



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 40, enero-junio 2019

Criterios actuales jurisprudenciales en México sobre el interés superior del niño/niña

Sergio A. REA GRANADOS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos de los niños/niñas en México*. III. *Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. IV. *Conclusión*. V. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

México ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN)¹ y, por lo tanto, tiene la obligación de aplicar los derechos y principios señalados en este tratado internacional en materia de derechos de los niños y las niñas. En efecto, la CDN incorpora algunos principios y derechos específicos, tales como el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo; a la participación en los asuntos que los incuben; a la no discriminación, y al interés superior del niño (en adelante, ISN).

A pesar de este gran avance internacional y su ratificación por la mayoría de los Estados en el mundo,² este instrumento internacional no señala

* Doctorando en Derecho, Universidad de Chile; Master of Public and International Law (LLM), University of Melbourne, Australia; licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. CONICYT-PCHA/DoctoradoNacional/2016/2116098 (rea_sergio@hotmail.com).

¹ México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990 y lo publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

² Actualmente, Estados Unidos no es parte de este instrumento internacional, ya que ha tenido una resistencia a éste por su falta de compromiso a reconocer derechos que van

con precisión qué debe entenderse por el concepto de ISN, por lo que diversos Estados, entre ellos México, han adoptado diversas disposiciones de derecho interno con la finalidad de brindar contenido a este concepto impreciso y vago.

Bajo esta tesitura, algunas de las autoridades mexicanas jurisdiccionales han comenzado a asentar una línea de interpretación de lo que debe entenderse por este concepto, particularmente los tribunales federales, quienes recientemente han comenzado a forjar una línea jurisprudencial sobre ciertos criterios normativos de lo que debe entenderse y cómo debe aplicarse el ISN.

Por tal motivo, este artículo tiene la finalidad de analizar la jurisprudencia de los tribunales federales en México sobre lo que han señalado respecto a ISN y, además, si estos criterios son acordes a lo señalado por el derecho internacional de los derechos humanos, en particular por la Observación General núm. 14³ señalada por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, Comité) con relación a lo que debe entenderse por ISN.

II. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS/NIÑAS EN MÉXICO

México ratificó la CDN el 21 de septiembre de 1990 y, por tal razón, este instrumento internacional a favor de los derechos de las personas menores de edad se volvió obligatorio para el Estado mexicano. Sin embargo, sus disposiciones legales, en primera instancia, no fueron compatibles con el derecho interno, por lo que el Estado mexicano tuvo que adecuar su normativa interna al sentido y fin de este tratado internacional. No obstante, este proceso fue muy lento, al punto que diversos informes del Comité y UNICEF señalaban la falta de adecuación del ordenamiento interno mexicano a las obligaciones internacionales.⁴

más allá de su legislación interna. Por ejemplo, uno de sus principales argumentos de ese país es que la figura jurídica de la pena de muerte para las personas menores de edad sigue estando vigente en varios estados de la Unión y, por lo tanto, sería contraria a la naturaleza y sentido de la CDN.

³ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013, p. 4

⁴ UNICEF, *Informe anual de México*, 2011, disponible en: [https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual\(1\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual(1).pdf) (fecha de consulta: 22 de junio de 2018); UNICEF, *Informe anual de México*, 2012, disponible en: <https://www.unicef.org/>

Finalmente, México realizó diversas modificaciones legales para cumplir las disposiciones de la CDN, entre ellos el interés superior del niño. Así, actualmente no sólo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4o., reconoce a este concepto, sino que a través de diversos ordenamientos legales se contempló este principio como parte modular de los derechos del niño y de la niña.⁵

A pesar de este avance legislativo interno, el problema que trajo este proceso fue la falta de claridad y precisión de lo que debe entenderse por este concepto, así como su aplicación para cumplir con las obligaciones internacionales en la materia, sobre todo cuando éste quedó, en la legislación interna, como una cláusula abierta de apreciación discrecional por los/las operadoras(es) jurídicos.

