



# EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ DESDE LA ÓPTICA DEL JUZGADOR

---

Cristina Mariana LIZAOLA PINALES\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La teoría de los principios.* III. *El tradicional modelo tutelar de la infancia.* IV. *La moderna concepción del principio del interés superior de la niñez.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

Resumen: La reforma en materia de derechos humanos, de la mano con la nueva concepción del principio del interés superior de la niñez, obliga al justiciante a apartarse de cualquier reproche moralista que encuentre cobijo en alguna norma jurídica y a dejar de reducir su actuar en generarle al infante el menor perjuicio, para en su lugar, buscar y decidir cómo potencializar su mayor beneficio.

Palabras clave: Teoría de los Principios, Interés superior de la niñez.

Abstract: The reform in the field of human rights, along with the new conception of the principle of the best interests of children, obliges the judge to depart from any moralistic reproach that finds shelter in some legal norm and to stop reducing his actions in generating him to the infant the least harm, to instead seek and decide how to maximize their greatest benefit.

---

\* Juez Mixto de Primera Instancia del Décimo Segundo Distrito Judicial del Estado de Nuevo León. Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Maestría con Orientación en Derecho de Amparo y Licenciatura en Derecho (UANL). Correo electrónico: lizaola@gmail.com

Keywords: Theory of principles, Principle of the best interests of childhood.

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la reforma constitucional de 2011, los derechos humanos ya de por sí, se consolidaron en México como un tema relevante e inquietante en general para los gobernados y específicamente para el foro de los operadores jurídicos, generando cierta incertidumbre al juzgador, sobretodo en el preciso momento en el que le corresponde protegerlos y garantizarlos ante la probabilidad de que se vean mermados, al no existir propiamente un catálogo normativo amplio que indique la forma en la que debe de actuar para tales fines, de modo que en la mayoría de los casos tiene que acudir a su sensibilidad y creatividad.

No obstante, actualmente este tópico cobra aún mayor importancia, cuando impactan en la vida de infantes, por pertenecer esta clase de población a un grupo vulnerable, a quienes por tradición nuestro sistema jurídico legislativamente les ha brindado un tratamiento semejante al de las personas con discapacidad.

El relego participativo y la falta de empoderamiento al que ha estado sujeto este grupo, resulta palpable en la idiosincrasia mexicana, desde que se les estila denominar “*menores*”, cuando este concepto ya de por sí tiende a ser peyorativo en la medida que al colocarse en sentido figurado de cara en un proceso judicial frente a una persona adulta, evidencia cierta degradación -como si el infante fuese en menor grado apto a un adulto- y da a entender en forma yerra que la niña, niño o adolescente, es propiamente un objeto de protección y no como lo que en realidad es, un sujeto pleno y titular de derechos.

Pues bien, ante el respeto de los derechos humanos y la constante preocupación por su preservación a través de la interpretación conforme e inaplicación de normas jurídicas que se efectúa a través del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, es común que los infantes actualmente afronten una falta de seguridad jurídica, en la medida en que el juzgador constantemente tiene que acudir a la argumentación e interpretación basada en los principios que inspiran nuestro sistema jurídico, en algunas ocasiones para realizar ajustes al procedimiento y en otras, para apartarse de las normas sustantivas, para así proceder a la difícil tarea de definir propiamente lo que es el interés superior de la niñez en cada caso en específico, de tal forma que hoy en día, recobra un papel fundamental la teoría de los principios pues tal como se suscitaba en el pasado en la época romana, cuando no existía

normatividad expresa que delimitara la solución a determinado problema, la figura del *pater familias* de donde emergió la figura del juez, resolvía con base a principios.

## II. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Los impulsos más recientes en el campo de la teoría del derecho con impacto en la *praxis* jurídica provienen del derecho angloamericano. Esto es muy cierto si se considera que la temática de los principios jurídicos tiene su punto toral de referencia en los trabajos del jurista americano Ronald Dworkin, quien inició el proceso de discusión entre principios y reglas que tanta importancia y trascendencia habría de tener en el mundo jurídico contemporáneo y muy especialmente en la forma de optimizar la protección y optimización de los derechos humanos, pues, en efecto: “... *Mientras las normas mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote su exigencia, “los principios” resultan ser “mandatos de optimización” en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes normas, y por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas. Además, de la constitucionalización del derecho, también la consagración y operatividad de los derechos humanos han sido una fuente importante para potenciar a los principios dado que ellos encontraron en su cobertura el modo del reconocimiento de su vigencia por parte de los juristas.*<sup>1</sup>

El universo de las reglas corresponde al Estado Legislativo, a través del cual busca ejemplificar una visión uniforme del derecho. En este contexto lo trascendente es la ley,

---

<sup>1</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, 3ª Edición, Porrúa, México, 2012, pp. 4-5.

