y control sobre las familias afectadas que era desempeñada por estos exámenes, pues debían realizarse "[...] para obtener el conocimiento perfecto del estado físico, psíquico y moral del niño o la niña, sus antecedentes personales y familiares".[25]

La *señalización* de las familias desviadas es la primera etapa de prevención del delito realizada por la reglamentación jurídica de la niñez, correspondiente a la identificación de los "signos de desviación". Bajo la bandera de la protección y prevención del delito, la Justicia de Menores se caracteriza así por el desarrollo de nuevas técnicas de punición, que identifican el segundo aspecto del dispositivo de control social, la *dilución de la pena*. Se trata de la aplicación indefinida de medidas consideradas aptas para corregir los signos de desviación que, supuestamente, se imponen en beneficio del niño o la niña y se denominan medidas de protección, aunque contengan rasgos punitivos evidentes, en virtud de restringir la libertad e invadir la intimidad familiar.

---

[24] El Código de Menores de 1927 fue derogado por el Código de Menores de 1979 (Ley No. 6.697 de 10 de octubre de 1979. Establece el Código de Menores. Portal de Derecho). Ambos basados en la intervención sobre las familias en "situación irregular" y se aplicaron por una estructura institucional similar (Sampaio Cavichioli, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 147-149). Puesto que los modelos de los Códigos son similares, en este trabajo no se profundizará en el análisis de la legislación de 1979.

[25] Mineiro, B., 1929, p. 417.

Estas medidas se caracterizan por la incertidumbre temporal, que hace posible al Estado y a las sociedades filantrópicas asociadas, la vigilancia constante de las familias y sus hijas e hijos delincuentes, evaluándolos y reevaluándolos, con el fin de determinar la continuidad, progresión o regresión de tales medidas (por ejemplo, la libertad supervisada del infractor podría retroceder hacia un ingreso en un internado o al encarcelamiento, según se considerara el empeoramiento de su comportamiento). A diferencia de la pena de prisión elaborada por el liberalismo político, en el que el tiempo de encarcelamiento y los límites de castigo están previamente definidos en la ley y la sentencia, estas técnicas de castigo estaban marcadas por la *dilución de la pena,* es decir, por la indeterminación temporal y material de las medidas de intervención sobre la libertad del individuo y de su familia.

La indeterminación estaba justificada por la necesidad de posibilitar el examen permanente del individuo y de su familia, especialmente para verificar si las medidas impuestas eran eficaces para eliminar las causas del desvío criminógeno (alcoholismo, inmoralidad de los padres, vivienda inadecuada, etc.) o si estas medidas debían sustituirse por otras más eficaces. La actividad intervencionista y correctiva sobre la familia y el individuo desviado tenía un efecto duradero (podía extenderse por años), sucesivo (una medida de intervención podía ser sucedida por otra) e impredecible (la aplicación de las medidas dependía de la evaluación del caso concreto por las instituciones de la red de protección). Por tanto, a diferencia de la pena del liberalismo jurídico, *la pena* se *diluye.*

¿Cómo podría la justicia, cuya finalidad para el liberalismo político era retributiva, es decir, destinada a investigar, enjuiciar y castigar, en fin, juzgar lo ocurrido en el pasado, llevar a cabo una tarea predictiva, con el objetivo de la reforma moral del individuo y de su familia? Únicamente con un importante cambio de función. El Juez de Menores no juzga los hechos, sino que, discursivamente, se coloca como defensor del interés del niño o la niña, para protegerlo del entorno familiar criminal y para

recuperarlo moralmente. Como explica Beatriz Sofia Mineiro, la Justicia de Menores no apunta a definir:

> [...] qué castigo merece un acto o un delito, sino qué remedio material o moral necesita el niño o niña al ser puesto a disposición de a la justicia, que debe producir mejoría, con respecto a la persistencia o agravamiento de su comportamiento, acompañándolo en una evolución moral, adoptando una perspectiva de secuencia y de conformidad con sus observaciones, las medidas impuestas para esta evolución. Por lo tanto, para poder desempeñar su tarea, el juez necesita cierta libertad y presteza en el curso de sus investigaciones, facilidad de acción, y posibilidad de ejercer el justo arbitrio en sus deliberaciones, para lo que no se prestan las normas y las fórmulas ordinarias.[26]

El artículo 17 del Decreto No. 16.272/1923 es un claro ejemplo de *la dilución de la pena* al predecir que los padres afectados por la pérdida o suspensión de la patria potestad podrían recuperarla después de demostrar su "regeneración" y de someterse a un año de vigilancia de su convivencia con el niño o la niña por parte del Tribunal de Menores.

Se percibe cómo se presenta la pérdida o suspensión de la patria potestad en la ley, como un mecanismo para proteger a los hijos e hijas contra los padres abusivos. Pero, para desempeñar esta función, se utiliza la vigilancia y observación de las familias, flexibilizadas en el tiempo (porque se lleva a cabo desde la *señalización* del desvío de comportamiento, en el curso del proceso judicial hasta después de la sentencia, cuando se pretende probar la "regeneración") y en el espacio (porque la vigilancia y restricción de la libertad no se centran en el espacio confinado de una cárcel, sino en el entorno privado del hogar).

Discursivamente, es el interés del niño o la niña a ser protegido o protegida del abandono lo que guía la flexibilidad temporal y espacial de la *dilución*

[26] *Idem.*

de la pena, porque el interés justifica la función predictiva y activa de la Justicia de Menores. Un sistema de justicia que no espera a ser instado: el juez puede actuar de oficio, valiéndose de sus funcionarios comisarios para la identificación de la desviación y el abandono, y persiste en la enmienda moral el tiempo que resulte necesario. Para aquellos sin bienes, la patria potestad tiene una connotación diferente a la del Código Civil, en este derecho de la familia paralelo. Aquí, es discursivamente una autoridad conferida al padre sobre el niño o la niña para proteger los intereses de éstos. En las prácticas institucionales es una invitación a entrar e intervenir en la intimidad del hogar.

4. El acogimiento institucional de niños y adolescentes en Brasil y su prevalencia sobre las familias negras y pobres

A lo largo del siglo XX, con la Constitución de la República de 1988 se desarrolló la metodología civil-constitucional, para la cual la Constitución es adoptada como centro normativo de las relaciones privadas y las familiares.[27]

Según esta lectura, las repercuciones de la Constitución en el entorno legal de la familia tienen dos efectos importantes. En primer lugar, la Constitución valora el afecto como un soporte fáctico que atrae la regulación jurídica del derecho familiar. En segundo lugar, en vez de la antigua supremacía del padre o esposo, exige igualdad entre los miembros de la familia. En cuanto a la patria potestad, ahora pasa a denominarse *poder familiar*, porque supone su ejercicio por los progenitores, en igualdad de condiciones y en conformidad con las normas constitucionales, según lo previsto en el artículo 1.634, del actual Código Civil brasileño.