En este sentido, para evitar esta situación, los tribunales federales comenzaron a trazar una línea jurisprudencial sobre lo que debe entenderse por este concepto y cómo debería de aplicarse.

III. JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

En primer lugar, es importante mencionar que en México la función jurisdiccional federal está encomendada al Poder Judicial de la Federación, cuya función principal consiste en mantener el imperio de la ley, resolviendo casos en que éste sea dudosa.⁶ Así, el Poder Judicial de la Federación se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en tribunales colegiados de circuito, en tribunales unitarios de circuito, en juzgados de distrito y en un Consejo de la Judicatura. No todos estos órganos crean jurisprudencia, sino solamente la SCJN, los tribunales colegiados de distrito y el Tribunal Electoral —este último, en materia de su competencia—.

mexico/spanish/ReporteAnual_2013_web.pdf (fecha de consulta: 22 de junio de 2018); Comité de los Derechos del Niño, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 17 de enero a 4 de febrero de 2011, CRC/C/OPSC/MEX/CO/1; Comité de los Derechos del Niño, “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México”, CRC/C/MEX/CO/4-58, junio de 2015.

⁵ Por ejemplo, tenemos la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley de Migración; la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, entre otras.

⁶ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, México, Porrúa, 2013, p. 121.

Tomando en cuenta el contexto anterior y con base en el concepto de estudio, una de las primeras tesis jurisprudenciales sobre éste lo encontramos en una tesis de 2007,⁷ en donde la SCJN señaló que el ISN, el cual está contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 3o. de la CDN y en diversos artículos de la norma especial, debe ser tomado en consideración por los tribunales nacionales. Por lo tanto, en cualquier decisión en la que esté involucrado un niño/niña, de manera directa o indirecta, deberá de aplicarse este concepto por parte de los tribunales nacionales.

Asimismo, la SCJN, con la finalidad de definir el concepto de ISN, citó lo ya señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la siguiente manera:

El concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión «interés superior del niño»... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.⁸

A pesar de esta tesis jurisprudencial, lo cierto es que nuevamente estamos ante el dilema de qué debemos de entender por este concepto de acuerdo con el derecho mexicano, debido a que la jurisprudencia antes referida no nos dice los elementos esenciales que deben aplicarse al momento de determinar el ISN en cada caso en concreto. Por lo tanto, quedó aún pendiente que los tribunales nacionales fijen parámetros normativos sobre el sentido y fin de éste.

Ante este panorama, algunos tribunales colegiados de circuito comenzaron a desarrollar tesis jurisprudenciales sobre el ISN; sin embargo, a pesar de que no señalaron un catálogo de criterios normativos, sí empezaron a forjar los primeros de ellos. En una tesis jurisprudencial de 2011, el tribunal colegiado en materia civil señaló que

⁷ Tesis 1a. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XX-VI, julio de 2007, p. 265.

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño” OC-17/83.

El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.⁹

Así, con esta tesis jurisprudencial, los tribunales colegiados refuerzan el argumento brindado por la Corte IDH sobre que el ISN es un concepto rector en la elaboración de políticas, acciones y toma de decisiones en todo lo que respecta a la vida de las niñas y los niños. Sin embargo, continuamos con el dilema mencionado.

Posteriormente, surgió otra tesis establecida por un tribunal colegiado en materia penal, quien señaló lo siguiente sobre el ISN:

La participación de los niños en los procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues al reconocerlos, como sujetos de derecho, se logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de los elementos necesarios para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que es fundamental para una debida tutela el interés superior de la infancia, evitando un conflicto de intereses. Circunstancia que ocurre cuando, por ejemplo, uno de los progenitores de un menor que es parte en un procedimiento penal denuncia el hecho que lo origina, mientras que el otro, solicita la representación del infante siendo este último, familiar del inculpado, evidenciándose que quien pretende ostentar la representación del menor, reviste un doble carácter —progenitor del representado y familiar del acusado— suponiendo un actuar tendencioso.¹⁰

En esta jurisprudencia, el tribunal colegiado concluyó que el ISN debe observarse al designar al representante de menores que participan dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica. En otras palabras, cuando una persona menor de edad sea parte dentro de un juicio, es necesario que sea debidamente representado. Sin embargo, el

⁹ Tesis I.5o.C.104 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2299.