Los principios que son plurales y de carácter dúctil son fruto del derecho que expresa el Estado constitucional, muy contrario a la ley que surge del Estado legislativo que se observa de forma monista y aplicativa, el primer modelo, que es el de la ley que tiene como su punto de referencia al Código inicia su proceso de cambio con “... el Estado constitucional y la Ley fundamental de Bonn del 49 cuando precisamente habla diferenciadamente del derecho y de la ley, por ende, rompe así la decimonónica sinonimia y abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Precisamente la condena jurídica de Nurenberg se justificó en razón que los jerarcas nazis habían cumplido la ley, pero violado el derecho, y de ese modo el que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho dado que en caso de contradicción prevalecerá éste”. VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013, p. 4.

“En las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas, ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva “edad de oro de los principios”. VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1.

porque establece mandatos a acatar por parte de la sociedad. Aquí la ética se observa desde una perspectiva unilateral y autónoma. Por otra parte, los modelos jurídicos que acogen a los principios jurídicos tienen una visión pluralista y fragmentada en términos del sistema jurídico que expresa un desenvolvimiento de los principios jurídicos que optimizan el derecho a través de los razonamientos argumentativos de los juzgadores.

Si algo caracteriza la realidad del derecho en nuestros días, es la coexistencia de principios y valores que coexisten con el mundo de las normas en una realidad de ductilidad, esto es así, ya que: *“La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. (...) La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo - enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red catastrófica de la política posible en nuestro tiempo”*.<sup>2</sup>

Por tanto, es una realidad el que tenemos que considerar que en el derecho hoy en día se presentan múltiples principios que conviven conformando una realidad donde éstos dialogan dando espacio para la generación de otros nuevos, ya que cada principio se asume con un carácter no absoluto, haciendo posible el surgimiento de otros o que los mismos presenten características más expansivas en cuanto a su significado.

Gregorio Peces Barba considera de manera importante a los principios al expresar que éstos cuentan una dinámica abierta y evolutiva en el curso del tiempo, con la finalidad de otorgar legitimidad al sistema político e impulsar más fuertemente el valor de la justicia, pues perfilan una íntima conexión con la ética, dado que el tema de los principios se encuentra relacionado con la moral y el derecho natural, donde estos contenidos tienen una parte crítica que busca desde la legalidad servir a los fines de la justicia, al presentar una orientación sobre dónde debe ir y como habrá de desarrollarse el derecho siempre en función del deber ser, dado que: *“Son los llamados principios generales del derecho, cuyos destinatarios principales son los operadores jurídicos y, como dice Carrió, proporcionan una guía acerca*

---

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 3ª. edición, Trotta, Madrid, 1997, pp. 14 - 15.

*de cómo y cuándo deben usarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, cuándo otorgar procedencia a alguna de ellas”.*<sup>3</sup>

Los principios y valores se encuentran en la raíz del poder y el derecho, inmersos en el curso de la historia y en la propia Constitución, configurándose y reconfigurándose con el pasar del tiempo a través de las aportaciones de las generaciones que los acotan, enriqueciendo y marcando las directrices de todo nuestro engranaje jurídico.

Los principios tienen siempre un sentido de buscar la optimización, esto en palabras del influyente teórico del derecho alemán Robert Alexy, ya que los principios desde esta perspectiva son normas que ordenan cumplir o realizar algo en la medida de las posibilidades fácticas- jurídicas, teniendo así una dinámica ponderativa que da a lugar a una colisión donde se ve la prevalencia de un principio sobre otro, mientras que: *“La concepción de los principios como argumentos normativos asume que los principios no solo son los objetos de las ponderaciones, sino que constituyen razones para los juicios ponderativos. Según esta idea, los principios son normas que se utilizan como argumentos a favor de juicios de ponderación”.*<sup>4</sup>

Ahora bien, todo este dinamismo que tienen los principios en razón del contexto, tiene su viabilidad y razón de ser en función del intérprete del derecho, que en palabras de Rodolfo Luis Vigo:

*“El intérprete jurídico es una especie de mediador que comunica a otros - aconsejando, enseñando o mandando- cuál es la conducta que corresponde hacer y omitir o qué puede hacerse u omitirse, según el significado que se le reconoce a ciertos comportamientos, cosas, palabras o cualquier otro texto jurídico. (...) El razonamiento del intérprete es un razonamiento práctico, o mejor aún, un razonamiento justificatorio -en última instancia moral- que permite inferir un juicio valorativo o normativo que evalúa, fundamenta o guía en un cierto sentido a una acción.”*<sup>5</sup>

La teoría de los principios ha impactado fuertemente en la operatividad del derecho, lo cual genera se vean incrementados en cuanto a su número y recobren para los operadores

---

<sup>3</sup> PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 39-40.

