

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISDICCIÓN FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE LOS MENORES COMO JUSTICIABLES

RIGHT TO JUDICIAL PROTECTION IN FAMILY JUSTICE. ESPECIAL REFERENCE TO THE CHILD AS SUBJECT OF JURISDICTION IN FAMILY COURT

Fecha de recepción: 25 de julio de 2020 | Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2020

Miguel de J. NERIA GOVEA*, Christian Norberto HERNÁNDEZ AGUIRRE** y Jessica MENDIVIL TORRES**

Resumen

En el presente artículo analizamos al menor como justiciable y su relación con el derecho de tutela judicial efectiva. Nuestra hipótesis es que se deben entrelazar el interés superior del menor con el derecho de tutela judicial efectiva para garantizar materialmente ambos derechos en la jurisdicción familiar. Encontramos que el principio de racionalidad y el uso de ponderación, sirven para la protección y desarrollo de ambos derechos fundamentales en la función jurisdiccional.

Palabras clave: Tutela Judicial Efectiva; interés superior del menor; jurisdicción familiar.

Abstract

In this article we analyze two variables, the child as a subject of family court, and the right of effective judicial protection. Our hypothesis is that the best interests of the child must be intertwined with the right of effective judicial protection in the family jurisdiction. We find that the principle of rationality and balancing, serve as judicial methodological instruments to protect both rights.

Keywords: Right to judicial protection; best interest of the child; family justice.

*Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, en la Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas.

**Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, en la Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas.

***Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, en la Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas.

SUMARIO: I. Introducción. II. Retomando la tutela judicial efectiva. III. La situación especial de los menores como justiciables. IV. Ponderación en la jurisdicción familiar. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de derecho familiar se encuentra en gran medida en la legislación estatal¹, y una primer nota que resalta, es que la protección de los derechos de los menores en materia familiar están desarrollados dentro de los ordenamientos sustantivos y adjetivos civiles de las entidades federativas². Sin embargo, no se debe confundir el derecho familiar con el derecho civil, tienen categorías jurídicas distintas, que palidecer su diferencia podría resultar en detrimento de los derechos de los niños y niñas y de aquellos reservados a la familia. A manera de ejemplo, podemos resaltar que en materia de derecho de familia, no opera con la misma fuerza la nota característica del derecho civil, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes. En materia de alimentos, convenios de convivencia, custodia, reconocimiento de paternidad, patria potestad, no puede imperar el principio de voluntad de las partes como elemento central de la relaciones jurídicas, sino que es mayormente el orden público y el interés superior del menor el eje estructural que determinará la manera en que deberán respetarse estos derechos³.

En cuanto a las prácticas jurisdiccionales en materia familiar, tenemos deficiencias en la metodología utilizada por algunos órganos jurisdiccionales. En materia de derechos de niños y niñas, debemos entender que la tipología normativa de los principios no sólo se encuentran en los ordenamientos Constitucionales o Tratados Internacionales, sino que los principios conviven con reglas en el texto de legislaciones secundarias, y tienen diferente instrumentos metodológicos

1 En el sistema de competencias, la regulación del derecho familiar es una competencia coexistente entre los estados y la federación, como señala Pedro Torres, "aunque sea la misma materia, cada uno va tener competencia de legislar sobre ella. La competencia coexiste de forma autónoma en cada orden de gobierno", en Pedro R. Torres Estrada, *El modelo federal mexicano a la luz de los modelos comparados. La necesidad de la incorporación en la Constitución de los principios de subsidiaridad y solidaridad como principios informadores y delimitadores del sistema de competencias*, 2 Isotimia, 93 (2009).

2 Pocos Estados tienen la regulación del derecho de familia fuera del código civil, en un código familiar específico, como Sinaloa, Zacatecas, Michoacán, San Luis Potosí, Morelos, Hidalgo y Coahuila.

3 A manera de ejemplo véase, Pensión alimenticia. Si se demanda su modificación, no opera el principio jurídico de que la voluntad de las partes es la ley suprema, sino otros como el interés superior del menor, el de proporcionalidad y el de solidaridad, 2003099, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, marzo de 2013, I.5o.C.6 C, p. 2048. De igual manera véase: Reconocimiento de paternidad. El interés superior del menor debe prevalecer en el juicio relativo frente a la institución de la cosa juzgada, 2003727, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XX, t. 1, mayo de 2013, 1a./J. 28/2013, p. 441.

para su aplicación⁴; como ejemplo el artículo 414 bis del Código Civil del Estado de Nuevo León⁵, establece una regla principal que señala que la madre tendrá el derecho preferente de custodia, luego indica algunos supuestos de excepción, sin embargo al final del numeral ordena al juez resolver siempre conforme el “interés superior del menor”. Este valor del “interés superior del menor”, no es una regla que le indique cuales son las condiciones de aplicación, el juez no podrá aplicar un silogismo jurídico, sino que deberá construir argumentativamente en cada caso, el alcance de este “interés superior del menor”⁶.

Además, en materia de protección de los derechos de niños y niñas, debemos interpretar las disposiciones en materia familiar a través de la Constitución, y complementar el artículo 4º Constitucional que hace referencia al interés superior del menor, con los diferentes instrumentos internacionales, como la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁷. Esto, tanto en el aspecto de producción legislativa, como la protección jurisdiccional de sus derechos, para lograr el mayor desarrollo del principio de interés superior de los menores⁸. Por lo tanto, la función jurisdiccional ordinaria en materia familiar,

4 La reglas tienen una aplicación de todo o nada, en tanto que los principios no establecen una serie de condiciones que hacen que su aplicación sea necesaria, sino que asientan una razón para argumentar en un sentido; otra diferencia que resalta, es que los principios tienen una dimensión de peso o importancia, por tanto cuando entran en colisión dos principios deberá tomarse en cuenta el peso o relevancia de cada principio para determinar cuál será el que en mayor medida prevalezca, la colisión entre reglas, al ser todo o nada, cuando existen antinomias, una de ellas será válida y la otra será inválida, Cfr. Ronald Dworkin, *The model of Rules*, 35.1 *The University of Chicago Law Review*, 22 y ss. (1967).