¹⁰ Tesis II.3o.P.5 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 10, septiembre de 2014, p. 2450.

gran reto que podemos observar es que, de acuerdo con la ley nacional, la representación debe ser ejercida por los progenitores, los tutores o quienes ejerzan la patria potestad, a pesar de que exista un conflicto de interés.

Por lo tanto, este tribunal resolvió proponiendo como un criterio normativo sobre la aplicación del ISN cuando hay conflicto de intereses que la representación de una persona menor de edad debe ser imparcial, sin contar con algún tipo de interés personal, familiar o económico. Por tal razón, la designación de una persona que represente a un niño o una niña en cualquier procedimiento debe estar libre de cualquier tipo de conflicto de intereses y, por lo tanto, no necesariamente deben ser los progenitores, los familiares, los tutores, los curadores o cualquier otra persona que ejerza la patria potestad. Al contrario, para brindar mayor seguridad jurídica se debe nombrar a alguien neutral dentro del procedimiento.

Ahora bien, aunque ya hemos observado diversas tesis sobre el ISN, aún queda la duda sobre qué elementos deben considerarse al momento de la determinación de este concepto por los tribunales mexicanos.

Sobre este asunto, un criterio que ayuda a clarificar lo antes señalado podemos encontrarlo en la tesis jurisprudencial de la SCJN de 2015,¹¹ en la cual la Corte señaló que la configuración del ISN se proyecta en tres dimensiones, a saber: en primer lugar, como un derecho sustantivo; en segundo lugar, como un principio jurídico interpretativo fundamental, y, en tercer lugar, como una norma de procedimiento.

Asimismo, la SCJN, después de describir cada una de las dimensiones, señala que la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el ISN en el análisis de las diversas alternativas posibles.

Si bien esta tesis aislada rescata la interpretación que hizo el Comité en la Observación núm. 14,¹² para nosotros representa un gran avance que da la SCJN, ya que este concepto no sólo se limita a ser considerado como un principio general de derecho, sino que además contempla un concepto mucho más amplio al considerarlo un derecho y una norma de procedimiento, dependiendo del contexto y la situación, al momento de determinarlo. Es decir, para cada caso en concreto, el ISN puede tener una de las dimensiones tripartitas. Así, cada operador(a) jurídico deberá justificar la medida adoptada de conformidad con las características del caso en concreto.

¹¹ Tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 256.

¹² Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 14...”, *cit.*

Otra jurisprudencia sumamente relevante sobre este tema de investigación también la encontramos en 2015,¹³ en donde la SCJN reconoció que el ISN es un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, señala la necesidad de brindar una serie de criterios para su aplicación en casos concretos.

En esta jurisprudencia, debido a la dificultad de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, la SCJN reiteró la necesidad y la importancia de encontrar criterios para determinar en qué consiste el ISN y, paralelamente, hacerlo en cada caso en concreto.

Debido a la naturaleza jurídica del ISN, este tribunal señaló que éste debe de estructurarse desde varias zonas. La primera de ellas es brindar certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. La segunda zona es la de la certeza negativa, a partir de la cual se haya fuera del concepto indeterminado. La tercera zona se denomina “zona intermedia”, la cual es más amplia debido a su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones.

En esta última, esta Corte señaló que es necesario precisar los hechos y las circunstancias que envuelven el caso. Por lo tanto, esta zona no siempre es el mismo resultado ni siquiera con carácter general para todos los hijos(as), ya que éste varía según las características personales y familiares. En este sentido, una de las conclusiones de esta jurisprudencia es que la SCJN señala que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del ISN para cada supuesto de hecho planteado.

Al contrario, de acuerdo con esta Corte, los tribunales son quienes han de determinarlo moviéndose en esa “zona intermedia”, donde harán uso de valores o criterios racionales.