[27] En Brasil hay varios defensores de esta metodología de lectura del derecho civil, los siguientes son: Netto Lôbo, P. L., 1989, pp. 53-81; Netto Lôbo, P. L., 1999; Bodin, M., 1999; Ramos, C., 1996; Tepedino, G., 1999. La influencia extranjera en la metodología hermenéutica del derecho civil constitucional se basa en Perlingieri, P., 1997. Sin embargo, el texto brasileño precursor en defensa de una concepción de la protección constitucional de la persona humana es de Lamartine C. de Oliveira, J. y Muniz, F. 1980.

El reconocimiento de esta metodología civil-constitucional en el contexto del derecho familiar tiene una importante repercusión, ejemplificada por dos decisiones de la Suprema Corte Federal y cuyos efectos inciden no sólo en los promoventes, sino en todos los brasileños. La primera decisión establece que la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo está regulada por las mismas normas y tiene las mismas consecuencias que las uniones entre hombres y mujeres. Es decir, confiere protección jurídica, especialmente del derecho familiar, a las uniones del mismo sexo. La segunda decisión reconoce la posibilidad de que una persona tenga más de un padre, de acuerdo con el tipo de filiación biológica o socioafectiva. Ésta es la tesis de la multipaternidad, donde una persona puede tener un padre debido a su origen biológico y otro padre, cuya paternidad se establece debido a los lazos socioafectivos.

Las dos decisiones aplican la metodología civil-constitucional y colocan bajo la protección del derecho familiar a personas que, a causa de la discriminación de origen moral habían sido excluidas, como es el caso de las parejas de personas homosexuales y de niños y niñas que, aunque buscan el reconocimiento legal por parte de su padre biológico, también desean el reconocimiento legal de su padre afectivo. Así, ambas decisiones tienen el efecto de eliminar la discriminación arbitraria contra las personas y, por tanto, se basan en la garantía constitucional de igualdad ante la ley y se ajustan al objetivo de la República brasileña de promover el bien de todos todas, sin importar su origen, raza, sexo, edad, color ni cualquier otra condición, como se establece en los artículos 5, *caput,* y 3o., IV, de la Constitución de 1988, respectivamente.

A pesar de su virtud igualitaria, estas decisiones no rompen con el patrimonialismo del derecho familiar al estar vinculadas con el *dispositivo de alianza*, porque ambos, en última instancia, regulan la protección y transmisión de nombres y activos familiares, lo que afecta a la producción y control de la subjetividad individual, como se analiza en otras obras.[28]

[28] Gediel, J. A. P. y Sampaio Cavichioli, 2018; Sampaio Cavichioli y Gediel, J. A P., 2018.

Ante esta importante repercusión de la metodología civil-constitucional en el derecho familiar brasileño, también se levanta la regulación contemporánea del derecho de la infancia: la llamada Doctrina de la Protección Integral, que, en el ámbito internacional, encuentra mayor expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989[29] y, en Brasil, la Constitución de 1988 y en la Ley Federal No. 8.069/1990, del Estatuto del Niño y del Adolescente.

Conforme a la doctrina de la protección integral, la niña, el niño y el adolescente son tratados normativamente como sujetos de derecho, es decir, como titulares de derechos y como personas capaces de participar en las relaciones jurídicas, por medio de las cuales ejercen tales derechos. Sin embargo, dependiendo de su grado de madurez, la niña, el niño y el adolescente, para ejercer sus derechos y participar en relaciones jurídicas, dependen de la representación o asistencia de un adulto,[30] razón por la cual están calificados como personas en desarrollo, según lo dispuesto en el artículo 227, §3, V, de la Constitución de la República.

Si las niñas, los niños y adolescentes son tratados normativamente como personas en desarrollo y, por tanto, dependen del apoyo de un adulto para tomar decisiones, este apoyo del adulto se basa en otro principio básico, el del interés superior de la niña o el niño, previsto en los artículos 3.1, 18 y 21 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño.

Así, la Justicia de Infancia contemporánea, a diferencia del la Justicia de Menores, se basa en el difícil equilibrio entre el principio que considera a las niñas, los niños y los adolescentes personas en desarrollo y el principio conforme al cual los adultos, en apoyo de estas personas en desarrollo,

[29] Decreto Legislativo No. 28 de 14 de septiembre de 1990. Aprueba el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y firmada por el gobierno brasileño el 26 de enero de 1990. Portal de la Cámara de Representantes.
[30] Geraldine Van Bueren, 1998, p. 50.

deben guiarse por la satisfacción del interés superior de esas niñas, esos niños y adolescentes.[31]

La reglamentación de la Justicia de Infancia de la segunda mitad del siglo XX, basada en el principio de la niña o el niño como persona en desarrollo y en el principio del interés superior, tenía el objetivo humanista al oponerse a la regulación de principios del siglo, descrita anacrónicamente como Doctrina de la Situación Irregular. Del mismo modo, la metodología civil-constitucional pretende oponerse al patrimonialismo y al patriarcalismo del Código Civil de 1916.

Para evaluar si la metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral logran sus objetivos humanistas, cabe preguntarse: en la medida en que la metodología civil-constitucional está en contra de cualquier intento del Estado de moralizar a las familias mediante la elección de un tipo de organización familiar, ¿es capaz de superar el derecho familiar paralelo, que apunta a la vigilancia moralizante de las familias pobres? ¿Es el principio del interés superior de la niña o el niño, de hecho, una guía para las decisiones de los adultos que protegen a la niña o el niño?

Al contestar estas preguntas al amparo de este nuevo entorno normativo de la familia y del niño(a), la persistencia del derecho familiar paralelo se demostrará mediante de los datos cuantitativos sobre la acogida de niñas y niños en Brasil y mediante un análisis discursivo de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que se ocupa de la pérdida del poder familiar y el acogimiento institucional.

El acogimiento familiar o institucional es una medida para proteger a las niñas y los niños que ven sus derechos amenazados o violados por la acción u omisión de la sociedad, del Estado, de sus padres o en virtud de su propia

[31] Dolinger, Jacob, 2003, pp. 89-93.

conducta (artículos 98; 101, VII y VIII, de la Ley Federal No. 8.069/1990, Estatuto de los niños y adolescentes). El acogimiento debe ser provisional y excepcional, con vistas a la reintegración del niño, la niña o el adolescente a su familia (artículo 101, No. 1, de la misma ley). El acogimiento, es, por tanto, una medida que aleja a los hijos e hijas de sus padres, para la protección de los primeros, pero cuyo objetivo final es obtener el retorno a la convivencia familiar entre padres/madres e hijos/hijas. Por tanto, una vez que la niña o el niño es acogido, el equipo técnico de recepción institucional o familiar (trabajador social, psicólogo, pedagogo, etc.) debe desarrollar un plan de atención individual para obtener esta reintegración familiar, a menos que una orden judicial determine su inviabilidad. El plan de atención individual debe guiarse por la opinión de la niña o el niño acogido, también debe considerarse lo relativo después de la escucha de los padres, exponer los compromisos asumidos por ellos y prever las actividades por desarrollar para la reintegración familiar (artículo 101, No. 6, del Estatuto).