5 “Artículo 414 BIS.- La madre tendrá en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos que se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos. Debiendo en todo caso el Juez, escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, resolviendo siempre conforme al interés superior de éstos.”

6 Las reglas se conforman con un supuesto de hecho determinado, lo que implica que para su aplicación a un caso concreto basta subsumir los hechos a la regla adecuada, es decir, utilizar el silogismo jurídico. En cambio, los principios al no tener un supuesto de hecho, son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que el juez va a tener que cumplir con ese mandato de optimización lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente se pueda, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 86 (Carlos Bernal Pulido trad., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda ed., 2007).

7 A.G. ONU. Res 40/33 (28 de noviembre de 1985).

8 Para revisar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado como interés superior de los menores, Cfr. *Interés superior del menor. Su concepto*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, I. XV, t. I, diciembre de 2021, 1a./J. 25/2012, p. 334. En esta tesis se refiere que, en términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender

reivindica un papel activo en la protección de los derechos de niños y niñas, ya no es suficiente que la función jurisdiccional se limite en la aplicación de la ley⁹.

Esto, nos hace revalorar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, poniendo énfasis en la jurisdicción familiar. Debemos tener en cuenta que la tutela judicial efectiva ha tenido mayor desarrollo a partir de los cambios en el modelo de Estado constitucional¹⁰. En México esto se debe en gran medida a la reforma constitucional en materia de derechos humanos¹¹ y a la interpretación que de ella ha estado realizando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Esta reforma constitucional viene poner de relieve los Derechos Humanos, para tomarlos como el eje central de nuestro sistema constitucional¹² y generar la obligatoriedad de su protección y desarrollo a todas las autoridades jurisdiccionales¹³.

Es a través del proceso jurisdiccional que los Jueces Ordinarios cumplirán esta nueva tarea constitucional¹⁴. De ésta manera se impacta a la función jurisdiccional, debido a que implica considerarla no sólo como mecanismo para la protección de derechos (civiles, mercantiles, familiares y humanos), sino que la misma función jurisdiccional se fortalece como derecho humano, el derecho de tutela judicial efectiva; lo que antes se apreciaba como Debido Proceso¹⁵,

primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) 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”.

9 Como ejemplo véase la tesis de la Corte que obliga a todos los juzgadores ponderar en casos de desconocimiento de paternidad, en: Desconocimiento de paternidad de un menor. El juzgador, en ejercicio del control de convencionalidad ex officio, debe inaplicar el artículo 313 del Código Familiar para el Estado de Michoacán atendiendo al interés superior del menor y ponderar todos los factores que convergen en el caso, para determinar la procedencia o improcedencia de la acción. Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XIII, t. 4, octubre de 2012, VIII.3o.(X Región) 3 C, p. 2513.

10 Uno de los cambios implica revalorar el principio de legalidad para ubicar su justa dimensión en relación al principio de supremacía constitucional, como señala Luigi Ferrajoli, en el Estado Constitucional “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”, Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina, 192 (Miguel Carbonell et al. coords., UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002).

11 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

12 En ese sentido Pérez Luño señala que la función de los derechos fundamentales es “la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho”. Véase: Antonio E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales, 17 (Tecnos, décima ed., 2011).

13 El artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

14 Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. III, t. 1, diciembre de 2011, P. LXVII/2011, p. 535.

15 Garantía de debido proceso legal contenida en el artículo 14 constitucional. Definición, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. III, junio de 1996, I.8o.C.13 K, p. 845. En este criterio se señala que “La garantía de debido

garantías formales de un juicio, pasa a ser un derecho material de jurisdicción, tutela judicial efectiva¹⁶.

En el presente artículo analizamos la variable del menor como justiciable en relación con el derecho de tutela judicial efectiva. Nuestra hipótesis es que se deben entrelazar el interés superior del menor con el derecho de tutela judicial efectiva para poder garantizarlos materialmente en la jurisdicción familiar. Encontramos que el principio de racionalidad y el uso de ponderación, sirven para la protección y desarrollo de ambos derechos fundamentales en la función jurisdiccional. Para ello, en el primer apartado del artículo analizamos el derecho de la tutela judicial efectiva, para entender un poco su desarrollo y su importancia; luego, entramos a analizar al menor y las protecciones jurídicas, constitucionales, internacionales y jurisprudenciales que tiene como justiciable; después analizamos la importancia de la ponderación en la jurisdicción familiar para la protección y desarrollo del principio del interés superior del menor y la tutela judicial efectiva en la jurisdicción familiar; por último, exponemos unas conclusiones relacionadas la postura que sostenemos.

II. RETOMANDO LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En México el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en el artículo 17 de la *Constitución Política Federal*, y se concentra en el segundo párrafo que señala “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. En este párrafo encontramos los principios que debe respetar la función jurisdiccional para que se vea garantizado el derecho fundamental, tales como: acceso a la justicia; seguridad jurídica en el proceso; razonabilidad en los plazos; independencia de los jueces; imparcialidad de los jueces; derecho a la defensa; congruencia y motivación de las resoluciones jurisdiccionales, entre otros.

proceso legal consagrada en el artículo 14 constitucional, en la parte relativa a que los juicios deben llevarse a cabo ante autoridad competente, cumpliendo con ‘.. las formalidades esenciales del procedimiento...’ implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata.”