Posterior a este argumento, la Corte señaló que es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del ISN, en los casos de una situación familiar, a los siguientes:

- 1) Se debe satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, incluyendo las de tipo espiritual, afectivas y educacionales.
- 2) Se deberá atender a los deseos, los sentimientos y las opiniones de la persona menor de edad. Sin embargo, éste debe ser compatible con lo anterior e interpretado de acuerdo con su madurez o discernimiento.

¹³ Tesis 1a./J.44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 270.

- 3) Se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual de la persona menor de edad y atender a la incidencia que toda alteración de éste pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Ahora bien, sobre el caso de varios intereses en conflicto, de acuerdo con este tribunal, el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para llegar a una solución estable, justa y equitativa. Por consiguiente, dicho tribunal resuelve que, tomando en consideración el argumento anterior, los intereses de la persona menor de edad deben prevalecer sobre los demás que están en juego, procurando concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer a la persona menor de edad.¹⁴

Si bien es una tesis jurisprudencial relevante, existen diversas críticas a la misma. En primer lugar, se reconoce el argumento de la SCJN de señalar que el ISN es un concepto jurídico indeterminado. Lo anterior es relevante, ya que, debido a esta naturaleza jurídica, éste puede ser utilizado e interpretado de manera arbitraria por parte de los operadores y los operadoras jurídicos. Tomando en cuenta lo anterior, la propuesta planteada dentro de este trabajo de investigación es evitar esta situación discrecional abusiva mediante la fijación de criterios preestablecidos que deberán observarse en todos los casos en concreto. Así, las aplicadoras y los aplicadores jurídicos no tendrá un margen de arbitrariedad que atente contra este concepto. Lo anterior se traduce en un sentido ajustado al Estado de derecho, el cual respeta los conceptos jurídicos reconocidos por el derecho internacional público.

En segundo lugar, dentro de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se puede distinguir que éstos poseen un núcleo y un halo que va ligado al concepto. Por tal razón, de acuerdo con esta teoría, todo concepto indeterminado tiene un núcleo del concepto que está rodeado de un halo, que amplía o ablanda los límites del concepto primario.¹⁵

En este sentido, conforme a la tesis jurisprudencial mencionada, que tomó en consideración esta teoría, el ISN posee dos zonas: un núcleo o zona de certeza y un halo, es decir, una zona que rodea el núcleo, “zona de

¹⁴ Tesis 1a./J.44/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 270.

¹⁵ Livio Gomes, Marcus, *Instrumentos para la unificación de criterios administrativos en materia tributaria*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 143.

duda”, donde no existe una certeza previa y cuya determinación requiere desplegar la idea nuclear del concepto.¹⁶

Por lo tanto, existe entre ellos una zona intermedia de supuestos dudosos (el halo del concepto), que es donde se funda la tesis que define los conceptos indeterminados como aquellos que se encuentran entre conceptos contrarios.¹⁷

Sin embargo, la SCJN toma en consideración la doctrina española, la cual señala que los conceptos jurídicos indeterminados cuentan con un criterio “trizonal”. Por ello, estos conceptos tienen en su estructura un núcleo fijo o zona de certeza, configurado por datos previos y seguros; una zona intermedia o de incertidumbre (halo del concepto), más o menos precisa, y, finalmente, una zona de certeza negativa, la cual se refiere a lo que es seguro que el concepto no lo es;¹⁸ es decir, que algunos supuestos o casos no están incluidos en su ámbito conceptual y, por lo tanto, se puede saber con absoluta certeza que no se aplican.

La SCJN, para la formulación de su tesis jurisprudencial, tomó en consideración esta última doctrina, tras señalar que para fijar criterios a este concepto se requiere verlo desde una perspectiva tripartita: por un lado, brindar certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima; por otro lado, desde una perspectiva de zona de certeza negativa, a partir de la cual se haya fuera del concepto indeterminado, y, por último, mediante una zona intermedia, la cual es más amplia debido a su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. Además, la Corte señala que, tomando en cuenta esta última zona, el resultado no será siempre el mismo, sino que esto depende de las circunstancias de cada caso, situación con la que coincidimos, ya que para la determinación del ISN también deben de tomarse en consideración las características especiales de cada caso en particular.

