



INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. LINEAMIENTOS QUE DEBE SEGUIRSE EN SU CORRECTA OBSERVANCIA Y APLICACIÓN

Lorena DENIS TRINIDAD*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto indeterminado.* III. *Sistemas de protección de la niñez.* IV. *Derecho prioritario.* V. *Protección y bienestar del menor.* VI. *Escucha y opinión de menor.* VII. *El establecimiento de políticas públicas económicas y jurídicas de los Estados.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

Resumen: El interés superior del niño, es un concepto indeterminado, un principio universal de derecho humano que surge de una transformación cualitativa de interpretación, comprensión y atención a las personas menores de edad. Y dada la importancia de su satisfacción los operadores jurídicos deben seguir lineamientos mínimos para su correcta observancia y aplicación: En primer lugar, debe atender cual es su naturaleza, comprender que cada niño es distinto, identificar cual es el sistema de protección que existe a favor de la niñez, ponderarlo siempre como un derecho prioritario cuya satisfacción debe ser inmediata. Atender a las circunstancias personales del menor, no separarlo abruptamente de sus padres, ni de su residencia habitual, siempre debe escucharse la opinión del menor atendiendo a su

* Doctorante en Derecho Público, master en mediación y resolución de conflictos, maestra en derecho civil y procesal civil. Certificada en litigio estratégico Internacional en Derechos Humanos. Docente de la Universidad Autónoma de Guadalajara, Campus Villahermosa, Tabasco, Jueza Civil del Poder Judicial del Estado de Tabasco. Correo electrónico: Lorenadenis@outlook.com

edad y estado de madurez y por último, debe tomar en cuenta cuales son las políticas públicas económicas y jurídicas que deben implementar en los Estados para garantizarlos.

Palabras clave: Niño, derecho humano, lineamientos, satisfacción.

Abstract: The best interest of the child is an indeterminate concept, a universal principle of human right that arises from a qualitative transformation of interpretation, understanding and attention to the minor. And given the importance of their satisfaction legal operators must follow minimum guidelines for their correct observance and application: First, it must pay attention to its nature, to understand that each child is different, to identify which is the protection system that exists in favor of childhood, always consider it as a priority right whose satisfaction must be immediate. To attend to the personal circumstances of the child, not abruptly separate him from his parents or his habitual residence, should always listen to the opinion of the child according to his age and state of maturity and finally, must take into account what are the public economic policies And legal systems that must be implemented in the States to guarantee them.

Keywords: Children, human rights, guidelines, satisfaction.

I. INTRODUCCIÓN

“Interés Superior del Niño”, puede ser una expresión utilizada por muchos: Autoridades, Políticos, medios de comunicación. Sin embargo, pocos realmente vislumbran su importancia y trascendencia.

Es un principio universal de derecho humano, que no tiene un concepto determinado. Y cuyo sistema jurídico de aplicación es muy amplio, en cada uno de los países latinoamericanos existe todo un sistema de protección a la niñez, conformado por un sistema universal, interamericano y nacional.

Empero, al constituir como un concepto indeterminado, no existe una fórmula, solamente una lista de lineamientos mínimos que los operadores jurídicos deben seguir para su correcta observancia y aplicación. De esta manera, tenemos múltiples decisiones que lejos de garantizar el interés superior del niño, lo lesionan, pareciera que la autoridad lo considera

satisfecho con tan sólo introducir la expresión a su decisión, pero sin tomar en cuenta las premisas mínimas para garantizar el bienestar y protección del niño.

Pensamos que el interés superior del niño se cumple al ordenar el aseguramiento del menor en un albergue, separarlo de sus padres o de su residencia habitual, sin tomar en cuenta que existe una mejor forma de garantizar su pleno desarrollo.

Tan es así, que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, preocupada por el grado de vulnerabilidad que existía en decisiones de autoridades de toda índole, pero esencialmente jurisdiccionales solicitó a la Corte Interamericana la necesidad de pronunciarse sobre alguna de estas garantías, de lo que surge la opinión consultiva OC-17/2002,¹ que fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8º y 25º de la Convención Americana², respecto a los derechos y medidas que las autoridades deben tomar en cuenta en el caso de menores, pues al tomarse decisiones aún cuando las autoridades pudieran afirmar que son las “mejores a los intereses

¹ *cfr.* Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto del dos mil dos, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

² *cfr.* Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de Noviembre de 1969. **Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. **Artículo 25. Protección Judicial.** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

del niño”, se dejaba en segundo plano muchas veces sus garantías y derechos procesales. Luego entonces, ya no son decisiones en favor del interés superior del niño, sino en contra de su protección y bienestar.

Se trata entonces de identificar los lineamientos que debe tomarse en cuenta para su correcta observancia y aplicación. Y en este sentido, se estructura el trabajo en seis partes, en donde en primer lugar, abordamos lo concerniente a la esencia y la naturaleza del interés superior del niño lo siguiente corresponde a dos cuestiones: Se puede conceptualizar en primer término y si corresponde a un principio.