16 “La tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental a la jurisdicción, con el fin de que las personas puedan resolver sus conflictos a través de órganos jurisdiccionales, a través de un proceso con las debidas garantías procesales adjetivas y sustantivas”, Cfr. Michael G. Núñez Torres y Miguel de J. Neria Govea, *Tutela judicial efectiva y el debido proceso. Del debido proceso formal al debido proceso sustantivo*, en *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano*, 40 (Michael G. Núñez Torres coord., Bosch, 2013).

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional incorpora los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, al señalar que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Con esto, la SCJN ha señalado que los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México es parte, constituyen un parámetro de regulación¹⁷.

Por otro lado, para comprender mejor la evolución de la tutela judicial efectiva como un derecho humano en México, también es necesario acudir al ámbito internacional. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 10, contempla la tutela judicial efectiva, al igual que el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; ambos instrumentos internacionales señalan de manera muy similar que el contenido esencial de este derecho humano consiste, a su vez, en el derecho de acceso a los tribunales y el recurso judicial efectivo que proteja de violaciones a derechos fundamentales.

En tanto que el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, es más descriptivo del alcance de la debida tutela judicial: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. ...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Por su parte el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, apartado 1º, señala que “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” en la que se incluye la materia familiar. En este sentido, en la misma convención pero en el artículo 25, establece el derecho a un recurso judicial efectivo pero para la protección de derechos fundamentales, lo que en México sería el Juicio de Amparo.

¹⁷ Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 5, t. I, abril de 2014, P./J. 20/2014, p. 202.

También podemos señalar que existen tratados internacionales que protegen la tutela judicial efectiva de manera particular a sujetos vulnerables, como es la Convención de los Derechos del Niño (artículo 12 apartado 2 y artículo 40 de la Convención), que ponen especial atención en proteger el interés superior del menor en relación con la función jurisdiccional.

Así la evolución de la función jurisdiccional ha implicado una transformación del debido proceso en favor de la tutela judicial efectiva tomando como referencia el parametro de regularidad constituido también por los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. A partir de la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que se apertura por la reforma de derechos humanos, los formalismos con que se entendía la impartición de justicia fueron cediendo ante la impartición de justicia real y efectiva¹⁸. En ese mismo sentido, la Primera Sala ha establecido una prohibición a los legisladores al momento de establecer los requisitos procesales, señalando que “en el acceso a la jurisdicción se prohíbe al legislador no sólo la arbitrariedad e irracionalidad, sino también el establecimiento de normas que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una desproporción entre los fines que aquellas formalidades y requisitos previstos en la ley preservan para la correcta y funcional administración de justicia y para la efectiva protección de los derechos de las personas, frente a los intereses que sacrifican”¹⁹.

De igual manera la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la tutela judicial efectiva tiene tres etapas²⁰:

- a) Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte;
- b) Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y,

18 Tutela judicial efectiva. Los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades establecidos en la ley para la admisibilidad y procedencia de los juicios, deben tener presente la ratio de la norma para evitar formalismos que impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. 9, t. I, agosto de 2014, 1a. CCXCI/2014, p. 536.

19 Tutela judicial efectiva. El legislador no debe establecer normas que, por su rigorismo o formalismo excesivo, revelen una desproporción entre los fines de las formalidades y los requisitos previstos en la ley para preservar la correcta y funcional administración de justicia, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 9, t. I, agosto de 2014, 1a. CCXCIV/2014, p. 535.

20 Derecho de acceso a la justicia. Sus etapas, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XVIII, t. I, marzo de 2013, 1a. LXXIV/2013, p. 882.

c) Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Así, a partir de la reforma en materia de Derechos Humanos en el 2011, la jurisdicción mexicana ha ido transformando su función a la luz de la tutela judicial efectiva para lograr el respeto no solo de una justicia formal, sino de una justicia material. Como nos advierte Perelman, “a través de la Historia de las ideologías jurídicas posteriores al Código de Napoleón nos lleva a una conclusión, que aparece hoy generalmente admitida, pero que se ha perdido de vista en la concepción formalista y legalista del derecho: el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos razonable”²¹. De tal suerte, que el acceso a la justicia, implica no sólo una sentencia justa y razonada sino también el respeto irrestricto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que conlleva una serie de exigencias como: contar con abogado idóneo, no incurrir en formalismos excesivos, acceso comunicacional lingüístico, sin obstáculos económicos insalvables; y para velar por el respeto irrestricto de las mismas está el Juez.

III. LA SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS MENORES COMO JUSTICIABLES

Los menores tienen una protección especial en los ordenamientos jurídicos, esto se debe a su situación de vulnerabilidad²². La protección especial se refleja en que la tutela del interés superior del menor sea un principio rector en la función jurisdiccional para la protección efectiva de sus derechos²³.

La Suprema Corte en México a través de su Primera Sala, ha determinado que los jueces que tengan dentro de su jurisdicción la tutela de derechos de menores, deberán tomar en consideración tres aspectos para considerar que se respeta el interés superior de los menores²⁴:

21 Chaïm Perelman, La lógica jurídica y la nueva retórica, 97 (Luis Díez-Picazo trad., Civitas, 1979).

22 Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe atenderse en cualquier decisión que les afecte, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 69, t. III, agosto de 2019, 2a./J. 113/2019, p. 2328.

23 Interés superior del niño. función en el ámbito jurisdiccional, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 4, t. I, marzo de 2014, 1a./J. 18/2014, p. 406.