<sup>4</sup> SIECKMANN, Jan R., *La teoría principalista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 32.

<sup>5</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª. Edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 16-17.

jurídicos un papel vital su uso en el día a día, y esto es así: “*Es que la constitucionalización del derecho ha traído necesariamente la principalización del derecho, en tanto, -como advierte Zagrebelsky- la ley se formula fundamentalmente a través de normas o reglas, y la Constitución lo hace por medio de principios*”.<sup>6</sup>

### III. EL TRADICIONAL MODELO TUTELAR DE LA INFANCIA

Típicamente se ha concebido a los menores de edad, como personas incapaces de adquirir compromisos que conlleven algún tipo de responsabilidad de su parte y de poder hacer valer de mutuo propio sus derechos, quedando en cierta manera sujeta y limitada su voluntad a la representación -que según el caso- tuvieran sus padres, las personas que ejerzan su tutela o a quienes en términos generales, les incumba su representación, y por tanto no resultaba extraño fueran objeto de protección por parte del Estado, tal como sucedía con las personas que presentan discapacidad, a quienes inclusive comúnmente el legislador y el operador jurídico les suele denominar “*incapaces*”.

No obstante, este modelo de sustitución en la toma de decisiones y de casi nula participación directa respecto de los derechos que les incumben<sup>7</sup>, a partir de la reforma en materia de derechos humanos, con el transcurso del tiempo ha evolucionado al grado que el Estado paulatinamente los ha vislumbrando ante todo, como personas dignas de ser escuchadas, quienes pueden expresar de distintas formas sus deseos, opiniones y por ende, pueden y deben ser tomados en consideración. Esto, máxime si se trata de asuntos que a ellos mismos les conciernen, pues los menores de 18 años, no dejan de ser, personas que debido a la vulnerabilidad que conlleva su edad, gozan de ciertos derechos especiales, tal como ocurre

---

<sup>6</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 12.

<sup>7</sup> P. Ej. sólo en los procesos judiciales en donde la ley expresamente establecía que los menores de edad que hubieren cumplido cierta edad determinada, eran escuchados por el juez. En el caso de Nuevo León, típicamente se disponía como edad, que sólo los menores que ya hubieren adquirido una edad de 12 años o superior a ésta, debían ser escuchados. Sin embargo, posterior de la entrada en vigor de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, paulatinamente se han homologado las legislaciones de los Estados, para determinar que los infantes siempre que sea posible de acuerdo a su edad, desarrollo cognoscitivo y grado de madurez, serán escuchados y se tomará en cuenta su opinión, lo que conlleva a que previo a ser escuchados o en el acto de, se evalúe por un experto en psicología la madurez del niño. Inclusive, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus criterios ha delimitado como parámetro, aunque los infantes por su edad no puedan expresarse oralmente, puede el juez tomar en consideración otros factores para tal fin, como su expresión corporal o a través de lo que exterioricen por medio de dibujos y otras técnicas para así privilegiar su derecho de participación.

con las personas que presentan algún tipo de discapacidad, siendo así las barreras o prejuicios que se les han impuesto de índole sociológica propiciada por meros prejuicios.

Cabe señalar que actualmente estos derechos especiales legislativamente se traducen en tratos diferenciados que constituyen medidas tendientes a compensar asimetrías de poder, de tal forma que de no hacerse efectivas en favor de personas que forman parte de un grupo vulnerable –como lo son los infantes- les resultaría discriminatorio, en tanto que bajo un principio moderno de igualdad, debe brindarse un tratamiento igualitario únicamente a las partes o personas que se encuentran en un mismo plano, pero no a quien se encuentra con una desventaja de este tipo frente a otra que no lo presenta.