Después de ponderar sobre la indeterminación del interés superior del menor, abordaremos y haremos un análisis de cuáles son los sistemas jurídicos de protección a la niñez. En efecto, dada nuestra tradición positivista y la amplitud de la normatividad internacional, el jurista requiere de identificar cuál es el sistema jurídico que puede utilizar a su caso concreto: Sistema universal, Sistema Interamericano y Sistema Nacional, citándose los casos más emblemáticos que ha resuelto tanto la Comisión, como la propia Corte Interamericana de derechos Humanos.

Asimismo, identificaremos al interés superior del menor como un derecho prioritario, de tal forma, que cuando exista una situación de ponderación de derechos, tomemos en cuenta la “ley de peso” o el juicio de ponderación de derechos, del que habla Robert Alexy:³ “...cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de unos de los principios, tanto mayor sea el grado de la importancia de la satisfacción de otro”, para decidir que siempre debe prevalecer el del menor.

Se propone todo un proceso epistemológico para identificar si realmente mi decisión satisface o no ese principio, haciéndonos interrogantes como: 1º ¿La decisión, realmente protege al menor?; 2º ¿Mi decisión le otorga lo necesario para su bienestar?; 3º ¿Existe alguna otra forma de que el menor este mejor protegido y con mayor bienestar respecto de la que estoy decidiendo.

Para satisfacer la protección y el bienestar del menor, el operador jurídico debe atender a circunstancias personales del menor a no separarlo de sus padres contra su voluntad,

³ CARBONELL, Miguel (coord.) Alexy Robert, “Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad”, Porrúa, México, 2011, pp. 1-25.

o no separarlo abruptamente de su residencia habitual. Término que también corresponde al orden internacional.

Resulta de vital importancia escuchar la opinión del menor, pero al hacerlo ésta debe cumplir con los lineamientos mínimos como atender edad y madurez del niño, estar asistido de un especialista, conocer si es voluntad del menor realmente externar una opinión.

Finalmente, abordaremos algunas de las Políticas públicas económicas y jurídicas que deben cumplir los Estados en la satisfacción del Interés Superior del Menor.

II. CONCEPTO INDETERMINADO

En muchas ocasiones se utiliza la expresión “interés superior del menor”, para la justificación de decisiones. ¿Pero que debemos entender por ello? ¿Como decidir sobre una figura jurídica que no conocemos?

El artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴ hace referencia a que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben atender primordialmente siempre al interés superior del niño. Comprometiéndose los Estados partes para asegurar la protección y ponderar los cuidados necesarios para el bienestar del niño.⁵

De lo que podemos inferir que dicho precepto introduce al sistema jurídico internacional dicha expresión: “interés superior del niño”, tratándola como un principio universal de protección a la niñez.⁶ Precepto en donde se da una verdadera transformación cualitativa de interpretación, comprensión y atención a las personas menores de edad, sin embargo, advertimos que no nos da un concepto como tal, sólo refiere a la obligación que tiene cualquier autoridad de atenderlo.

⁴ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁵ Art. 3°. Convención sobre Derechos del Niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

⁶ Nota. El antecedente de la Convención de los Derechos del Niño, es precisamente la Declaración de los Derechos del Niño, Aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959.

A este respecto, para conocer el significado de la expresión, es de vital importancia, la opinión Consultiva OC-17/2002,⁷ que fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8° y 25° de la Convención Americana,⁸ respecto a los derechos y medidas que las autoridades deben tomar en cuenta en el caso de menores, pues al tomarse decisiones aún cuando las autoridades pudieran afirmar que son las “mejores a los intereses del niño”, se dejaba en segundo plano muchas veces sus garantías y derechos procesales. Luego entonces, ya no son decisiones en favor del interés superior del niño, sino en contra de su protección y bienestar.

En México, el “interés Superior del niño”, se encuentra previsto por el artículo 4° Constitucional,⁹ en el que se obliga a las Autoridades del Estado a cumplir con el interés

⁷ *cf.* Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto del dos mil dos, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

⁸ *cf.* Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de Noviembre de 1969. **Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. **Artículo 25. Protección Judicial.** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁹ *cf.* Artículo 4°. Constitucional. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

superior de la niñez, ponderando sus necesidades. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos criterios de jurisprudencia, lo ha reiterado como concepto jurídico indeterminado, dando criterios mínimos que deben considerarse, pero aduciendo siempre el deber de atender cada caso en concreto de acuerdo a las circunstancias particulares para la solución estable. “... *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS...*”¹⁰

Estos criterios mínimos son:

- a) Se debe satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales;
- b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo a su 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.

Bajo este contexto, su concepción es indeterminada, no existe un concepto como tal, debiendo únicamente seguir diversos lineamientos para su correcta observancia y aplicación.

III. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ

Después que el operador jurídico hubiere ponderado que “interés superior del niño”, es un concepto indeterminado, deberá identificar cual es el sistema de protección de la niñez. Es decir, ¿qué sistema jurídico debe tomarse en cuenta mínimamente al resolver una situación relacionada con menores?

¹⁰ Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.) , Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Registro: 2006593, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, p. 270.

Información que es necesaria, dado nuestra formación Romano-Germánica, e incluso nos atreveríamos a decir, la tendencia <<positivista crítica>> que existe en el pensamiento jurídico actual.

