

VII. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CRITERIOS JUDICIALES

Mónica González Contró*

1. INTRODUCCIÓN

El principio del "interés superior del niño" (ISN) tuvo una temprana aparición en el derecho internacional. En opinión de algunos autores, una formulación embrionaria se encuentra en la Declaración de Ginebra de 1924¹ (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 261). Expresamente se menciona por primera vez en dos de los principios de la Declaración de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959.² El principio 2 establecía que todo

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante del Proyecto sobre el Interés Superior del Niño MINECO DER 2013-47866-C3 2-P.

¹ La Declaración de Ginebra deriva de la iniciativa de Eglantyne Jebb, fundadora de la organización internacional *Save the Children* y aprobada por la Sociedad de Naciones en 1924. Consta de cinco artículos: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

² La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Consta de un breve preámbulo y diez principios que recogen

niño debía gozar de protección especial y disponer de oportunidades y servicios dispensados por la ley y que "Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". De igual manera, el principio 7 que prevé el derecho a la educación, a ser educado y orientado por sus padres y al juego, señala que "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".

Posteriormente, el ISN es retomado en diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.³ El artículo 3 de este instrumento internacional establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El principio aparece también en otros artículos de la CDN: 9, 10, 18, 20, 21, 37 y 40, relativos al derecho del niño a no ser separado de sus padres; reunificación familiar; responsabilidad de ambos padres en la crianza del niño; niños temporal o permanentemente separados de su

los siguientes derechos: derecho al disfrute de todos los derechos sin distinción; derecho a la protección especial y a disponer de oportunidades y servicios a través de leyes promulgadas de acuerdo con el interés superior del niño; derecho a un nombre y nacionalidad; derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados; derechos del niño física o mentalmente impedido; derecho a no ser separado de sus padres; derecho a la educación, a la orientación de sus padres, al juego y recreación; derecho a ser el primero en recibir atención y socorro en toda circunstancia; derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad, explotación y trata; derecho a ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, paz y fraternidad universal.

³ La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. A diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención es vinculante para los Estados que la ratifiquen. Consta de un preámbulo y 54 artículos que reconocen un amplio catálogo de derechos para las niñas y niños.

medio familiar; adopción; niños privados de libertad y justicia para adolescentes, respectivamente.

De igual manera, el ISN aparece en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁴ (preámbulo), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵ (artículo 8), y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones⁶ (preámbulo y artículos 2 y 3), así como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ (artículos 5 b y 16, párrafo 1 d).

En México, la referencia explícita del "interés superior de la niñez" se incorpora con la reforma al artículo 4o. constitucional, publicada el 12 de octubre de 2011, mediante la cual se establece que este principio "deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez". Sin embargo, el ISN se encontraba ya reconocido constitucionalmente a raíz de la reforma al artículo 1o. en materia de derechos humanos al estar contenido en las diversas disposiciones mencionadas de la CDN y haber sido reconocido como uno de los principios rectores de dicho instrumento por el Comité

⁴ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, firmado por el Estado Mexicano el 7 de septiembre de 2000, ratificado el 15 de marzo de 2002 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002.

⁵ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, firmado por el Estado Mexicano el 7 de septiembre de 2000, ratificado el 15 de marzo de 2002 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de abril de 2002.

⁶ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de noviembre de 2011. Aún no ha sido firmado ni ratificado por México.

⁷ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, firmado por el Estado Mexicano el 17 de julio de 1980, ratificado el 23 de marzo de 1981, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

de los Derechos del Niño (ComitéDN), como se explicará posteriormente. El ISN se había recogido anteriormente en la legislación interna; la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes lo reconocía desde su publicación en el año 2000 como uno de los principios rectores en la fracción A del artículo 3o. Se menciona igualmente en los artículos 4o. (derecho de prioridad), 24 (derecho a la reunificación familiar) y 45 (justicia para adolescentes). Las leyes estatales y del Distrito Federal reconocen también este principio en sus ámbitos de aplicación.

En el ámbito jurisdiccional mexicano, el principio del ISN ha sido muy utilizado. Desde hace algunos años aparece con alguna frecuencia en resoluciones judiciales que afectan de alguna manera derechos del niño. También ha sido objeto de interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia (SCJN), tanto en su significado general como en su aplicación a casos concretos, especialmente en materia familiar.

Las sentencias que se analizan interpretan el principio del ISN en diversos ámbitos. Para su estudio, este comentario se desarrolla en varios apartados. En primer término se exponen los criterios emitidos durante los últimos años por el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio del ISN. Con base en el marco teórico-conceptual se procederá al análisis de las tres sentencias objeto de este comentario, para concluir con algunas consideraciones sobre la aplicación del principio derivadas del actual marco jurídico en materia de derechos humanos.