24 Interés superior del menor. su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 7, t. I, junio de 2014, 1a./J. 44/2014, p. 270.

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

Con lo anterior, podemos señalar que en México ha ido evolucionado en materia familiar con miras a llegar a obtener una mejor una resolución sobre un caso planteado por las partes, pero en especial para el beneficios de los menores cuyos derechos puedan verse afectados durante el proceso²⁵.

Si bien es cierto que existe normatividad que regula la función jurisdiccional en relación con la protección del interés superior de los menores, como el artículo 1º y 4º Constitucional, Artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, Artículo 2 punto 1, Artículo 3 punto 2, Artículo 4, Artículo 6 punto 2, 7 punto 2, artículo 26 punto 2, artículo 27 puntos 1, 2 y 4, Artículo 31 punto 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), también resulta cierto que la función jurisdiccional tiene una participación importante en el desarrollo argumentativo de los derechos de los niños y niñas.

La Suprema Corte de Justicia de México, ha determinado que debido a que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, los órganos jurisdiccionales tienen que en cada caso desarrollar el contenido de este principio, y para ello ha sostenido que:

25 “En el marco de un Estado de Derecho Constitucional, está claro que lo importante del proceso y del Juez, es su tarea en orden a que prevalezca la justicia y que no se tolere la más mínima violación a los derechos humanos. Precisamente, recordemos que uno de ellos –a tener del Pacto de San José– es el acceso a la justicia, lo cual implica no sólo una sentencia justa y razonada sino también el respeto irrestricto al debido proceso. Al hilo de aquel derecho se abren una serie de exigencias (contar con abogado idóneo, no incurrir en formalismos excesivos, acceso comunicacional lingüístico, sin obstáculos económicos insalvables, etcétera), y para velar por el respeto irrestricto de las mismas está el Juez. Pero éste Juez que le corresponde dirigir el proceso evitando que prevalezca la mala fe, la dilación injustificada, la desigualdad entre las partes, el marginamiento de la verdad, la ineficacia de las decisiones, la publicidad de los procesos con las salvaguardas respectivas, etcétera. Y que cuenta con un creciente poder a tales fines, que por ejemplo se expresa en la variedad y calidad de las medidas cautelares que hoy admite el derecho procesal avanzado”. Para mayor información véase Rodolfo Luis Vigo, *¿Cómo enseñar a argumentar jurídicamente?*, en Argumentación Jurisprudencial: memoria del I congreso internacional de argumentación jurídica, 200-201 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).

“es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego”²⁶.

De tal manera el principio de interés superior del menor, es necesario para la eficacia del derecho de tutela judicial efectiva²⁷, pues incluso la Primera Sala de la SCJN ha reconocido que la prioridad de los derechos de los menores sobre otros justiciables es constitucional en la función jurisdiccional²⁸. Aún más, con base en éste principio, hasta podría no ser homologable una sentencia extranjera, cuando se vean gravemente afectados los derechos de los menores²⁹.

Para lograr la protección efectiva de los derechos del menor, la función jurisdiccional tiene una carga fuerte en su labor interpretativa y argumentativa, lo que en muchos casos implica utilizar la ponderación, como método fundamental. Como ejemplo de resultado de esta labor, la Suprema Corte ha Desarrollado Criterios importantes en materia de justicia de menores y protección de los derechos de niños y niñas, como lo que enseguida anunciamos:

26 Interés superior del menor. su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XVII, t. 1, febrero de 2013, 1a. LXVII/2013, p. 824.

27 Conflictos competenciales. los asuntos que involucren derechos de menores, deben resolverse atendiendo a los principios de prioridad y del interés superior del menor, Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 62, t. IV, enero de 2019, I.18o.A.25 K, p. 2379.

28 Interés superior del menor. El artículo 23 del Código Civil del estado de Querétaro, que lo define como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de los menores, respecto de los de cualquier otra persona, es constitucional, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 61, t. I, diciembre de 2018, 1a. CCLXXXI/2018, p. 336.

29 Interés superior del menor. Su valoración en el procedimiento de homologación de sentencia extranjera, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 46, t. I, septiembre de 2017, 1a. CXXVIII/2017, p. 231.

a) Se cambia la concepción del derecho de convivencia, no como exclusiva del padre en relación con el menor, sino que es un derecho del menor, así la Corte ha determinado que “el derecho de convivencia entre padres e hijos incide de manera directa en los valores esenciales de la familia y constituye un aspecto relevante en la integración de su concepto, por lo que son los menores los que tienen derecho de convivir con sus padres y no sólo éstos de convivir con ellos”³⁰.

b) Para resolver la cuestión efectivamente planteada cuando involucre derechos de menores “el Juez cuenta con un amplio abanico de facultades constitucionales para recabar de oficio las pruebas necesarias para conocer la verdad de los hechos involucrados, a fin de resolver la cuestión planteada, siempre de la manera que resulte de mayor cobertura para los derechos alimentarios del menor”³¹.

c) Si en un juicio no se veló por el interés superior del menor, en dicho juicio no opera el cosa juzgada debido a que se “transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor, pues aunque no le niega acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva la controversia, este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que por su propia condición requiere de una protección legal reforzada”³².