Así pues, sólo cuando la ley expresamente establecía que los menores de edad que hubieren cumplido cierta edad determinada, debían ser escuchados, el juzgador procedía en ese sentido, esto bajo la creencia errónea de que un infante con edad inferior a la indicada en el texto normativo, no contaba con aptitud de expresar alguna opinión y así era como su vida terminaba por ser decidida por los adultos, pues únicamente podían ser escuchados los que contaban con la madurez que fijaba el legislador tenían sólo a partir de cierta edad, lo cual les impedía participar en los procesos que les atañen.

#### **IV. LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ**

En cuanto se lee la frase “*interés superior de la infancia*” surge la duda de cómo se define este término jurídicamente. Pues bien, la misma aún no se ha descrito en los tratados internacionales ni en la legislación nacional o local, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos explica el porqué: “*Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su*

*ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educativas; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional”.<sup>8</sup>*

En efecto, el interés superior de la niñez, si bien es un principio que como tal, como se precisó con antelación, constituye un mandato de optimización que debe ser cumplido en

---

<sup>8</sup> Época: Novena Época, Registro: 2006593, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.), página 270.



la mayor medida posible,<sup>9</sup> de rango constitucional e internacional y por ello, piedra angular de los textos normativos que regulan los derechos de este grupo vulnerable, es a su vez, indeterminado.

Pero... ¿Por qué es un concepto indeterminado el interés superior de la infancia? Como lo señala nuestro Máximo Tribunal, es imposible inclusive para el legislador, brindar un concepto generalizado que aplique en todos los casos. Lo que en determinado asunto puede ser benéfico para una niña, niño o adolescente, probablemente no lo sea para otro infante.

Así como existe la diversidad humana, en los asuntos del orden familiar que conciernen derechos de la infancia, para aquél juez que funja como un verdadero garante de derechos humanos, es imposible que resuelva por igual todos los casos sometidos bajo su jurisdicción, en la medida que cada niña, niño y adolescente, son seres humanos irrepetibles, que pueden emerger de diversos esquemas familiares, pues recordemos existen distintos modelos familiares que van desde las *nucleares* conformadas por padres e hijos biológicos o adoptivos; *familias monoparentales* compuestas por un padre o una madre e hijos; *familias extensas* que comprenden varias generaciones y parientes colaterales; y el más reciente modelo familiar *homoparental* compuesto por padres del mismo sexo con hijos ya sea biológicos o adoptivos; infantes que obviamente presentan vivencias, edades, sentimientos y en general, características diferentes.

Así pues, el moderno principio del interés superior de la niñez, conlleva al juez de lo familiar bajo una perspectiva humanista, concebir cada expediente que toma en sus manos, como una familia que tiene un padecimiento en donde él es responsable de determinar y brindar a través de los servicios que brinda el Estado, el tratamiento necesario que requieren sus miembros para su rehabilitación.

Ejemplifica claramente lo anterior, el abandono de la concepción de la figura jurídica de la pérdida de la patria potestad, vista como sanción para el progenitor que con su conducta hubiere propiciado por acción u omisión, un menoscabo en los derechos de su hijo sujeto a su propia representatividad, para en cambio concebirla hoy en día como una medida de

---

<sup>9</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Madrid, pp. 86-87.

protección para el menor, por lo cual, aunque se declare su pérdida, ello no conlleva a su vez el suprimir el derecho de convivencia.

En efecto, se ha asentado criterio en el sentido de que el juzgador debe analizar cautelosamente los motivos que dieron origen a la pérdida de la patria potestad y justipreciar si esas circunstancias específicas importan algún riesgo para la convivencia del menor, por lo que actualmente es factible que aunque resulte procedente la pérdida de la primera, aun así no se pierda el derecho de convivencia.<sup>10</sup>

Es así que, el principio de interés superior de la infancia enmarca como directriz que cada decisión jurisdiccional que impacte la vida de determinada niña, niño o adolescente, gire en torno a su propio bienestar.

Lo anterior conduce a superar la creencia típica de que cada asunto familiar versa sobre un derecho que tiene determinado el demandante en su carácter de progenitor, como si se tratara de una especie de privilegio emergido del parentesco que tiene el padre o madre sobre el infante.

Asimismo, esta nueva concepción obliga al justiciable a apartarse de cualquier reproche moralista que encuentre cobijo en alguna norma jurídica y a dejar de reducir su actuar en generarle al infante el menor perjuicio para en su lugar, buscar y decidir cómo potencializar su mayor beneficio,<sup>11</sup> lo cual a su vez habrá de encuadrar en el principio *pro persona*, optimizando así, la funcionalidad de los principios jurídicos en aras de preservar la dignidad humana del infante para su desarrollo pleno.