Para resolver situaciones relacionada con menores, debemos tomar en cuenta que el sistema jurídico de protección de la niñez, puede clasificarse para efectos didácticos y pedagógicos en tres sistemas: A. Sistema Universal. B Sistema Interamericano y C. Sistema Nacional o de Derecho Interno.¹¹ Lo anterior, sin dejar de ponderar que los sistemas se pueden integrar uno con otro.

1. Sistema Universal

Forma parte de ella, la Corte Internacional de Justicia, los Órganos de vigilancia de los Tratados, mecanismos internacionales de carácter vinculante y Comité de Derechos del niño.¹² Existiendo un sin número de Tratados Unilaterales de las Naciones Unidas.¹³

En primer orden, existe la **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó este instrumento, el cual representa “un estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones”. En él, se establece que la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados especiales y asistencia y se describe a la familia como la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad. Aunque los niños son rara vez mencionados en este texto, es de todas maneras un documento significativo y su impacto en todos los seres humanos, incluyendo los niños, es lo que hace a esta Declaración tan importante. De hecho, los derechos del niño se basan en los derechos humanos.

La **Convención de Derechos del Niño**, el cual pertenece al Derecho Universal, y resulta ser el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las internas de los Estados Parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios. Es el instrumento específico más relevante.

¹¹ *Cfr.* Marco Jurídico de Protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, 2012, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia. <http://www.juridicas.unam.mx/http://www.bibliojuridica.org/>.

¹² www.un.org/es/about-un/index.html

¹³ Ver listado de títulos de Tratados que se enlistan por la Comisión de Derechos del Niño. <https://treaties.un.org/doc/source/titles/spanish.pdf>

Plantea un conjunto de disposiciones generales relativas a las personas menores de 18 años, entre ellas algunas relacionadas con la justicia para niños, niñas y adolescentes, así como las obligaciones especiales que los Estados contraen respecto de la infancia.

Los Protocolos facultativos de la Convención del Derecho del Niño. Después de la aprobación de un tratado de derechos humanos se suelen añadir “protocolos facultativos”, mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado. Un protocolo puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el tratado original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha del tratado, como por ejemplo incluir un procedimiento para la presentación individual de quejas. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño ofrecen más detalles y amplían las obligaciones del tratado original.¹⁴ Debemos considerar 3 de ellos esencialmente: **El protocolo facultativo sobre participación de los niños en conflicto armados**,¹⁵ que refiere sobre la participación de los niños en los conflictos armados, estableciendo los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades. **El Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños**¹⁶ en la pornografía llama especialmente la atención hacia la criminalización de estas graves violaciones de los derechos de la infancia y hace hincapié en la importancia que tiene fomentar una mayor conciencia pública y cooperación internacional en las actividades para combatirlas. **Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000**¹⁷ (Ley 800 de 2003). Este protocolo complementa la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada, cuya finalidad según su propio es: *Prevenir y combatir la trata de personas*,

¹⁴ https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html.

¹⁵ Cfr. El protocolo facultativo sobre participación de los niños en conflicto armados. <http://www.humanium.org/es/conflictos-armados-texto-completo/>

¹⁶ Cfr. Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf

¹⁷ Cfr. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. library.umn.edu/instree/Strafficking.html

prestando especial atención a las mujeres y los niños; Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

También existen Declaraciones, esencialmente resulta relevante la **Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños**, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, que trata sobre el hecho de que en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental.

2. Sistema Interamericano

En el sistema interamericano evidentemente son esenciales dos organismos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el sistema Interamericano se reconoce como derecho de las niñas, niños y adolescentes, los mismos derechos humanos que tiene cualquier otra persona, sin importar la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Sin embargo, establece mecanismos de protección especial para asuntos en donde intervienen.

Existen números instrumentos internacionales en este sistema, pero son fundamentales:

Por supuesto, en primero orden, **la Convención Americana de Derechos Humanos.**

Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.¹⁸ Que se aplica para la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

¹⁸ Convención Interamericana sobre conflictos en materia de adopción de menores <http://badaj.org/2015/wp-content/uploads/2014/07/Internacionales/Sistem-Interamericano/Convencion-interamericana-sobre-conflictos-de-leyes-en-materia-de-adopcion-de-menores.pdf>

*Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (hecho el 29 de mayo de 1993) (entrado en vigor el 1º de mayo de 1995)*¹⁹ que según su artículo primero, establece garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. Instauro un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños y Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

También debe tomarse en cuenta **decisiones que ha tomado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Desde su creación dicho organismo se ha referido a la temática de la niñez tanto a través de informes generales como a través de sus decisiones en peticiones y casos bajo su consideración. Entre las décadas de los años sesenta, setenta y ochenta la Comisión emitió recomendaciones sobre situaciones generales de violación de derechos humanos esencialmente relacionadas con niños.

Además deben ponderarse otras convenciones:

- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, 1989.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989.
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de adopción de menores, 1984. Ya citada en líneas arriba.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, 1994.
- Convención interamericana en materia de adopción. Ratificada por México en 1987.

Igualmente, se incluyen algunos casos examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰ para que el operador jurídico tenga una percepción en el caso de que tenga temas recurrentes.

¹⁹Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional <http://badaj.org/2015/wp-content/uploads/2014/07/Internacionales/Conferencia-Haya/Convenio-relativo-a-la-proteccion-del-nino-y-a-la-cooperacion-en-materia-de-adopcion-internacional.pdf>

²⁰ Cfr. La Infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, capítulo II. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de niñez. <https://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap2.sp.htm>

A. Caso 2137 Testigos de Jehová contra Argentina de 1978

Hecho. Este caso refiere a las restricciones impuestas por la dictadura militar argentina para la profesión de religión y culto de los Testigos de Jehová en Argentina. Entre los hechos se incluye como una de las afectaciones a los miembros de los Testigos de Jehová la expulsión de alrededor de 300 niños y niñas de edad escolar a quienes se les denegó la educación primaria al ser expulsados de las escuelas a las que asistían o simplemente al no permitírseles inscribirse en ellas en razón de su religión. **Resolución de la Corte.** En el caso, la CIDH consideró, entre otros aspectos que a la Asociación Religiosa Testigos de Jehová, se le había prohibido su actividad en la República de la Argentina; que el Estado había incurrido en violación al derecho de libertad religiosa, de culto y por consiguiente a la posibilidad de manifestarla y practicarla en público y privado.

B. Caso 11.491 Menores Detenidos contra Honduras

Hechos. Este caso se refiere a la detención arbitraria de niños en situación de calle en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras. **Consideraciones de la Comisión.** En relación al alcance de las obligaciones específicas previstas en el artículo 19 de la Convención Americana, la CIDH utiliza las normas internacionales sobre niñez lo que luego sería reconocido por la Corte Interamericana como *Corpus Juris*. Así resulta pertinente citar el párrafo 72 que establece “... *Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia*”.

C. Caso Bulacio contra Argentina (2000)

Hechos. Walter David Bulacio de 17 años de edad fue detenido por la Policía Federal Argentina el 19 de abril de 1991, en el marco de una operación de detención masiva

denominada “*razzia*”. Fue trasladado a la Comisaría 35, sala de niños donde fue torturado por agentes policiales. **Consideraciones de la Comisión.** La Comisión interpuso la demanda con el propósito de que la Corte decidiera que el Estado argentino había violado los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) en concordancia con el artículo 1 (obligación de respetar y garantizar) de la Convención Americana con respecto a Walter Bulacio.

D. Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (2001)

Hechos. Las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico nacieron en Sabana Grande de Boyá, en el Distrito de Monte Plata de la República Dominicana; ambas son hijas de madres dominicanas y padres haitianos. En este caso, los peticionarios alegaron que el Estado denegó el registro tardío de las niñas argumentando el incumplimiento de requisitos que no eran exigibles a los niños menores de 13 años de edad, y que fueron aplicados a las niñas, pese a que al momento de la solicitud Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad. Ello expuso al peligro inminente de ser expulsadas arbitrariamente de su país natal durante cuatro años y cuatro meses, debido a que no poseían documento alguno que acreditara su nacionalidad dominicana. **Consideraciones de la Comisión.** La Comisión analizó la presunta violación de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, así como de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención Americana respecto a la protección de los siguientes derechos.

E. Caso 12.285, Michael Domínguez contra Estados Unidos de América (2002)

Hechos. Este caso se refiere a la condena a pena de muerte del señor Michael Domínguez por hechos cometidos cuando tenía 16 años de edad. **Consideraciones de la Comisión.** Una de las consideraciones de este caso concierne al carácter *de jus cogens* de la prohibición de la aplicación de la pena de muerte para personas menores de 18 años. Así, la Comisión señaló que el artículo I de la Declaración Americana “*no prohíbe absolutamente la pena de muerte, prohíbe sí su aplicación cuando ello dé lugar a una privación arbitraria de la vida o la torne por otras razones un castigo cruel, infamante o inusitado*” Adicionalmente, dado que se trataba de una persona menor de 18 años.

F. Caso 12.406 Mónica Carabantes Galleguillos contra Chile (2002)

Hechos. Este caso refiere a la expulsión de la adolescente Mónica Carabantes Galleguillos de 15 años de edad de una escuela privada en razón de su embarazo. Habiendo terminado por una resolución amistosa.

G. Caso 10.506 X e Y contra Argentina (1996)

Que trata sobre revisiones vaginales en menores de edad en centros penitenciarios de Argentina. **Consideraciones de la Comisión.** En este caso, la Comisión desarrolló algunas consideraciones respecto a la incidencia de las prácticas de revisiones vaginales en el caso de las niñas conforme a criterios de legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La CIDH afirmó que *“La realización de revisiones o inspecciones vaginales en ciertas circunstancias puede ser aceptable, siempre y cuando la aplicación de la medida se rija por los principios de debido proceso y salvaguarda de los derechos protegidos por la Convención”*.

H. Caso 1070-04 Milagros y Leonardo Fornerón contra Argentina (2006)

Hechos. Este caso se refiere al ejercicio del derecho de guarda y custodia de la niña Milagros Fornerón de seis años de edad. Según relataron los peticionarios la niña había sido entregada en guarda temporal por su madre biológica sin contar con la autorización del padre quien luego de tomar conocimiento de los hechos inició un proceso de guarda y restitución de la niña.

Por lo tanto, al tener un caso sobre menores, el operador jurídico debe verificar si un caso similar no ha sido resuelto o tratado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. Decisiones de casos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha decidido y establecido Jurisprudencia respecto a temas relacionados por la niñez. Misma que además es obligatoria. Y aun cuando existe diversas resoluciones en este sentido, las cuales pueden ser localizables fácilmente en el buscador jurídico de derechos Humanos denominado: “BJDH”, resultan relevantes para fines pedagógicos, citar los siguientes:

- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Caso Átala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Caso Fecundación in vitro vs Costa Rica.
- Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo.

Redes existentes. En el Sistema Interamericano existe la Red Interamericana de Información sobre Niñez (RIIN): En los últimos 17 años el Instituto Interamericano del Niño ha desarrollado una Red de Información sobre Niñez y Familia (RIIN) integrada por 18 países distribuidos en América del Sur, América Central y el Caribe, además de subredes nacionales integradas por un Centro Coordinador que oficia como Centro Nacional de Información sobre Niñez y Familia, Subcentros focales (intermediarios a nivel local entre la sociedad, las personas que trabajan con infantes y la SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO y la Red de Información Nacional) y centros usuarios (centro encargado de consultar y difundir toda la información contenida en la base de datos). En suma, hacen un total de 110 centros de información. Cuenta con una base de datos compuesta por: 81.000 referencias documentales, 2.000 proyectos, 12.500 instituciones y 7.000 documentos en texto completo. Asimismo, la Red publica periódicamente Revistas Informativas seriales y especializadas, directorios, Páginas Amarillas de la Infancia, y Páginas Verdes con información sobre proyectos en ejecución las cuales se encuentran disponibles en la página web del Instituto.²¹

Opinión Consultiva OC-17/2002,²² de los documentos más importantes a considerar, con fecha de veintiocho de agosto del dos mil dos, en que fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” una consulta sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la

²¹ Sistematización de la Información sobre Derechos del Niño Instituto Interamericano del Niño. http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/22Sistematizacion_Informacion.pdf

²² Opinión Consultiva OC-17/2002, del veintiocho de agosto del dos mil dos, que fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos. Esta opinión es de vital importancia, dado que encontramos la definición de niño, lo concerniente al interés superior del niño como un concepto indeterminado, pero además de cuáles son los procedimientos que deben seguirse en caso de procesos jurisdiccionales donde se involucren niños y para garantizar los principios mínimos de defensa respectivos.

3. Sistema Nacional

En la cúspide del procedimiento nacional evidentemente se encuentra nuestra *Carta magna*, esencialmente los artículos 1º y 4º. Debiéndose siempre considerar el sistema de protección siguiente:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Legislación Federal.
- Legislación Local de cada Estado.
- Todo el Sistema de Justicia para Adolescentes.
- Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Los protocolos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de niñez, los cuales aún cuando no tiene el carácter de vinculante, reflejan los compromisos firmados por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, en relación con el trato que se debe dispensar a los menores que se enfrentan a un proceso judicial de cualquier índole, por lo tanto, los vinculantes son los instrumentos internacionales ahí descritos. Empero debe reconocerse el esfuerzo realizado por la Suprema Corte, constituyendo verdaderas herramientas que debe considerarse al momento de resolver cuestiones donde se involucren situaciones de niños, niñas y adolescentes. Algunos de los más relevantes son: Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, así como el manual de este protocolo, que es denominado “fundamentos útiles para la aplicación del protocolo”; Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas. Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la Justicia de Personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños Adolescentes, Comunidades Indígenas.

Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Protocolo para quienes imparten justicia en caso de involucren derechos de personas con discapacidad. Protocolo de actuación para quienes imparte justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren orientación sexual o identidad de género.

A. Redes: Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez²³

En México, existe una red de jueces especializados en restitución Internacional de menores, formada en una reunión Plenaria de la CONATrib del 15 de enero de 2010. La Red es un corolario del compromiso de los Tribunales Superiores de Justicia de todo el País del orden común para articular objetivos comunes y sumar fuerzas en aras del mejoramiento en la impartición de justicia y de la protección eficaz de derechos fundamentales, existen ochenta y cinco representantes de veintinueve entidades federativas, jueces designados por cada tribunal superior, realizándose con el apoyo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

IV. DERECHO PRIORITARIO

Los derechos del niño, son un derecho prioritario. Y prioritario, según la real academia española,²⁴ proviene del latín medieval “*prioritas*” *prior.-oris*, que significa: El primero entre dos, anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden. Anterioridad o precedencia de algo respecto de otra cosa que depende o procede de ello. Es decir, que antes de considerar cualquier otro derecho o principio, debe ponderarse el “interés superior del niño”. Y este, debe ser satisfecho antes en tiempo y orden que cualquier otro.

De tal manera, que si tomamos en cuenta la “ley de peso” o el juicio de ponderación de derechos, de la que habla Robert Alexy:²⁵ “...*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de unos de los principios, tanto mayor sea el grado de la*

²³ Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez [http://www.iejdf.gob.mx/work/models/IEJ/Resource/229/10/images/primer%20red\(1\).pdf](http://www.iejdf.gob.mx/work/models/IEJ/Resource/229/10/images/primer%20red(1).pdf).

²⁴ Cfr. Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=UCd7HKS>.

²⁵ CARBONELL, Miguel (coord.) Alexy Robert, “*Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*”, Porrúa, México, 2011, pp. 1-25.

importancia de la satisfacción de otro”, cuando debamos realizar una ponderación de derechos, siempre será de mayor relevancia, los derechos del niño.

En este orden de ideas, si estamos ante un derecho de un adulto y un derecho del niño, prevalecerá siempre este último. Ejemplo: Si un asunto del orden penal, el Fiscal Adscrito dicta medida de protección y de seguridad para que el menor sea depositado en un albergue. Es innegable, que cuando el juez conozca del asunto, debe determinar lo concerniente a las medidas relacionadas con el menor (antes que otro). Y no esperar, resolver la situación jurídica del adulto, para después, determinar si debe prevalecer o no las dictadas respecto al niño.

Asimismo, si nos encontramos ante un derecho sustantivo y ante derechos del niño prevalecerá siempre el derecho del niño. Ejemplo: Una menor es sustraída del lugar donde nació y alejada de su padre y tres hermanos. Es registrada ante el Oficial del Registro Civil de otro lugar al de su nacimiento y en el rubro correspondiente a los padres, se coloca el nombre de la madre biológica, pero en el del padre, se coloca otro nombre distinto. Se hace la denuncia por robo de infante, donde dentro de las investigaciones penales correspondientes, se realiza la prueba de ADN y se determina que el padre es el que habita del lugar donde fue alejada. El padre biológico solicita un juicio de nulidad de acta de nacimiento y pide como medida cautelar que la menor se devuelva a su lugar de origen. El juez niega ello, haciendo notar una disposición del orden civil, que dice: Que el estado civil de las personas sólo se comprueba con el atestado de nacimiento. Y por ende, debería esperar el promovente hasta las resultas del juicio, es decir, hasta que su nulificara esa acta. Empero se debió ponderar el interés del menor como derecho prioritario y valorar que existía una prueba de ADN, adminiculado con otros elementos de prueba, que acreditaban la posible comisión de un delito, el lugar o seno familiar de la menor, que tenía hermanos y un padre en este otro lugar. Empero la menor tardo 3 años en un albergue mientras se resolvió el juicio de nulidad, por una medida cautelar de una investigación penal. Y ello es consecuencia, de no ponderar al derecho de los menores, como derecho prioritario. El derecho del niño, es un derecho prioritario.

V. PROTECCIÓN Y BIENESTAR DEL MENOR

Estos son dos vocablos “protección” y “bienestar”, al que podemos denominar la fórmula mágica para ponderar el interés superior del niño. El principio “interés Superior del niño”, es utilizado por la mayoría de los operadores jurídicos para apoyar sus decisiones, pero realmente las decisiones que se toman satisfacen dicho principio. O a veces, se cometen excesos, atrocidades o violaciones a la integridad física, psicológica del menor amparado en ello.

Y entonces, como puedo saber si mi decisión es adecuada o no? La respuesta está en atender a la fórmula o solución que nos da el propio artículo 3º de la Convención de los Derechos del niño, párrafo segundo,²⁶ esencialmente cuando dice: “*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la **protección** y el cuidado que sean necesarios para su **bienestar***”.²⁷ Es decir, el operador jurídico, debe cuidar que su decisión realmente cumpla con dar protección y bienestar, en un ejercicio de mayéutica jurídica propuesta por Sócrates, podríamos plantear las siguientes interrogantes: 1º. ¿Mi decisión, realmente protege al menor? 2º. ¿Mi decisión le otorga lo necesario para su bienestar? 3º. ¿Existe alguna otra forma de que el menor este mejor protegido y con mayor bienestar respecto de la que estoy decidiendo? Si la respuesta alguna de las dos primeras interrogantes es NO, entonces, significa que mi decisión no esta atendiendo al Interés Superior del menor. Ejemplo: Decidir en primer orden separar al menor de su seno familiar, de su residencia habitual, para colocarlo abruptamente en un albergue, sin atender que existen otras posibilidades de otorgarle su protección y bienestar, como podría ser: Quedar al cuidado de algún familiar, que permanezca en el seno familiar bajo vigilancia periódica de alguna Institución del Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

Es por ello, que cualquier operador jurídico tiene la obligación de que cuando se trate situaciones de menores donde su protección es de mayor intensidad, debe realizar un estricto escrutinio de todos los elementos, es decir, todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes que tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la

²⁶ *Op. Cit.* p. 3.

²⁷ *Cfr.* Artículo 3º Convención de los Derechos del Niño, párrafo segundo.

satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral. En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad.

Razonamientos lógicos – jurídicos que forman parte del criterio de jurisprudencia emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable bajo el rubro: *“INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESCRITO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES”*.²⁸

La prioridad también tiene que ver con cuestiones procedimentales: Que las podemos analizar desde dos puntos de vista, esencialmente con el no retraso en las decisiones judiciales. Dado que muchas veces es presentada la demanda con solicitud de medidas cautelares y de aseguramiento ante jueces familiares, sin embargo, éstas son resueltas hasta meses después. Y entonces, al no proveer en tiempo y forma no se cumple concibiendo al interés superior del menor como un derecho prioritario.

Asimismo, la prioridad también tiene que ver con la flexibilidad en el proceso, para ponderar cuando los medios alternos de solución de conflicto favorecen al entorno familiar en que se encuentra al menor.

Con eliminar o suprimir el exceso de formalidades que rigen un procedimiento, sin es en beneficio del niño. Ejemplo: Un menor que llega a la escucha de menor, habiendo consumido marihuana. La formalidad aduce a que se deberán girarse oficios para solicitar el auxilio de peritos y que estos hagan la protesta respectiva. Pero si ponderamos la “urgencia del caso”, dado que se trata de un menor, puede suprimirse esas formalidades a través de llamadas telefónicas. Y que se presente el perito al momento de la diligencia, de lo contrario,

²⁸ Tesis: P./J. 7/2016 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Registro: 2012592, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de justicia, Tipo de Tesis: Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional.

esperar a que se gire oficio la Procuraduría o la institución respectiva, puede vulnerar el interior superior del niño, por el tiempo considerable en que puede transcurrir.

1. Atención a circunstancias o realidades personales de cada niño

Las autoridades siempre deben atender a la realidad personal del menor. A este respecto, debe considerarse las características del desarrollo infantil y adolescente, esto es, cuáles son las particularidades de ese menor, qué edad tiene, pues cada ser humano tiene singularidades particulares de acuerdo a su edad, cuál es su pensamiento, conducta, el manejo de sus emociones. Un niño de cinco años, tiene diversas particularidades muy distintas a las que tiene un adolescente de quince años.

Debe atenderse si el menor tiene padecimientos especiales. Y si es así hacerlo del conocimiento al operador jurídico. Ejemplo: Un menor que tiene Autismo, es presentado ante el Juez a escucha de menores. En el momento de la diligencia y ante un interrogatorio inadecuado. El menor corre y se encierra en el baño del cubículo del juez. Situación que hubiere sido distinta, si ello hubiere sido del conocimiento del juzgador. De ahí que es obligación de todas las partes involucradas en la instancia que corresponda atender realmente al “interés superior del menor”, velar por su bienestar y protección y ponderar las circunstancias especiales del mismo. Lo mismo sucede, si el menor habla otra lengua o idioma. O si debe atenderse alguna situación de migración o cualquiera situación vulnerable que deba considerarse. No podemos soslayar cuando el menor padece alguna discapacidad, ya que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los menores con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otro niño. Además, no solo deben disfrutar de los derechos garantizados por la Convención, sino también a: Derecho de un tratamiento adecuado, a la educación especial si lo requiere, al ocio y a externar su opinión.²⁹

Las características mentales, de control de emociones, de concepción de la realidad, de manejo de información, de memoria, de atención, etc., entre adultos y niños, niñas y adolescentes son diferentes.³⁰ Estas características afectan de manera contundente la manera

²⁹ <http://www.humanium.org/es/ninos-discapitados>

³⁰ Cfr. CASTAÑER, Analia, “*Las obligaciones del juzgador o juzgadora ante las características estructurales de niños, niñas y adolescentes*”, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. Jean Piaget, Seis estudios de Psicología, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1967. Falta número de página.

en la que el niño, niña o adolescente se relaciona con su entorno y la forma como lo comprende, sus vivencias y sus conductas. No es posible que el niño o niña “se esfuerce” para modificar el tipo de pensamiento con el que cuenta. No es posible que “obedezca” si un adulto le exige un razonamiento que no le está habilitado desde su estructura neurológica. No es posible que, mediante alguna acción externa, el adulto que interactúa con el niño o niña logre que pueda desplegar un tipo de pensamiento diverso al que le corresponde según la etapa evolutiva que atraviesa. La diferencia estructural esencial, en términos generales, es que el adulto ha transitado ya por todas las etapas de desarrollo cognitivo, hasta lograr la última de las habilidades vinculadas al pensamiento y razonamiento: el pensamiento hipotético deductivo.³¹ Por lo tanto, deben tomarse en cuenta las circunstancias especiales de cada menor. De lo contrario, no podríamos satisfacer con garantizar su protección y bienestar.

2. Residencia Habitual y no separar al niño de sus padres contra su voluntad, a menos que ello le favorezca

Otro elemento que debe considerar quien está al ejercicio de una decisión sobre el “interés superior del menor” es que debe atender a la residencia habitual del menor. Residencia habitual, es una expresión que podemos encontrar en el protocolo de restitución internacional de menor o en la Convención sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores.³² En ellos, los Estados de Parte se comprometieron a garantizar el interés superior del menor, pero sobre todo a velar por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, excepto por situaciones estrictamente necesarias.³³

Muchas veces, ante la decisión de proteger y asegurar el bienestar del niño, el operador jurídico decide entre las opciones la más grave y perjudicial para el menor.

³¹ A.C. Jean Piaget, *Seis estudios de Psicología*, Barcelona, Editorial Seix Barral, 1967. (incluir el número de la página)

³² *Op. Cit.* Falta el número de página

³³ *Cfr.* Artículo 9º. Convención sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

VI. ESCUCHA Y OPINIÓN DE MENOR

Es un derecho del niño emitir su opinión, así lo establece el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en el que refiere que los Estados Parte deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Bajo este contexto, todo niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En este sentido un niño siempre debe ser escuchado, sin embargo, en esta escucha resulta relevante la función de la edad y la madurez del menor. Por lo tanto, la autoridad debe cuidar que el menor tenga la edad y madurez para emitir una opinión. Muchas veces se ordena emitir la opinión de un menor de 2 años, que ni siquiera articula palabra alguna y evidentemente no tiene ni la edad ni la madurez adecuada.

Sin embargo, deben cuidarse diversos aspectos:

- Que el menor tenga edad y madurez para emitir una opinión.
- Que sea capaz de emitir un juicio propio.
- Que sea voluntad del menor emitir una opinión y que lo haga libremente.
- Que esa opinión sea dada sin la influencia de otra persona u factores.
- Que la escucha se realice en un lugar apropiado para el menor, dado que si los juzgados de familia intimidan muchas veces a los adultos imagínese a los menores.
- Que no se realice una revictimización y práctica desmedida.
- Que quien escuche al menor tenga los estudios mínimos para tener empatía y saber sobre la opinión del menor.
- Identificar cuando existe alienación parental. Entendiéndose por este como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del niño, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la del progenitor con el objetivo de realizar una campaña denigratoria.

Resulta relevante para el caso en estudio la contradicción de tesis 256/2014, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así como la observación general número 12 (2009), suscrita en el 51º periodo de sesiones, por el Comité de Derechos del Niño, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009,³⁴ cuyos objetivos son: Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general; Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12 de la Convención Interamericana. Destacar los enfoques positivos y proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten.

VII. EL ESTABLECIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LOS ESTADOS

Los Estados deben mucho respecto a los menores. Realmente deben realizar verdaderos esfuerzos para que garanticen la protección y el bienestar de los menores y el pleno respeto al interés superior del menor. Aquí algunas recomendación de que la propia Unicef refiere necesarias y que deben ser obligación de todos los Estados.

- Formular un amplio programa nacional para la infancia.
- Establecer organismos o mecanismos permanentes para promover la coordinación, la verificación y la evaluación de las actividades de todos los sectores gubernamentales.
- Velar por que todas las leyes sean plenamente compatibles con la Convención.
- Aumentar la presencia de los niños y niñas en los procesos de formulación de políticas de todos los sectores del gobierno mediante la introducción de una evaluación de los efectos de las medidas sobre la niñez.
- Realizar un análisis presupuestario adecuado para establecer la proporción de fondos públicos que se emplean en la infancia y asegurar que estos recursos se utilicen de una forma efectiva.
- Asegurar que se recopila una cantidad suficiente de datos y se utilizan para mejorar la situación de todos los niños y niñas en todas las jurisdicciones.

³⁴ *cfr.* Observación General número 12.

- ❑ Convención mediante programas de formación destinados a todas las personas que participan en la formulación de políticas gubernamentales y que trabajan con niños o para ellos.
- ❑ Involucrar a la sociedad civil —incluidos los propios niños y niñas— en el proceso de aplicación y en la concienciación de la opinión pública sobre los derechos de la infancia.
- ❑ Establecer por ley oficinas independientes —defensores del pueblo, comisiones u otras instituciones— para promover y proteger los derechos de la infancia.

VIII. CONCLUSIONES

El interés Superior del niño es un concepto indeterminado. Y existen lineamientos básicos que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas los órganos legislativos, deben atender para asegurar su protección y el cuidado necesario para su bienestar. Lineamientos que quedaron debidamente precisados en líneas que anteceden.

IX. BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Editorial Fontorama, México, 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Argumentación Jurídica, El juicio de Ponderación y Principio de Proporcionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2001.
- PEREZ FUENTES, Gisela María, *Temas actuales de estudios Jurídicos*, Edutiruak tirant lo blanch, México 2016.
- RAMIREZ GARCIA, Hugo Saúl, *Familia, Semántica de la humanidad, memorias de la II Jornadas Universitarias sobre la Familia*, Porrúa, México, 2012.

Páginas de internet.

<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/95/10.pdf>

<http://www.congresobc.gobmx>.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_esp.pdf.

<http://www.dplf.org/es/resources/informe-presentado-en-audiencia-derechos-humanos-e-independencia-judicial-en-guatemala-154>.

<https://cejil.org/.../organizaciones-cuestionan-ante-la-cidh-independencia>

<https://www.oas.org/es/cidh/defensores/.../Operadores-de-Justicia-2013>.

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

www.juridicas.unam.mx

www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/003.asp

www.ohchr.org

www.ordenjuridico.gob.mx

www.un.org/es/icj/