De acuerdo al marco jurídico nacional e internacional ya citado, el interés superior del menor implica en la función jurisdiccional la posibilidad de desembarazarse de formalismos³³ que podrían afectar derechos de los menores, por lo que no debe

30 Depósito judicial de un menor a favor de uno de sus progenitores. Su decreto obliga al juez de instancia a establecer el régimen de visitas respectivo, en atención al interés superior de aquél, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XXIII, t. 3, agosto de 2013, VII.Io.C.8 C, p. 1627

31 Interés superior del menor. para preservarlo, el juzgador está facultado para recabar y desahogar de oficio las pruebas que considere necesarias, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XVIII, t. 1, marzo de 2013, 1a./J. 30/20, p. 401. Véase también en el tema particular de alimentos: Pensión alimenticia. Para incrementar la cuando el actor material y acreedor en el juicio relativo sea un menor de edad, el juez puede recabar oficiosamente las pruebas necesarias para resolver la cuestión planteada, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XXII, t. 1, julio de 2013, 1a./J. 46/2013, p. 395.

32 Reconocimiento de paternidad. El interés superior del menor debe prevalecer en el juicio relativo frente a la institución de la cosa juzgada, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XX, t. 1, mayo de 2013, 1a./J. 28/2013, p. 441.

33 Véase la Regla 6 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), que señala que:

6. Alcance de las facultades discrecionales

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

permitirse que errores o negligencia en la defensa de sus derechos produzca como consecuencia la posibilidad de que se limite la protección del interés superior de estos³⁴, que como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño es un “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”³⁵.

En esas consideraciones, la función jurisdiccional ya no se conforma con la aplicación de la ley al caso concreto, sino que deberá analizar incluso la legitimidad de la ley en torno a la protección de los derechos de niños y niñas³⁶; además, el juzgador deberá analizar en estos temas, que siempre se respete el interés superior de los menores y para ello, están liberados de formalismos legiscentristas excesivos, que obstaculizan el desarrollo de este derecho fundamental en el proceso jurisdiccional³⁷. Un instrumento metodológico que ayuda a la función jurisdiccional para determinar el alcance y lograr la protección de los derechos de los menores, como vimos, es el uso adecuado de la ponderación.

IV. PONDERACIÓN EN LA JURISDICCIÓN FAMILIAR

En palabras de Prieto Sanchís, una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. En resumidas cuentas, la exigencia de justificación o razonabilidad supone examinar las disposiciones legislativas a la luz del juicio de ponderación, ponderación en este caso entre el derecho que resulta afectado por la ley y aquel otro principio o derecho que sirve de cobertura o justificación a la misma. Como sabemos,

6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.

34 Véase: Menores. El error o negligencia en la defensa de sus derechos por parte de sus representantes no puede tener la consecuencia de afectar el interés superior indebidamente salvaguardado, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XVI, t. 3, enero de 2013, I.5o.C.13 C, p. 2098.

35 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¶ 59.

36 Como ejemplo podemos señalar que hasta la institución de cosa juzgada establecida en las leyes adjetivas civiles y familiares pueden ceder ante el interés superior del menor, véase de manera reciente en: Cosa juzgada en el juicio ordinario familiar. No opera en controversias sobre pago retroactivo de alimentos, cuando en un primer juicio se inobservó el interés superior del menor, al omitir el desahogo, ampliación o perfeccionamiento de pruebas [aplicación analógica de la jurisprudencia 1a./j. 28/2013 (10a.)], Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 70, t. III, septiembre de 2019, XI.2o.C.7 C, p. 1846.

37 Tutela judicial efectiva. Su relación con los formalismos procesales, Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, I. 63, t. II, febrero de 2019, I.14o.T. J/3, p. 2478.

el método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen el mismo peso o importancia, mejor dicho que el peso abstracto que eventualmente podamos atribuir a un derecho no es todavía su peso definitivo porque éste depende además de su grado de afectación y de la necesidad de la intervención. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto, esto es, aquí relativo al caso contemplado en el precepto legal.³⁸ Ahora los jueces tienen que analizar la razonabilidad de las leyes, a través de métodos como el de ponderación.

La incorporación de las normas internacionales de los derechos del menor al Derecho interno, no está destinada solamente a influir en la parte dogmática de la Constitución mexicana sino que necesariamente implica condicionar la forma de ejercicio de todo el poder público, por lo que la mención de los contenidos de los instrumentos internacionales en la Constitución federal, obliga a reconocer su influencia y protección en las esferas del accionar estatal, donde indiscutiblemente los tribunales tienen una gran responsabilidad, como lo es, regirse por procedimientos que aseguren el debido proceso, aplicar los principios del Derecho internacional de derechos humanos y efectuar una ponderación cuando se encuentren en colisión los principios o derechos fundamentales que viene a reforzar el esquema estatal de protección de derechos.

Por lo que se pretende obtener no solo la verificación de todo un marco contextual formado por los dúctiles trazos de la norma legal -que debe ser imperativamente sabia a la hora de ordenar las conductas- sino también reafirmar nuestro convencimiento de que el juzgador debe hallarse enteramente imbuido de un espíritu prudente cuando resuelve un caso en concreto- pero sobre todo, y aún cuando pareciera contradictorio, ser eficazmente ríspido al momento de decidir la actuación de aquella, haciendo uso también de diversos procedimientos racionales en la estructuración de una resolución, como lo puede ser, con el uso de la ponderación o establecimiento del peso necesario en cuanto a valores o fines de principios y derechos cuando se encuentren en colisión. Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³⁹

Para Alexy, una ponderación es racional, si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente.⁴⁰ Por lo que se precisa seguir

38 Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 239 (Trotta, segunda ed., 2009).

39 Alexy, *supra* nota 6, 32.

40 *Id.*, 159.

su estudio por la autoridad jurisdiccional, para que en la interpretación que haga la misma autoridad en sede judicial respecto de un caso en concreto sobre el interés de un menor, se asegure al máximo, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, la protección jurídica del interés superior del menor y se contribuya así a la optimización de su eficacia como principio y se le atribuya a ese peso abstracto⁴¹ de los principios, el peso en concreto según el caso, frente a un ataque previo de carácter jurídico, lo anterior, con base en que nuestra constitución federal en su artículo 17, garantiza la tutela judicial efectiva, por lo que es una labor del juez, el interpretar y materializar el derecho del justiciable.