Tras la implementación del plan de atención individual con el correcto encauzamiento de la familia "a programas oficiales o comunitarios de orientación, apoyo y promoción social", el equipo interdisciplinario (técnicos de la entidad o responsables de la ejecución de la política municipal para garantizar el derecho a la convivencia familiar), al constatar la inviabilidad de la reinserción familiar (o regreso del acogido a la convivencia con sus padres), deberá enviarse al Ministerio Público un informe justificado, en relación con la propuesta de la pérdida del poder familiar, en un plazo de 15 días (artículo 101,§§ 9 y 10, del Estatuto).

A partir de esta descripción procesal, se percibe cómo el resguardo familiar o institucional es un instrumento complementario a la acción de suspensión o pérdida del poder familiar, ya que, una vez verificada la hipotética situación de posible abandono o violencia de los padres contra sus hijos e hijas, se puede promover el acogimiento de éstos, con la elaboración del plan de atención individual. Ante la imposibilidad de la "reinserción familiar", corresponde al Ministerio Público proponer la acción de pérdida

del poder familiar. Además de esta complementariedad entre el acogimiento y la pérdida del poder familiar, resulta ineludible comentar el marco jurídico para *la señalización y dilución de la pena*, a modo de lo que ocurría en la legislación del naciente de la Justicia de Menores, a principios del siglo XX.

El plan de atención individual, preparado por un equipo multidisciplinario auxiliar del Tribunal de Menores y Adolescentes (y responsable del programa de acogida), también promueve la promoción de la evaluación del desempeño de los padres/madres del acogido: ¿cumplieron los compromisos asumidos al preparar el plan, como someterse al tratamiento para el alcoholismo y otras sustancias, la obtención de trabajos honorables, la renuncia a la prostitución, etc.? En caso de una respuesta negativa, la consecuencia es la propuesta de la pérdida del poder familiar por parte del Ministerio Público.

A pesar de esta similitud, la Ley del Niño y el Adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente*) tiene la intención de apartarse del carácter discriminatorio de los Códigos de Menores. En este sentido se entiende el artículo 23 de esta ley, al establecer que la falta o carencia de recursos materiales, es decir, la pobreza, no puede, por sí sola, conducir a la pérdida o suspensión del poder familiar.

Pero basta con advertir que es lo que dispone la ley. Es importante contrastar esta disposición legal con la realidad de las niñas y los niños que son acogidos en instituciones y cuyos padres son demandados en acciones para la pérdida o suspensión del poder familiar, precisamente para evaluar si el estatuto cumple este objetivo antidiscriminatorio contra los pobres.

El Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas (IPEA) desarrolló un estudio sobre las instituciones de acogida infantil y de adolescentes, llamadas *Refugios* en el estudio. La investigación analizó los datos de las

instituciones beneficiadas por la transferencia de recursos mensuales de la Red de Servicios de Acción Continua (Red SAC) de la Secretaría de Asistencia Social del Ministerio de Desarrollo y Lucha contra el Hambre del gobierno federal brasileño. Así, se consideraron datos de 589 refugios que acogieron a niñas, niños y adolescentes, separados de sus familias a causa de una decisión derivada de la Justicia de Niños y Adolescentes.[32]

De esta circunscripción se encontraron, en 2003, 20,000 niños y adolescentes que vivían en estos 589 refugios.[33] De los adolescentes acogidos de entre 15 y 18 años, 16.8% no podían leer o escribir, porcentaje muy superior al índice nacional de 3% correspondiente a ese grupo de edad, según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).[34] Entre las niñas y los niños acogidos, 58.5% eran hombres y 41% mujeres. En cuanto a raza/color, más de 63% de ellos eran negros (21% eran negros y 42% eran mulatos), 35% eran blancos y alrededor de 2% eran indígenas y amarillos.[35]

Para explicar esta diferencia constatada a partir del color de la piel, el autor la compara con los datos del IBGE, extraídos de la Encuesta Nacional de Muestras de Hogares de 2002, concernientes a la relación entre raza/color e ingresos de niñas, niños y adolescentes brasileños. Esta investigación

[32] Al limitar el estudio a las instituciones de acogida que son miembros de la Red SAC, hubo una delimitación del resultado de la investigación, porque tales refugios suelen tener una mejor situación que el promedio de los refugios brasileños. Esto se debe a que los refugios de la Red SAC tienen el deber de estar registrados ante los Consejos Municipales por los Derechos de los Niños y Adolescentes, que se encargan de supervisarlos. Aunque el estudio se basa en refugios que reciben a niños y adolescentes en virtud de decisiones judiciales, se identificaron proporciones altas de recepciones sin orden judicial previa. En la región sureste, 74.4% de las recepciones se basaron en demandas judiciales. En el noreste, sólo 21.4% de las recepciones tenían lastre judicial y, en el Medio Oeste, sólo 39% de las recepciones se encontraban en esta situación, *cfr.*, Rocha, E., 2004, p. 65. Esta tabla no cumple las disposiciones de los artículos 93 y 101, §2, del Estatuto del Niño y del Adolescente, porque determinan la necesidad de la expulsión del niño y adolescente de su familia y que su recepción sea previamente ordenada por el Poder Judicial, excepto en situaciones de emergencia (en las que la recepción debe ser comunicada al Poder Judicial dentro de las 24 horas, de modo que, tras la comunicación, la disposición sea aprobada o revocada por el Poder Judicial).

[33] Enid Rocha Andrade da Silva, *op. cit.,* nota 33, p. 46.

[34] *Ibid.*, p. 49.