Incluso, algo muy valioso que concluye la SCJN es que, tomando en cuenta el argumento anterior, considera que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del ISN para cada supuesto de hecho planteado. Sin embargo, para nosotros, el derecho positivo sí podría establecer

¹⁶ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 197 y 198.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*, Madrid, Civitas, 2004, p. 532; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 123.

criterios preestablecidos generales y básicos que nos ayuden a determinar la consecuencia jurídica, la cual estará sujeta a derecho a efecto de llegar a un resultado concreto y justo que se apegue a la naturaleza de este concepto, es decir, al derecho internacional de los derechos humanos. Aunque efectivamente el derecho positivo no puede establecer criterios sobre la zona intermedia, para nosotros es suficiente que las otras dos primeras zonas sean previamente establecidas.

En tercer lugar, sobre los criterios que señala la Sala para la determinación del ISN, en los casos de una situación familiar, es relevante mencionar que la SCJN pudo haber forjado un criterio mucho más amplio que abarcara otras situaciones relacionadas a las personas menores de edad; es decir, establecer criterios amplios que cada operador(a) jurídica deberá de tomar en cuenta al momento de determinar el ISN.

Estos criterios generales, que aplican a todos los casos de personas menores de edad, son los siguientes:

1. Que la evaluación y la determinación del ISN debe ser acorde a todos los derechos reconocidos por la CDN, así como el pleno ejercicio de cada uno de ellos, incluyendo el derecho a la salud y a la educación.

Este criterio es en razón del argumento de la Corte IDH, quien señaló que el ISN debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños y, por lo tanto, obliga al Estado a cumplir con los efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a personas menores de edad.¹⁹ Además, es importante resaltar que la CDN se erige como el instrumento internacional por excelencia sobre los derechos de los niños y las niñas, en donde se enumeran una serie de derechos y principios.

2. Que la determinación del ISN debe considerar el derecho a la participación informada y tomar en cuenta su opinión individual en cualquier asunto que lo involucre.

El anterior criterio tiene relación con la Observación General núm. 14, en donde el Comité señaló que no es posible la aplicación correcta del principio del ISN si no se atiende el derecho de este grupo a ser escuchado.²⁰ Ambas categorías tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad un conjunto de condiciones estimadas de be-

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos”, en Fernández, Silvia E. (dir.), *Tratados de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, t. I, p. 127.

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, “Observación general No. 14...”, *cit.*, pp. 11 y 12.

neficio superior para la persona menor de edad, mientras que el derecho a ser escuchado tiene una orientación instrumental o metodológica en cómo llevar a cabo o acceder a dichas condiciones.²¹ Además, el derecho a la participación informada también implica que ésta sea efectiva y extensiva para garantizar su aportación en la toma de decisiones que le afectan.

3. Se atenderá el principio de autonomía progresiva. Dicho criterio tiene su fundamentación en que dicho principio debe ser valorado en el caso concreto y que varía en función de la madurez de los niños y las niñas y de la entidad de la actuación a que sea sometido.²² En este sentido, este criterio es acorde a lo que ha señalado el Comité sobre la importancia de tomar en consideración el desarrollo y madurez del niño y de la niña. Es decir, en razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su ISN en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo.²³

4. Se deberá atender la no discriminación e igualdad, la cual incluye que deban ser tratados, protegidos y cuidados de la misma manera. Este criterio tiene que ver con que el interés superior es un fin legítimo en abstracto y, por lo tanto, debe ser acorde al ejercicio de todos los derechos humanos sin discriminación alguna. Por consiguiente, el ISN no puede ser utilizado para amparar la discriminación, sino todo lo contrario; esto es, en caso de contar con alguna desventaja, éste debe tomar en consideración la igualdad de condiciones entre las personas menores de edad.