La diversidad de derechos o principios establecidos en diversos ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional, se puede decir que ha obedecido a la vigorosa orientación que trata de gestar una teoría fundamental del Derecho de Menores, que excede lo puramente nacional, inquiriendo sobre su esencia, sobre su justificación, su objeto y métodos, una reelaboración continua, a través, del análisis de sus elementos históricos, universales como fruto de la aplicación del derecho positivo o de criterios antropológicos, psicológicos, sociales, educativos y políticos de cuyos aportes no puede desprenderse y que el juez junto con los diversos ordenamientos y razonabilidad debe valorar en cada caso cuando se encuentre en riesgo el menor. No debe perderse de vista que el Derecho de Menores, plasmado en las Declaraciones de Derechos Humanos y Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica y luego, específicamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño y las sucesivas convenciones internacionales sobre restitución de niños, se inspiran, en general, en un fin humanista que se expande, desde lo meramente local a la universalidad.

En este orden de ideas y con el afán de dejar debidamente individualizada la vertiente del Derecho desde la que proponemos el abordaje del interés superior del menor y su importancia en el plano de los derechos; se propone y es necesario que el principio del interés superior del menor, se atienda como una directriz en la búsqueda de un equilibrio entre los derechos y el grado de responsabilidad judicial en su tutela, para contribuir a procurar su cuidado y asistencia, con lo que se logre contribuir al máximo al desarrollo pleno del menor dentro de un ambiente de bienestar familiar y social, por lo que es necesario, además de la sistematización del derecho de menores que contribuye a una certidumbre

41 En este sentido Carlos Bernal Pulido nos dice que “la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el “peso abstracto” de los principios. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos...A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de la satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso en concreto”. Para mayor información véase, Carlos Bernal Pulido, *El exceso de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, 37-38 (Miguel Carbonell coord., Porrúa-UNAM, 2011).

jurídica, la valoración del interés superior del menor como rector y guía en caso de que se encuentre en colisión con algún otro derecho sea constitucional o no, esto tarea de la autoridad en un caso determinado, atendiendo también a las diversas consideraciones que se han establecido en los instrumentos internacionales.⁴² Por lo que si bien la función del juez implica una gran responsabilidad, éste debe buscar mediante una argumentación en que se haga uso de la ponderación racional el constante equilibrio de las partes y no pueda permanecer impasible ante el actuar deficiente de las mismas.

Partiendo de que el interés superior del menor se encuentra consagrado en la constitución mexicana, como un “principio” en el artículo 4º y, de que las normas tanto constitucionales como las normas de derechos humanos más importantes son principios, se deben utilizar todos los métodos de interpretación jurídica posible, como en el caso de que una autoridad jurisdiccional tenga que atender o decidir sobre el interés superior del menor, donde sea posible diferenciarlo por el juzgador del interés de los demás sujetos⁴³, de ahí, que implica a la hora de resolver un caso concreto no sólo una decisión de carácter técnico, sino más bien una valoración de los posibles sentidos del texto, por lo que requieren una ponderación como máximas de optimización y, en caso de contradicción, la solución sería armonizar los diferentes objetivos constitucionales y no descartar la aplicación de alguno de ellos.

El interés superior del menor sería un principio en sentido estricto, por las características que describen Ruiz Manero y Atienza⁴⁴: a) En cuanto a su estructura, son normas que tiene un antecedente abierto, el caso de aplicación es indeterminado y por lo tanto, tiene que ser construido cada vez que se tenga que aplicar a un caso específico, en cambio el consecuente de la norma si está determinado por un modal deóntico, que surgirá la actualización del modal, cada vez que se tenga la oportunidad de realizar la conducta sobre la cual cae dicha obligación, prohibición o permiso; b) Este tipo de normas se tiene prima facie la obligación de realizar o abstenerse de realizar una conducta, pues se

42 Por mencionar un principio señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño donde ya se puede ver la importancia que debe darse al interés superior del menor por las autoridades; se señala en el Artículo 3.1 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.

43 En el plano de la función judicial, procurar el interés superior del menor implica separar conceptualmente aquel interés del menor -como sujeto de derecho- de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso el de los padres. Por lo que en esta tesis, se puede observar, como es tomado el interés superior del menor al relacionarse con algún otro interés incluso el de los padres, en: Interés superior del menor. Su posible colisión con el principio de mantenimiento del menor en la familia biológica en los casos de adopción de un menor de edad, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. XVII, t. 1, febrero de 2013, 1a. LIV/2013, p. 825.

44 Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, 10 Doha. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 112 (1991).

tienen que tomar consideración otras razones que pudieran presentarse para la aplicación de dichos principios, como puede ser la colisión de otros principios; c) En parte por lo anterior, no se tiene una prevalencia predeterminada entre los principios, otro factor que afecta la falta de prevalencia es que se encuentran redactados en términos esencialmente controvertidos, pues lo que contempla son derechos fundamentales; d) Debido a todo lo anterior, para poder aplicar principios es necesario utilizar la ponderación de principios para determinar el alcance de su aplicación cuando lleguen a entrar en colisión dos principios. Con estas características, se resalta la importancia de la función jurisdiccional para la protección y desarrollo de los derechos de los menores.