[35] *Ibid.*, p. 51.

revela que del número total de niñas, niños y adolescentes que viven *en familias con ingresos per cápita de* hasta 1/4 del salario mínimo, 68.2% son negros y 31.2% son blancos. Entre los que viven en familias *con ingresos per cápita* de 1/4 a 1/2 del salario mínimo, 60.3% son negros y 39.4% son blancos. En relación con las niñas y los niños que viven en familias cuyo ingreso per cápita es superior a un salario *mínimo,* 70.3% son blancos y 28.9% son negros.[36]

Con base en esta información, existe una relación de concomitancia entre el color de la piel y la situación socioeconómica, lo que nos permite afirmar que, en Brasil, la mayoría de las niñas, los niños y adolescentes negros viven en familias pobres. Según Silva, esto explica la prevalencia de niñas, niños y adolescentes negros en refugios, ya que la pobreza aumentaria las posibilidades de necesidad de refugio y la población negra es la más pobre.[37] Para el autor, la pobreza potenciaría los factores de riesgo que aumentan las posibilidades de que niñas, niños y adolescentes pobres pasen por episodios de abandono, violencia y negligencia, resultando en una situación de acogida.[38]

Una investigación cualitativa desarrollada en 2007 y 2008 con 49 familias de niñas, niños y adolescentes refugiados en la ciudad de São Paulo,[39] la más rica de la Federación brasileña, también llegó a una conclusión similar, identificando que:

> [...] las familias de las niñas y los niños bajo la medida de protección de los refugios son aquellas que en la división social del trabajo se encuentran en la condición más precaria, es decir, aquellas que, constreñidas por la desigualdad social, tienen una trayectoria de trabajo infantil, poco acceso a la educación formal, desempleo o trabajo precario y/o bajos salarios. [...] Por último,

[36] *Ibid.*, p. 54.
[37] *Idem.*
[38] *Ibid.*, p. 69.
[39] Veras Baptista, M. *et al.*, 2008, pp. 13-24.

> la universalización de los derechos, prevista constitucionalmente, no tiene lugar para estos sujetos, prácticamente en ninguno de sus ámbitos, ni se garantizan tampoco políticas focales.[40]

La pobreza puede aumentar las posibilidades de que las niñas y los niños pasen por situaciones de violación de derechos cuya medida de protección aplicable sea el acogimiento. Además, cabe señalar que existe una práctica institucional destinada a observar y vigilar la pobreza, que también puede contribuir a la prevalencia de la acogida entre negros y personas pobres. Éste es el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena*. Dos datos de la investigación de Enid Rocha Andrade da Silva sugieren que, en Brasil, la prevalencia de negros y pobres entre las niñas y los niños acogidos también refleja una contribución de las prácticas institucionales.

El primero se refiere a las instituciones responsables de la remisión a los refugios: 88% de los refugios encuestados mencionó que el Consejo de Tutelas fue la institución que remitió a la mayoría de las niñas, los niños y adolescentes a refugios; en segundo lugar, se mencionó la Ley del Niño y el Adolescente por 85.6% de los refugios y, en tercer lugar, el Ministerio Público fue mencionado por 29.5% de los refugios.[41]

Estos datos cuantitativos son importantes porque, asociados con el mayor número de negros y pobres entre los acogidos, indican cómo la llamada red de protección —de la que forman parte el Consejo de Tutelas, el Poder Judicial y el Ministerio Público— actúan, de hecho, como un observatorio de la pobreza y como un dispositivo de control de las familias pobres. Si la mayoría de los acogidos son los negros y los pobres y el Consejo de Tutela, el Poder Judicial y el Ministerio Público son los principales responsables de la remisión a los refugios, se puede inferir que dichas

[40] Santana, A. *et al*, 2008, *op. cit.*, nota 40, p. 76.
[41] Rocha, E. *op. cit.*, nota 33, pp. 66 y 68.

instituciones, con respecto a sus atribuciones relativas a la infancia, ejercen un control preferencial sobre las familias negras y pobres.

El segundo dato importante se refiere al vínculo entre los acogidos y sus familias. Como señala el autor, entre los acogidos, "el 87% de los encuestados tienen familia, y el 58.2% mantienen lazos con sus familiares, es decir, aunque no viven juntos, las familias los visitan periódicamente".[42] Además, la investigación identificó que la razón principal para la acogida de niñas, niños y adolescentes fue la falta de recursos materiales de la familia, correspondientes a 24.1% de los casos.[43]

Así, si más de la mitad de los niños y adolescentes acogidos no tienen un vínculo familiar roto espontáneamente por sus familias. Si más de la mitad de los acogidos son negros y si la razón principal de los refugios es la falta de recursos materiales de la familia (pobreza), hay un indicio de que el acogimiento es una práctica derivada de un reclutamiento realizado entre familias negras y pobres porque estas familias están más expuestas al desempeño de las instituciones a cargo de promover la acogida (la llamada red de protección compuesta por el Consejo de Tutelas, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Estatuto, etcétera).

En otras palabras, en cierta forma, la pobreza puede contribuir a las condiciones que llevan al acogimiento (violaciones de los derechos de las niñas y los niños derivadas de la explotación del trabajo infantil; la dependencia del alcohol y las drogas de sus padres; la privación de atención básica, como la alimentación y la salud, etc.). Con todo, bajo otro prisma, las instituciones encargadas de acoger están organizadas para tener entre sus objetivos a los negros y pobres y por tanto, acogerlos de una manera prevalente. El examen del dispositivo para la señalización y la dilución de la pena en la dinámica de un proceso judicial puede contribuir a este análisis.

---

[42] *Ibid.*, p. 59.
[43] *Ibid.*, pp. 55-56.

5. Señalización y dilución de la pena en la eliminación del poder familiar

Para exponer cómo actúan la *señalización y la dilución de la pena*, se eligió una sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en la que se examinó a fondo un caso de acogida institucional y pérdida del poder familiar. La elección está justificada porque, de conformidad con el artículo 105, III, de la Constitución de la República, el presente Tribunal Superior tiene la función institucional de uniformar la interpretación del derecho federal. Así pues, al examinar la pertinencia de la pérdida de poder familiar, este Tribunal orienta a todos los demás tribunales estatales y, consecuentemente, a los jueces de primer grado. Esto pone en relieve la importancia del Tribunal Superior de Justicia para el sistema judicial brasileño.

Al mismo tiempo, la elección de la sentencia se basó en el hecho de que se enfrentó al mérito del recurso especial durante el litigio. Esto significa que el Tribunal Superior de Justicia se enfrentó a los argumentos de las partes y no se limitó sólo a abordar cuestiones procesales. Finalmente, la sentencia fue elegida porque cuando examinó el mérito del recurso, el Tribunal Superior se basó en las pruebas obtenidas en las etapas anteriores del proceso y, por tanto, la sentencia demuestra cómo en Brasil se consolida la práctica de las instituciones que forman parte de la red de protección.

La situación examinada por el Tribunal Superior de Justicia correspondía a una acción de pérdida del poder familiar propuesta por el fiscal del Estado frente a un progenitor y la primera progenitora y la segunda progenitora, en relación con cuatro hijos entre el progenitor y la primera progenitora y tres hijos entre el progenitor y la segunda progenitora. Hubo una sentencia de primer grado a favor de la pérdida del poder familiar, más tarde confirmada por el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul. Ante esta sentencia del Tribunal de Justicia del Estado, la segunda progenitora interpuso un recurso de amparo, que fue

conocido y denegado por el Tribunal Superior de Justicia, confirmando así la sentencia.[44]

La consolidación de las prácticas institucionales derivadas de la interacción del Ministerio Público, el Consejo de Tutela, psicólogos, trabajadores sociales, el Poder Judicial, etc., queda demostrada por la reproducción de la sentencia de primer grado, dictada por el Ministro Relator, precedida por la expresión "sentencia minuciosamente detallada".