5. Se debe tener en cuenta el derecho a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Éste también incluye satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, incluso las de tipo espiritual, afectivas y educacionales.

Este criterio tiene que ver con lo que ha señalado el Comité, quien vincula expresamente el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo con los factores que determinan la salud del niño en relación con la obligación de los Estados partes de garantizar la supervivencia, el crecimiento y el

²¹ *Ibidem*, párr. 43.

²² Sánchez-Calero Arribas, B., “La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados”, *Anuario de Derecho Civil*, LIX-1, 2006, pp. 355-365.

²³ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.

desarrollo del niño, en particular las dimensiones físicas, mentales, espirituales y sociales de su desarrollo.²⁴

6. Se protegerá la integración, la reinserción, la reunificación y la consolidación familiar, salvo en aquellos casos en los que tal separación sea necesaria para proteger el ISN.

Naciones Unidas ha reconocido que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por lo tanto, tiene el derecho de ser protegido por el Estado.²⁵ En este sentido, el Estado debe promover la reunificación familiar para proteger y preservar la unidad de la familia, siendo el elemento fundamental de toda sociedad.

7. En cualquier decisión relacionada a una persona menor de edad, se deberán de poseer normas procesales y legales especiales a favor de los derechos de la niñez que ayuden a agilizar las demoras injustificadas y de simplificar los extensos trámites legales.

Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte un niño o una niña, los procesos de adopción de decisiones deberán incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, además de que el ISN requiere de garantías procesales para su evaluación y determinación.²⁶ El ISN como norma de procedimiento también implica que los Estados deban contener normas procesales e instituciones especiales a favor de los derechos de la niñez que ayuden a agilizar las demoras injustificadas y los extensos trámites legales.

8. Para la aplicación de este concepto se requiere de instituciones especializadas que conozcan los derechos de los niños y las niñas.

Tomando en cuenta lo anterior, éstos son algunos de los criterios que, a nuestro juicio, deberían de incorporarse en la mencionada jurisprudencia, sobre todo porque se refieren a criterios muy generales que debería de contener el ISN al momento de determinarse por las operadoras y los operadores jurídicos en cualquier caso concreto; es decir, éstos son aplicables, sin que alguno de éstos se contraponga uno con el otro.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 15. Sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

²⁵ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Consultas anuales tripartitas sobre el reasentamiento: la reunificación familiar en el contexto del reasentamiento y la integridad*, Ginebra, 2001, p. 1.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, “Observación general No. 14...”, *cit.*, p. 4.

Cabe señalar que son algunos criterios mínimos que permitan dar contenido a este concepto; sin embargo, éstos no son los únicos y no deben ser considerados exclusivos. Al contrario, debido a la importancia de éste y a la constante evolución del derecho internacional a favor de la niñez, los criterios normativos continúan en constante evolución jurídica. Por lo tanto, no es posible que este concepto sólo pueda considerarse bajo estos criterios, sino que, al contrario, debe de haber un último criterio abierto que permita que en futuras ocasiones, o dependiendo de las circunstancias, puedan añadirse nuevos parámetros.

En cuarto lugar, sobre un posible conflicto de interés, acertadamente la SCJN en esta jurisprudencia considera que deberá de tenerse en cuenta como valor primordial el interés del niño o niña sobre cualquier otro adulto.

No obstante, cabe preguntarse cómo se resolvería un caso si existe una posible colisión entre dos derechos de dos niños o niñas distintos(as); es decir, cómo se resolverá o qué derecho deberá prevalecer cuando estamos ante un choque de dos derechos de dos personas menores de edad diferentes.

Sobre este supuesto, de acuerdo con el criterio de la SCJN, deben de prevalecer los intereses de ambos niños/niñas. Por ello, sería importante agregar una posible respuesta cuando se suscite este tipo de supuesto, ya que lo anterior generaría una posible controversia. En conclusión, es recomendable también contemplar este supuesto con la finalidad de hacer a un lado una posible duda para generar —lo que pretendemos resolver— seguridad jurídica. Por lo tanto, una posible solución es ofrecer una armonización entre ambos derechos con el objetivo de respetar y proteger los derechos de ambos(as) niños/niñas. Por consiguiente, esta fórmula estudiada, que establece esta tesis jurisprudencial, es acotada a la realidad jurídica.