Se puede afirmar que el mandato de optimización que implica los principios consagrados en nuestra Constitución, debe ser en parte, descubierto por el juez, al tener facultades para ello por la misma Constitución y al ser una obligación internacional del Estado mexicano la interpretación de los derechos humanos, internacionales o nacionales que produzcan el mayor beneficio a sus titulares; como es en este caso, los menores de edad como justiciables, en donde si bien puede llegarse el caso de una afectación o disminución de tal o cual derecho fundamental, este debe ser de manera razonable y proporcional⁴⁵, es decir, con límites en donde se demuestre mediante una estructura argumentativa⁴⁶ que el acto es idóneo, necesario y proporcionado⁴⁷ y ello sea el parámetro de constitucionalidad de los mismos en mayor medida; donde a nivel estatal, se tendrá que seguir exigiendo por la sociedad, el reconocimiento de los derechos

45 “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”. Véase en Camilo Borrero García, Derechos Humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión, 85 (Fundación Centro de Investigación y Educación Popular, 2006).

46 La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad es la siguiente: 1) determinar la importancia del derecho fundamental y el fin judicial o legislativo que se le opone; 2) comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél; y 3) formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin judicial o legislativo. Dicha estructura se encuentra señalada en tesis emitida por el Poder Judicial de la Federación en México y que puede servir de base o directriz para una ponderación judicial, en: Principio de proporcionalidad y proporcionalidad tributaria. Sus diferencias, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, I.4o.C.26 K, p. 1392.

47 “Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Así considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que: a) los derechos actúan como límites a su limitación, y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente, que imposibilite injustificadamente su ejercicio”. Cfr. Laura Clericó, *El exceso de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, supra nota 41, 113.

fundamentales del menor y la previsión garantística de sus derechos humanos, así como, la debida interpretación del juzgador al caso en concreto en donde se haga patente el uso de una ponderación racional.

Por lo cual, se puede aducir, que es preciso el ejercicio de una adecuada argumentación jurídica en el planteamiento, seguimiento y análisis de un caso en concreto que se realiza por el juzgador, ya que, su debida o deficiente interpretación, argumentación y aplicación, repercutirá directamente por medio de una resolución en el justiciable y sociedad, donde se hace necesario se encuentren patentes criterios valorativos.

V. CONCLUSIONES

Al formar parte de nuestra Constitución principios como la dignidad de la persona humana, el bienestar, el interés superior del menor, entre otros, la función jurisdiccional no se puede limitar a repetir o adecuar las palabras de la ley para un caso; sino que el juzgador debe avocarse a la investigación, comprensión e inclusión de derechos humanos en su valoración y resolución, entre principios, valores y reglas⁴⁸ que los pueden abarcar y que forman parte de la sociedad. Donde no solamente se encuentren los juzgadores sujetos a una ley, lo que podría ser un tanto problemático al vincular o hacer coherentes sus decisiones al contenido de una Constitución y no solamente a una ley secundaria,⁴⁹ al ser la norma suprema de la que se desprende la correlación entre ello y la sociedad a quien van dirigidas las actuaciones judiciales para la garantía de sus derechos fundamentales con sus límites, por lo que también es una responsabilidad en su encargo la resolución de los conflictos jurídicos que planteen los justiciables en su ejercicio, con lo que se pueda pasar del “deber ser” al “ser” para la materialización de los derechos.

Actualmente, se puede aducir que en México, se sigue requiriendo resoluciones impregnadas de derechos humanos, sin la visión antigua de simplemente aplicar lo que dice la ley. En la función jurisdiccional actual entren otras virtudes,

48 No se deben confundir los principios y los valores, cuando se atiendan a los mismos bienes y que influyan en un razonamiento para una actuación, como por ejemplo, a la persona humana, la vida, el bienestar etc. Gustavo Zagrebelsky, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, 174 y ss. (Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira trads., Trotta, 2013), Hace la precisión de que pueden coincidir en atender los mismos bienes pero es distinta su consideración. “Las reglas, los principios y los valores se pueden situar en una secuencia de inferencia de validez ética material con reflejo en el mundo de la validez jurídica formal. Como lo podría ser por ejemplo, con la regla que conmina con una pena a quien comete actos de tortura presupone como fundamento, el principio de intangibilidad de la dignidad de la persona, y como justificación, al valor de la persona humana”.

49 El problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar “moderna”, esto es, la propia de un Estado constitucional, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley. Para mayor información véase Manuel Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad*, en *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, 151 y ss. (Miguel Carbonell et al. coords., Porrúa-UNAM, 2004).

donde puedan ser garantizados derechos humanos tanto en casos fáciles como difíciles, siendo en la sociedad en quien repercute la conciencia funcional del juez. Así como sus condiciones institucionales para la materialización de su función: presupuesta independencia e imparcialidad; así como las condiciones profesionales: su capacitación constante, objetividad y prudencia⁵⁰. Entre otros que forman parte de su actuación, capaces de incorporar equidad y justicia, a través, de una argumentación constitucional racional⁵¹ y razonable⁵² como directriz en un Estado democrático y reflejado en resoluciones.

En concordancia con Prieto Sanchís la suerte del constitucionalismo de los derechos no depende tanto y, desde luego, no depende solo de lo que digan los escuetos enunciados constitucionales que reconocen derechos, establecen garantías u organizan instituciones, cuanto más bien de las doctrinas y prácticas interpretativas que con mayor o menor uniformidad se desarrollan a partir de aquellos enunciados.⁵³ Por lo que es preciso, que para que un juzgador interprete, argumente y aplique con ciertas facultades⁵⁴ que hagan efectiva la realización de un derecho.