En la sentencia reproducida, el Juez de Primer Grado señala que la solicitud fue instrumentada con documentos justificativos de que la familia estaba siendo "acompañada por el Consejo de Tutelas por la negligencia y omisión en el cuidado de los niños desde 2011". El fallo reproduce el extracto de un informe del Centro de Referencia Especializada para la Asistencia Social (CREAS), señalando "que esta familia ha venido siendo acompañada durante mucho tiempo por este CREAS y no suele seguir las pautas y referencias ofrecidas".[45] Según la sentencia, a pesar del prolongado periodo de orientación a la familia, "desde 2011, no ha habido cambios en la conducta de los padres, lo que culminó con la acogida de los niños en 2014".[46]

Estos extractos revelan *el dispositivo de señalización y dilución de la pena*. El Consejo de Tutelas señaló la desviación familiar hacia otras instituciones y mantuvo la vigilancia y evaluación de la familia durante años (de 2011 a 2014). El CREAS, habiendo recibido el señalamiento de dicha desviación, comenzó a ofrecer "orientación y asesoramiento" a la familia, para que eliminara los rastros de la desviación señalada.

Tales directrices y consejos constituyen la *dilución de la sanción*; una sanción destinada a reformar la desviación y que se logra con la vigilancia y

[44] Característica especial No. 1,631,840 /MS. *Diario de Justicia Electrónica*, Brasilia, DF, 14 de marzo de 2017. Brasilia, DF): 5. Solicitante: F T A. Demandado: Fiscalía del Estado de Mato Grosso do Sul. Interesado: M S A y E F V. Relator: Ministro Raúl Araújo.
[45] *Ibid.*, pp. 5-6.
[46] *Ibid.*, p. 6.

evaluación constantes y duraderas de la familia y sus miembros, con el fin de dar forma a un modelo familiar, considerado normal. Las concepciones de la familia traídas por las personas que integran las instituciones (Consejo de Tutelas, CREAS, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) desempeñan un papel importante en esta tarea cuyo resultado es la construcción de la subjetividad familiar. En otras palabras, como señaló Becker sobre la relación entre normalidad y desviación,[47] de la interacción de estas instituciones y la familia surge como resultado la línea entre la norma y la desviación, entre la familia normal y la familia desviada.

En lugar de una sanción previamente definida por la ley por un comportamiento prohibido, existe la *dilución de una pena* a lo largo del tiempo y cuya aplicación es elástica, adaptable a las necesidades específicamente identificadas (para el padre ebrio, la derivación al tratamiento toxicológico; para la madre limosnera, la enseñanza de una "profesión digna"; para el niño que no asiste a la escuela, la matriculación escolar; para la hija abusada sexualmente, el tratamiento psicológico, etc.). En lugar de una sanción punitiva, *la dilución de la pena* es ambiguamente una protección, razón por la cual todas estas "medidas de protección" son "aplicadas" por consejeros tutelares, trabajadores sociales y psicólogos sin contradicción o derecho de audiencia, lo que, en la línea del derecho penal clásico, sería indispensable para dar lugar a la imposición de la pena.

Frente a la recalcitrante familia y a la persistencia de la "violación de los derechos" las niñas y los niños fueron derivados a un acogimiento o refugio en el año 2014, y el Ministerio Público propuso la acción de pérdida del poder familiar. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, se resume el testimonio de la psicóloga de la institución de acogida, como testigo en el proceso de pérdida del poder familiar. La psicóloga informó que los niños estaban al parecer físicamente sanos, pero con limitantes de orden emocional. Dos de ellas tuvieron pesadillas y reportaron

[47] Howard Becker, H., 1963, p. 9.

escenas de violencia. Una, "muy sensible, llorona, sensible [*sic*], deprimida, temerosa". Según la psicóloga, los menores de edad indicacan que el padre era agresivo con sus dos compañeras, diciendo que intentó matar a una de ellas y la agredía con una licuadora.[48]

Según este informe, todos los niños y niñas presentaban retrasos en su progreso escolar. "[...] Los hijos de la Sra. F. son emocionalmente complicados, presentando sensibilidad, ira restringida, a veces hacia su propia madre, en asuntos familiares; A. demuestra necesidad y al mismo tiempo resistencia hacia la madre".[49] Por otro lado, "Y. es agresivo, actúa con mentiras, es galante, antes de la edad de once años ya tenía una relación de noviazgo, posee una vanidad exacerbada, se ve a sí mismo como un hombre y se insinúa a las niñas independientemente de su edad".[50]

Estas consideraciones de la psicóloga, utilizadas como base de la sentencia de la pérdida del poder familiar, denotan un alto grado de evaluación subjetiva, evidenciada por el uso de adjetivos y juicios de carácter moral, tales como las expresiones "emocionalmente complicadas", "agresivas", "galante", "posee una vanidad exacerbada".

A pesar de este subjetivismo y a pesar de que la psicóloga forma parte de la llamada red de protección (porque trabaja en la institución que acogió a las niñas y los niños), lo que podría plantear interrogantes sobre su parcialidad respecto al objetivo de defender el cuidado y la orientación que brindó a la familia, fue considerada y escuchada como testigo y su testimonio fue especialmente importante, como lo demuestra su mención en la sentencia de primer grado e incluso en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En el mismo testimonio, la psicóloga informa que las niñas y los niños mostraban afecto por la madre E. y resistencia al padre. En cuanto a la madre F., las niñas y los niños revelarían resistencia a ella y enojo debido a su ausencia. La madre F. se vería afectada por la inesta-

[48] *Supra* n. 45: 6.
[49] *Idem.*
[50] *Idem.*

bilidad financiera y emocional, con relaciones fortuitas y agravadas por la violencia que, según la psicóloga, descartarían la posibilidad de reintegración, porque los niños(as) necesitarían una estabilidad que la madre no podría ofrecer. La misma conclusión afectó a la madre E., pues no podría reasumir el cuidado de ellos, ya que se ajustaba a la situación de violencia familiar, perjudicial al fin.[51]

La sentencia de primer grado, reproducida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, pone de relieve el daño que el arreglo familiar habría causado a los niños y las niñas, porque el padre M. y las madres E. y F. no vivirían en la bigamia, sino en "un triángulo amoroso presenciado por los niños y las niñas, una situación que les deparó daño emocional ya que perdieron la percepción de la familia al verse involucrados [*sic*] en algo que no podían entender".[52] De acuerdo con la sentencia:

> [...] las consecuencias del estilo de vida de los acusados son claras y visibles por el comportamiento del niño W. que presenta sexualidad incompatible con su edad, como lo declaró la psicóloga de la institución de acogida. También existe la sospecha de que trató de abusar sexualmente de la media hermana, A., y los padres no le dieron importancia al hecho. Además, la violencia doméstica practicada por el acusado contra sus "compañeras", en presencia de los niños(as), les marcó profundamente, tanto que están asustados, inseguros, tienen pesadillas y son emocionalmente inadaptados [*sic*]. Además, lo que se ve es que los acusados estuvieron acompañados por el equipo técnico del SAS y de la institución anfitriona, y, después de más de un año de acogida institucional de los niños(as), todavía no demostraron la capacidad de protegerlos".[53]

¿Cuáles son las pruebas sobre las que la primera sentencia y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia basan la afirmación de que el triángulo

[51] *Idem*.
[52] *Ibid.*, p. 8.
[53] *Idem*.

amoroso les ha causado daño a los niños y las niñas? El informe de la psicóloga de la institución de resguardo y la sospecha de un abuso sexual promovido por un niño contra su media hermana, tolerado por sus padres. Un informe cargado por el subjetivismo y cuya parcialidad es susceptible de cuestionarse. La sospecha de abuso sexual, como subraya la sentencia, es una sospecha. Aun así, la percepción subjetiva de la psicóloga y la sospecha de abuso sexual, no respaldadas con ninguna evidencia, sirvieron de base para criticar la sexualidad de los padres.

Se trata de una evaluación de la organización familiar por parte del Poder Judicial que se distancia de la familia eudemonista propuesta de la metodología civil-constitucional, porque existe un juicio evidente de desaprobación sobre el "triángulo amoroso", considerado un instrumento que hizo que los niños (as) perdieran la "percepción familiar". Este razonamiento apoya implícitamente un modelo de familia elegido por el Estado, al que la familia examinada no se adaptaría.

Ahora bien, ¿no protegería el "nuevo" derecho familiar —marcado por el afecto y el respeto a la autonomía inherente a la dignidad de la persona humana— las diversas formas de organización familiar? Para los desposeídos, prevalece un derecho familiar paralelo, cuyo marco normativo es el de la Justicia de Infancia, y cuyo *dispositivo es la señalización y dilución de la pena*.

A partir de esta lectura interpretativa es posible contextualizar los juicios dictados por la sentencia de primer grado contra F., una madre pobre. Sólo el derecho familiar paralelo, dedicado a la producción y el control de la subjetividad de la familia pobre, está autorizado a este tipo de juicio sobre el estilo de vida que—es importante destacar— se reproduce, sin ninguna desaprobación, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia:

> En el seguimiento realizado por la institución de acogida destinada a la reintegración familiar, en marzo de 2015 se informó que: "Se le preguntó a la Sra. F. sobre el empleo que había declarado en

> la visita anterior, ya que había sido orientada sobre la necesidad de obtener estabilidad profesional y financiera. Informó que había regresado a trabajar con la Dra. Sandra como asalariada (no conocía la localización de su trabajo ni la especialidad bajo la cual practicaba la Dra.). El equipo le pidió que solicitara una constancia de empleo, ya que no tenía antecedentes en CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo). La madre dijo que traería dicha constancia en su siguiente visita institucional, pero en esa ocasión anunció que había sido despedida nuevamente (sic)" (h. 302). Por tanto, resulta que F. le informó a la institución de acogida que trabajaba como asalariada para un médico, sin proporcionar ninguna información adicional (ni siquiera conocía la dirección), concatenado [*sic*] a la declaración (h. 234) para demostrar que trabaja para una empresa (sin nombre), debiéndose concluir que, como dijo la testigo en la audiencia, no tiene cualquier estabilidad financiera que le permita mantener a sus hijos e hijas".[54]

Aunque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia subraya que "la situación de pobreza no sirvió de fundamento para la pérdida del poder familiar, sino más bien el contexto familiar conflictivo, que implica agresión física y promiscuidad sexual, además del descuido de los niños y las niñas",[55] el extracto de la sentencia transcrito demuestra cualitativamente lo que el estudio IPEA reveló cuantitativamente sobre los niños y niñas acogidos, y que también se observó en la investigación sobre las 49 familias de acogidas en Sao Paulo en los años 2007 y 2008: la pobreza es una causa informal de señalización y pérdida del poder familiar, aunque esta práctica sea vetada por la Ley del Niño y el Adolescente. Esta distancia entre el veto legal y la aplicación de la ley indica que la práctica institucional de la Justicia de Infancia en Brasil está marcada por una predilección por los pobres, lo que resulta en un mayor control conductual sobre ellos.

---

[54] *Ibid.*, p. 7.
[55] *Ibid.*, pp. 10-11.

El juicio sobre el estilo de vida de F. no se limita a su supuesta incapacidad para obtener trabajo e ingresos para mantener a sus hijos e hijas, sino que se extiende a la supuesta incapacidad de ella para reorganizar su vida de una manera socialmente aceptable, como lo subrayó la sentencia reproducida por el Tribunal Superior de Justicia, de nuevo sin ningún reparo:

> Tiene fundamento el argumento de F. de que fue víctima de M. y E. De hecho, ella tuvo su primera hija con él a la edad de quince (15) años cuando todavía era una adolescente, demostrando que además de haber sido explotada en el trabajo doméstico por la pareja, lo cual está prohibido para los menores de 18 años, estuvo sexualmente involucrada con el acusado M. Después de la acogida institucional de los niños(as) F. [*sic*] hizo un movimiento prometedor en busca de autonomía e independencia y este tribunal tenía la expectativa de que ella, a pesar de la historia de una vida adversa, se reorganizaría para recuperar a sus hijos. Lo que sucedió, sin embargo, fue que ella, ahora una mujer adulta y dueña de su destino, no fue capaz de establecerse sola y encontró una nueva pareja, cuyo perfil de agresividad no lo diferencia del acusado. Cleiton Carvalho, con quien empezó a cohabitar y quien fue condenado a 22 años de prisión, habiendo él y su primo secuestrado a una familia para cometer robo, y en sus propias palabras, apuntado con un arma a la cabeza de un niño. Además, también admitió el uso de marihuana (h. 304). Ciertamente, el entorno que ofrece la nueva pareja no garantiza todas las oportunidades e instalaciones, para proporcionarles a los niños un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad recomendadas por el art. 3 del TCE. [BRASIL, 2017, pp. 7-8]

La madre pobre F., quien tuvo su primera hija a los 15 años y fue explotada para la práctica de las tareas domésticas, cuando "adulta y dueña de su destino, no fue capaz, sola" de obtener estabilidad económica para mantener a sus hijos e hijas y ofrecerles condiciones de libertad y dignidad. En este discurso contenido en la sentencia y refrendado por el Tribunal