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia antes señalada, en el presente artículo, no son las únicas dictada por los tribunales mexicanos sobre el ISN; sin embargo, éstas fueron seleccionadas para cumplir con el objetivo de esta investigación, es decir, conocer los criterios jurídicos actuales creados por la jurisprudencia mexicana para reducir el abuso discrecional sobre el ISN.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, es una gran ventaja jurídica contar con el concepto del ISN dentro del sistema jurídico mexicano. No obstante, es cierto que es una

gran desventaja contar un concepto amplio y abierto que permita abarcar un sinnúmero de situaciones diversas dentro de un amplio abanico de personas, posibilidades y realidades sociales por parte de las operadoras y los operadores jurídicos.

Si bien es cierto que actualmente el Poder Judicial de la Federación ha comenzado a forjar una línea jurisprudencial sobre este tema, existen múltiples situaciones que afectan o se relacionan con la vida diaria de los niños y las niñas, en donde es indispensable que se apliquen criterios comunes o básicos sobre el ISN, independientemente de las características particulares de cada caso.

Por lo tanto, no basta con resolver caso por caso el ISN mediante un amplio margen de discrecionalidad, sino más bien se trata de brindar una serie de criterios normativos preestablecidos y que sean acordes con el derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior ayuda a velar y fortalecer el principio de seguridad jurídica, el cual tiene como objetivo brindar predictibilidad, previsibilidad y certeza, por parte de los ciudadanos y las ciudadanas, de los efectos jurídicos de los actos, generando una expectativa lo más precisa posible de sus derechos y deberes. Esta previsibilidad es importante para quienes deba aplicársele el ISN, ya que se podrá conocer con certeza jurídica cuáles son los criterios que se aplican de manera general y así evitar la arbitrariedad.

Finalmente, también es importante concluir que no basta sólo con mencionar la aplicación del ISN como norma jurídica, sino que además debe argumentarse cómo se aplica y qué circunstancias se utilizan sobre este concepto jurídico indeterminado. Por consiguiente, el Poder Judicial Federal tiene una labor importante de ajustar su jurisprudencia a los compromisos internacionales para evitar el uso abusivo de este concepto jurídico indeterminado, por lo que nuestra propuesta es delimitar las consecuencias jurídicas del ISN mediante criterios preestablecidos que, asimismo, deben ser acordes al derecho internacional.

V. REFERENCIAS

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Consultas anuales tripartitas sobre el reasentamiento: la reunifican familiar en el contexto del reasentamiento y la integridad*, Ginebra, 2001.

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 17 de enero a 4 de febrero de 2011, CRC/C/OPSC/MEX/CO/1.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General No. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General No. 15. Sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México”, CRC/C/MEX/CO/4-5, 8 de junio de 2015.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño” OC-17/83.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos”, en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratados de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, t. I.
- LÍVIO GOMES, Marcus, *Instrumentos para la unificación de criterios administrativos en materia tributaria*, Barcelona, Atelier, 2011.
- MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de derecho*, México, Porrúa, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*, Madrid, Civitas, 2004.
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados”, *Anuario de Derecho Civil*, LIX-1, 2006.
- Tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 256.

Tesis 1a. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265.

Tesis 1a./J.44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 270.

Tesis I.5o.C.104 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2299.

Tesis II.3o.P.5 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 10, septiembre de 2014, p. 2450.

UNICEF, *Informe anual de México*, 2011, disponible en: [https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual\(1\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual(1).pdf) (fecha de consulta: 22 de junio de 2018).

UNICEF, *Informe anual de México*, 2012, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/ReporteAnual_2013_web.pdf (fecha de consulta: 22 de junio de 2018).

C