50 Recordando lo que dice Carlos Massini, "la prudencia es una virtud principal dentro del ámbito de la realización política y que por lo tanto encierra a la judicial, al punto ello que siguiendo a Cicerón bien se puede decir que consiste en diferenciar lo que debe desearse de lo que debe rechazarse y es por tanto virtud de la realidad, cuando dicha praxis es en la realidad de la función judicial se impone a quien la cumple, que lo haga atendiendo con la debida preocupación y atención a los problemas que ante un Tribunal son ventilados". Para mayor información véase Carlos Massini, *La prudencia jurídica*, 45 (Abeledo-Perrot, 1983).

51 La racionalidad se ha entendido, como una ordenación o sistematización eminentemente metodológica, es decir, como referencia a una razón pura, formal y objetiva, de tipo matemático, que se basa en la inferencia lógica o deductiva, que forma una cadena de razonamientos que proceden deductivamente desde unas premisas que tendrían que ser ciertas para transmitirse a una conclusión, en consecuencia, además es necesario argumentar o justificar jurídicamente esas razones para una argumentación que nos lleve a una debida motivación y una conclusión factual en este caso, llevada a cabo y descubierta por el estudio y valoración del juzgador dependiendo el caso en concreto sin perder de vista los derechos fundamentales de la persona. Por lo que en una sociedad moderna, se exigen no sólo decisiones dotadas de autoridad, sino con razones atinentes, es decir, se debe asumir la responsabilidad de justificar las resoluciones dentro un Estado de derecho, en cuanto afirma Aulios Aarnio: "La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones". Para mayor información véase Aulios Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*, 247 (Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

52 La razonabilidad depende de su "aceptación", concepción que fue introducida por Perelman en su libro *Tratado de la argumentación*. La Nueva Retórica, en el que como idea central tiene la sustitución del requisito de la prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas, por el requisito de la aceptación, lo que evidencia que no pretende prioritariamente encontrar una verdad demostrable, sino una premisa aceptable, de ahí que una decisión será "razonable", cuando sea admitida por una comunidad (auditorio), y por ello mismo constituye su parámetro normativo, pues será ella la que evaluará las razones que justifiquen la decisión, para luego aceptarla o no como razonable. Véase en Perelman, *supra* nota 21.

53 Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos, ensayos de filosofía jurídica*, 14 y ss. (Trotta, 2013).

54 Nos aclara Cárdenas Gracia, que interpretación, aplicación y argumentación no son conceptos equivalentes ni accesibles. "En términos generales, la interpretación alude a la atribución de significados de las normas; la aplicación a la determinación para el caso concreto de una nueva norma, casi siempre de carácter individual, y la argumentación se refiere a las justificaciones normativas, narrativas, fácticas y axiológicas de la decisión del intérprete, las que son obligatorias cuando se trata de autoridades". Jaime Cárdenas Gracia, *Introducción al Estudio del Derecho*, 279 (Nostra ediciones-IIJ-UNAM, 2009).

El interés interior de los menores, es un principio rector en la función jurisdiccional, la Suprema Corte ha definido que la función es “como principio jurídico protector, es constituirse en una obligación para las autoridades estatales y con ello asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los menores, es decir, implica una prescripción de carácter imperativo, cuyo contenido es la satisfacción de todos los derechos del menor para potencializar el paradigma de la “protección integral”⁵⁵. Así, se puede corroborar que el principio de interés superior del menor, está íntimamente ligado al principio de tutela judicial efectiva en la jurisdicción familiar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Antonio E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales (Tecnos, décima ed., 2011).
- Aulios Aarnio, Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica (Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- Camilo Borrero García, Derechos Humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión (Fundación Centro de Investigación y Educación Popular, 2006).
- Carlos Bernal Pulido, *El exceso de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (Miguel Carbonell coord., Porrúa-UNAM, 2011).
- Carlos Massini, La prudencia jurídica (Abeledo-Perrot, 1983).
- Chaim Perelman, La lógica jurídica y la nueva retórica (Luis Díez-Picazo trad., Civitas, 1979).
- Gustavo Zagrebelsky, La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional (Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira trads., Trotta, 2013).
- Jaime Cárdenas Gracia, Introducción al Estudio del Derecho (Nostra ediciones-IJ-UNAM, 2009).
- Laura Clericó, *El exceso de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (Miguel Carbonell coord., Porrúa-UNAM, 2011).
- Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina (Miguel Carbonell et al. coords., UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002).
- Luis Prieto Sanchís, El constitucionalismo de los derechos, ensayos de filosofía jurídica (Trotta, 2013).

55 Interés superior del menor. Su función normativa como principio jurídico protector, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, I. IX, t. 1, junio de 2012, 1a. CXXII/2012, p. 260.

—, Justicia Constitucional y derechos fundamentales (Trotta, segunda ed., 2009).
Manuel Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad*, en Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos (Miguel Carbonell et al. coords., Porrúa-UNAM, 2004).

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, 10 Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (1991).

Michael G. Núñez Torres y Miguel de J. Neria Govea, *Tutela judicial efectiva y el debido proceso. Del debido proceso formal al debido proceso sustantivo*, en *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano* (Michael G. Núñez Torres coord., Bosch, 2013).

Pedro R. Torres Estrada, *El modelo federal mexicano a la luz de los modelos comparados. La necesidad de la incorporación en la Constitución de los principios de subsidiaridad y solidaridad como principios informadores y delimitadores del sistema de competencias*, 2 Isotimia (2009).

Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos Bernal Pulido trad., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda ed., 2007).

Rodolfo Luis Vigo, *¿Cómo enseñar a argumentar jurídicamente?*, en *Argumentación Jurisprudencial: memoria del I congreso internacional de argumentación jurídica* (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).

Ronald Dworkin, *The model of Rules*, 35.1 The University of Chicago Law Review (1967).