Superior de Justicia, percibimos el juicio moral sobre la pobreza y sus efectos, culpando a la madre pobre por circunstancias de las que es víctima y responsabilizándola individualmente de su superación. La responsabilidad individual, inherente a la gestión liberal de la pobreza, integra el *dispositivo de señalización y dilución de la pena*, porque, en lugar de ofrecer la asistencia material directa mediante la acción del Estado, autoriza las intervenciones de la red de protección para "ofrecer un buen asesoramiento" a los pobres y reprender a los padres y madres pobres que no los acogen, imponiéndoles la pérdida del poder familiar. Así, ejemplifica la sentencia, transcrita por el Tribunal Superior:

> Por último, el equipo técnico concluyó que "se percibe que los padres de los niños siguen presentando la necesidad de estabilidad financiera, emocional y dinámicas familiares estructuradas para asumir la custodia de los hijos" (h. 306). Los acusados M. y E., a su vez, nunca criarán a los hijos adecuadamente, dejaron de seguir las directrices y recomendaciones hechas por el equipo técnico del SAS y la institución de acogida por más de cuatro años. [...] Además, lo que se ve es que los acusados estuvieron acompañados por el equipo técnico del SAS y de la institución de acogida, y, después de más de un año de resguardo institucional de los niños, todavía no demuestran la capacidad de protegerlos. [...] Conceder más tiempo para que los acusados demuestren aptitud para ejercer el poder familiar significa condenar a los niños a crecer sin un derecho fundamental que es el de la vida familiar. Por cada día institucionalizados, viendo frustradas sus esperanzas de volver al cuidado de los padres, los hijos de los acusados están siendo privados del medio natural para el crecimiento y el bienestar y sufriendo daños emocionales irreparables.[56]

El padre M. y la madre E., igual que la madre F., dejaron de seguir las directrices del equipo técnico y de la institución de resguardo durante cuatro años. ¿La sanción por tanta desobediencia? La pérdida del poder

[56] *Ibid.*, 8-9.

familiar, por el bien de los niños y las niñas. En el derecho de la familia paralelo, el interés de la niña y el niño autoriza la entrada al entorno familiar privado y el "asesoramiento" de los buenos hábitos (higiene, organización económica, prácticas sexuales y relaciones afectivas socialmente aceptables, etc.) **durante años**, como si se tratara de una sanción penal cumplida en régimen abierto, con la diferencia de que dicho control de comportamiento no tiene ninguna regulación legal en cuanto a su alcance sobre la libertad individual y su extensión temporal, como ocurre en las sanciones penales. Simplemente, se diluye.

En su argumentación del voto, el Ministro Marco Buzzi sigue la opinión del ministro-relator, para denegar el recurso de amparo y confirmar la sentencia recurrida y la sentencia de primer grado. Como fundamento, el Ministro Marco Buzzi señala que las conclusiones de la sentencia de primer grado "se basaron en informes preparados durante el seguimiento de la familia (2011 a 2014) —determinado como medida de protección— en comunicaciones del Consejo de Tutelas, en laudos psicosociales y en las declaraciones de testigos".[57] Concluye que debe confirmarse la sentencia recurrida del Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul, "a la luz del interés superior de los niños y las niñas",[58] porque la supresión del poder familiar se basaba en prueba de que la madre recurrente no puede cuidar de sus hijos e hijas.

El análisis discursivo de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia permite percibir la dinámica del *dispositivo de señalización y dilución de la pena* a partir de las interacciones sociales de las instituciones de control (Estatuto de la Infancia, Ministerio Público, Consejo de Tutelas, Centro de Asistencia Social, etc.) y las familias pobres. Del mismo modo, permite afirmar, cualitativamente, cómo el derecho de la infancia brasileño se constituye como un derecho familiar paralelo, centrado en el control conductual de estas familias.

---

[57] *Ibid.*, p. 19.
[58] *Ibid.*, p. 20.

6. Conclusión

La metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral pretenden romper con los aspectos discriminatorios del derecho familiar y el derecho de los menores en Brasil, legados del Código Civil de 1916 y los Códigos de Menores de 1927 y 1979. Sin embargo, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, la nueva Justicia de Infancia sigue siendo un derecho familiar paralelo, justificado en el interés del niño o la niña para la irrupción en los hogares pobres. Por medio de consejos e instrumentos coercitivos sobre el ejercicio del poder familiar, como la acogida institucional y la pérdida del poder familiar, este derecho familiar paralelo ejerce el control conductual, preferentemente sobre las familias pobres y negras.

El *dispositivo de señalización y dilución de la pena* no tiene la misma incidencia para las familias que poseen activos y patrimonio, como lo revelan los datos cuantitativos de recepción institucional en Brasil, que demuestran que este dispositivo afecta poco a las familias respaldadas por la seguridad y la comodidad patrimonial. Para ellos, el ejercicio del poder familiar tiene otra connotación, paralela al *dispositivo de señalización y dilución de la pena* y fundada en la metodología civil-constitucional y su retórica del afecto. El control conductual sobre estas familias, sin embargo, sigue siendo desempeñado por el *dispositivo de alianza*, guiado por la administración y sucesión de los nombres de familia y el patrimonio, caracterizando la concomitancia de dos contornos normativos del derecho familiar en Brasil: uno para los provistos de patrimonio y otro para los pobres y negros.

Referencias

Almeida, Luciano M. de. en Cury, Munir *et al*. (2010), *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, pp. 19-20, 10. ed, São Paulo, Malheiros.

Amin, Andréa R. (2013), "Doutrina da proteção integral", en Maciel, K. R. F. L. A. (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, pp. 52-58, São Paulo, Saraiva.

Baptista, Myrian Veras *et al*, "Introdução: a necessidade de conhecer as famílias e os caminhos percorridos", en Fávero, Eunice T.; VItale, Mariana A. Faver; Baptista, Myrian Veras (org.), 2008, *Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam*, 13-24. São Paulo: Paulus.

Baratta, Alessandro (2002), *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*, Río de Janeiro, Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia.

Becker, Howard (1963), *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*,Nueva York, The Free Press.

Bevilaqua, Clovis (2018), *Em defeza do projecto de Codigo civil brazileiro.* Rio de Janeiro, Liv. Francisco Alves, 1906. Disponible en: «http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223» (Consultado 20 de julio de 2018)

Bodin de Moraes, María Celina (1999), "O Direito Civil Constitucional", en Camargo, Margarida María Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição, pp.* 115-127. Río de Janeiro, Renovar.

Calderón, R. (2017), *Princípio da afetividade no direito de família*, 2a. ed., Río de Janeiro, Forense.

Carvalho, O. de. (1981), *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*, 2a. ed. Coimbra: Centelha.