Así pues, el interés superior de la niñez, debe generar en el juzgador la sensibilidad de concebir cada asunto, como una familia que acude ante él padeciendo y sufriendo un problema, por lo que antes de actuar en forma intempestiva y aplicar determinada norma jurídica de manera fría, debe buscar una solución que, por un lado se encuentre apegada a este principio y, por el otro, que sea producto de la conciliación, previa concientización que

---

<sup>10</sup> Época: Novena Época, Registro: 165495, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Enero de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 97/2009, página 176.

<sup>11</sup> Época: Décima Época, Registro: 2003579, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Asilada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1 , Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CLXV/2013 (10a.), página 539.

efectúe respecto de los roles parentales en los miembros que la integran, para así evitar lacerar los lazos familiares y privilegiar su unidad familiar.<sup>12</sup>

Bajo esta línea de pensamiento, el interés superior de la infancia incumbe exclusivamente al juzgador determinarlo, partiendo de las circunstancias que acontecen en la niña, niño o adolescente e implica el análisis de los factores personales, familiares, materiales y sociales, así como de las costumbres de cada familia en específico, para desentrañar en cada hijo, lo que le es más benéfico para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, justipreciando sus necesidades y el ambiente en el que se desenvuelve.

Es importante entonces en este momento correlacionar, que el término “*justicia*” era concebido por Ulpiano como “*la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo*”<sup>13</sup> y en ese contexto, bajo el modelo tradicional positivista, era el legislador quién a través de sus normas jurídicas establecía qué era lo justo y el juez como mero aplicador de éstas, era el encargado de hacerlas efectivas.

Así, ante el nuevo paradigma de derechos humanos en conjunción con la moderna concepción del principio de interés superior de la niñez, en términos generales lo que hoy en día “*es justo*”, ya no lo define el legislador, sino que es el juez quien tiene a su cargo esta compleja tarea en cada asunto que resuelve con base a las pruebas que probablemente ni siquiera alguna de las partes ofrendó, sino que él oficiosamente recabó, a través de los principios que emplee en sus prudentes razonamientos, interpretaciones y argumentaciones, de tal forma que ha adquirido una mayor responsabilidad en la toma de decisiones porque al efectuar su labor ya no necesariamente como lo hacía en el pasado, se respalda a través del legislador y sus normas jurídicas, resultando así, cada día más impredecible su actuar tanto en el aspecto procesal como en el sustancial.

## V. CONCLUSIONES

1. En el aspecto legislativo y en la pragmática judicial, por tradición los menores de edad eran reducidos a objetos de protección, pues se concebía que si bien tenían capacidad de goce, carecían de capacidad de ejercicio al igual que los “*incapaces*”, olvidando que ambos grupos en sí, no dejan de ser personas y por tanto, titulares de derechos.

---

<sup>12</sup> Esto, en concordancia a lo establecido en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ VALENCIA, Agenor, *La justicia social como fin primordial de los Derechos Humanos*, 1ª Edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006, p. 21.

2. No resultaba extraño que en la mayoría de los procesos judiciales en donde el justiciante tuviera que resolver algún derecho de algún menor, ni siquiera lo conociera físicamente por no tener una edad superior a la determinada de manera fría y generalizada por el legislador, bajo la idea de que no era apto para ser escuchado.

3. La reforma en materia de derechos humanos, de la mano con la nueva concepción del principio del interés superior de la niñez, obliga al justiciante a apartarse de cualquier reproche moralista que encuentre cobijo en alguna norma jurídica y a dejar de reducir su actuar en generarle al infante el menor perjuicio, para en su lugar, buscar y decidir cómo potencializar su mayor beneficio.

4. El actual principio del interés superior de la niñez, conlleva al juez a empoderar a este grupo vulnerable tanto en el aspecto adjetivo como sustantivo en los procesos judiciales en los que habrá de decidir sobre derechos que a ellos atañen, con base al principio pro persona.

5. El interés superior de la infancia actualmente, no lo definen las normas jurídicas. Es el juez quien lo especifica en cada caso, conforme a las características que presente cada problema familiar y circunstancias en concreto que acontezcan en el hijo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ VALENCIA, Agenor, *La justicia social como fin primordial de los Derechos Humanos*, 1ª Edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006.

PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

SIECKMANN, Jan R., *La teoría principalista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, 3ª Edición, Porrúa, México, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2015.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª. Edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 3ª. Edición, Trotta, Madrid, 1997.