2. EL ISN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha dicho ya, la CDN fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Mexicano al año siguiente. En el artículo 43 se crea el Comité de los Derechos del Niño, integrado por 18 expertos internacionales, como el órgano encargado de dar seguimiento al cumplimiento del tratado por los Estados.

Cada Estado tiene obligación de informar sobre las medidas tomadas para dar garantía a los derechos de niñas y niños; la primera vez a los dos años de haber ratificado la CDN y posteriormente cada cinco años (artículo 44). El Comité emite una serie de observaciones a los Estados manifestando los avances y motivos de preocupación acerca de la situación que guardan los derechos en el país. Además de las observaciones finales a los informes presentados por los Estados, el ComitéDN elabora las observaciones generales, en las cuales se pronuncia sobre derechos específicos de la Convención.

El ISN fue identificado, desde las primeras sesiones del ComitéDN, como un principio rector de la CDN. Posteriormente, fue definido en la Observación General No. 5, sobre "Medidas generales de aplicación de la Convención" (OG5). En 2013 su interpretación fue objeto de la Observación General No. 14 (2013) "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)" (OG14).

El objetivo de la OG5 fue establecer la forma en que los Estados deben presentar sus informes. Con este fin, el documento clasifica los derechos contenidos en la Convención en las siguientes categorías:

- Medidas generales
- Definición del niño
- Principios rectores
- Derechos y libertades civiles
- Entorno familiar y otro tipo de tutela
- Salud básica y bienestar
- Educación, esparcimiento y actividades culturales
- Medidas especiales de protección

En el rubro de "Principios rectores", el ComitéDN señala que, para la aplicación de la CDN por parte de todas las autoridades, es necesario asumir una perspectiva basada en los derechos del niño. Para ello identifica cuatro artículos que contienen igual número de principios rectores: no discriminación (artículo 2o.), interés superior del niño (artículo 3o.), derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6o.) y derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan (artículo 12).

En relación con el ISN, señala que para su aplicación es necesario que las autoridades, en cada caso que se refiera directa o indirectamente a los niños, realicen un análisis sistemático de cómo los derechos e intereses se verán afectados:

Artículo 3, párrafo 1. El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando

sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

Igualmente, el ComitéDN considera que el hecho de que la obligación de garantizar el ISN subsiste aun cuando sean particulares quienes presenten servicios o dirijan instituciones vinculadas con la infancia. En estos casos, las autoridades deben garantizar el reconocimiento y la realización de todos los derechos a través de la creación de normas y mecanismos de supervisión adecuados (párrafo 44). Asimismo, la OGS habla sobre la necesidad de un proceso continuo de evaluación de los efectos de las decisiones de cualquier tipo de disposiciones legislativas y políticas en los derechos de las niñas y los niños, para que el ISN sea una consideración primordial. Según el ComitéDN esta práctica debe incorporarse en todos los niveles de gobierno (párrafo 45). El ISN debe verse reflejado también en los presupuestos públicos; para ello es necesaria la posibilidad de determinar el monto que cada Estado destina a la realización de los derechos de la infancia, en especial para que los niños marginados o desfavorecidos estén protegidos contra los efectos negativos de las políticas económicas (párrafo 51). Por último, se destaca también el deber de los organismos internacionales, tanto de Naciones Unidas, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial de Comercio, de velar por que la cooperación internacional y el desarrollo económico tengan como consideración primordial el ISN (párrafo 64).

Como puede verse claramente en las consideraciones de la OG5, el ISN se aplica en todos los ámbitos de la vida pública, imponiendo una serie de obligaciones a los Estados para garantizar el cumplimiento de todos los derechos.

En la OG14 (2013) el ComitéDN se centra en el significado del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En el documento se realiza un análisis de cada uno de los componentes del artículo 3o., párrafo 1, de la CDN que contiene este principio, y se le vincula con el enfoque de derechos, la garantía de la integridad del niño y la promoción de la dignidad humana. La OG14 identifica el ISN desde un triple enfoque: como un "derecho", un "principio" y una "norma de procedimiento". En tanto "derecho", el ISN establece una obligación que se pone en práctica cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general. En este sentido, se trata de una obligación de aplicación directa que puede invocarse ante tribunales. Como "principio", el ISN tiene una función interpretativa que orienta a la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño, cuando una disposición admite más de una interpretación. Por último, como "norma de procedimiento", que debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de cualquier decisión en los niños; esta función incluye un deber de los Estados de explicar la forma en que se ha tomado en cuenta el ISN en cada decisión.

El objetivo de la OG14 es proponer un marco para la evaluación y determinación del ISN, con el fin de mejorar su comprensión y propiciar el cambio de actitud que se requiere para reconocer a los niños como titulares plenos de derechos. Ello implica tanto las medidas de aplicación tomadas por los Estados como las decisiones individuales realizadas por las autoridades,

que afectan a uno o varios niños en concreto, así como al sector privado y a los padres y cuidadores.

El ISN es un concepto dinámico y flexible, que debe ser evaluado adecuadamente en cada contexto. Un elemento interesante de la OG14 es el análisis de la expresión "consideración primordial". Con este concepto, en opinión del ComitéDN, se hace referencia a que el ISN no puede estar en el mismo nivel que otras consideraciones debido a la condición de los niños que los coloca en desventaja frente a otros intereses de personas adultas, lo que obliga a tener en cuenta específicamente sus intereses y a darles máxima prioridad.

El documento enumera y explica los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el ISN:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud
- g) El derecho del niño a la educación

En relación con las garantías procesales para velar por la observancia del ISN, se mencionan las siguientes:

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión
- b) La determinación de los hechos
- c) La percepción del tiempo
- d) Los profesionales cualificados

- e) La representación letrada
- f) La argumentación jurídica
- g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
- h) La evaluación del impacto en los derechos del niño

En el ámbito interamericano hay también importantes criterios sobre el principio del ISN. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" señala que se trata de un "principio regulador de la normativa de los derechos del niño", fundado en la idea de dignidad humana y que permite el desarrollo de las potencialidades de la persona. Este principio se funda en el reconocimiento mismo de la dignidad del niño e implica la adopción de medidas especiales para la protección de sus derechos. Para ello es necesario ponderar tanto las medidas especiales como la situación particular de cada niño:

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano,⁸ en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El ISN debe entenderse como la satisfacción de todos los derechos que irradia efectos en la interpretación de los demás derechos cuando el caso se refiera a personas menores de edad. La aplicación del principio ISN tiene consecuencias importantes, según la CrIDH, en la aplicación de las medidas especiales

⁸ En igual sentido, el preámbulo de la Convención Americana.

de protección a las que hace referencia el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹

En lo que se refiere a las observaciones al Estado Mexicano (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006)¹⁰ respecto del tercer informe presentado por México, el ComitéDN manifiesta su preocupación porque en la legislación y políticas nacionales no se ha prestado la suficiente atención al ISN y, por ello, recomienda al Estado la adopción de medidas para que éste sea efectivamente garantizado en todos los ámbitos, incluida la asignación presupuestal a los temas de infancia.

25. Al Comité le preocupa que en la legislación y las políticas nacionales no se preste la debida atención al principio del interés superior del niño y que la población tenga escasa conciencia de la importancia de ese principio.

26. El Comité recomienda que el Estado Parte adopte medidas para sensibilizar a la población acerca del significado y la importancia de aplicar el principio del interés superior del niño y vele por que el artículo 3 de la Convención esté debidamente reflejado en sus medidas legislativas y administrativas, como las relacionadas con la asignación de los recursos públicos.

Otros ámbitos en los que el ComitéDN considera que el Estado Mexicano no ha garantizado el ISN, es respecto de los niños colocados con su madre o padre en la cárcel y en materia de adopción. En ambos casos considera que el Estado tiene

⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, pr. 56, 59 y 60.

¹⁰ Las últimas observaciones hechas a México se remontan al 2006 debido a que el Estado Mexicano se retrasó en la entrega de los informes 4 y 5, que le correspondía hacer el 2011. Por esta razón, el siguiente examen será dado a conocer en 2015.

obligaciones que cumplir para garantizar que cualquier medida o decisión que se tome, sea de acuerdo con el ISN y la garantía plena de sus derechos.

Es claro, entonces, que el ISN es un concepto dinámico cuyo contenido debe ser determinado en cada caso concreto. La CDN y demás instrumentos internacionales que lo contemplan y lo desarrollan no pueden indicar taxativamente todas las posibles interpretaciones y aplicaciones del ISN, sino que establecen ciertos lineamientos para la actuación de todas las partes involucradas (autoridades, sector privado, sector social, padres y cuidadores) en los casos en que se ven involucrados derechos humanos de niñas y niños. Es importante resaltar también la serie de elementos identificados por el ComitéDN que deben estar presentes para evaluar el ISN, así como las garantías procesales para velar por su observancia.

En lo que se refiere a las observaciones hechas al Estado Mexicano, se advierte un déficit en la garantía del principio del ISN en general,¹¹ pero también en casos concretos. En estos últimos, el ComitéDN tampoco expone fórmulas únicas, sino que establece la obligación de evaluar en cada caso particular lo que corresponde al ISN de cada niña o niño con padre o madre en la cárcel o sujeto de adopción. Se confirma en la experiencia de México el carácter dinámico y flexible del principio y las obligaciones que corresponden a su aplicación.

En las sentencias de la CrIDH se muestra la aplicación de este principio a asuntos concretos, en donde se determina la

¹¹ Presumiblemente, el ComitéDN valorará como un avance la incorporación del principio del ISN en el artículo 4o. de la Constitución Mexicana, aunque en la aplicación continúen existiendo deficiencias importantes.

responsabilidad del Estado en relación con el principio del ISN. En éstas, el ISN es un factor que agrava la responsabilidad del Estado respecto a la violación de derechos humanos cuando las víctimas son personas menores de edad y establece una serie de deberes especiales en la garantía de los derechos, por ejemplo, referido a lo que constituye las condiciones de vida digna.

A partir de la reforma en materia de derechos humanos, las normas de los tratados internacionales y la interpretación de los órganos encargados de supervisar su cumplimiento, son de observancia obligatoria para todas las autoridades. En consecuencia, las observaciones del ComitéDN deben ser tomadas en cuenta en toda resolución judicial que afecte la vida de los niños. Si bien la OG16 es posterior a las sentencias que se analizan, los criterios que contiene se derivan directamente de los derechos de la CDN.

Lo mismo ocurre con los criterios de la CrIDH, pues desde hace varios años este tribunal internacional se ha pronunciado, tanto en ejercicio de su función consultiva como en la jurisdiccional, sobre la interpretación y aplicación del ISN. Es por ello que los estándares de estos órganos internacionales, son los que deben ser aplicados para el análisis de las sentencias emitidas por nuestro más Alto Tribunal.

Con estos elementos, se entrará al análisis de las tres sentencias. Se propone contrastar qué tanto se ajustan los criterios de la SCJN a los tratados internacionales y a la interpretación de los órganos internacionales.

3. EL ISN EN LAS SENTENCIAS A ESTUDIO

Como se ha mencionado, el ISN ha sido el principio de la CDN más utilizado en el ámbito jurisdiccional. Las sentencias que se comentan aplican, a los casos concretos, este principio para resolver controversias en materia familiar y dan origen a diversas tesis que desarrollan su interpretación. Para analizar las resoluciones utilizaremos los elementos señalados por el ComitéDN para su evaluación y determinación. Pero primero, expondremos brevemente cada uno de los casos resueltos por la Primera Sala de la SCJN.

El primer caso¹² trata del amparo directo en revisión 69/2012 en contra de una resolución que concede el amparo a una abuela respecto de la guarda y custodia de su nieto, promovido, presumiblemente, por una persona moral que demandó inicialmente la pérdida de la patria potestad contra la madre y la abuela del niño y la declaración judicial a su favor del desempeño de la tutela. El recurso de revisión se admite en virtud de que la sentencia del Tribunal Colegiado hace una interpretación de los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de normas contenidas en diversos tratados internacionales para determinar el ISN y los derechos de las personas adultas. Se concede el amparo a la abuela en contra de la sentencia de la Sala local que había confirmado la pérdida de la patria potestad.

El segundo caso es la contradicción de tesis 496/2012, entre los criterios de dos Tribunales Colegiados respecto de dos juicios

¹² Comienza en 2010.

en los que se demandó el reconocimiento de la paternidad y se dilucidó si frente al ISN "opera o no la figura procesal de la cosa juzgada, ello en razón de que en un diverso juicio ya se había demandado la misma acción, sin que ésta haya prosperado, en virtud de que no se llevó a cabo la prueba pericial correspondiente." Uno de los tribunales concluyó que frente al ISN no puede operar la cosa juzgada, pues debe prevalecer el derecho humano del niño, mientras que el otro consideró que sí debe operar, dado que de no hacerlo se permitiría la tramitación de una cadena interminable de juicios. La resolución de la Primera Sala confirmó el criterio de la prevalencia del ISN en un juicio sobre reconocimiento de paternidad frente a la institución de la cosa juzgada.

La tercera sentencia tiene su origen en un juicio oral de controversia sobre convivencia y posesión interina de menores,¹³ mediante el cual un padre solicita la guarda y custodia de sus hijos en contra de la madre. En el contexto del asunto se dieron varias resoluciones que modificaron la custodia y el régimen de visitas. Finalmente, llega a la Primera Sala a través de un recurso de revisión interpuesto por la madre en contra de la sentencia del Tribunal Colegiado, mismo que se consideró procedente en virtud de que en dicha resolución se hizo una interpretación del artículo 4o. constitucional, al analizar la figura de la guarda o custodia prevista en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León. La sentencia de la Primera Sala ampara y protege a la madre y ordena que se deje sin efectos la resolución combatida y se dicte una nueva, habiendo realizado previamente las diligencias necesarias para escuchar a los hijos menores

¹³ Comienza en 2009.

de edad. Cabe señalar que hubo un voto disidente que considera innecesario ordenar la reposición del procedimiento.

Se trata de tres sentencias vinculadas con asuntos en materia familiar, que tienen que ver específicamente con la filiación y los derechos y obligaciones vinculados con ésta. Ello no resulta extraño, pues tradicionalmente niñas y niños han sido considerados en su calidad de hijos por el derecho, siendo pocas, hasta ahora, las leyes y, por ende, los casos judiciales que no pertenecen a esta materia. En la misma CDN la mayoría de los artículos que mencionan el ISN se refieren a la familia o a los niños en conflicto con la ley penal, materias en las que tradicionalmente se ubicó a la infancia.¹⁴ Sin embargo, el artículo 3o. establece claramente que el principio del ISN debe aplicarse en todas las medidas que conciernan a la infancia y tanto el ComitéDN como la CrIDH han reiterado que implica el análisis sistemático de cómo se verán afectados todos los derechos humanos de cada niño con una medida o resolución. En los tres casos se da tanto la aplicación al caso concreto, como la interpretación genérica de lo que debe entenderse por ISN, estableciendo lineamientos generales para las autoridades judiciales.

Pasamos a realizar el análisis utilizando los elementos identificados por el ComitéDN para la evaluación y determinación de ISN.

¹⁴ De hecho, la literatura académica sobre los derechos de la infancia en América Latina ha identificado a la CDN como el paso de la "doctrina de la situación irregular" a la "doctrina de la protección integral". En la primera se distinguía a los "menores" de los "niños", siendo los primeros aquellos en condición de abandono, es decir, fuera del ámbito familiar o en conflicto con la ley penal, mientras que los segundos eran aquellos en condición "regular", es decir, en la familia y la escuela. Solamente los primeros eran contemplados en las leyes. La CDN, en contraste, es un instrumento jurídico que reconoce derechos para toda la infancia, sin distinguir su situación. No resulta extraño que estas dos instituciones, familia y ley penal, sigan siendo las más sensibles cuando hablamos de la garantía de los derechos de la infancia.

a) *La opinión del niño*

Una de las tres resoluciones ordena, precisamente, el que se escuche a los niños afectados por la sentencia debido a que, aunque lo que se alegaba en la demanda era precisamente la mayor aptitud del padre y el deseo de los niños para permanecer con él, aunado a la incapacidad de la madre para darles un clima afectivo y estabilidad emocional, en ninguna de las instancias se les pidió su opinión. En este sentido, la sentencia de la Primera Sala no sólo ordena la garantía de este derecho (que también es un principio identificado por el Comité), sino que señala cómo debe hacerse.

En contraste, en el primer caso relatado, no se toma en cuenta la opinión del niño. Si bien es cierto que se trata de un niño de 5 años,¹⁵ según el ComitéDN ello no es obstáculo para que pueda manifestar su opinión. En la OG14 se manifiesta que: "El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior." Ésta no debe hacerse necesariamente de manera verbal, sino que puede recurrirse a otro tipo de expresiones. Es la autoridad la responsable de realizar las adecuaciones necesarias para garantizar el derecho a ser escuchado.

¹⁵ Esta información se deduce de la página 9 que, al exponer los agravios de la recurrente señala expresamente "puesto que la abuela durante los 5 años de vida del menor no había demostrado interés alguno en responsabilizarse del infante".

Evidentemente, en la contradicción de tesis no contamos con elementos para conocer la edad de los niños, pero el criterio resultante no considera el derecho a ser escuchado en los juicios de reconocimiento de paternidad. En este sentido, es importante resaltar que, además de ser un derecho con un contenido concreto, se trata de un principio rector identificado por el ComitéDN que debe aplicarse de manera transversal. La opinión del niño debe ser tomada en cuenta en los juicios de reconocimiento de paternidad, sobre todo considerando que en los dos asuntos que originaron la contradicción de tesis la accionante fue la madre en representación del niño y que tendrían que crearse los mecanismos legales para que puedan ser los mismos niños quienes demanden el reconocimiento de la paternidad, teniendo en cuenta, desde luego, la evolución de sus facultades, aceptando que puede no haber coincidencia entre el interés de la madre respecto del reconocimiento de la paternidad con el interés del niño, en cuyo caso debe prevalecer el último. Esto significa que el reconocimiento de la paternidad no debería estar sujeto a la voluntad de la madre.

Según el propio ComitéDH, el párrafo 1 del artículo 3o. de la CDN no puede ser aplicado si no se cumplen los requisitos del artículo 12, es decir, el derecho a ser escuchado.

b) La identidad del niño

La identidad del niño se integra por un conjunto de elementos que reconoce la heterogeneidad de las infancias, como son: sexo, orientación sexual, origen nacional, religión, identidad cultural,

creencias y personalidad, entre otros.¹⁶ Esto significa que incluye tanto aspectos externos —sociales, culturales, religiosos— como internos del niño —personalidad, origen biológico—.

En el primer caso descrito, el derecho a la identidad se vincula tanto con el derecho a conocer su origen biológico como a preservar el entorno social y cultural del niño. Si bien este derecho no aparece explícitamente mencionado en la sentencia, es un factor importante para determinar el privilegio que el niño se quede con la abuela, más allá del derecho que ésta pudiera tener a ejercer la patria potestad sobre su nieto. Esto queda reflejado en la sentencia cuando se busca garantizar tanto los derechos del niño como el de la abuela.

La resolución a la contradicción de tesis aborda precisamente el derecho a la identidad, como uno de los afectados para sustentar que el ISN debe prevalecer sobre la cosa juzgada en los juicios de reconocimiento de paternidad en donde no se desahogó la pericial en ADN. Según el ComitéDN, el derecho a la identidad incluye la "oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica."¹⁷ Por su parte, la sentencia considera también que el derecho a la identidad personal supone la individuación, es decir, el derecho a aquellos caracteres que distinguen a la persona de los demás. En este sentido, señala la sentencia, la identidad está determinada por el conocimiento del origen biológico.

¹⁶ Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párrafo 1), pr. 55, p. 14.

¹⁷ *Ibid.*, pr. 56, p. 14.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

Los dos amparos en revisión buscan precisamente la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares. Respecto del primer caso, es aplicable lo que el ComitéDN señala que por familia debe entenderse no únicamente la familia nuclear, sino la familia ampliada.¹⁸ La prevención de la separación familiar implica no sólo a los progenitores, "sino a cualquier persona que tenga el derecho de custodia"¹⁹ e, incluso, cualquier persona con quien el niño guarde una relación estrecha. Se habla también de la obligación de trabajar con los padres antes de tomar la medida de separar al niño de su familia.²⁰

En relación con el segundo caso, la OG14 menciona la necesidad de contar con un estudio elaborado por un equipo multidisciplinario, a fin de asegurar que la separación es la única opción que puede garantizar el ISN. Si bien en el caso estudiado no se trata de una separación absoluta, el criterio es aplicable en tanto, según se desprende del texto de la resolución, se había realizado un estudio psicológico a la madre que determinó que no era apta para el cuidado de los niños. También debe tenerse en cuenta el ISN para el régimen de visitas, privilegiando el que el niño preserve las relaciones familiares. "En las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular."²¹ Ahora bien, la OG14 señala que "Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores

¹⁸ *Ibid.*, pr. 59, p. 14.

¹⁹ *Ibid.*, pr. 60, p. 14.

²⁰ *Ibid.*, pr. 61, p. 15.

²¹ *Ibid.*, pr. 67, p. 15.

o a ambos²², por lo que sería importante hacer una revisión sobre la constitucionalidad del artículo 414 bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León,²³ que establece que la madre tendrá el derecho preferente de tener la custodia de sus hijos menores de 12 años cuando no vivan con el padre,²⁴ a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Aunque el derecho a la identidad tiene relación cercana con el derecho a la preservación del entorno familiar, se trata de derechos distintos, pues además de que el primero es más amplio, toda vez que incluye el entorno más allá de la familia, hay que diferenciar entre el derecho del niño a conocer su origen biológico, es decir, su filiación biológica, al de ser cuidado por sus progenitores. En algunos casos el ISN puede ser aplicado para ordenar el reconocimiento de la paternidad biológica, por ejemplo, pero no a mantener un vínculo con el padre, si ello es contrario al bienestar del niño. Esto es lo que implicaría el criterio resultante de la contradicción de tesis 496/2012.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño

En este rubro, el ComitéDN se refiere a la protección en el sentido más amplio, que incluye todo aquello que garantiza los derechos del niño, se entiende que el "bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y

²² *Idem.*

²³ Habría que hacer también un análisis de otras legislaciones estatales que establecen supuestos similares.

²⁴ En este caso habría que analizar si efectivamente la norma encuadra en el supuesto de "conceder automáticamente la responsabilidad parental" que señala el ComitéDN.

seguridad.²⁵ Se reconoce la necesidad del niño de tener vínculos afectivos seguros a la más temprana edad y la conveniencia de preservarlos. La garantía del ISN se proyecta también hacia la protección de riesgos y daños futuros, que deben ser evaluados al momento de tomar cualquier decisión que afecte la vida del niño.²⁶

En la resolución que establece que el ISN desplaza a la cosa juzgada en el juicio de reconocimiento de la paternidad, se habla de la protección de todos los derechos y, en este sentido, del derecho al cuidado, protección y seguridad del niño. La Primera Sala considera como uno de los argumentos para interpretar el ISN que mediante el reconocimiento de la paternidad se pueden adquirir otros derechos como los alimentos o los derechos sucesorios, así como la convivencia.

Desde luego que en las tres sentencias, un elemento importante es el cuidado y la protección del niño. No puede ignorarse que este aspecto es, quizás, el más indeterminado y que requiere de un profundo análisis de la situación concreta del niño. El juzgador debe tener en cuenta no sólo las necesidades físicas, sino la personalidad del niño, sus características, necesidades específicas, vínculos, etc. Para ello es indispensable, desde luego, tomar en consideración la opinión del niño.

e) Situación de vulnerabilidad

La OC14 se refiere a situaciones de vulnerabilidad como un elemento adicional a considerar para determinar el ISN. Esta

²⁵ Observación General No. 14 (2013)... *op. cit.*, pr. 71, p.16.

²⁶ *Ibid.*, pr. 74, p. 16.

situación puede derivar de algunas circunstancias, como el ser refugiado, migrante, tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, etc. En estos casos deben aplicarse, además de los derechos contenidos en la CDN, aquellos incluidos en otros tratados internacionales sobre temas específicos. Esta condición debe, además, evaluarse periódicamente y tomar en cuenta el historial del niño desde su nacimiento. Es interesante también estimar que la situación afecta de manera distinta a un niño que a otro, por lo que puede definirse como una combinación de condiciones externas con características propias del niño.

El primer caso ilustra claramente lo que sería la determinación del ISN para un niño en condición de vulnerabilidad. El hecho de haber sido abandonado por la madre y estar institucionalizado, sin duda alguna coloca al niño en una condición especialmente frágil. Sin embargo, no aparece en la argumentación alguna consideración respecto de esta situación especial que, por cierto, constituye uno de los grandes problemas que no han sido atendidos en nuestro país.²⁷

²⁷ El ComitéDN señaló al Estado Mexicano en el rubro relativo a "Niños privados de su medio familiar":

"Al Comité le preocupa la falta de información (el número, las condiciones de vida y otros factores) sobre los niños que han sido separados de sus padres y viven en instituciones. El Comité toma nota del gran número de niños que viven en instituciones administradas por el sector privado, y lamenta la falta de información y de supervisión de esas instituciones por parte del Estado.

38. El Comité recomienda que el Estado Parte refuerce las medidas vigentes para impedir la separación de los niños de sus familias y que adopte medidas eficaces para evaluar el número y la situación de los niños que viven en instituciones, incluso en instituciones administradas por el sector privado. En particular, el Comité recomienda que el Estado Parte establezca reglamentos basados en los derechos del niño y apruebe un programa para reforzar y aumentar las oportunidades para que los niños tengan otros tipos de tutela, por ejemplo, promulgando leyes eficaces, fortaleciendo las estructuras existentes como la de la familia extensa, capacitando mejor al personal y asignando más recursos a los órganos pertinentes. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia técnica para cumplir esas tareas al UNICEF, al Instituto Interamericano del Niño y a otros organismos." (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006).

La contradicción de tesis podría también abordar un tema relacionado con una condición de vulnerabilidad, que puede vincularse con el hecho de no conocer el origen biológico. Lo mismo podría ocurrir en el caso de la disputa por la custodia, pues la inestabilidad resultante de las diversas sentencias coloca a los niños en una situación de riesgo.

Aunque el Comité se refiere a ciertas condiciones específicas, la misma condición de minoría de edad supone encontrarse en una posición de vulnerabilidad, derivado del tratamiento jurídico que tradicionalmente se ha dado a la infancia. La falta de mecanismos de representación adecuados, accesibles y suficientes para exigir los derechos, especialmente cuando se requiere comparecer ante los órganos de procuración e impartición de justicia, constituye una manifestación de dicha condición ya que, en muchos casos, hace inaccesible la justicia para las niñas y los niños, especialmente cuando son los mismos padres o cuidadores quienes vulneran los derechos humanos.

f) *El derecho del niño a la salud y a la educación*

Los derechos a la salud y la educación son los últimos elementos a contemplar para tomar cualquier decisión vinculada con el ISN. Ambos derechos deben considerarse desde un punto de vista integral, es decir, reconociendo la salud en toda su dimensión, incluida la salud emocional, psicológica, así como la prevención y la información relativa a los riesgos. Así lo entiende también la contradicción de tesis 496/2012, que considera la salud como complemento de bienestar físico, mental y social. En lo que se refiere a la educación debe incluirse la educación formal y extraescolar.

En este punto destaca la contradicción de tesis que estima como parte del ISN el derecho a la salud que se vincula con el de conocer la paternidad biológica, y que desplaza el principio de cosa juzgada. El derecho a conocer el origen biológico se relaciona con la salud mental, pues según señala la sentencia, la falta de información sobre este origen puede derivar en problemas psiquiátricos y de desarrollo de la personalidad. Pero también la investigación de la paternidad tiene un papel importante en la preservación del derecho a la salud a través de la genética, en tanto que esta información puede desempeñar un papel relevante en la prevención de enfermedades.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El ISN supone un delicado equilibrio entre varios elementos. El juzgador o tomador de la decisión, ha de hacer un minucioso análisis de la situación concreta y de sus posibles consecuencias a futuro. Algunos de estos elementos pueden entrar en tensión, es por ello que deben valorarse y sopesarse. También ha señalado el ComitéDN la necesidad de tomar en cuenta que las facultades de los niños evolucionan, por lo que deben contemplarse medidas que permitan efectuar ajustes en el transcurso del tiempo.²⁸

Si bien no se entró al análisis de las garantías procesales para velar por el ISN, hay una de ellas que es importante resaltar por el déficit en su reconocimiento y protección, así como su constante violación: la percepción del tiempo. Tal como señala el ComitéDN, niños y adultos no tienen la misma percepción del tiempo, por lo que las medidas deberían corresponder a la

²⁸ Comité de los Derechos del Niño; Observación General No. 14 (2013) ... *op. cit.*, p. 84, p. 18.

visión de los niños y no de las personas adultas. También pone de manifiesto que las decisiones que llevan mucho tiempo pueden tener efectos adversos en los niños.²⁹ En México, todavía tenemos un grave problema con el cumplimiento de este rubro. Y, en muchas ocasiones, incluso una buena decisión tomada a destiempo, puede causar efectos adversos en la vida de un niño. Para preservar el ISN no basta con que los argumentos y el contenido de la resolución sea acorde con los derechos, sino que debe ser tomada en un corto plazo.

Un ejemplo de lo anterior puede ser el amparo en revisión originado en el juicio de controversia sobre convivencia y posesión interina de menores. La primera demanda fue interpuesta en septiembre de 2009. La resolución de la revisión que ordena la reposición del procedimiento es de 2012. Durante ese tiempo los niños tuvieron por lo menos cuatro distintos regímenes de visitas. Al inicio del proceso, uno de los niños tenía 4 años y el otro 2. Para la fecha en que se resolvió el recurso tendrían 7 y 5 años, es decir, casi la mitad de su vida en el caso del primer hijo y más de la mitad en el caso del segundo, transcurrieron en el proceso judicial. Los demás elementos integradores del ISN —derecho a expresar su opinión, identidad, relaciones familiares, educación, salud— habrían sido condicionados por la situación de indefinición vivida por ambos niños en el lapso de tiempo que duró el juicio, colocándolos además en una posición constante de vulnerabilidad ante la falta de seguridad jurídica respecto de su guardia y custodia.

²⁹ *Ibid.*, pr. 93, p. 20.

Algo similar ocurre con el caso de la abuela a quien le es reconocida la patria potestad sobre su nieto. Se desprende de la resolución que habían transcurrido cinco años antes de que se iniciara el juicio para reclamar la pérdida de la patria potestad. Durante ese tiempo presumiblemente el niño vivió en una institución, a partir de su nacimiento. Hablamos de toda la vida del niño, aunado a los efectos que la institucionalización prolongada causa en los pequeños.

Si en el caso de las personas adultas hay un derecho a la justicia pronta y expedita, podemos afirmar, en el caso de los niños, que si la justicia no es pronta ni expedita, simplemente no es justicia.