Cavichioli, Rafael de Sampaio y Gediel, José Antonio P. (2018), "Direito de família e fluidez normativa no Supremo Tribunal Federal",

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, 63, núm. 3, pp. 233-259.

Cavichioli, Rafael de Sampaio (2019), "Dos familias, dos leyes", 258 f. Tesis (Doctorado). Curso de Derecho, Programa de Posgrado en Derecho, Curitiba Universidad Federal de Paraná.

DIAS, M. B. (2011), *Manual de direito das famílias*, 8a. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

Dolinger, Jacob (2003), *Direito civil internacional* (1); *A família no direito internacional privado* (2); *A criança no direito internacional,* 79-155, Río de Janeiro, Renovar.

Donzelot, Jacques (1986), *A polícia das famílias*, 2a. ed., Río de Janeiro: Edições Graal.

Foucault, Michel (2014), *História da sexualidade 1: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque São Paulo: Paz e Terra.

Gasparini, Éric (2002), "Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milie", *Annales Historiques de La Révolution Française*, 328, núm. 1.

Gediel, José Antonio P. y Cavichioli, Rafael de Sampaio (2018), "Humanismo e abstração no direito de família", *Civilistica.com*. Río de Janeiro, a. 7, núm 2.

Lôbo, Paulo Luis Netto (1989), "A repersonalização das relações de família", en Carlos Alberto Bittar (coord.), *O Direito de família e a Constituição de 1988*: 53-81, São Paulo, Saraiva.

_____(1999), "Constitucionalização do direito civil", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, núm. 141, pp. 99-109.

_____ (2002), *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, n. 12, jan./fev./mar., pp.40-55.

Lôbo, Paulo (2011), *Direito civil: famílias*, 4a. ed., São Paulo, Saraiva.

Marcilio, Maria Luiza (2011), "A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, 1726-1950", en Freitas, Marcos Cezar de (org.), *História social da infância no Brasil*, São Paulo, Cortez, pp. 51-79.

Mello Mattos, J. C. de A. (1929), "Patrio poder; perda", *Revista Forense*, Belo Horizonte, núms. 307 a 312, pp. 120-120.

Mineiro, Beatriz Sofía (1929), *Codigo dos menores dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

Moraes, Evaristo de (1927), *Criminalidade da infancia e da adolescencia,* 2a. ed., Río de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

Oliveira, José Lamartine C. de y Muniz, Francisco Ferreira (1980), "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade"; *Revista dos Tribunais*. São Paulo, núm. 532, pp. 11-23.

Pereira, Lafayette Rodrigues (1889), *Direitos de família.* Rio de Janeiro, Typ. da Tribunal Liberal.

Perlingieri, Pietro (1997), *Perfis do direito civil*, Trad. Maria Cristina De Cicco, Río de Janeiro, Renovar.

Pontes De Miranda, F. C. (1947), *Tratado de direito de família: volume III: Parentesco*. 3, ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, pp. 21-29; 36-43; 75-86; 100-101; 109-122.

Portalis, Jean-Étienne-Marie (1844), "Discours préliminnaire sur le projet de code civil: présenté le 1er pluviose an. IX par la Commission nomée par le Gouvernement Consulaire", en Portalis, F. (ed.). *Discours, rapports et travaux sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis,* pp. 1-62. París, Joubert, Libraire de La Cour de Cassation.

Ramos, Carmen Lúcia (1996), "Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, núm. 29, pp. 147-172.

Santana, Adriana B. *et al*. (2008), "Famílias de crianças e adolescentes abrigados em São Paulo. Uma aproximação a quem são, como vivem, o que pensam e o que desejam", en Fávero, Eunice T.; Vitale, Mariana A. Faver; Baptista, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam*, São Paulo, Paulus, pp. 25-111.

Schnapper, Bernard (1980), "La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)", *Revue Historique*, París, 263, núm. 2, pp. 319-349.

Silva, Enid Rocha Andrade da (2004), "O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados", en Silva, Enid Rocha Andrade da (coord.), *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, Brasília, IPEA/CONANDA, pp. 41-70.

_____ (1997), *Da Codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Sposato, Karyna B. (2013), *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, São Paulo, Saraiva.

Tepedino, Gustavo (1999), "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 1-22., Río de Janeiro, Renovar.

_____ (1999), "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 23-54, Río de Janeiro, Renovar.

_____ (1999), "A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 347-366, Río de Janeiro, Renovar.

Van Bueren, Geraldine (1998), *The International Law on The Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International.

Periódicos

Mello Mattos, J.C. de A., *La obra de menores de 18 años: Disposición para la ejecución del Código de Menores emitido por el Juez Mello Mattos*. El PAPEL. Domingo, 30 de diciembre de 1928, Río de Janeiro, pp. 5-7.

Legislación

Decreto No. 847 de 11 de octubre de 1890, Promulga el Código Penal, Portal de Derecho.

Ley No. 3.071 de 1 de enero de 1916, Código Civil de los Estados Unidos de Brasil, Portal de Derecho.

Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921, Establece el gasto general de la República de los Estados Unidos del Brasil para el año 1921.,CIESPI/Centro Internacional de Estudios e Investigación infantil.

Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923, Prevé la regulación de la asistencia y la protección de los menores abandonados y delincuentes, Portal de la Cámara de Representantes.

Decreto No. 17.943-A de 12 de julio de 1927, Consolida las leyes de asistencia y protección de menores, Portal de Derecho.

Ley No. 4.121 de 27 de agosto de 1962, Tiene la condición legal de la mujer casada, Portal de Derecho.

Ley No. 6.697 de 10 de octubre de 1979, Establece el Código de Menores, Portal de Derecho.

Constitución (1988), Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988, Portal de Derecho.

Ley No. 8.069 de 13 de julio de 1990, Prevé el Estatuto del Niño y del Adolescente y establece otras medidas, Portal de Derecho.

Decreto Legislativo No. 28 de 14 de septiembre de 1990, Aprueba el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y firmada por el Gobierno brasileño el 26 de enero de 1990, Portal de la Cámara de Representantes.

Ley Federal No. 10.406 de 10 de enero de 2002.

Jurisprudencia

Brasil. Corte Suprema, Plenaria, *ADI n. 4277/DF*, Rel. Min. Ayres Britto, j. en 05.05.2011.

Brasil. Tribunal Superior de Justicia. *Característica especial No. 1,631, 840 /MS*. Solicitante: F T A. Demandado: Fiscalía del Estado de

Mato Grosso do Sul. Interesado: M S A y E F V. Relator: Ministro Raúl Araújo. Brasilia, DF, 14 de marzo de 2017, *Diario de Justicia Electrónica. Brasilia*, DF.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Agosto de 2021.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Este libro es resultado de la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia* se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente –entre padres y madres– de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomprensión de los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación