



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Y SU RECEPCIÓN EN LOS CONTEXTOS NACIONALES

ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

JOAQUÍN SEDANO TAPIA



Editorial

Universitat Politècnica
de València

INFANCIA Y ADOLESCENCIA

n.º 9

Vicente Cabedo Mallol

(Director)



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº 9

Director: Vicente Cabedo Mallo

Los contenidos de esta publicación han sido evaluados mediante el sistema doble ciego, siguiendo el procedimiento que se recoge en: http://bit.ly/Evaluacion_Obras

Comité Editorial

Gabriel Songel González

Catedrático de Universidad. Dpto. Dibujo, Universitat Politècnica de València, España

Jorge Torres Cueco

Catedrático de Universidad. Dpto. Proyectos Arquitectónicos, Universitat Politècnica de València, España

Jorge Carlos Fernández del Valle

Catedrático de Universidad Dpto. Psicología, Universidad de Oviedo, España

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Universidad Dpto. Derecho Constitucional, Universitat de València, España

Esther Pillado Gonzalez

Catedrática de Universidad Derecho Penal, Universidad de Vigo, España

Juan M. Fernández Soria

Catedrático de Universidad. Dpto. Teoría e Historia, Universitat de València, España

Ignacio Aguaded Gómez

Catedrático de Universidad. Dpto. Educación en Medios de Comunicación y de Nuevas Tecnologías aplicadas a la Educación, Universidad de Huelva, España

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
SU RECEPCIÓN EN LOS CONTEXTOS NACIONALES
ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO**

Joaquín Sedano Tapia



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, n.º 9

Director: Vicente Cabedo Mallol

Autor: Joaquín Sedano Tapia

Editorial Universitat Politècnica de València, 2020

Venta: www.lalibreria.upv.es

Ref.: 6640_01_01_01

Diseño y maquetación: Enrique Mateo | Triskelion disseny editorial

ISBN: 978-84-9048-949-9 (versión impresa)

Depósito Legal: V-2955-2020 (versión impresa)

Sedano Tapia, J. (2020). *El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado*. Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València.



Se permite la reutilización y redistribución de los contenidos siempre que se reconozca la autoría y se cite con la información bibliográfica completa. No se permite el uso comercial ni la generación de obras derivadas

AUTOR

JOAQUÍN SEDANO TAPIA

Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México (Programa Conacyt). Su área de trabajo e investigación es el derecho de familia e infancia. Cuenta con más de 20 años de trayectoria profesional y académica. Profesor del Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona. Conferencista internacional y autor de diversos artículos académicos. Medalla al Mérito Profesional 2008 y 2009 por la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México A.C., afiliada a la Federación Interamericana de Abogados.

RESUMEN

A través de esta obra, se busca dar respuesta al porqué después de tres décadas de Convención sobre los Derechos del Niño, aún no hemos alcanzado la tutela efectiva de estos.

El interés superior del niño, columna vertebral de la Convención e insigne expresión de los defensores de la infancia, ha propiciado una revolución ideológica que aún no concluye. Su recepción en los contextos nacionales ha logrado potencializar sus efectos, siempre y cuando la técnica legislativa que le acoge sea la adecuada.

El estudio de derecho comparado que esta obra presenta pone de relieve los aciertos y desatinos que algunos países han experimentado, tratando de reducir al máximo el grado de discrecionalidad en la aplicación del interés superior, principal reto a superar en pleno siglo XXI.

PRÓLOGO

Entre los mejores frutos que da la Universidad -con la mayúscula que enfatiza su universalidad- están las obras de quienes, además del máximo aprecio al conocimiento, transforman sus esfuerzos intelectuales en resultados loables, con generosa humildad y grandeza espiritual. Estudiantes y profesorado se interrelacionan, en espacios físicos y virtuales, administrados por un entregado personal al servicio del saber, en los que poco importa el lugar, o la plataforma de enlace, porque lo trascendental está en la cooperación humana entre docentes, discentes y facilitadores, para que, por encima de sus propósitos personales, compartan un objetivo social loable y dignificador de nuestra condición humana. La máxima expresión de esa simbiosis se resume en la conocida cita de Eduardo Galeano: “mucha gente pequeña, en lugares pequeños, haciendo cosas pequeñas, puede cambiar el mundo”. Esa es la grandeza de la interacción, la palanca que convierte lo inmutable en posible, de quienes no se conforman con ver el mundo pasar, porque quieren contribuir a mejorarlo.

En ese devenir que enlaza lo universal con lo universitario, hace mucho tiempo que la fortuna me ha deparado magníficos encuentros, transformados en alianzas determinantes, al anudarse en firmes compromisos sociales de justicia, y en desafíos que parecen inalcanzables.

El conocimiento tiene esos efectos ambivalentes, que cuanto más se avanza, mayor es la sensación de inquietud que genera saber, con seguridad, que necesariamente nos faltará vida para llegar a comprenderlo todo, en una relación inversamente proporcional a la satisfacción de reconocer, a su vez, cada peldaño avanzado, en aras de poder ofrecer nuestro granito de arena al granero de los derechos humanos.

La vulnerabilidad de la niñez no es más que vulneración externa de sus derechos, porque no responde a condiciones propias de sus protagonistas, sino a restricciones y límites impuestos por quienes

no los respetan, consciente o inconscientemente, ya que, incluso hay quien justifica su vulneración en prejuicios, razones y dogmas que realmente se disfrazan ocultos desde el desconocimiento.

Por eso es tan esencial una obra monográfica como la que me honra a prologar su autor, querido amigo y compañero de fatigas, porque no hay mayor exponente de la amistad que los buenos sentimientos compartidos en fines comunes de crecimiento y construcción de valores.

Si existe pacífica unanimidad en erigir el principio del interés superior de la niñez como guía de la recta interpretación de las normas y de cualquier decisión que recaiga sobre la vida de un niño, niña o adolescente, es preciso alejarnos de las aristas de los conceptos jurídicos indeterminados, para reconocerle su mayor y mejor sentido. Y en ese contexto esta obra contribuye, desde la investigación, a través de una metodología dogmática, a perfilar esquemas y aportar soluciones, ya que, desde un enfoque formalista, se presenta como un trabajo crítico, que revisa y reconstruye los efectos de la recepción del derecho transnacional e internacional, en torno a la infancia y la adolescencia, en los contextos internos o nacionales.

La interpretación y la integración normativas, a partir de la identificación, delimitación y evaluación del *corpus iuris* conformado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con sus Protocolos facultativos, da buena cuenta de los avances, pero también de las dificultades, que se presentan, en orden a concretar ese principio del interés superior, a partir de las diversas opiniones doctrinales, líneas jurisprudenciales y respuestas legales, sin duda útiles en la búsqueda de soluciones, aunque necesitadas de una labor investigadora, para transformarlas en elementos coadyuvantes de buenas prácticas referidas a la plena realización de los derechos de la niñez y la adolescencia.

La aprobación de la destacada Observación General número 14, del año 2013, por el Comité de los Derechos del Niño, como máximo garante del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos

del Niño, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, pone de manifiesto, de modo destacado, la necesidad de que ese interés superior se convierta en una consideración primordial, a la vez que delimita conceptualmente su alcance, para reconocer que se trata, a la vez, de un derecho, de un principio y de una norma procesal, o de procedimiento, como las tres manifestaciones de su prisma tridimensional. Quizá esa trivalencia haya contribuido también a la dificultad de concretar el principio, a la vista de los numerosos conflictos que se han derivado de la facultad discrecional, a veces arbitraria, de las autoridades administrativas y judiciales, encargadas de aplicarlo en los casos concretos.

La universalidad de los derechos de la infancia y la adolescencia, tamizados por el principio de su interés superior, se acuña en un contexto global en el que la Convención se consagra como el espacio de encuentro y consenso en la sensibilización y concienciación de las naciones, que apuesta por un mundo mejor, en clave de niñez, pero que queda a menudo cuestionado en la aplicación efectiva de sus normas y términos globales, entre los distintos ámbitos territoriales: regionales, estatales, e incluso locales, en los que se dan resultados bien diversos, como así se pone de relieve en esta obra. Los mismos derechos y principios compartidos no generan idénticos efectos, a veces ni similares, en las distintas latitudes del planeta.

Tampoco se trata de considerarlo negativamente, sino que debe atenderse a la consecuencia enriquecedora de la pluralidad, dado que tales principios y derechos precisan de extrapolación congruente a cada contexto, con un impacto indudable de factores de toda índole, entre los que destacan los culturales, los políticos y los económicos, provocándose lo que se ha venido a denominar como la “glocalización” o aplicación local de los conceptos globales. En definitiva, como así nos enseña el profesor Joaquín Sedano, el interés superior del niño se “glocaliza”, de modo que se potencia, o se minimiza, en función de cada caso y cada lugar.

Si ya podemos asegurar que la Convención sobre los Derechos del Niño representa, en la actualidad, y a lo largo de toda la historia, al tratado internacional más ratificado de todo el mundo, igualmente debemos seguir afirmando que el único país del mundo que no lo ha hecho, los Estados Unidos de América, debiéndose destacar que, aunque se haya dotado de un propio y muy particular sistema de protección de los derechos de la niñez, se siguen poniendo de manifiesto carencias incuestionables, particularmente derivadas de la prohibición de no discriminación, sin detrimento de contar con diversos criterios normativos, referido a específicas situaciones jurídicas, que involucran a niños, niñas y adolescentes, lo que, en definitiva, facilita, aparentemente, la aplicación del principio del interés superior del niño al caso concreto, y disminuye la facultad discrecional de la autoridad encargada de tomar una decisión que influya sobre la existencia de un niño, niña o adolescente.

Tratando de ofrecernos el autor de esta obra una relevante herramienta de construcción de los derechos de la niñez, el derecho comparado es una fuente de conocimientos de incuestionable relevancia. Así, en casos como la República de Chile, que, si bien ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, no incorporó a su texto constitucional el principio del interés superior de la niñez, sin detrimento de contar con legislación e instituciones que denotan una cierta transcendencia de los derechos de la infancia y la adolescencia, en una apuesta en la que sobresalen acciones del poder judicial, a partir de esas iniciativas legislativas y las dificultades que se ha encontrado el poder ejecutivo en su cabal aplicación, que ofrecen pautas y vectores de actualización normativa, a partir de la práctica y la realidad social, a la vez que conforman una dinámica de perfeccionamiento de sus criterios normativos. Otro caso de especial interés que también se nos presenta en esta monografía es el que representa la acción política, en clave de derechos de la infancia y la adolescencia, de la República Argentina, en la que el equilibrio entre las competencias judiciales y las potestades administrativas, se decanta hacia una pretendida desjudicialización en pro de la intervención de los organismos

y entidades públicas, a la vez que se promueve la sumariidad o brevedad de los procesos, en consideración del necesario ajuste de los plazos a las edades de la infancia y la adolescencia, y de la acentuada prevención que evite toda violencia institucional o secundaria, derivada del propio sistema de protección a la infancia, lo que no deja de ser una novedosa pretensión de incuestionable interés, y digna de toda atención y seguimiento, que se suma a la técnica legislativa de los indicadores o criterios preestablecidos.

El derecho comparado es, sin duda, una magnífica fuente de conocimientos prácticos, de utilidad general, en cuanto a la conformación de bases sólidas en la tutela efectiva de los derechos de las personas menores de edad, a partir de la concreción ajustada del principio del interés superior de la infancia, especialmente en sus dos vertientes fundamentales: por un lado, en su dimensión conceptual, y, por otro lado, en la mejora de la técnica legislativa.

En este contexto, el autor de esta obra, da en la diana, en cuanto a la hipótesis de partida: en la mayoría de casos, la indeterminación del principio del interés superior del niño, unido a las amplísimas facultades discrecionales que legalmente se otorgan a las autoridades, administrativas o judiciales, encargadas de tomar una decisión, ante una mal entendida casuística, deriva, o determina, que, en cada caso, se pretenda descubrir y justificar, desde el cristal con que se mire, cuál sea ese pretendido interés superior de cada niño, niña o adolescente.

De ahí que, ante el galimatías generado por la multiplicidad exponencial de situaciones a resolver, desde criterios subjetivos y personales, se haya llegado a afirmar, por un sector doctrinal minoritario, que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, como modo de justificar, así, que sea susceptible de determinación, en función de las circunstancias particulares, que concurran en cada caso, partiendo, lógicamente, de cero, en cada supuesto concreto que se presenta como situación a resolver. Pero, destaca, con mayor fundamento, la corriente de opinión doctrinal que considera que, sin desmerecer esa posible visión de concepto jurídico

indeterminado, debe reforzarse su carácter determinable, de modo que se identifiquen casos que, en su conjunto, más o menos amplio, puedan servir como referente, a partir de lo constatado, aprendido y experimentado, disminuyéndose, de este modo, ese pretendido grado de indeterminación, que pueda utilizarse de manera negativa o restrictiva.

La presente obra nos deja muchas lecciones, aprendidas, y para aprender, al centrarse en la verdadera revolución que ha supuesto la primacía del interés superior del niño en todos los contextos sociales, sin temor a destacar el consecuente obstáculo que ha provocado respecto de la certeza y la seguridad jurídica de los derechos de la infancia y la adolescencia, en muchos casos, así como en lo referente al desarrollo holístico que debe predicarse de la niñez. De ahí que se presenten no pocas propuestas doctrinales que pretenden afirmar esa certeza a partir de la concreción del interés superior, como la que representa a Elster, que propone un modelo liberal y pluralista, o a Eekelaar, que defiende un autodeterminismo dinámico, o a Cillero, que se escuda en un modelo garantista.

Sea como fuere, en definitiva, lo esencial, y que es el objetivo último de esta obra, es no limitarse a ofrecer un panorama descriptivo, comparativo y analítico de ese principio tan extraordinario y de sus consecuencias empíricas, sino, partiendo del método jurídico, ser propositivo, y ahí reside el mayor valor y la máxima utilidad de su planteamiento. No puede considerarse un tratado cerrado, sino un libro abierto, que recoge múltiples llaves para la investigación, para abrir puertas, o ventanas, hacia propuestas de solución y concreción del principio del interés superior del niño, desde la humildad del saber, de no dar el tema por zanjado, ni por agotado, sino con la generosidad universitaria del docente investigador, que comprueba que un principio como el del interés superior del niño, vive ahora su etapa de juventud, en la que se dan las determinaciones más prolíficas sobre su propia existencia, no solo en consideración a lo vivido, sino sobre todo, a lo que le queda por vivir.

De Joaquín Sedano Tapia solo puedo dar las mejores referencias, desde su estancia predoctoral en la Universidad de Barcelona, en la que, haciendo gala de su calidad humana, no se conformó con ocuparse de su intensa actividad investigadora, sino que, además, sacó tiempo, el suyo y el de su familia, para colaborar en la organización de los precongresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia de ADDIA, además de mantener su formación continuada y especialización permanente, culminando su formación doctoral, con la defensa de su tesis y la obtención del máximo grado universitario, con todos los honores, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, como pude apreciar y comprobar en mi condición de miembro de ese tribunal calificador. Por supuesto, como excelente académico, no ha dejado de participar en los congresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia, implicado en la organización directa de diversos precongresos, seminarios, jornadas y encuentros preparatorios en México, y, lo que para mí es lo más importante, abriéndome las puertas de su maravillosa familia extensa, de sólidos valores, enormes corazones y generosa hospitalidad, que da buena razón de su compromiso vital por la justicia y por la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Nos queda mucho por compartir, por aprender y por hacer, por supuesto, con quienes se nos quieran unir.

Sitges, 8 de julio de 2020

Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor Titular de Derecho Civil

Director del Máster en Derecho de Familia e Infancia

Universidad de Barcelona

Presidente de ADDIA

*Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia
y la Adolescencia*

ÍNDICE

Prólogo	v
Capítulo I. Contextualizando los derechos de los niños y su interés superior ...	1
1. El niño, del objeto al sujeto de derecho.....	1
a. La Declaración de Ginebra de 1924.....	2
b. La Declaración de los Derechos del Niño.....	5
2. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	7
3. La Convención sobre los Derechos del Niño y el interés superior	13
4. La Observación General N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial	15
a. El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma procedimental.....	16
5. La concepción doctrinal del interés superior del niño.....	19
Capítulo II. El principio del interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales	27
1. El interés superior del niño y su incorporación en las legislaciones nacionales	27
a. México, Ecuador, República Dominicana, Bolivia y Venezuela	29
b. Guatemala, Colombia y Argentina	31
c. Costa Rica, Paraguay y El Salvador.....	34
d. Panamá, Perú, Uruguay y Nicaragua	36
2. Estados Unidos de América	38
3. República de Chile	52
4. República de Argentina	61
5. España	69
Capítulo III. El interés superior del niño y la técnica legislativa.....	81
1. El interés superior del niño, un problema de técnica legislativa	81
2. Técnicas para la regulación del interés superior del niño.....	83
a. La técnica de la lista de comprobación	86
b. La técnica de redacción normativa	88
3. Cláusula general y principio jurídico indeterminado	90

a. Determinando el contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados	93
Propuesta objetivista	94
Propuesta finalista	96
Propuesta intersubjetiva	97
4. La concreción del interés superior del niño según criterios normativos preestablecidos	98
5. Propuestas doctrinales para la concreción del interés superior del niño	101
a. Jon Elster	103
b. John Eekelaar	104
c. Miguel Cillero	105
d. Francisco Rivero Hernández	107
e. María Linacero de la Fuente	109
f. José Manuel de Torres Perea	110
6. El interés superior del niño en México, una interpretación a la luz de los derechos humanos	111
a. Los derechos humanos de los niños y el principio de universalidad	116
b. El interés superior del niño y el principio <i>pro homine</i> o <i>pro persona</i>	121
Capítulo IV. Conclusiones y propuestas	129
Primera propuesta	130
Segunda propuesta	132
Fuentes de investigación	135
Bibliográficas	135
Revistas especializadas	140
Informáticas	143
Normativas	144
Otras fuentes	146
Apéndice	147

CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZANDO LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y SU INTERÉS SUPERIOR

1. EL NIÑO, DEL OBJETO AL SUJETO DE DERECHO

Hemos sido testigos que en el devenir histórico, el niño ha pasado de ser ignorado totalmente a ser cosificado. Siglos y siglos de historia han contemplado inertes, el desinterés de la sociedad por la infancia. La visión adultocéntrica del mundo basada en el aparente uso de la razón, han anulado aquellas formas de ver pensar y sentir propias de los menores de edad. La sensatez y la aparente razón no pueden explicar porque olvidamos nuestro pasado, porque mostramos desinterés por nuestro presente y sentimos desesperanza por nuestro futuro. La infancia es nuestro pasado, presente y futuro.

La infancia, como grupo etario, se vino a posicionar socialmente hasta hace apenas dos siglos y jurídicamente, aunque de manera incipiente, hace poco más de uno. La transición de la injustificada ignominia a la cosificación de la niñez ha sido el primer paso para reconocer su existencia después de haber sido ignorados por siglos. Sabemos que el proceso de reconocimiento de la infancia como categoría social ha sido largo y que el primer paso que se dio fue de la invisibilización a la cosificación de los niños, debido a que eran considerados un anexo de la familia.

El niño fue pues, en este drama histórico-sociológico, una simple cosa, carente de capacidad para hacer valer por sí mismo sus derechos y su voluntad, si es que la tenía, no podía externarse, ni siquiera podía manifestar su opinión. El siglo XX fue crucial en el reconocimiento de los derechos humanos de los adultos y de manera indirecta de los niños, y la pretenciosa búsqueda de reposicionar a los menores de edad como verdaderos sujetos de derecho, rompió con el paradigma aquel que considerara a la niñez como una cosa.

Este proceso de transición del niño objeto al niño sujeto del derecho, se ve reflejado en tres documentos fundamentales; por un lado, tenemos a la Declaración de Ginebra de 1924, por otro la Declaración de los Derechos del Niño y, el máximo instrumento jurídico que existe en relación con nuestra materia: La Convención sobre los Derechos del Niño.

a. La Declaración de Ginebra de 1924

A manera de preámbulo y con la finalidad de contextualizar estos documentos, es importante precisar que previo a la Declaración de Ginebra, hubo varios trabajos realizados por diversos tratadistas y/o activistas a favor de los derechos de los niños. Consideramos que sus aportaciones son dignas de referirse, toda vez que han apuntado la construcción de este primer instrumento jurídico de carácter internacional.

Eglantyne Jebb, fue una activista británica promotora de los derechos del niño y fundadora de una de las asociaciones internacionales más importantes en la materia. De formación historiadora y de oficio maestra, su pasión en la vida se resume en la siguiente frase: “El único idioma internacional es el llanto de los niños.” Vivir y padecer los horrores de la Primera Guerra Mundial confirmaría la existencia de ese idioma universal por lo que resuelta a hacer algo en favor de estos niños, funda en 1919 *Save the Children Fund*.

Faubell citado por Ravetllat narra que:

el bloqueo impuesto por los aliados a los vencidos fue el origen del juicio que el Tribunal de *Mandion House*, de Londres, celebró contra Eglantinne Jebb. Ésta publicó sin permiso del censor e hizo distribuir una octavilla con la fotografía de un niño austriaco extenuado. Como éste morían de hambre en Europa a consecuencia del bloqueo más de cuatro millones de niños. El Tribunal declaró culpable a la acusada y la multó con cinco libras. Pero el juicio fue la mejor publicidad de un «Fondo para salvar a los niños» que pronto logró enviar a Viena gran cantidad de socorros. El 6 de enero de 1920, estableció en Ginebra, amparada por el Comité Internacional de

la Cruz Roja que dirigía Gustavo Ader, la Unión Internacional para Salvar a los Niños¹.

La Carta de la Infancia (1922) elaborada por *Save the Children Fund* representa el antecedente de la Declaración de Ginebra. En ella se contenía un preámbulo, un breve enunciado de cuatro principios generales y veintiocho cláusulas en que se explicaba su aplicación.

Otro personaje digno de mencionarse por sus aportaciones en la construcción de la Declaración de 1924 es Janusz Korczak cuyo nombre verdadero era Henrik Goldszmit. No es extraño que Korczak, al igual que muchas de las mentes brillantes que contribuyeron al reconocimiento y establecimiento de los derechos de los niños, tuviera formación de pedagogo.

La Declaración de Ginebra propuesta por Jebb se compone de siete principios básicos, y éstos son:

- I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.
- III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.
- IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.
- V. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*. Colección Infancia y Adolescencia, Universitat Politècnica de València, España, 2015, pág. 65.

- VI. El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.
- VII. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo².

Estos siete principios influirían en la redacción definitiva de la Declaración de Ginebra que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924 (recordemos que aún no se creaba la Organización de las Naciones Unidas). La Declaración de los Derechos del Niño, llamada también Declaración de Ginebra, propone que los hombres y mujeres de todas las naciones deban dar al niño lo mejor de sí misma, en ella aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

- I. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro.
- IV. El niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación.

² JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *El derecho del menor*, UNAM, México, 2012, págs. 13-14.

- V. El niño debe ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio de su prójimo³.

En esencia tanto la propuesta como el texto definitivo de la Declaración de Ginebra, seguirán guardando similitudes. Es importante destacar que en ambos documentos podemos encontrar más que un catálogo de derechos, una serie de obligaciones, ya que se habla de los deberes que se tienen para con los niños. La citada declaración no tuvo efectos vinculantes, pero sí logro despertar el interés de los Estados miembro de la Sociedad de Naciones, incluso tuvo al menos una modificación en 1934.

La proyección y eventual potencialización que pudo tener la Declaración de Ginebra se vio frustrada por el estallido de la Segunda Guerra Mundial; así mismo y para dar respuesta a los devastadores efectos de la Segunda conflagración mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1946, creó el Unicef para responder a las necesidades más urgentes de la infancia en Europa.

En octubre de 1953, la organización se convirtió en una entidad permanente del Sistema de las Naciones Unidas, modificando entonces su denominación por la actual "Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia", manteniendo sus siglas y con un papel más amplio: responder a las necesidades a largo plazo de los niños, niñas y adolescentes que viven en la pobreza en los países en vías de desarrollo⁴.

b. La Declaración de los Derechos del Niño

También conocida como la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 o Decálogo de los derechos del niño, fue proclamada por la

³ GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 280.

⁴ Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ. Isaac, *op. cit.* nota 1, pág. 67.

Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV) de fecha 20 de noviembre de 1959.

Destacan en su preámbulo los siguientes considerandos respecto al niño: "...Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento... Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle⁵."

La protección y cuidado especial a que hace referencia el preámbulo de la presente declaración nos obliga a pensar que hasta ese momento histórico aún se percibe al niño como un ser distinto al adulto, diferencia que radica en la falta de madurez física y mental. Esta visión promovió un trato diferenciado, incluso especial, más no especializado. La posición de incapacidad en que se colocó al niño lo alejó de un tratamiento especializado por no ser considerado un sujeto pleno (persona) como sucede con los adultos. Otra parte que es importante destacar, es la relativa a la protección del no nacido, situación que permanece en la actual Convención de 1989.

Este instrumento recogerá derechos como: derecho a un nombre y una nacionalidad, derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados, entre otros. Sin embargo, la crítica que se hace al documento citado es precisamente "...la falta de previsión de autoridades que materializarán y harán realidad este catálogo de derechos en la vida cotidiana de los menores. Es decir, no crea los medios para hacer realidad un deseo que todos compartimos⁶." Aunque esta condición no será privativa de la presente declaración, trascenderá hasta la Convención de 1989.

⁵ Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/4301/3742> consultada el 29 de septiembre de 2020.

⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y del tráfico internacional. Contexto mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2011, pág. 71.

Tanto la Declaración de Ginebra como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no tienen carácter o fuerza vinculante, los principios que contienen cada una de ellas están dirigidas tan sólo a la infancia en situación de riesgo, dejando fuera al resto de los niños, niñas y adolescentes; por tanto, esto ha orillado a “algunos autores a calificar estos textos como de buenos decálogos comprensivos de los deberes de los adultos para con las personas menores de edad, consideradas débiles, ignorantes e incapaces de actuar por sí⁷.”

2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Sin duda el más importante de los instrumentos jurídicos internacionales protectores de los derechos de los niños, es la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante la Convención. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, es un instrumento único en su clase, no sólo porque en él se recoge de manera enunciativa un amplio catálogo de derechos consagrados en favor de la niñez, sino porque representa un parteaguas en la concepción jurídica del niño, el niño como sujeto de derecho. Cardona Llorens, exmiembro del Comité de los Derechos del Niño de la ONU apunta que:

La Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos⁸.

⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *op.cit.* nota 1, pág. 75.

⁸ CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos” en González Martín, Nuria (Coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, Porrúa, México, 2012, pág. 2.

De forma contraria a como históricamente se fue posicionando el niño, en esta ocasión ha sido primero en el plano de lo legal y no en el de lo social; prueba de ello es que aun y cuando la Convención considera a la niñez como sujeto del derecho, las distintas sociedades del mundo insisten en verlo como objeto. De tal manera que el reto que ofrece este instrumento jurídico es igualar el posicionamiento social y jurídico de todos los niños del mundo.

Aunque no deja de ser loable el hecho de posicionar a los niños como sujetos del derecho, lo cierto es que esta consideración ha sido insuficiente y es que materializar dicho anhelo es tan complicado como pretender olvidar de tajo la historia misma de la infancia y creer que ésta apenas inició hace poco más de treinta años.

Pese a que la Convención es un instrumento vinculante, que obliga a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias con el fin de que se garantice el ejercicio de los derechos del niño, aún no se ha hecho lo suficiente ni se ha alcanzado la igualdad pretendida; y es que las condiciones económicas, políticas y culturales de cada Estado son diversas y por consiguiente se asume la Convención en posiciones diferentes.

De manera general, la Convención se encuentra conformada por un preámbulo y una parte dispositiva o articulado, la cual se agrupa en tres partes: la primera compuesta de cuarenta y un artículos en la que se contienen los derechos y obligaciones reguladas, la segunda parte cuenta con tan sólo cuatro numerales y en ellos se establece las medidas relativas a la aplicación y control de la convención, y la tercera conformada por nueve disposiciones que definen la entrada en vigor.

El análisis hecho por Cardona Llorens a la estructura de la Convención señala que ésta se divide por ocho grupos de normas que se relacionan con:

- a. el ámbito de aplicación de la Convención;
- b. los principios generales que inspiran la Convención;

- c. las medidas generales que deben adoptar los Estados en relación con la Convención;
- d. la especificación de diversos derechos a la situación particular de los niños;
- e. las obligaciones relativas a la protección de los niños ante violaciones de derechos a los que son especialmente vulnerables;
- f. las obligaciones respecto de niños que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad a fin de reducir las mayores barreras para el ejercicio de sus derechos;
- g. las disposiciones relativas al mecanismo de control de aplicación de la Convención; y
- h. las disposiciones finales sobre la firma, entrada en vigor, reservas, etc.⁹.

No obstante la falta de técnica en la redacción de la Convención, el instrumento no demerita y es que su verdadero valor radica no nada más en que representa un cambio de paradigma en la visión que se tenía del niño, sino que por primera vez se elabora un catálogo de principios y derechos que operarán a favor de los menores de edad de forma vinculante.

Podemos asegurar sin temor a equivocarnos, que el posicionamiento del niño y sus derechos en el contexto jurídico es real, aunque como ya anticipamos, faltará positivizar esos derechos de manera efectiva, posicionar a la niñez como verdadero sujeto del derecho en el contexto social en que vivimos.

De una manera detallada, Carmona Luque nos ofrece el siguiente esquema:

- Definición de niño: artículo 1.

⁹ *Ibíd.* pág.5.

- Principios Generales de la Convención: artículos 2 (no discriminación), 3 (interés superior del niño), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) y 12 (respeto a la opinión del niño).
- Derechos civiles y políticos: artículos 7 (derecho a un nombre y una nacionalidad), 8 (preservación de la identidad), 13 (libertad de expresión), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 15 (libertad de asociación), 16 (protección de la vida privada) y 17 (acceso a una información adecuada).
- Derechos económicos, sociales y culturales: artículos 24 (derecho a la salud y a los servicios médicos), 25 (evaluación periódica de internamientos), 26 (derecho a la Seguridad Social), 27 (derecho a un nivel de vida adecuado), 28 (derecho a la educación), 29 (objetivos de la educación), 31 (derecho al descanso, el esparcimiento, el juego y a las actividades recreativas y culturales).
- Protección de los niños en circunstancias particulares, de especial vulnerabilidad: artículos 19 (malos tratos y abusos en el ámbito de la familia), 22 (refugiados), 23 (impedidos), 30 (pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas), 32 (trabajo de menores), 33 (protección contra el uso ilícito y tráfico de estupefacientes), 34 (explotación y abusos sexuales), 35 (secuestro, venta o trata de niños), 36 (otras formas de explotación), 37 y 40 (administración de justicia y privación de libertad), 38 (conflictos armados) y 39 (recuperación y reintegración de los niños víctimas de abandono, explotación, abusos, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados).
- Derechos de los niños y/o de los padres, tutores o representantes legales, en el ámbito de la familia: artículos 5 (dirección y orientación de los padres), 9 (separación de los padres), 10 (reunificación familiar), 11 (prohibición de retenciones y traslados ilícitos), 18 (obligaciones de los padres en la crianza y desarrollo del niño), 19 (protección frente a malos tratos y abusos en

el ámbito de la familia), 20 (protección de niños privados de entorno familiar) y 21 (adopción).

- Obligaciones de los Estados Parte en la aplicación de la Convención: artículos 4 (adopción de medidas de toda índole y, en su caso, hasta el límite de los recursos disponibles), 41 (respeto a las normas vigentes más favorables del derecho interno o internacional) y 42 (difusión de la Convención).

Los restantes artículos se agruparían en torno a los siguientes asuntos:

- Órgano de control: artículos 43 a 45 (funcionamiento del Comité de los Derechos del Niño).
- Condiciones relativas a la entrada en vigor y vigencia del Convenio entre los Estados Parte: Parte III - artículos 46 a 54 (firma, ratificación, entrada en vigor, enmiendas, reservas, denuncias y autenticación de la Convención)¹⁰.

El camino es largo y el viaje apenas empieza, en tres décadas se han generado tres protocolos facultativos vinculados a la Convención y estos son:

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Aprobado por la Asamblea General mediante resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo del 2000;
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aprobado por la Asamblea General mediante resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo del 2000; y

¹⁰ CARMONA LUQUE, María del Rosario, *La Convención sobre los Derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 60-61.

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicación. Aprobado por la Asamblea General mediante resolución 66/138 del 19 de diciembre del 2011.

Hasta este año se han emitido 24 Observaciones Generales por parte del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, la última emitida en el mes de septiembre de 2019 y que reemplaza la Observación General N° 10 de 2007, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Actualmente existe un proyecto de Observación General, la número 25, relativa a los derechos del niño en relación con el entorno digital de agosto de 2020.

La construcción de un sistema integral de tutela de los derechos del niño se encuentra en proceso y muchos años han de pasar antes de que se vean cristalizados los anhelos de justicia social que no hagan distingos entre niños y adultos. Erradicar la discriminación por cuestiones de edad, es un tema escabroso que tendremos que encarar si deseamos seguir avanzando en la defensa real y efectiva de nuestros niños.

Pese al amplio grado de aceptación internacional que ha tenido la Convención, aún existe un largo camino por recorrer pues “mientras que el siglo pasado fue el de las Declaraciones de los derechos de la infancia y la adolescencia, este siglo debe ser el de su asimilación social y el de su integración plena en el sistema de derechos humanos.¹¹” Para ello será imperioso:

Superar los obstáculos de cada contexto nacional, a partir de tres vías: del reforzamiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia como derechos humanos, del cumplimiento de los compromisos

¹¹ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Historia de los congresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia (2003-2014) a los veinticinco años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac, (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*, Huygens, Barcelona, 2015, pág.13.

asumidos a través de los tratados internacionales y sus protocolos facultativos y de la respuesta a las reivindicaciones de la propia infancia y la adolescencia expuesta a través del ejercicio de su derecho de participación. En este contexto, debe sustituirse el enfoque de necesidades por el enfoque de derechos humanos¹².

3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL INTERÉS SUPERIOR

Uno de los logros mayormente plausibles de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la declaración que le antecede, es el haber acuñado el principio del interés superior del niño, en adelante interés superior. Este principio, rector de la Convención, lo encontramos consagrado en el numeral 3, fracción 1 que literalmente señala:

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 niño¹³...

Como se desprende de la transcripción, la Convención obliga tanto a instituciones públicas como privadas, a las autoridades administrativas y judiciales y a los propios órganos legislativos a considerar como algo primordial al interés superior del niño, lo que parece muy claro,

¹² VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia" en Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bosh, España, 2009, pág. 57.

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño. Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2019, pág. 41.

excepto que no define qué se entiende por interés superior. En este sentido podemos afirmar que, al menos originalmente, este concepto jurídico fue indeterminado y que consecuentemente los Estados parte se obligaron a una imprecisión jurídica dejando al arbitrio de cada uno su determinación.

Esta indeterminación jurídica habría de generar conmoción en los diversos Estados que signaran la Convención y que incorporaran en su legislación interna un término tan revolucionario en una sociedad tan tradicionalista. Y es que la recepción del derecho internacional en el nacional, encuentra resistencia ante la tradición jurídica. A más de tres décadas de aprobada la Convención, sigue siendo difícil concebir a los menores de edad como sujetos del derecho y aún más, darles una adecuada participación y trato en los procesos de carácter jurisdiccional y administrativo.

En diversas partes del texto de la Convención, podemos encontrar de manera reiterada referencias al denominado interés superior del niño, así por ejemplo tenemos el artículo 9 fracción 1, que establece:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño¹⁴.

Aun y cuando en el precepto citado no se define al interés superior, nos plantea a manera de ejemplos cuándo podría estar justificada la separación del niño de sus padres o bien establecer un lugar de

¹⁴ *Ibíd.* pág. 157.

residencia; sin embargo y hasta este momento sigue siendo una incógnita la definición del interés superior.

Otro de los artículos que debemos mencionar es el vigésimo primero relativo a la adopción, en la que siempre deberá imperar el interés superior del niño. Así tenemos que, en distintas legislaciones del mundo, se considera preferible la adopción hecha por familiares que por extraños, sin que ello implique una cuestión discriminatoria sino una consideración de su interés superior.

Nosotros podemos concluir, aunque de forma imprecisa, que el concepto jurídico indeterminado del interés superior nace como un criterio de actuación, como un principio que busca garantizar los derechos fundamentales, los derechos civiles de los menores de edad, aunque no se nos dice cómo.

Precisamente y derivado de estos contratiempos que generara la imprecisión del artículo tercero de la Convención, después de casi veintitrés años de aprobada, se hizo necesaria la emisión de una Observación General por parte del Comité de los Derechos del Niño, la que a continuación comentaremos.

4. LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 14 (2013) SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL

Tal es la confusión causada por la imprecisión derivada del artículo tercero de la Convención, que hubo necesidad de generar esta Observación General, la que busca dar luz al concepto del interés superior.

Un documento cuyo análisis resulta trascendental, es el emitido por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante Comité, en el mes de mayo de 2013. Nos referimos a la Observación General N.º 14(2013) sobre el derecho

del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), en adelante Observación General.

Pero ¿Cuál es el objetivo de esta Observación General? y particularmente ¿Cuál es el objetivo del concepto jurídico del interés superior del niño? La respuesta se encuentra en esta Observación que textualmente señala: “4. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño¹⁵.” Para la Real Academia de la Lengua, el adjetivo “pleno” hace referencia a completo y “efectivo” a eficaz, luego entonces el interés superior del menor implica el disfrute completo y eficaz de los derechos que se consagran en la Convención; pero hay algo muy importante aún, el interés superior tiene como objetivo su desarrollo holístico y en ello va implícito su desarrollo físico, psicológico y social del niño.

La Observación General, plantea que para un mejor entendimiento de lo que el principio del interés superior del niño representa, éste puede y debe ser analizado desde tres ópticas: como un derecho, como un principio y como una norma de procedimiento.

a. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: UN DERECHO, UN PRINCIPIO Y UNA NORMA PROCEDIMENTAL

El Comité subraya que el interés superior es un derecho sustantivo, como ya hemos señalado. En términos de la Convención, los niños tienen derecho a que su interés superior prime al momento de aplicar la ley, siendo el primer obligado en respetarlo el Estado. Esto significa que cuando se deban sopesar distintos intereses y en ellos participe el de un menor de edad, siempre deberá respetarse este derecho antes de resolver en definitiva.

¹⁵ Observación General N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

Por otra parte, la observación también señala que además de un derecho, el interés superior es “Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño¹⁶.” La propia Convención y sus tres protocolos serán el marco de referencia para esa interpretación. Esta concepción del interés superior es tan abstracta como la plasmada en el artículo tercero de la Convención, nuevamente nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que llegará a ser determinable atendiendo a las circunstancias particulares del caso, a la casuística.

En esta tesitura, el interés superior del niño puede significar mucho o nada dependiendo de la interpretación conjunta de los hechos y preceptos de derecho que se hagan valer en el conflicto de intereses.

Finalmente, establece la Observación General, que el interés superior es también una norma procesal y precisa:

...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹⁷.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

La fundamentación y motivación en las resoluciones que emite la autoridad, son garantía de legalidad y dan certeza jurídica a las actuaciones realizadas. Ahora bien, si consideramos como norma procedimental al interés superior, el cual por cierto se encuentra inserto en la norma constitucional de la mayoría de los países, la autoridad no sólo tendrá la obligación de fundar y motivar sus mandamientos, sino que en los casos específicos donde se involucren niños, deberá realizar un ejercicio de ponderación materialmente visible, debiendo quedar de manifiesto el proceso intelectual del juzgador, el que siguió para arribar a una solución o determinación.

Por otra parte, la Observación General en comentario, hace un análisis jurídico de la fracción I, artículo 3 de la Convención. Analicemos el párrafo 32 que a la letra dice:

32. El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto¹⁸.

Con lo anterior podemos concluir y afirmar sin temor a equivocarnos, que si bien es cierto el concepto del interés superior del niño pareciera indeterminado, también lo es que puede ser determinable atendiendo a las circunstancias particulares del caso al que se pretende aplicar; por ello se dice que se trata de un concepto complejo y difícil de determinar.

¹⁸ *Idem*.

Esta situación de complejidad y dificultad se agravan al momento en que los operadores de la norma pretenden aclarar el concepto del interés superior, lo que provoca una inadecuada e incluso equívoca aplicación de este. Y esto no es extraño, cuando su cumplimiento queda sujeto a la facultad discrecional de la autoridad y a su leal saber y entender.

La flexibilidad y adaptabilidad atribuida al concepto en análisis puede acarrear resultados nefastos ante la falta de raciocinio por parte del operador, de ahí que deviene importante no confundir estos atributos con algo laxo, sino con una estricta obligación de análisis y síntesis previo a determinar el interés superior de cada caso. La flexibilidad no debe entenderse como holgura, y la adaptabilidad como permiso para interpretar a modo.

5. LA CONCEPCIÓN DOCTRINAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como hemos visto hasta ahora, tanto el derecho internacional como el nacional han contribuido para dar certidumbre jurídica al momento de aplicar el principio del interés superior del niño. En la construcción del concepto, la jurisprudencia ha jugado un papel determinante y parte de este círculo virtuoso, de renovación de ideas y clarificación de conceptos, lo impulsa la doctrina; sin ella es inconcebible la transformación socio-jurídica de los derechos de la infancia. Veamos algunos datos interesantes en torno al tema del interés superior de la niñez, pero hagámoslo ahora al amparo de la doctrina.

Para Varela Castro, el interés superior del menor debe ser considerado como un derecho de la personalidad con efectos *erga omnes* que opera no solo en las relaciones verticales sino también en las horizontales que tiene el niño. Esto se traduce, en el primero de los casos, como la relación del niño con la administración y las segundas, como la relación del niño con otros sujetos particulares, especialmente los

que conforman su grupo familiar. Además, considera que el interés superior del menor, le permite exigir que sea tomado en cuenta y respetado por los demás y que en caso contrario pueda acudir ante los tribunales¹⁹.

Debemos precisar que, aunque el autor en comento hace referencia al interés superior del menor, se trata de una de las tantas expresiones que a manera de equivalente o sinónimos se han acuñado en la doctrina como también puede ser el interés superior de la niña, niño o adolescente o incluso el interés superior del hijo o de la niñez. Varela destaca que con independencia de la posición que guarde el niño en su relación con particulares o con cualquiera de los órganos del Estado, su interés superior es un derecho que surte efectos contra todos y que debe ser respetado so pena de exigirse ante los tribunales.

En caso de que los derechos del niño entraran en conflicto con los de otro particular o alguna autoridad y existiera necesidad de exigir el cumplimiento, el interés superior del niño se convierte en “un término comparativo/ponderativo con los intereses de otros sujetos implicados en el litigio de que se trate²⁰.” Este ejercicio de ponderación obliga a los operadores jurídicos a conocer el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación nacional del país del que se trate, permitiéndole comparar y posteriormente ponderar para determinar la manera en que deberán prevalecer los derechos de los niños.

En este mismo sentido encontramos la opinión de Gatica y Chaimovic quienes afirman que:

¹⁹ Cfr. VARELA CASTRO, Ignacio, “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, España, mayo 2016, págs. 3-61.

²⁰ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? De la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, España, volumen X. 2017, pág. 17.

El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña²¹.

Para dichas autoras, el interés superior del menor sí implica supremacía de los derechos del niño por sobre los de cualquier persona, física o moral, llámese padres o incluso el Estado.

Álvarez de Lara considera que:

El interés superior de la infancia es la plena satisfacción de sus derechos, es un principio garantista que obliga a la autoridad, y su utilización se debe armonizar con una concepción de derechos humanos como facultades que se puede oponer a ésta contra los abusos de poder. Desde la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de considerarse un acto potestativo de las autoridades administrativas o judiciales, para constituirse como una garantía de la vigencia de los demás derechos consagrados en la propia Convención, por lo que este principio debe vincular el ejercicio de las autoridades, como principio interpretativo, en caso de conflictos de derechos, pero también deberá ser una consideración primordial en toma de decisiones que afecten a los niños. El interés superior de la infancia debe permear todas las capas y componentes sociales para que esté presente permanentemente en las acciones, decisiones y proyectos en torno a niños y niñas, y debe prevalecer por encima de cualquier otro interés privado o público²².

Para esta autora, el interés superior de la infancia, así denominado por ella, tiene dos facetas primordiales, la primera como instrumento

²¹ GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Semana Jurídica*, Chile, 13 al 19 de mayo, 2002.

²² ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, “El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana”, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/4.pdf> consultada el 29 de septiembre de 2020.

de interpretación cuando exista un conflicto de derechos y la segunda como consideración primordial en la toma de decisiones, en ambos casos, el ejercicio de ponderación deberá considerar primordialmente a los niños.

Para Villagrasa Alcaide, el interés superior "...no es un concepto pacífico sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica, a la hora de determinar qué actos puede realizar el niño, niña o adolescente, de conformidad con su capacidad de obrar²³." Es precisamente en esa diversidad de controversias donde el concepto parece perder eficacia práctica, pues para determinarlo hay que valorar diversos elementos, entre ellos la capacidad de obrar del menor de edad y es que la valoración puede ser de lo más subjetivo. A mayor abundamiento, Villagrasa apunta:

Así, cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál sea ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia. Teniendo en cuenta que las personas que abordan y deciden esa cuestión, progenitores, tutores, administración y jueces por regla general, no operan de manera aséptica y neutral, sino que la mayoría de veces, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideológica, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los adultos²⁴.

Podemos concluir que para Villagrasa Alcaide, el interés superior es un concepto que presenta múltiples facetas y que sólo a través de la *praxis* es susceptible de mostrar su eficacia; sin embargo, es precisamente en ese *iter* de lo conceptual a lo práctico donde puede

²³ DE LA FUENTE LINARES, Francisco Javier, "Génesis del VI Congreso mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia" en Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*, Huygens, Barcelona, 2015, pág. 65.

²⁴ *Idem*.

verse comprometido por la subjetividad de quien lo pretende aplicar. Podría decirse que se trata de un concepto indeterminado susceptible de determinarse con un amplio grado de subjetividad.

Es “un concepto de difícil concreción del que hemos de analizar si se está aplicando realmente y cómo se está haciendo... para con ello evitar que dicho concepto se convierta en lo que *Carbonnier* definió como una noción mágica, evanescente, que pueda dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso del derecho²⁵.”

Finalmente, y con la intención de dejar en claro que el principio del interés superior es más que un simple romanticismo legal, tenemos la siguiente definición: “es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades²⁶.” Esta definición aleja al principio del interés superior, de ser un simple criterio orientador o inspirador, es una obligación del Estado que lo limita y a la vez lo faculta para resolver cualquier conflictiva, siempre en favor de los intereses de los niños y adolescentes.

Es una exigencia académica, atender no solo aquellas concepciones que se ajusten a lo que finalmente se desea plantear, sino también las distintas posturas que, de no abordarse, pudieran representar una evasión a la realidad jurídica mundial. García Rubio precisa atinadamente que: “En su versión en español el *best interests of the child* ha sido traducido, sin demasiada exactitud, por la expresión “interés superior del menor”, lo cual ha producido ciertos equívocos en torno a su verdadero significado²⁷.”

Esta inevitable realidad no es privativa del sistema jurídico español sino también de otros como puede ser el sistema jurídico italiano e

²⁵ *Ibid.* pág. 66.

²⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, Emilio, y Beloff, Mary (Comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2004, pág. 77.

²⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, España, número 13, agosto, 2020, Pág. 17.

incluso el mexicano. Como ella apunta, refiriéndose a Lenti y la versión italiana del interés superior del menor, “la utilización del adjetivo “superior”, atribuido al interés del menor, deriva de la versión oficial en francés de la CNUDN, en la que *best* se tradujo por superior y *primary* por *primordiale*²⁸.”

La misma autora considera que otro de los problemas ocasionados por las traducciones realizadas al texto original de la Convención, gira en torno al término *primary consideration* y afirma que este término: “...no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses²⁹...” Esta precisión es oportuna porque, en efecto, el ejercicio de ponderación que realiza el juzgador no puede ni debe dejar fuera de su determinación los intereses legítimos de los demás sujetos involucrados en un problema legal.

Más allá de las evidentes malas traducciones y posibles malas interpretaciones, no debemos perder de vista que los derechos del niño son derechos humanos y que como tal están sujetos a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; con relación a este último podemos afirmar que el posicionamiento de los derechos de los niños en los distintos sistemas jurídicos mundiales son una realidad irreversible. El interés superior del niño consagrado en la Convención constituye en efecto, un concepto con triple dimensión, siendo una de ellas la de derecho por lo que el interés superior es también progresivo.

En mérito de lo anterior, se puede concluir que el constructo jurídico del interés superior del niño, no se refiere, ni en la doctrina ni en la praxis, a un principio excluyente de derechos sino a un principio

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibid*, pág. 25.

que convierte en preferentes los derechos de los niños frente a los demás derechos. Esta situación la podemos observar en otras áreas del derecho como la materia laboral o del trabajo donde los derechos del trabajador son preferentes sin que ello signifique un equívoco o una superioridad legal. Me parece más que legítimo dar preferencia a los derechos de los niños máxime si consideramos que son sujetos del derecho altamente vulnerables y vulnerados.

CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN LOS CONTEXTOS NACIONALES

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU INCORPORACIÓN EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Muchos tratadistas refieren que el primer asunto en que se aplicó el interés superior del menor fue de naturaleza familiar y data del siglo XVIII, apareciendo por primera vez en la Sentencia Blissets, 1774³⁰.

Sin embargo, fue la Declaración de Ginebra de 1924 aprobada por la Sociedad de Naciones, el primer instrumento internacional que hace votos por los derechos en favor de los niños. En ella se estableció que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma;” esta idea podría representar el antecedente del interés superior del niño, sin embargo, sería hasta 1959 que la Declaración de los Derechos del Niño lo plasmaría textualmente al contemplar en su segundo principio que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño³¹.

³⁰ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, “El interés superior del niño y sus límites”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Argentina, número 23, diciembre 2019 - mayo 2020, pág. 241. La parte conducente de la sentencia a que se hace mención es del tenor siguiente: If the parties are disagreed, the court Will do what shall appear best for the child.

³¹ Declaración de los Derechos del Niño de 1959, *op.cit.* nota 5.

Es importante señalar que la concepción del interés superior ha sido consecuencia de un álgido debate para su incorporación en la Convención; de hecho el texto preparatorio de la Convención de 1989 se refería a *the paramount interest* o interés primordial del niño y ello se puede constatar en el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que establece: “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos³².”

El debate en torno a la implementación de un “interés primordial” o un “interés superior” dentro de la Convención, inclinó la balanza en favor del segundo y con ello se debilitaría la verdadera intención de empoderar a los niños y hacer efectivos sus derechos. Esta especie de síndrome de Herodes consagró al interés superior como el eje toral de la Convención aun con todo y sus imprecisiones semánticas. Cantwell asegura que la formulación adoptada deriva de la voluntad de dejar cierto margen en la interpretación del interés superior, dado que sus significados e implicaciones pueden variar según el contexto en que se aplica³³.

La entrada en vigor de la Convención el 2 de septiembre de 1990, la recepción de ésta y del interés superior en las legislaciones nacionales, representó no sólo un cambio de paradigma respecto a la visión que se tenía de los niños, también obligó a la construcción de toda una infraestructura que no todos los países estuvieron de acuerdo

³² Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> consultada el 29 de septiembre de 2020.

³³ Cfr. CANTWELL, Nigel, “La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant”, *Journal du droit des jeunes*, Francia, número 303, 2011/3, págs. 22-25. Puede ser consultada en: <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-3-page-22.htm>.

en asumir. No debemos soslayar que la desconfianza generada por la vaguedad del significado, disfrazada de margen para interpretación, influyó de manera determinante para su incorporación y aplicación en los distintos sistemas jurídicos.

El Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina (SIPI) destaca que la mayoría de los países latinoamericanos han incorporado el interés superior del niño a sus legislaciones nacionales a través de leyes de protección integral o códigos de infancia y adolescencia. El SIPI agrupa en cuatro bloques a aquellos países de América Latina que guardan similitud en la forma que incorporan el interés superior del niño a sus contextos nacionales.

a. MÉXICO, ECUADOR, REPÚBLICA DOMINICANA, BOLIVIA Y VENEZUELA

En un primer bloque encontramos que:

- i. Algunos países de la región han establecido dentro de sus textos constitucionales el interés superior del niño como criterio supremo de protección de los derechos de la infancia, reforzando de esta manera su relevancia jurídica para la toma de decisiones que afecten los intereses de las personas menores de edad³⁴.

Uno de estos países es México, que en el año 2011 incorpora el principio del interés superior de la niñez a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 4 constitucional párrafo sexto (actualmente noveno) estableció:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y

³⁴ ALEGRE, Silvina, et. al. *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*, Unicef, 2014, pág. 10.

sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

México ha generado dos leyes de protección de los derechos del niño desde 1989, año en que surge la Convención. La primera que data del año 2000 y una segunda del 2014. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que entrara en vigor desde diciembre del 2014, es una ley emanada de una iniciativa preferente cuya exposición de motivos asume como vértice en la construcción de la nueva ley, al interés superior del niño; sin embargo omite considerar la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU que como ya hemos señalado es el único documento que viene a dar mediana claridad a lo que es y cómo puede aplicarse el interés superior.

Reforzando lo ya comentado respecto a México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece en su artículo 2: "El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector³⁵."

Aun y cuando no hemos de realizar un estudio comparado con todos los países latinoamericanos, es importante precisar que dentro de este grupo tanto Ecuador, República Dominicana, Bolivia y Venezuela, han incorporado el concepto de interés superior en sus textos constitucionales y sus distintos códigos en materia de infancia.

En el caso particular de Bolivia, incorporó el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente a la Constitución Política del

³⁵ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Berbera, México, 2016, pág. 7.

Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 60, además cuenta con un Código del Niño, Niña y Adolescente (Ley N.º 548 de 17 de julio de 2014).

La Constitución Política de la República del Ecuador contempla en su artículo 48 al principio del interés superior de los niños, y precisa que los derechos de los niños prevalecerán sobre los de los demás, así mismo, Ecuador cuenta con un Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N.º 2002-100) vigente desde 2003.

República Dominicana cuenta con el Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley N.º 136-03), por lo que se refiere a su Constitución, es el artículo 56 el que contempla el interés superior del niño, niña y adolescente.

Venezuela cuenta con una Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (G.O. 5.859 Extraordinaria) que data del 2007 y que fue modificada en 2015. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla en su artículo 78 que el Estado, las familias y la sociedad deben garantizar el interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan.

b. GUATEMALA, COLOMBIA Y ARGENTINA

- ii. Por otro lado, la armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación jurídica interna puede darse por “remisión expresa”. Esto significa que la norma constitucional establece la obligación de aplicar la norma internacional en el ámbito interno con rango constitucional. Otro procedimiento orientado en el mismo sentido es la adopción del “bloque de constitucionalidad”. El bloque de constitucionalidad constituye una unidad jurídica compuesta por “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional” (Corte Constitucional de Colombia). Entre los países que han adoptado esta modalidad, la CIDN –en

tanto parte de la carta internacional de derechos humanos- adquiere rango constitucional. Sin embargo, en el texto constitucional no se hace mención explícita al interés superior del niño³⁶.

En este grupo podemos encontrar a países como, Guatemala, Colombia y Argentina donde si bien no se incorpora el interés superior del niño al texto constitucional, sí existe obligación, ya sea por vía de remisión o de bloque de constitucionalidad, de respetar el contenido de los distintos tratados y convenciones, máxime si aquellos abordan derechos humanos.

No obstante que en las Constituciones de aquellos países no se incorpora el principio del interés superior, esto no significa que no cuenten con leyes secundarias que lo aborden, aunque sea de manera enunciativa. Así por ejemplo en el caso de la República de Guatemala, su Constitución señala en el artículo 46 que: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno"³⁷. Aunado a lo anterior, Guatemala cuenta con una Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Decreto Número 27-2003) donde se puede observar la incorporación del interés superior de la niñez y la familia en su artículo 5.

Colombia, al igual que Guatemala, reconoce a los tratados y convenciones un rango equivalente al constitucional y aunque no se pronuncia por el interés superior en su texto constitucional, sí cuenta con un Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) que literalmente señala:

³⁶ ALEGRE, Silvina, *op. cit.* nota 34. pág. 10.

³⁷ URIZAR PÉREZ, Francisco Javier, *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Justicia Constitucional y Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Guatemala, 2019, pág. 120.

Artículo 6. Reglas de Interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente³⁸.

Desde luego que Colombia, al igual que los demás Estados miembro de la ONU que han ratificado la Convención, cuenta con diversos dispositivos legales internos que buscan la tutela de los derechos de la infancia, tal y como lo iremos analizando en adelante.

Finalmente nos referiremos a la Constitución de la Nación Argentina que en su artículo 75 establece que el Congreso podrá aprobar o desechar tratados, los que tendrán una jerarquía superior a las leyes, además reconoce a la Convención como uno de esos tratados.

Por su parte la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061) realiza un ejercicio interesante para precisar qué es y cómo aplicar el Interés superior. Estipula: “art. 3.- Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley³⁹.” Este mismo artículo señala en su parte *in fine*: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁴⁰.”

³⁸ Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/633/ley-ndeg-10982006-codigo-infancia-adolescencia> consultada el 29 de septiembre de 2020.

³⁹ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Argentina en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/6/ley-26061-proteccion-integral-derechos-ninas-ninos-adolescentes> consultada el 29 de septiembre de 2020.

⁴⁰ *Idem*.

La ley en comento no deja lugar a dudas de que en Argentina, los derechos e intereses de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro interés o derecho por legítimos que estos sean. La Real Academia Española define la palabra prevalecer como: “1. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras. 2. intr. Perdurar, subsistir. Costumbres que prevalecen durante siglos.” De lo anterior se infiere que los derechos e intereses de los niños tendrán superioridad o ventaja ante otros; que los derechos de los niños deben perdurar, deben subsistir (mantener la vida, seguir viviendo) aun cuando los demás sucumban.

c. Costa Rica, Paraguay y El Salvador

- iii. Otros países han otorgado rango supra-legal –pero no constitucional– en términos genéricos a todos los tratados internacionales⁴¹.

En este grupo podemos encontrar a países como Costa Rica, Paraguay y El Salvador quienes han otorgado a los Tratados y Convenciones Internacionales un estatus supralegal sin que se les reconozca en especie constitucionalmente.

Costa Rica tiene una Constitución que data del año de 1949 y que por supuesto ha tenido diversas reformas. En su artículo 7, párrafo primero, establece: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes⁴².” El estatus supralegal de la Convención de los Derechos del Niño y del interés superior de este, emana del referido precepto constitucional aun y cuando no se les enuncie.

⁴¹ ALEGRE, Silvina, *op. cit.* nota 34, pág.11.

⁴² Constitución Política de la República de Costa Rica, Textos Jurídicos EDIN, San José, 2017, pág. 10.

Costa Rica cuenta también con un Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.º 7739 de 1998) donde consagra el interés superior, para tales efectos el artículo 5 del referido ordenamiento establece que tanto las acciones públicas como privadas concernientes a un menor de dieciocho años, deberán atender al interés superior.

En similares circunstancias se encuentran Paraguay y El Salvador. Este último establece en su Constitución:

Artículo 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado⁴³.

Por otra parte, la Constitución de Paraguay ha estipulado en su:

Artículo 137. De la Supremacía de la Constitución.

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado⁴⁴.

La supremacía de los tratados y convenciones internacionales es notoria en la transcripción que de los artículos constitucionales se realiza, y aunque en ninguno de ellos se hace especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño ni al principio del

⁴³ Constitución Política de la República del Salvador, en: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf consultada el 30 de septiembre de 2020.

⁴⁴ Constitución Nacional de la República del Paraguay, en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf consultada el 30 de septiembre de 2020.

interés superior, lo cierto es que sí ha sido adoptado. El Salvador, por ejemplo, cuenta con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia creada mediante el Decreto Legislativo N.º 839, publicado en el Diario Oficial de aquel país el 16 de abril de 2009. Esta ley contempla en su artículo 12 al interés superior y lo define como toda situación que favorezca el desenvolvimiento de la personalidad de un niño, su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social.

Paraguay cuenta con el Código de la Niñez y la Adolescencia, ley N.º 1.680; el artículo tercero consagra al interés superior y lo define en los mismos términos que hasta ahora lo han hecho las diversas legislaciones latinoamericanas. Un aspecto interesante es que establece, a manera de lista, una serie de aspectos a tomar en cuenta para determinar el interés superior así por ejemplo señala el respeto a sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

d. Panamá, Perú, Uruguay y Nicaragua

- iv. Finalmente, se registra la existencia de un grupo de países en los que el interés superior del niño aparece reflejado exclusivamente en sus leyes internas⁴⁵. En esta posición encontramos a países como Panamá, Perú, Uruguay y Nicaragua.

En Panamá, se cuenta con un Código de la Familia (ley N° 3/1994) que en su articulado consagra al interés superior, estableciendo que éste será aplicable por los jueces o autoridades administrativas; aunque el precepto es muy vago e impreciso, la situación no es para nada exclusiva de Panamá, aunque sí prevaeciente en América Latina. El artículo segundo establece que: "Los jueces y autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia⁴⁶."

⁴⁵ ALEGRE, Silvina, *op. cit.* nota 34, pág. 11.

⁴⁶ Código de la Familia de Panamá, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/815/ley-ndeg-31994-codigo-familia> consultada el 30 de septiembre de 2020.

Este tipo de expresiones, son precisamente las que mayores problemas acarrearán al momento de aplicar el interés superior del menor. El permitir que sean los jueces y las autoridades administrativas las que le concedan preferencia, no sólo propicia una impartición de justicia poco objetiva, sino que además deriva en un ejercicio abusivo de la facultad discrecional de la autoridad, sea administrativa o judicial.

En Perú, es la ley N.º 27.337 o Código de los Niños y Adolescentes el que reconoce al interés superior en su artículo IX del Título Preliminar. La ley publicada en el año 2000 y modificada en el 2015 señala a la letra:

Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente.

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos⁴⁷.

Finalmente debe resaltarse que tanto Uruguay como Nicaragua cuentan con un Código de la Niñez y la Adolescencia. En Uruguay la ley N.º 17.823, publicada en 2004 y modificada en 2013, señala en su artículo cuarto que la interpretación de este código debe darse atendiendo a los principios generales plasmados en su Constitución y en los establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. A lo anterior se suma lo prescrito en el artículo sexto referente al interés superior, estableciendo que siempre se deberá tener en cuenta éste; resalta la proscripción de aplicar el interés superior en menoscabo de los derechos.

⁴⁷ Código de los Niños y Adolescentes de Perú, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/458/ley-27337-codigo-ninos-adolescentes> consultada el 30 de septiembre de 2020.

Nicaragua en su ley N.º 287, considerando II, reconoce que es su propia Constitución la que da vigencia a la Convención de los Derechos del Niño en términos del artículo 71. Con relación al interés superior, el considerando cuarto no sólo reconoce la responsabilidad gubernamental en la creación políticas y programas en favor de la niñez y la adolescencia, sino que además se impone la obligación de respetar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, lo que se reafirma en múltiples ocasiones dentro de los 237 artículos que conforman la ley.

2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Uno de los países protagónicos en la construcción de la Convención sobre los Derechos del Niño, fue precisamente el de los Estados Unidos de América; sorprendentemente es el único Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas que no ha ratificado dicho instrumento internacional luego de que, en septiembre del 2015, Somalia decidiera hacerlo. No obstante lo anterior, este país sí realizó la firma de la Convención desde el 16 de febrero de 1995. Para Kul Chandra Gautam, exsecretario general adjunto de la ONU y subdirector ejecutivo de Unicef:

Esa renuencia a ratificar la CDN parece ser parte de un fenómeno más amplio de “excepcionalismo estadounidense”. Este sostiene que el resto del mundo está obligado por los tratados y convenciones de derechos humanos, pero Estados Unidos no tiene por qué sumarse ya que tiene una gran Constitución y leyes progresistas que muchas veces son superiores a los propios tratados internacionales⁴⁸.

Esta verdad a medias se refleja en la existencia de sectores de la población infantil de aquel país que viven en condiciones de pobreza.

⁴⁸ KUL CHANDRA, Gautam, “El caso excepcional de EEUU y los derechos de la infancia” en: <http://www.ipsnoticias.net/2015/10/el-caso-excepcional-de-eeuu-y-los-derechos-de-la-infancia/> consultada el 1 de octubre de 2020.

No olvidemos que según datos ofrecidos por la Oficina del Censo de los Estados Unidos (*United States Census Bureau*) "Entre 2018 y 2019, las tasas de pobreza para las personas menores de 18 años disminuyeron 1.8 puntos porcentuales, del 16.2 por ciento al 14.4 por ciento⁴⁹." Este porcentaje puede variar entre afroamericanos, asiáticos y latinos; con todo lo mal que puede sonar, el porcentaje es por mucho menor, al que tenemos en México cuya media nacional se ubica por encima del 50% de la población infantil⁵⁰.

Otro de los factores que han contribuido a la no ratificación de la Convención, por parte de los Estados Unidos, es la visión de la clase política, pues los Republicanos ven en la Convención un atentado a la soberanía estadounidense además del riesgo que se corre de "...rebajar las normas contenidas en la Constitución nacional o generar obligaciones internacionales no deseadas para su país⁵¹."

A más de treinta años de la adopción y apertura a firma de la Convención, las experiencias nacionales han sido de lo más diversas, pero ninguna ha ocasionado que el sistema jurídico se degrade, ni en su Constitución, ni en sus leyes reglamentarias, ni ordinarias. En efecto, la ratificación de la Convención acarrea obligaciones, sin embargo, de los 196 países sujetos de derecho internacional en materia de infancia, no todos han cumplido a cabalidad con el respeto y preservación de los derechos de los niños y ninguno ha sido sancionado por las flagrantes violaciones. Lamentablemente, este importantísimo instrumento jurídico internacional es el más violentado por la comunidad internacional, consecuencia de la visión reduccionista y glocal de las naciones.

⁴⁹ SEMEGA, Jessica, *et.al. Ingresos y pobreza en los Estados Unidos: 2019*, Oficina del Censo de EE.UU., Oficina de Publicaciones del Gobierno de EE. UU., Washington DC, 2020, pág. 16.

⁵⁰ En México, hay 39.2 millones de niños, de los cuales 51% viven en situación de pobreza, además 9 de cada 10 niños que hablan una lengua indígena son pobres, de acuerdo con el informe anual de Unicef 2017.

⁵¹ KUL CHANDRA, Gautam, *op. cit.* Nota 48.

Un tercer factor que ha impedido la ratificación de la Convención, es que existen algunas "...asociaciones de padres que se alzan en su contra (de la Convención) por miedo a ver tambalearse su autoridad parental, particularmente en todo aquello relacionado con la educación sexual y religiosa⁵²." Autoridad que se ve vulnerada no por la ratificación de la Convención sino por la precaria educación en valores que se da en el seno familiar o por la constante ausencia de los padres, lo mismo en Estados Unidos que en México o cualquier otra latitud del mundo.

Otros destacan que generaría una cultura de la permisividad, incluido el aborto, y el acceso sin restricciones a la pornografía, que habilitaría a los niños a demandar a sus padres judicialmente y a desobedecer su orientación⁵³. Es precisamente la cultura de la no permisividad la que ha limitado durante siglos los derechos de los niños bajo el argumento de su falta de capacidad y madurez que muchas de las veces ni los adultos tienen. La Convención a través de sus principios y los derechos que en ella se consagran, reconoce a los niños como verdaderos sujetos de derecho, sus libertades y prerrogativas, pero exaltando la necesidad de que los padres sean quienes orienten al menor de edad en el ejercicio de ellos. El derecho no es la panacea a las problemáticas sociales, la erradicación de éstas no depende del derecho sino de la sociedad.

A la fecha, los Estados Unidos no han ratificado ni la Convención ni sus Protocolos facultativos emanados de la misma; por lo menos los dos primeros documentos, que fueron firmados desde el mes de julio del año 2000 sin que hasta el momento hayan sido ratificados. Existe un tercer Protocolo que hasta el momento no ha sido firmado.

⁵² Convención sobre los Derechos del Niño: Estados Unidos a la zaga... en: <https://www.humanium.org/es/usa-and-crc-2/> consultada el 1 de octubre de 2020.

⁵³ KUL CHANDRA, Gautam, *op. cit.* nota 48.

No obstante que Estados Unidos no ha ratificado la Convención ni sus tres Protocolos, cuenta con estructura normativa e institucional que, al igual que cualquier país miembro, buscan garantizar la tutela de los derechos del niño, teniendo siempre como directriz en su actuar, al interés superior del niño. El Portal de información sobre bienestar infantil y la Oficina de la infancia (*Child Welfare Information Gateway - Children's Bureau*) afirman que:

Whenever a court makes such a determination, it must weigh whether its decision will be in the "best interests" of the child.

All States, the District of Columbia, American Samoa, Guam, the Northern Mariana Islands, Puerto Rico, and the U.S. Virgin Islands have statutes requiring that the child's best interests be considered whenever specified types of decisions are made regarding a child's custody, placement, or other critical life issues⁵⁴.

Pese a que los Estados Unidos no han ratificado la Convención ni sus protocolos, podemos observar que si cuentan con estatutos que se encargarán de garantizar el interés superior del niño en cada caso donde se vean involucrados menores de edad. Los estatutos existen por cada uno de los Estados y en el Distrito de Columbia, Samoa, Guam, las Islas Marianas del norte, Puerto Rico y las Islas Vírgenes.

Otra de las similitudes que guarda el sistema jurídico estadounidense, perteneciente a la familia jurídica del *common law*, con el sistema jurídico mexicano perteneciente a la familia jurídica romano germánica, es que no existe una exacta manera de definir y consecuentemente de aplicar el Interés superior. En el afán de alcanzar un concepto estándar que permita una aplicación más exacta del interés superior, se toman en cuenta distintos factores como es la condición del niño y sus padres o cuidadores, capacidad

⁵⁴ Determining the Best Interests of the Child en: https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/best_interest.pdf consultada el 1 de octubre de 2020.

de los padres y el máximo bienestar y seguridad del niño. Desde luego que estos factores buscan alcanzar objetivos que se ven reflejados en la siguiente transcripción:

State statutes frequently reference overarching goals, purposes, and objectives that shape the analysis in making best interests determinations. The following are among the most frequently stated guiding principles:

- *The importance of family integrity and preference for avoiding removal of the child from his/her home (approximately 28 States, American Samoa, Guam, Puerto Rico, and the U.S. Virgin Islands)*
- *The health, safety, and/or protection of the child (19 States and the Northern Mariana Islands)*
- *The importance of timely permanency decisions (19 States and the U.S. Virgin Islands)*
- *The assurance that a child removed from his/her home will be given care, treatment, and guidance that will assist the child in developing into a self-sufficient adult (12 States, American Samoa, and Guam)⁵⁵.*

La unidad familiar y la preferencia por mantener al niño en casa o con sus padres, (derecho establecido en favor del menor de edad en los artículos 9, 10 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño) es uno de los objetivos primordiales en las legislaciones de Estados como: Alabama, Alaska, California, Colorado, Georgia, Hawái, Idaho, Indiana, Kansas, Maine, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nueva Jersey, Nueva Hampshire, Nuevo México, Nueva York, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Pensilvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Utah, Washington, West Virginia y Wyoming, aunque esto no significa que en los demás Estados no se encuentre regulado.

⁵⁵ *Idem.*

Otro de los derechos consagrados en las leyes de los Estados que conforman los Estados Unidos, es el de la salud en favor de los niños. Este derecho se encuentra consignado en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que a la letra señala:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
 - f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo⁵⁶.

Este derecho a la salud debe ser abordado desde sus distintas aristas ya que involucra no sólo la posibilidad de garantizar un acceso a la salud sino una serie de acciones donde se debe poner especial empeño, ya que de ellas depende la efectividad de la norma, así mismo involucra elementos no nada más institucionales sino individuales como es el caso de los padres de los niños. El derecho a la salud deberá ir aparejado con el derecho a la seguridad social consagrada en el numeral 26 de la Convención y que establece:

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre⁵⁷.

En el caso concreto de los Estados Unidos, estos derechos constituyen un objetivo debidamente reglamentado en las legislaciones de Estados como: Arizona, Arkansas, Colorado, Hawái, Idaho, Illinois, Kansas, Luisiana, Massachusetts, Nebraska, Nuevo Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo México, Carolina del Norte, Oklahoma, Pennsylvania, Washington, Virginia Occidental y Wyoming. Es necesario recordar que los estadounidenses no

⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.* nota 13, pág. 395.

⁵⁷ *Ibíd.* pág. 407.

ratificaron ni la convención ni sus protocolos, sin embargo, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra regulado como garante del interés superior.

No obstante, la amplia cobertura médica con la que cuenta Estados Unidos, el Suplemento Social y Económico Anual de la Encuesta de Población Actual (CPS ASEC) 2019 arrojó datos interesantes que afirman una tendencia al alza de niños que no cuentan con atención médica y es que durante el 2019, el 8.0 por ciento de las personas, o 26.1 millones, no tenían seguro médico en ningún momento durante el año; en tanto que el porcentaje de personas con cobertura de seguro médico durante todo o parte del 2019 fue del 92.0 por ciento. Como es de suponerse muchos de ellos son niños⁵⁸.

México cuenta con una población de niños de aproximadamente con 38.5 millones de niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años según los resultados de la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica 2018.

Datos de la ENADID 2018 reflejan que, por cada 100 niñas, niños y adolescentes con discapacidad, 87 cuentan con afiliación a al menos a una institución de servicios de salud. De la población infantil que cuenta con este servicio, 58.2% están afiliados a un programa social con acceso a atención médica (Seguro Popular o Seguro Médico Siglo XXI), 36.7% lo están al IMSS; 5.9% al IMSS-PROSPERA, 5.6% al ISSSTE; y 2.2% a otra institución o un seguro privado⁵⁹.

Sin embargo debemos precisar que los niños que presentan una discapacidad en México son poco más de 580 mil (2.0%). Esta información debe complementarse con la brindada en 2012 por

⁵⁸ Cfr. KEISLER-STARKEY, Katherine, *et.al. Cobertura de seguro médico en los Estados Unidos: 2019*, Oficina del Censo de EE. UU., Oficina de Publicaciones del Gobierno de EE. UU., Washington DC, 2020, págs. 8-11.

⁵⁹ INEGI, "Estadísticas a propósito del...día del niño (30 de abril)" Datos Nacionales, en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Nino.pdf consultada el 1 de octubre de 2020.

el mismo Inegi, donde se aseguraba que el 65.6% de los niños en México, no contaban con acceso a seguridad social, si a lo anterior sumamos los datos brindados en el informe anual 2017 de Unicef, donde se asegura que 6 de cada 10 niños en México no tienen acceso a la seguridad social, es decir el 60% de la población infantil, la situación resulta alarmante.

Siendo Estados Unidos el único país miembro de la ONU que no ha ratificado la Convención y siendo México uno de los primeros en hacerlo, se puede concluir que no basta con la incorporación de la Convención al texto constitucional o darle un estatus supralegal lo que nos llevará a una efectiva tutela de los derechos de los niños, son las acciones locales las que los garantizarán y con ello su interés superior.

Otro de los objetivos que se busca alcanzar con las legislaciones o estatutos existentes en los Estados Unidos, es tomar decisiones a tiempo por parte de los Tribunales que conozcan de asuntos relacionados con niños, eso es atender al interés superior, dar prioridad y prontitud a la resolución de los conflictos donde vaya de por medio la violación de los derechos de los infantes. Este objetivo lo podemos encontrar en el artículo 40 de la Convención.

Aun y cuando los factores varían de un Estado a otro, en los Estados Unidos podrían establecerse como factores generales a considerar para la efectiva aplicación del interés superior del niño, los siguientes:

While the factors vary considerably from State to State, some factors commonly required include:

- *The emotional ties and relationships between the child and his or her parents, siblings, family and household members, or other caregivers (15 States and the District of Columbia)*
- *The capacity of the parents to provide a safe home and adequate food, clothing, and medical care (nine States)*
- *The mental and physical health needs of the child (eight States and the District of Columbia)*

- *The mental and physical health of the parents (eight States and the District of Columbia)*
- *The presence of domestic violence in the home (eight States)*⁶⁰.

Factores como: los lazos emocionales y las relaciones entre el niño y los miembros de su familia son importantes para una correcta aplicación del interés superior. Por ello son considerados en las legislaciones de Estados como Connecticut, Delaware, Florida, Hawái, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, Dakota del Norte, Ohio, Oregón, Tennessee, Vermont y Virginia; mientras que factores como la capacidad de los padres para ministrar alimentos (casa, vestido, alimentos y atención médica se estipula en: Florida, Hawái, Illinois, Maryland, Michigan, Dakota del Norte, Texas, Vermont y Wisconsin.

Por lo que hace a garantizar el interés superior en función de la salud mental y física del niño: Connecticut, Delaware, Florida, Kansas, Maine, Michigan, Nevada, y Virginia, son sólo algunos de los Estados que la valoran para determinar este principio. La salud mental y física de los padres o cualquier otra persona que se involucre con los niños en el hogar, es un elemento para valorar en: Delaware, Kentucky, Michigan, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, y Virginia.

Finalmente, un factor a considerar y que no es situación privativa de los Estados Unidos, es la violencia doméstica o violencia intrafamiliar, situación que deberá tomarse en cuenta a la hora de aplicar el interés superior del niño. Esta hipótesis está contemplada en legislaciones como las de Delaware, Kentucky, Michigan, Dakota del norte, Oregón, Tennessee, Texas, y Virginia.

La ley de Illinois proporciona una lista de los factores que, en el contexto de la edad del niño y las necesidades de desarrollo, deben

⁶⁰ Determining the Best Interests of the Child, *op. cit.* nota 54.

ser considerados al momento de determinar el interés superior. El Distrito de Columbia exige que los tribunales consideren cada uno de los factores que enumera en su ley y así apegar su decisión al interés superior del niño⁶¹.

Las leyes de Connecticut prescriben que en la determinación del interés superior no debe tomarse en cuenta la condición socioeconómica de los padres; Delaware prohíbe tomar decisiones de custodia atendiendo preferentemente al sexo del custodio. Idaho no permite la discriminación por la incapacidad de alguno de los padres⁶².

Podemos afirmar que la lista de factores establecidos en las distintas legislaciones aplicadas en los Estados Unidos, busca garantizar el disfrute pleno e integral de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño aún y cuando no la haya ratificado. Existe una notoria intención de garantizar el interés superior del niño en todos aquellos asuntos donde se encuentre involucrado un menor de edad.

El panorama no estaría completo si no hacemos una breve referencia a la, no menos importante, Ley Federal de Bienestar de Niños Indígenas (*Federal Indian Child Welfare Act*) que otorga jurisdicción a las tribus indias en materia de custodia de niños indígenas. Dicha ley establece lo siguiente:

§ 1911. Indian tribe jurisdiction over Indian child custody proceedings

- a) *Exclusive jurisdiction* An Indian tribe shall have jurisdiction exclusive as to any State over any child custody proceeding involving an Indian child who resides or is domiciled within the reservation of such tribe, except where such jurisdiction is otherwise vested in the State by existing Federal law. Where an Indian child is a ward of a tribal court, the Indian tribe shall retain exclusive jurisdiction, notwithstanding the residence or domicile of the child⁶³.

⁶¹ *Cfr. Idem.*

⁶² *Cfr. Idem.*

⁶³ United States Code, Volume Fifteen, Title 25. Indians, United States Government Printing Office, United States of America, 2006, pág. 1210.

La existencia de tribunales tribales es sin lugar a duda una figura interesante, cualquier asunto que involucre niños pertenecientes a una tribu y del cual tome conocimiento, le concede jurisdicción exclusiva, sin embargo, ésta encuentra límites frente a la jurisdicción del Estado. El precepto en comento lleva al interés superior a particularizarse en casos concretos y bien delimitados. México, quien sí ha ratificado la Convención, no cuenta con precepto alguno que se asemeje al que se analiza, aunque sí existe constitucionalmente una consideración especial hacia los pueblos indígenas.

Hasta este momento hemos visto cómo los dispositivos legales de los distintos Estados que conforman a los Estados Unidos de América (50 Estados y 1 Distrito Federal) guardan coincidencia al tutelar, en la mayoría de los casos de manera explícita, el interés superior del niño. La jurisdicción otorgada a los Estados y en algunos casos a las tribus les hace responsables de sus propios sistemas de protección de la infancia, para ello se apoyan en leyes federales, legislaciones, acciones reguladoras y reglamentos. Instrumentos brevemente descritos en el portal de la Oficina de Infancia (*Children's Bureau*):

Laws - Federal laws set specific guidelines for state and tribal child welfare practice and frequently outline eligibility for federal funding.

Legislation - In order to establish federal laws, legislation must be enacted by Congress. Various pieces of legislation form the foundation for federal child welfare law, such as titles IV-B and IV-E of the Social Security Act.

Regulatory Actions - Executive branch agencies, such as the Children's Bureau, may develop regulations to provide more specific guidance on how a piece of legislation will be interpreted and implemented. Regulations are published in the Federal Register, and the public often is given the opportunity to comment on them before they become final⁶⁴.

Los Estados Unidos cuentan con leyes federales en materia de infancia, en ellas se establecen los lineamientos básicos y directrices que

⁶⁴ Federal Laws, en: <https://www.acf.hhs.gov/cb/laws-policies/federal-laws> consultada el 2 de octubre de 2020.

buscan garantizar la seguridad y defensa de los niños y por supuesto de sus derechos; ejemplo de ello es la Ley Federal de Protección de la Infancia. En consonancia con las leyes federales, cuentan con legislaciones por cada uno de los rubros específicos donde se puedan consagrar derechos en favor de los niños como es el caso de la seguridad social (*Social Security Act*).

La tutela de los niños, de sus derechos y sus libertades, deben ser una cuestión de Estado. A través de sus dependencias, se pueden determinar y dimensionar las conflictivas que se presentan y al mismo tiempo desarrollar regulaciones que permitan la adecuada interpretación de las legislaciones. En el caso de Estados Unidos, este objetivo se alcanza por medio de las denominadas "Acciones reguladoras" como las que se generan desde la Oficina de la infancia dependiente del poder ejecutivo.

Pero todo esto no sería suficiente si no se contara con la participación de los ciudadanos, quienes a través de sus opiniones, sobre los reglamentos que se publican en el Registro Federal, logran validar normativas en pro de los niños.

Una de las tantas agencias federales con que cuenta Estados Unidos, se encarga de vigilar el bienestar de la infancia y es precisamente la Oficina de Infancia de los Estados Unidos (*The United States Children's Bureau*):

...primer organismo federal dedicado al bienestar de los niños, lleva mucho tiempo ocupándose de algunos de los problemas sociales más apremiantes que enfrenta Estados Unidos. Estos problemas han cambiado con el transcurrir de los años. En sus inicios, la oficina se ocupaba de temas como mortalidad infantil, hijos dependientes y trabajo infantil, mientras que ahora las preocupaciones principales son maltrato infantil y prevención del abandono, cuidado de crianza temporal y servicios de adopción⁶⁵.

⁶⁵ Historia de la Oficina de la Infancia - Children's Bureau en: https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/Story_of_CB_Spanish.pdf consultada el 2 de octubre de 2020.

La Oficina de Infancia de los Estados Unidos es una agencia federal dependiente del Departamento de Salud y Administración de Servicios Humanos para Niños y Familias de los Estados Unidos (*United States Department of Health and Human Services Administration for Children and Families*). Fue en el año de 1912 cuando el Congreso de los Estados Unidos aprobó la ley que la conforma asignándole un presupuesto de \$25,640 dólares.

Otra importantísima instancia gubernamental de aquel país es el de Servicios de Protección Infantil (*Child Protective Services*) también conocida como Departamento de Servicios Sociales y en algunos Estados en particular como Departamento de Niños y Familias. Esta institución tiene por objeto:

“Child protective services (CPS) is a governmental agency responsible for investigating reports of child maltreatment, determining whether child abuse or neglect has occurred, and intervening to ensure a safe environment for the child. In most cases, CPS agencies assist families in finding appropriate support services to protect and improve the well-being of their children⁶⁶.”

Esa protección y cuidado de los niños, la solución a los abusos y negligencias cometidos por los padres o cualquier otro adulto que tenga que ver con el menor y el establecimiento de planes alternativos de cuidado cuando sus padres son incapaces, denotan preocupación por la infancia estadounidense y por garantizar su interés superior.

Desde 1973, el Congreso dio el primer paso para abordar el problema del abuso infantil; en 1974 se crea la Ley de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil (*Child Abuse Prevention and Treatment Act*) que obliga a los Estados a prevenir y tratar el abuso y abandono de los niños. En el caso de Nueva York, sus cincuenta y ocho

⁶⁶ Child Protective Services en: <https://www.sciencedirect.com/topics/medicine-and-dentistry/child-protective-services> consultada el 2 de octubre de 2020.

distritos cuentan con servicios sociales locales que vigilan muy de cerca los asuntos de abuso infantil. Los Servicios Sociales o Servicios de Protección Infantil operan en los distintos niveles de gobierno.

Otro de los rubros en donde deben garantizarse los derechos de los niños y su interés superior, es en materia de impartición de justicia en sus distintas vertientes: la familiar y la penal principalmente.

En Estados Unidos fue el Estado de Illinois, en 1899, el primero en crear tribunales separados para el manejo de los casos de menores de 16 años. Hoy en día:

Existen tribunales de menores en todos los estados, los cuales procesan cerca de un millón de casos al año. Con base en el esfuerzo pionero realizado por la Oficina de la Infancia en esta área, la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia, dentro de la Oficina de Programas de Justicia del Departamento de Justicia de Estados Unidos, ahora se encarga de brindar apoyo a los estados, comunidades locales y jurisdicciones tribales en sus esfuerzos por diseñar e implementar programas efectivos para los jóvenes⁶⁷.

Pero como ya anticipábamos, las problemáticas legales en las que se ven inmersos los niños son de un amplio espectro y los juicios del orden familiar constituyen uno de ellos. Pese a que Estados Unidos no tiene el índice más alto de divorcios en el mundo, sí tiene un alto índice de problemas familiares donde la contienda legal se centra en la custodia de los hijos o el pago de las pensiones alimenticias; juicios donde desde luego se procura el interés superior de los niños.

3. REPÚBLICA DE CHILE

De manera similar al caso de los Estados Unidos de América, el caso de la República de Chile respecto a los derechos de la infancia y

⁶⁷ Historia de la Oficina de la Infancia - Children's Bureau, *op. cit.* nota 65.

particularmente del interés superior del niño, tiene peculiaridades que justifican la necesidad de referirnos a ella.

Chile, como coloquialmente lo conocemos, firmó la Convención el 26 de enero de 1990, documento que fue aprobado por el legislativo de aquel país y ratificado ante la ONU el 13 de agosto y que entrara en vigor como ley de la República el 27 de septiembre de ese mismo año. Respecto a los tres Protocolos Facultativos de la Convención, los dos primeros se encuentran ratificados desde el año 2003, y el tercero de ellos en 2015, convirtiéndose en el país número 16 en ratificarlo.

Las formas y alcances de incorporar a los sistemas legales nacionales, un instrumento jurídico internacional, se encuentra generalmente estipulados en la ley suprema del país receptor y que en el caso chileno es su Constitución. El artículo 32 de la Constitución Política de la República de Chile establece, entre otras cosas, en su fracción 15:

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:...

15. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54, N.º 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere⁶⁸...

De lo anterior se desprende que es facultad exclusiva del presidente de Chile el firmar y ratificar tratados siempre que se cuente con aprobación del Congreso, tal y como sucede en México y otros países del mundo. A mayor abundamiento, la Constitución chilena precisa en su artículo 5, párrafo 2:

⁶⁸ Constitución Política de la República de Chile, en: https://www.camara.cl/camara/leyes_normas.aspx consultada el 2 de octubre de 2020.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁶⁹.”

De la interpretación sistemática de los citados preceptos constitucionales se colige que el Estado chileno, está obligado a respetar y garantizar los derechos esenciales que se encuentran contenidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que Chile sea parte. En este orden de ideas y siendo la Convención sobre los Derechos del Niño uno de esos tratados, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos consagrados en ella y respetar aquellos principios sobre los cuales se cimenta, tal es el caso del interés superior del niño.

En consonancia con lo estipulado en el artículo 4 de la Convención, la República de Chile, al igual que todos los Estados parte, está obligada a adoptar medidas tanto administrativas como legislativas que conlleven a garantizar los derechos de los niños. En este sentido podemos observar cómo desde octubre de 2005, empezó a regir la ley No. 19968 que crea los Tribunales de Familia⁷⁰. En dicha ley podemos encontrar de manera enunciativa al interés superior, al establecer:

Artículo 16. Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Tribunales de Familia, en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-de-familia> consultada el 2 de octubre de 2020.

como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento⁷¹.

En este primer instrumento jurídico, el interés superior del niño no se conceptualiza, sin embargo, podemos observar cómo los conflictos donde es menester aplicarlos, son en esencia los mismos que aquejan a cualquier país; nos referimos a problemáticas de:

- Adopción.
- Autorización de salida de menores del país.
- Cuidado personal (o tuición) de los hijos.
- Derecho y deber de mantener una relación directa y regular con los hijos (visitas).
- Filiación o determinación de paternidad o maternidad.
- Guardas: solicitud que se hace al juez para que defina quién se hará cargo del cuidado y/o de los bienes de un niño o niña menor de 18 años, cuando sus padres han muerto o no están en condiciones de hacerse cargo de ellos.
- Maltrato de niños o niñas.
- Medidas de protección de niños, niñas y adolescentes en caso de maltrato, abuso, o abandono, entre otros.
- Patria potestad: los derechos y deberes que el padre y/o la madre tienen sobre los bienes de sus hijos menores de edad.
- Pensión de alimentos.
- Violencia intrafamiliar⁷².

Todos estos conflictos jurisdiccionales requieren la especial aplicación del principio del interés superior, facultad discrecional del juzgador, lo que representa un riesgo en la estricta aplicación de la

⁷¹ Ley No. 19968 que crea los Tribunales de Familia, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/182/ley-199682004-crea-tribunales-familia> consultada el 2 de octubre de 2020.

⁷² Tribunales de Familia, *op. cit.* nota 70.

Convención y en una tutela judicial efectiva en favor de los menores de edad.

Existen otras leyes en Chile que, si bien no recogen como principio rector del actuar de las autoridades al interés superior, de su articulado se desprende la intención de tutelarlos; la ley No. 20.066 o Ley de Violencia Intrafamiliar establece sanciones severas para aquellas personas que ejercen violencia sobre los niños.

El Código Civil chileno es una de las legislaciones que en mayor medida hacen referencia al interés superior del niño, aunque algunas veces se le sustituye por la expresión del “interés superior del hijo.” El artículo 222, segundo párrafo del citado ordenamiento legal expresa: “...La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades⁷³...”

La legislación chilena, como muchas otras, considera que el niño y la determinación de sus derechos está sujeta a la evolución de sus facultades, así lo reafirma el artículo 242, segundo párrafo de la ley en comento al establecer: “...En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez⁷⁴...”

La ley N.º 19.620/1999 o Ley de Adopciones, establece: “artículo 1.- La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le

⁷³ Código Civil, en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf consultada el 2 de octubre de 2020.

⁷⁴ *Idem*.

pueda ser proporcionado por su familia de origen⁷⁵." De nueva cuenta se puede observar cómo este interés superior, particularmente del niño adoptado, consiste en ese desarrollo integral donde la familia y el afecto, juegan un papel determinante en su formación espiritual. Es de hacer notar que la adopción se consagra como un derecho del menor de edad a vivir y desarrollarse en una familia, no es derecho de los adoptantes como comúnmente se piensa en América Latina.

Ahora bien, como hemos podido observar hasta el momento la legislación chilena sí contempla, aunque no constitucionalmente, al interés superior. Su incorporación, no solamente en el sistema jurídico chileno sino en todo el contexto latinoamericano, ha sido el mayor acierto de las sociedades en América. No obstante, asumirlo como concepto jurídico indeterminado, ha acarreado muchas dificultades a los sistemas de impartición de justicia que trabajan en asuntos donde están involucrados menores de edad. Uno de esos casos que se convirtieron en emblemáticos es el de la Jueza Atala, asunto que pondría en entredicho el prestigio de la Corte Suprema de Justicia de Chile al punto de ser sancionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con todo ello, Chile sigue siendo referente en materia de impartición de justicia para niñas, niños y adolescentes, la Corte Suprema de Justicia de Chile se ha pronunciado en diferentes casos contribuyendo a la delimitación del abstracto Interés superior:

En este sentido, la Corte Suprema, en Sentencia de 11 de abril de 2011, resume a la perfección la definición al uso que está siendo utilizada por la jurisprudencia chilena para identificar esta cláusula abstracta del interés superior del niño, al pronunciarse del siguiente tenor literal: "este principio –refiriéndose obviamente al del interés superior del niño– tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección

⁷⁵ Ley N.º 19.620/1999. Ley de Adopciones, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/134/ley-196201999-ley-adopciones> consultada el 2 de octubre de 2020.

de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna⁷⁶."

No debe pasar por alto el hecho de que la Corte chilena considera a los niños no sólo como personas sino también como sujetos de derecho.

En el año 2012 se presentaría en la Corte de Apelaciones de Santiago el caso Heyner Mena con Capdeville Arrate donde se haría una aportación interesante al considerar que: "el interés superior del niño alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad⁷⁷."

El 14 de enero de 2013 la Corte Suprema, en la Sentencia causa rol 7150-2012, caso Herrera Porras con Gálvez Herrera señala:

...aun cuando su concepto sea indeterminado –en referencia al interés superior del menor–, puede afirmarse que el mismo, alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de estos, identificándose de esta manera interés superior con los derechos del niño y del adolescente⁷⁸...

⁷⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ Isaac y PINOCHET O., Ruperto "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno", *Revista chilena de Derecho*, Chile, Volumen 42 N.º 3, 2015, pág. 917.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de Chile. (2013). Sentencia causa rol 7150-2012, Herrera Porras con Gálvez Herrera.

De nueva cuenta, la Corte Chilena confirma la doble condición de sujeto y de persona en niños y adolescentes y concreta que el interés superior del menor se vincula con el desarrollo de la personalidad y que ésta solo se alcanza con la satisfacción de sus derechos.

Chile al igual que el resto de los países miembros de la ONU, ha padecido la falta de concreción del interés superior; sin embargo, los esfuerzos por materializarlo le han llevado a generar criterios que le faciliten la interpretación y aplicación de este. En el mes de julio del 2008, la Corte Suprema en su resolución Rol 3.202-08, establecía que:

...en estas materias –la controversia giraba en torno al ejercicio del cuidado personal de una persona menor de edad– cabe considerar siempre el interés superior del niño, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 16 de la Ley N.º 19.968 y, aun cuando su concepto sea indeterminado, como alusivo a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad⁷⁹...

Y es que la Corte de Apelaciones de Valparaíso se había pronunciado con antelación el 29 de abril de 2008 señalando:

...considerando que la menor se encuentra adaptada a su entorno familiar actual, a su medio escolar y social, trasladarla, por ahora de su ambiente puede ser perjudicial para su desarrollo emocional, puesto que, acostumbrada a un ambiente desde hace ya más de cinco años, su colegio, compañeros de estudios, actividades extraescolares, terapia psicológica, alterar eso, significaría sufrir un desarraigo de su entorno que podría perjudicarla más que serle beneficioso⁸⁰...

Y en un pronunciamiento sorprendente y en estricto respeto del interés superior del niño, la Corte de Apelaciones concluye: que "...no debe ser modificada la situación de la niña en cuanto a la tuición que

⁷⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y Pinochet O., Ruperto, *op cit.* nota 76. pág. 919.

⁸⁰ *Idem.*

detenta la abuela paterna, sino mantenerla, aunque resulte penoso para los padres no tenerla en forma permanente en su hogar, por cuanto debe privilegiarse el interés superior del niño⁸¹."

Desde luego que este caso ofrece peculiaridades específicas que no se presentan en todos los conflictos relacionados con la tuición o custodia de menores de edad pues sabemos que en la mayoría de los casos la custodia tiende a quedar en manos de la madre, extrañamente en las del padre y excepcionalmente en una custodia compartida. Chile ha considerado que:

...en cada caso que se somete a la decisión jurisdiccional un asunto de esta naturaleza, se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición⁸²...

No se pierda de vista que es la Corte Suprema de Chile la que ha establecido esta serie de factores que deberán tomarse en cuenta para dar claridad al interés superior del menor a la hora de resolver los conflictos jurisdiccionales relacionados con la tuición. Al momento de indagar sobre los factores, el juzgador deberá ponderar en que consistirá el interés superior del niño. "En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno en causa rol 2867-2015 y la Sentencia de la Corte Suprema del 10 de abril de 2017, causa rol 47842-2016, han señalado que en lo relativo a su aplicación, este principio debe ser ponderado conforme a los contornos concretos de la situación juzgada⁸³."

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Idem*.

⁸³ ACUÑA BUSTOS, Andrés Pablo, "Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena", *Opinión Jurídica*, Colombia, volumen 18, número 36, enero-junio 2019, pág. 24.

Para finalizar vale la pena poner de relieve que la República de Chile no incorpora como principio constitucional al interés superior de la niñez, no obstante, la legislación secundaria y la jurisprudencia han venido a posicionarle como un concepto que, si bien es indeterminado por su propia naturaleza, ha alcanzado claridad incorporando en su legislación civil un listado de criterios, indicadores o factores que permiten su apreciación objetiva y la consecuente eficacia en la aplicación de los derechos de los niños; para ello la labor jurisprudencial y consecuentemente la legislativa han sido determinantes.

4. REPÚBLICA DE ARGENTINA

La República Argentina firmó la Convención el 29 de junio de 1990 y la ratificó el 4 de diciembre de 1990 para que entrara en vigor el 3 de enero de 1991. Respecto a los tres Protocolos facultativos de la Convención, Argentina los ha ratificado; el primero desde el año 2002, el segundo desde el 2003, y el tercero desde el año 2014.

Argentina se encuentra catalogada como uno de aquellos países que por “remisión expresa” establece la obligación de aplicar la norma internacional en el ámbito interno con rango constitucional. El artículo 75 de su ley suprema establece en su fracción vigésima segunda que es atribución del Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra

la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara⁸⁴.

A diferencia de Chile, Argentina señala cuáles son esos tratados internacionales, señalando expresamente en último lugar a la Convención sobre los Derechos del Niño otorgándole jerarquía constitucional, aunque en ningún numeral de la Constitución se encuentra establecido el interés superior como principio rector. De manera complementaria, la fracción vigésima tercera faculta al Congreso para legislar e implementar medidas de acción positiva, tendientes a garantizar los derechos en favor de los niños y en un segundo párrafo reglamentará la seguridad social e integral en favor de los menores de edad.

Ahora bien, en la misma Constitución nacional, el artículo 19, parte *in fine*, establece lo que doctrinalmente se conoce como “principio de clausura⁸⁵” y que a la letra señala: “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe⁸⁶...” De una interpretación teleológica se concluye que los habitantes de la República Argentina gozarán de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de los que Argentina sea parte.

⁸⁴ PAZ, José C., *Constitución de la Nación Argentina: con Tratados Internacionales de rango constitucional y el texto completo de la Reforma Constitucional de 1949*, Edunpaz, Argentina, 2017, pág. 44.

⁸⁵ Así se denomina por imponer un límite al desempeño estatal frente a los derechos individuales.

⁸⁶ PAZ, José C., *op. cit.* nota 84, pág. 29.

En esencia, Argentina reconoce jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño y faculta al parlamento argentino para reglamentar todas y cada una de las situaciones en las que se pueden ver inmersos los derechos de un niño (Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes), por lo demás, ha optado por mantener normativas infra constitucionales con el objeto de hacer asequibles los derechos a los menores de edad.

No obstante la jerarquía constitucional otorgada a la Convención, Argentina tiene problemas con sus distintas normativas pues muchas de ellas datan del siglo XIX y la primera y última década del XX, lo que ha propiciado contradicciones y contrasentidos en detrimento de la implementación de la Convención; por ejemplo, mientras la Convención reconoce como niños a aquellos que no han alcanzado los dieciocho años de edad, el Código Civil reconocía como menores de edad a aquellos que no habían alcanzado los veintiún años⁸⁷. Es importante mencionar que lo preceptuado se modificó en el 2014, año en que se crea la nueva legislación civil de aquel país.

Promulgada el 21 de octubre de 2005, la ley 26.061 o Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes vino a sustituir la Ley de Patronato de Menores de 1919. La ley 26.061 representa el primer frente de densa y garantía en "...la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte⁸⁸."

⁸⁷ Cfr. SALOMÓN, Marcelo J., "La C.D.N. y el derecho reglamentario argentino: en búsqueda de la eficiente protección de la niñez" en Lloveras, Nora (Dir.), Bonzano, María de los Ángeles (Coord.), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pág. 102.

⁸⁸ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/bdnp/6/ley-26061-proteccion-integral-derechos-ninas-ninos-adolescentes> consultada el 5 de octubre de 2020.

Conformada por poco menos de 80 artículos, la ley 26.061, es el instrumento jurídico más importante (en materia de infancia) dentro de la República Argentina y "...tiene por objeto principal bajar a nivel legal el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha contribuido a los efectos de evitar la vaguedad de la noción⁸⁹." Recordemos que a la Constitución Nacional solo se incorpora el nombre de la Convención, no así su contenido.

El artículo 3 de la ley en comento, consagra al interés superior y lo hace de la siguiente manera:

Artículo 3. Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

⁸⁹ TAUIP, Gabriel Eugenio, "¿De qué hablamos cuando hablamos de "interés superior del niño?" en Lloveras, Nora (Dir.), Bonzano, María de los Ángeles (Coord.), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pág.120.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁹⁰.

No por nada anticipamos que la ley 26.061 es la más importante en materia de infancia, es el punto de partida y de referencia para las demás legislaciones infra nacionales que se encuentran en vigor en aquel país. Es una de las pocas leyes que busca dar claridad al concepto del interés superior y con la misma técnica legislativa empleada por Chile, elabora un dispositivo a base del denominado *statutory checklist o welfare checklist*⁹¹. Este listado de factores, situaciones o elementos permiten al operador jurídico o administrativo tener una visión más clara de lo que se debe tomar en cuenta para cumplir con el interés superior del menor.

Por principio de cuentas, podemos observar que el interés superior reside en la satisfacción integral y simultánea de los derechos del niño, éste es el punto de partida y final de muchas leyes en distintos países; sin embargo, la ley argentina va más allá y puntualiza que en la satisfacción de esos derechos deberá considerarse al niño como sujeto de derecho. Esta situación no está de más pues, aunque suene trillado, el juzgador termina en mucho de los casos, considerando al niño como objeto de disputa en los conflictos del orden familiar. La descosificación de los menores de edad constituye el verdadero reto de las naciones, romper con el paradigma (niño-cosa) no ha sido fácil, incluso no se ha dado del todo.

Es importante que los niños sean oídos y que su opinión sea tomada en cuenta pues en ella se encuentra su verdadero sentir, su forma de pensar y ser, su verdadero interés. Sin embargo, hemos visto como en la

⁹⁰ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, *op. cit.* nota 88.

⁹¹ La lista de verificación de bienestar de los niños que emanan de la *Children's Act* de 1989 en Reino Unido, obliga a las Cortes a considerar los siete criterios que en ella se establecen, en cada uno de los asuntos donde se involucre de manera directa o indirecta la situación de un menor, En aquellos casos que lo amerite, obliga a las autoridades a aplicarle en estricto evitando a toda costa la discrecionalidad del juzgador.

práctica los niños son ignorados e incluso tratados como seres limitados por considerar su edad una condicionante a su capacidad intelectual.

En la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, la capacidad o autonomía progresiva del menor juega un papel determinante; no obstante, representa también un obstáculo para la efectiva protección de los niños y sus derechos, quienes son: “titulares plenos y ejercientes progresivos⁹².” En este orden de ideas, determinar el desarrollo personal y la madurez a que hace referencia la ley en comento, constituye un verdadero reto para la ciencia jurídica, quien ha tenido que echar mano de distintas disciplinas para poder determinarlo.

Tomar como referente el centro de vida del niño, es sin lugar a duda una aportación de gran relevancia para la determinación del interés superior y que ha sido aplicado por la prestigiada Corte Chilena en los casos que anteriormente hemos comentado.

Finalmente, este precepto legal establece que para el caso de que exista un choque de derechos igualmente legítimos, deberán prevalecer los derechos de los niños, pero para arribar a este punto se hace necesario que las autoridades realicen un ejercicio de ponderación que le permita en primera instancia asegurarse de que los derechos en conflicto son igualmente legítimos y en segunda cumplir con el control de convencionalidad o difuso. Todos los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño tienen la obligación de realizarlo, amén que se trata de verdaderos derechos humanos.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Argentina, establece también, entre otras cosas que: “En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente

⁹² Cfr. LIÑAN GARCÍA, Ángeles, “La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Anales de Derecho*, Murcia, España, número 32, 2014, págs. 1-28.

el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen⁹³." Esta situación se vuelve común en la mayoría de las legislaciones nacionales de los países miembros de la Convención, al menos en el discurso.

Señala además que: "Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes⁹⁴." Además de lo que ya se ha precisado, vale la pena destacar que desde su publicación en el año 2005, esta ley buscó crear un Sistema Integral para la Protección y Defensa de los Derechos de los Niños, para ello:

...postuló la creación de un Sistema Integral de Protección de Derechos que debe estar compuesto por todos los organismos y agentes que diseñen, ejecuten e implementen políticas para la niñez, recortó distintas atribuciones judiciales y, entre otras cosas, estipuló que la separación de los niños de su familia debe ser una medida de última *ratio* que en ningún caso puede originarse en la falta de recursos económicos y que debe ser tomada por los organismos administrativos de protección de derechos, y no por el ámbito judicial⁹⁵.

La creación de este nuevo sistema integral buscó como ya se señalaba, recortar las atribuciones judiciales y resaltar la intervención de los órganos administrativos. Este es precisamente otro de los avances que tiene la legislación argentina y que se resume en la desjudicialización de un sistema de protección de niños lo que no solamente permite prevenir la vulnerabilidad de la infancia argentina sino la solución de problemáticas por vía sumaria en comparación con lo que representa un proceso judicial. Pese a que el planteamiento

⁹³ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, *op. cit.* nota 88.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ VILLALTA, Carla y LLOBET, Valeria, "Resignificando la protección. Los Sistemas de Protección de derechos de niños y niñas en Argentina", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Colombia, 13 (1), 2015, págs. 167-180.

presupone grandes beneficios en pro de los niños, lo cierto es que no se han logrado alcanzar tales.

La ley 26.994 en relación con la 27.077 o Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, que entró en vigor el 1 de agosto del 2015, constituye una de las más recientes legislaciones de la nación argentina. En ella se recoge, desde luego en su parte relativa a las personas y familia, el principio del interés superior del niño.

Una parte interesante del Código es la relacionada con los deberes de los hijos cuya existencia guarda una relación tangencial con la de sus derechos, pero que pocas legislaciones se han tomado la molestia de plasmarlo, tal vez por temor a parecer contrario a la protección integral del niño; señala:

Capítulo 6. Deberes de los hijos.

Artículo 671. Enumeración.

Son deberes de los hijos:

- a) respetar a sus progenitores;
- b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;
- c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria⁹⁶.

El interés superior consagrado en dicha legislación se encuentra establecido en diversos artículos que involucran a menores de edad; tal es el caso de la adopción que considera como primer principio general para su determinación el del interés superior, aunque sólo se limita a enunciarlo. Y es precisamente en materia de adopción donde se ha presentado un caso que ha llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Fornerón e Hija vs. Argentina*.

⁹⁶ CAMELO, Gustavo, *et al. Código Civil y Comercial de la Nación comentado Tomo II*, 2a ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 506.

5. ESPAÑA

España ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el día 6 de diciembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990) entrando en vigor el 5 de enero de 1991. Por lo que hace a los tres Protocolos facultativos emanados de la Convención, han sido ratificados.

Aunque es a través de la firma y ratificación de la Convención que los países miembros de la ONU adquieren la obligación de adoptar medidas tendientes a garantizar los derechos y el interés superior de los niños, España ya reflejaba un especial interés por los menores de edad, en su Carta Magna de 1978. El artículo 39.3 y 4 señalan: "...3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁹⁷."

La Constitución española en el artículo 96.1 establece: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional⁹⁸." Un tratado o convenio firmado y ratificado por España sólo constituye una fuente indirecta de su derecho interno, se requiere de su publicación para ser considerado fuente directa; la publicación se ha convertido en un requisito formal

⁹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, España, 2018, pág. 1277.

⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, España, 2018, pág. 355.

constitutivo o en su caso una condición de suspensión. A mayor abundamiento, el portal del Congreso de los Diputados en España señala:

El tratado válido, una vez publicado podrá crear obligaciones y derechos para los particulares. A este efecto se le denomina “aplicación directa” del tratado sin necesidad de una norma que lo desarrolle, pero sólo se producirá una vez que el tratado se haya publicado y si la naturaleza del mismo lo permite.

El tratado concluido válidamente y publicado tiene, en todo caso, valor superior al de la ley aunque inferior a la Constitución, por lo que podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en el caso de violar un precepto de la norma fundamental.

La publicación no es un requisito de validez ni de eficacia del tratado, pero sí un requisito para su aplicabilidad⁹⁹.

Dos aspectos que debemos destacar son: en primer lugar, que en España un tratado o convención están por encima de la ley ordinaria, pero por debajo de la Constitución; algo similar ocurre en México y el denominado principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 y reafirmada por el artículo 1. El segundo aspecto importante, es la necesaria publicación de la convención o tratado para que pueda ser aplicable en el derecho interno, aunque los internacionalistas consideran que la exigencia de la publicación no afecta al sistema de recepción automática seguido por España.

Ahora bien, la ley suprema de España reconoce la validez de los tratados y convenios internacionales que hayan sido signados, ratificados y publicados, como es el caso de la Convención; sin embargo, en ningún momento se hace mención especial de dicho instrumento internacional, ni del interés superior. Podría afirmarse

⁹⁹ Constitución Española de 1978 en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2> consultada el 5 de octubre de 2020.

que España incorpora este principio a través del denominado bloque de constitucionalidad¹⁰⁰.

En las relatadas circunstancias, no es aventurado afirmar que la incorporación del principio del interés superior del menor en la legislación española se da en carácter de concepto jurídico indeterminado, tal y como sucede en Francia, Italia y la gran mayoría de los sistemas jurídicos continentales europeos a excepción de los sajones. Esta diferencia obedece a las distintas técnicas legislativas empleadas para la regulación del interés superior, ya que mientras los primeros utilizan la incorporación de una cláusula general, los sajones combinan estas cláusulas con criterios específicos, tal es el caso del Reino Unido.

España, al igual que cada uno de los países miembros de las Naciones Unidas, ha tenido que implementar diversos mecanismos para armonizar la legislación interna con lo preceptuado por la Convención. Es así como surge la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, configurando al interés superior del menor como un principio prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir¹⁰¹.

La Ley de Protección Jurídica del Menor, en su exposición de motivos reconoce el nuevo paradigma en materia de infancia y explica:

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como

¹⁰⁰ La idea de un bloque de constitucionalidad surge en Francia durante los años 70, Francia añade a su Constitución la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) y una serie de principios reconocidos por las leyes de la república que ha ido reconociendo su Consejo Constitucional. El bloque tiene por objeto recoger normas y principios (supralegales) que, sin aparecer en el texto constitucional, son utilizados para ejercer un control de constitucionalidad de la ley.

¹⁰¹ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *op. cit.* nota 27.

consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos¹⁰².

Eventualmente, la Ley de Protección Jurídica del Menor representaría uno de los muchos cambios que habrían de darse en la legislación interna de España, pues como en la gran mayoría de los países sucedió, la verdadera transformación habría de darse en los códigos familiares o civiles como es el caso de España. Zumaquero señala que son varios los preceptos del Código Civil español donde se hace referencia al interés superior del menor:

...referencias al interés del menor en el Código Civil, concretamente, en materia de nacionalidad (art. 20.2.a), efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (arts. 90. b y 92.8), medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio (art. 103.1), derecho de alimentos (art. 149), ejercicio de la patria potestad (arts. 154, párr. 2, 156, párr. 5, 161, 170), guarda y acogimiento (arts. 172.4, 173.3, 173bis.2), adopción (arts. 176.1), tutela (arts.216.2, 234.2, 235, 239, 245 y 246) o en materia de guarda de hecho (art. 304)¹⁰³.

La recepción en los distintos contextos nacionales, del interés superior del niño o del menor como lo ha denominado la legislación española, ha sido de lo más diverso, pero guarda similitud en la

¹⁰² Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069&p=20150729&tn=1> Consultada 5 de octubre de 2020.

¹⁰³ ZUMAQUERO GIL, Laura, "El interés del menor en los Tribunales Españoles", en: González Bou, Emili y González Viada, Natacha (Coords.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, AEDPIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2010, pág. 37.

naturaleza de aquellos asuntos donde por lo general suele aplicarse. Las problemáticas que aquejan al ser humano son comunes y por ello no es raro que muchos de los conflictos donde se ven involucrados menores de edad sean los mismos en América y en Europa, aunque la recurrencia de estos varía de país a país. En este orden de ideas, en referencia específica del Estado español y según datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística de España, en 2019 "...se produjeron 91.645 divorcios, 3.599 separaciones y 75 nulidades. Los divorcios representaron el 96,1% del total, las separaciones el 3,8% y las nulidades el 0,1% restante¹⁰⁴..." El número de divorcios disminuyó un 3,8% respecto al año anterior.

A los anteriores datos estadísticos se agregan los siguientes:

El 43,3% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes económicamente). Este porcentaje fue similar al del año anterior. El 44,8% tenían solo hijos menores de edad, el 5,0% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 6,9% hijos menores de edad y mayores dependientes económicamente. El 25,4% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente económicamente)¹⁰⁵.

Es precisamente en este tipo de contiendas judiciales donde generalmente se conculcan los derechos de los niños y comúnmente su interés superior. En el Código Civil español, como en muchos códigos de otros países, no se cuenta con precepto normativo alguno que defina el interés superior, se limita exclusivamente a invocarlo; no obstante, la ya referida Ley Orgánica 8/2015, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece una

¹⁰⁴ Instituto Nacional de Estadística, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Año 2019, en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf consultada el 5 de octubre de 2020.

¹⁰⁵ *Idem*.

serie de criterios generales. El texto del artículo 2 párrafo segundo es del tenor siguiente:

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:
 - a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
 - b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
 - c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
 - d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad¹⁰⁶.

Los criterios generales establecidos en la legislación en comento brindan al operador jurídico algunos parámetros o expectativas que se deberán cubrir en ánimo de poder garantizar el interés superior

¹⁰⁶ Ley Orgánica 1/1996, *op. cit.* nota 102.

del menor de la mejor manera. Estos criterios son susceptibles de ponderación atendiendo a distintos elementos como pueden ser: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación y el irreversible efecto del transcurso del tiempo¹⁰⁷.

Con relación a la conveniencia de un entorno familiar adecuado, el artículo 92.8 del Código Civil estipulaba que el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podía acordar la guarda y custodia compartida asegurando que sólo de esta forma se protegía adecuadamente el interés superior del menor.

El 17 de octubre de 2012 el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo este inciso por condicionar la custodia compartida, solicitada por uno solo de los progenitores, al *informe favorable* del Ministerio Fiscal, limitando con ello la función jurisdiccional. Sin embargo, la sentencia de referencia hace su aporte en relación con el interés superior del niño cuando en su apartado de los fundamentos jurídicos establece:

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensus contrario, tal como está

¹⁰⁷ Cfr. *Idem*.

redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla¹⁰⁸.

Los elementos a que se hace referencia (solicitud de custodia compartida por uno solo de los padres, dictamen favorable de la Fiscalía e interés superior del niño) debían colmarse en extremo para que procediera la excepcional imposición de la custodia compartida, sin perder de vista que “el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor.” En este orden de ideas, decretar la custodia compartida solicitada por uno solo de los padres constituye una excepción a su principio de autonomía (principalmente a la del padre que no la solicita) dejando en claro que el interés superior puede y debe estar por encima de la autonomía de la voluntad de los adultos.

La anterior sentencia resulta trascendente por que más de la mitad de los juicios de divorcio y separaciones que se presentan año con año, se relacionan con la custodia compartida. El mismo INE destacó que durante el 2019, en España “la custodia de los hijos menores fue otorgada en el 52,0% de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo. En el 58,1% se le otorgó a la madre (61,6% en el año anterior), en el 4,1% la obtuvo el padre (4,2% en 2018), en el 37,5% fue compartida (33,8% en 2018) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares¹⁰⁹.”

El incremento de los casos donde es otorgada la custodia compartida podría ser un indicador que nos hace presumir que se está considerando el interés superior, aunque no en todos los casos necesariamente tenga que ser así; sin embargo, también es indicador de que las controversias del orden familiar persisten.

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/23/pdfs/BOE-A-2016-2904.pdf> consultada el 6 de octubre de 2020.

¹⁰⁹ Instituto Nacional de Estadística, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Año 2019, *op. cit.* nota 104.

Toca ahora referirnos a los conflictos derivados del pago de pensiones alimenticias, que por supuesto son determinadas en función del interés superior, tal y como se establece en el numeral 149 del Código Civil.

Existen diversas sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Español que versan sobre el tema; tal es el caso de las dictadas por el Juzgado de 1ª Instancia N.º 25 de Sevilla, y la de la Audiencia Provincial (A.P.) de Asturias de 28 de Enero de 2015 ratificada por la Sentencia 120/2016 del Tribunal Supremo de fecha 04 de marzo de 2016¹¹⁰. En dicha resolución se impone esta obligación a los abuelos de los niños, debido a la imposibilidad de pago demostrada por parte de alguno o ambos progenitores de los menores, desde luego ello en función del interés superior.

El caso se resume en el planteamiento de demanda verbal que formula una mujer en representación de su menor hija, quien demanda de los abuelos paternos y maternos de la niña el pago de una cantidad por concepto de pensión alimenticia que separa en gastos ordinarios y extraordinario, además del pago de costas procesales. Admitida la demanda y desahogado el procedimiento, sobrevino una sentencia de primera instancia que condena a los abuelos al pago de la pensión reclamada, pero en un monto inferior. Tras el recurso de apelación sobrevino el de casación que fue desestimado por el Supremo confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial.

Cabe mencionar que el padre de la niña está imposibilitado para contribuir con la manutención y la madre tampoco puede trabajar por tener una minusvalía reconocida del 65%. Percibe una pensión mensual no contributiva de 357.70 € y el Instituto Nacional de la Seguridad Social le paga 24.25 € por cada uno de sus tres hijos.

¹¹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia N.º: 120/2016 de fecha 04 de marzo de 2016, en: <http://www.poderjudicial.es/search/> consultada el 6 de octubre de 2020.

En las relatadas circunstancias el Supremo ratificó la sentencia que se resume en el pago de una pensión alimenticia por parte de los abuelos de 250 € (135 € a satisfacer por los abuelos maternos, 115 € por los paternos) y rechazó que la obligación de hacer frente a los gastos de la nieta incluyera sus clases de música y de apoyo escolar, por considerar que esos son gastos extraordinarios, ya que la niña asiste a la escuela pública y las clases de música no forman parte de la educación ordinaria¹¹¹.

Aunque son muchos los casos del orden familiar donde se debe valorar el interés superior en relación con los adultos, generalmente los padres, existen otros donde se encuentran inmersos intereses de un menor contra otro. Tal es el caso de la sentencia 23/2016, de 15 de febrero de 2016 dictada por el Tribunal Constitucional. El asunto deriva del “recurso de amparo 5578-2014. Promovido por don José María Gómez-Arostegui González, en representación de su hijo, entonces menor, don Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, en relación con las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y un Juzgado de Menores de Madrid¹¹².”

El amparo giró en torno al sobreseimiento de un expediente de reforma contra un menor que había agredido al niño recurrente, agravando el derecho a la tutela judicial del agredido. El asunto ha causado polémica cuando se decide desestimar el recurso de amparo violentando el interés superior del niño agredido y beneficiando el interés superior del agresor.

En España como en cualquier parte del mundo, la aplicación del interés superior queda al libre albedrío del Juzgador, que en uso de su facultad discrecional busca mediante argumentos subjetivos dar sentido a un concepto jurídico indeterminado, el del interés superior

¹¹¹ *Cfr. Idem.*

¹¹² Tribunal Constitucional. Segunda Sala. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2904 consultada el 6 de octubre de 2020.

del niño. La legislación española configura al interés superior como un principio general del derecho y lo presenta como un concepto jurídico susceptible de determinarse en cada caso concreto. “Tal y como advierte Roca Trías, este sistema tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Por una parte, tiene la ventaja de su adaptabilidad a la realidad social; por otra parte, tiene el inconveniente de que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, puede traducirse en una cierta inseguridad jurídica a la hora de su concreción¹¹³.”

Como se ha podido constatar, la conceptualización, mecanismos de incorporación a los contextos nacionales, interpretaciones y aplicaciones del interés superior del niño, pueden ser de lo más diverso en el mundo. Es precisamente en esa diversidad de interpretaciones que muchos sistemas jurídicos, particularmente los sajones están aplicando un sistema de criterios tendientes a clarificar este concepto jurídico indeterminado. No obstante, lo hasta aquí analizado, la pregunta que aún queda pendiente de respuesta es ¿Cómo concretar el principio del interés superior del niño?

¹¹³ ZUMAQUERO GIL, Laura, *op. cit.* nota 103, pág. 42.

CAPÍTULO III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA TÉCNICA LEGISLATIVA

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, UN PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

La expresión “técnica legislativa” presenta un problema en sí mismo y es la ambigüedad con que se puede utilizar. Por un lado, se utiliza para designar al orden normativo y por otro hace referencia al campo disciplinar que se dedica a estudiarle. En su primera acepción se refiere a un conjunto de reglas que tienen por objeto mejorar la función legislativa y como consecuencia lógica, mejorar la legislación. En la segunda acepción, la técnica legislativa se convierte en una disciplina académica que echa mano de otras disciplinas, por ejemplo: la teoría del derecho, el derecho constitucional, la ciencia política, la sociología, la lingüística, la economía, etcétera¹¹⁴.

Para Vidal Marín, la técnica legislativa, integrada en la más amplia Teoría de la legislación, es un oficio (o arte, como le llama la mayoría de la doctrina) que tiene como principal preocupación que las leyes (o más en general, las normas) se elaboren con calidad¹¹⁵.

La técnica legislativa debe en función de su objetivo, que es la de elaborar normas de calidad, buscar la mejora de las normas ya existentes, de tal manera que se logre alcanzar una armonía legislativa, la que sin duda redundará en beneficio de los justiciables. Una buena estructura y coherencia del ordenamiento jurídico limita la facultad

¹¹⁴ Cfr. CAETANO, Gerardo y SARLO, Óscar, *Técnica legislativa: Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, PNUD, Uruguay, 2013, pág. 60.

¹¹⁵ VIDAL MARÍN, Tomás, “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y tribunal constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, España, Número 31, 2013, pág. 324.

discrecional de la autoridad y con ello evita vulnerar la esfera jurídica de los hombres. Sainz Moreno afirmaba que la técnica normativa ha tenido que superar su concepción originaria, la del arte de redactar bien los preceptos jurídicos, puesto que la causa de muchos problemas que tal redacción plantea se encuentra justamente en el sistema en el cual la norma se integra¹¹⁶.

En suma, se puede asegurar que el objetivo de la técnica legislativa es evitar la confusión normativa, haciendo claros y entendibles los conceptos jurídicos. Entre los principios generales del derecho, el principio de legalidad y de seguridad, subyace el fin máximo de una buena técnica legislativa o normativa, y de ella depende que el estado de derecho sea una realidad.

Como ya anticipamos, la recepción en los contextos nacionales de la Convención sobre los Derechos del Niño y del interés superior, se han diversificado (incorporándolos al texto constitucional o no, generando leyes secundarias, por remisión expresa, etc.). En dicho proceso de recepción, la técnica legislativa juega un papel determinante, pues de ella depende la efectiva aplicación de la norma internacional.

Llama la atención que no todos los países utilizan la misma técnica legislativa en la recepción del derecho internacional y específicamente del interés superior. Por ejemplo, Reino Unido estableció una lista de verificación para una adecuada aplicación de los derechos del niño y así garantizar su bienestar, en la *Children's Act* de 1989. En América Latina, países como Chile y Argentina han optado por establecer una serie de criterios a aplicarse en determinados rubros del derecho de familia y que tienen que ver con los derechos de los niños; tal es el caso de la tuición o guarda y custodia, en tanto que existen otros que aún se reservan esta posibilidad.

¹¹⁶ SAINZ MORENO, Tomás, "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", en: Corona Ferrero, Jesús María, Pau Vall, Francesc. y Tudela Aranda, José. (Coords.), *La técnica legislativa a debate*, Madrid, 1994, pág. 19.

¿Será acaso la técnica legislativa utilizada la que permite una efectiva aplicación del interés superior del niño? ¿Cuáles son los distintos tipos de técnica legislativa que existen?

2. TÉCNICAS PARA LA REGULACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Recapitulando, la Convención de los Derechos del Niño incorpora al interés superior como uno de los cuatro pilares fundamentales donde descansa este importantísimo instrumento jurídico internacional. Dicho principio no se encuentra definido en la Convención y tampoco en las legislaciones locales de cada uno de los Estados miembro. Esta falta de conceptualización hace del interés superior un concepto jurídico indeterminado.

Kelsen en su *Teoría pura del derecho*, plantea la posibilidad de que los conceptos jurídicos indeterminados puedan darse de manera deliberada y señala:

Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado

La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá en su aplicación continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas¹¹⁷.

¹¹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14ª ed., trad. de Roberto Vernengo, Porrúa, México, 2005, pág. 350.

La indeterminación de algunos conceptos jurídicos puede ser intencional, a decir de Kelsen; el legislador de manera deliberada ha contemplado estas normas, las que al momento de particularizarse hará del concepto jurídico indeterminado algo determinable. Estas normas a las que ha denominado generales se individualizarán atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso o atendiendo a la casuística, como muchos autores señalan.

De lo anterior se colige que, si existen conceptos jurídicos indeterminados, también existen conceptos jurídicos determinados siendo estos últimos aquellos que permiten incluir o excluir determinados supuestos dentro del ámbito de la norma¹¹⁸. En tanto que los indeterminados permiten incluir algunos supuestos, pero hay otros tantos que no se sabe si están incluidos o no dentro del concepto contenido en la norma. Los conceptos jurídicos determinados en oposición a los indeterminados podrían garantizar en mayor medida la certeza jurídica a la que hemos aludido en párrafos anteriores.

En esta tesitura y siendo el interés superior un concepto jurídico indeterminado, se puede afirmar que por su propia naturaleza es proclive a la falta de certeza. Estamos ciertos de que esa indeterminación obedece a que el interés superior no siempre es el mismo y por ende debe determinarse según la casuística, pero el proceso de su determinación puede acabar por alejarlo, no solo de la certeza jurídica, sino de la teleología del derecho: la justicia.

Como es de suponerse, la labor no ha sido sencilla y las posturas han sido diversas, pues mientras algunos países han optado por “respetar” el espíritu de la Convención y siguen considerando que el interés superior debe determinarse al momento, algunos otros han considerado que, si bien se trata de un concepto indeterminado, ese

¹¹⁸ GARCÍA SALGADO, María José, “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, Número 20, 2003, pág.107.

grado de indeterminación puede reducirse a través de lineamientos básicos que contribuyen a una mayor certeza jurídica.

La técnica legislativa utilizada en la incorporación del interés superior a los contextos nacionales es sin lugar a duda, la que ha permitido dar en mayor o menor medida certeza jurídica y abonar a la eficacia en la tutela y materialización de los derechos del niño.

Sarlo, señala que: “El conjunto de técnicas legislativas está dirigido a perseguir el posible y deseable objetivo de introducir racionalidad en la producción legislativa¹¹⁹.” Dicha racionalidad se proyecta hacia los operadores jurídicos y administrativos de la ley, haciendo más eficaz su labor. Una ley carente de racionalidad condena de manera anticipada al justiciable; es por ello por lo que se debe poner especial atención en la técnica legislativa, sobre todo cuando se incorporan normas internacionales en el derecho nacional.

“La ley es susceptible de ser evaluada y mejorada desde el que sería el nivel rector de la racionalidad legislativa: el de la racionalidad ética o axiológica¹²⁰.” Se pueden “distinguir entre dos enfoques de la ciencia de la legislación: el enfoque minimalista, ligado a una concepción instrumental de la racionalidad legislativa (y de la racionalidad práctica en general) y el enfoque maximalista, vinculado a una concepción sustantiva de la racionalidad¹²¹.”

Mientras el enfoque minimalista busca optimizar la legislación desde una visión socio-técnica cuidando su calidad lingüística y con ello su eficacia y eficiencia, sin tomar en cuenta los valores y los fines de la legislación, el maximalista busca exactamente lo mismo, pero introduce el aspecto valorativo, siendo este último el enfoque que debería

¹¹⁹ CAETANO, Gerardo y SARLO, Óscar, *op. cit.* nota 114, pág. 123.

¹²⁰ MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, número 47, 2013, pág. 58.

¹²¹ *Idem*.

prevalecer cuando se legisla en materia de infancia y especialmente cuando nos referimos al interés superior del niño.

a. La técnica de la lista de comprobación

La técnica de la lista de comprobación se encuentra presente en la mayor parte de los países desarrollados del mundo. En el derecho comparado, a esta técnica se le ha denominado de distintas maneras: en Alemania por ejemplo se le conoce como *Prüffragen*, *Fragenkatalog*, *Chekliste* o *Prüfliste*; entre los países anglosajones se utiliza el término *checklist*. En español se le conoce como lista de comprobación, lista de control o lista de verificación.

Se dice que esta técnica para legislar aparece en la práctica parlamentaria norteamericana del siglo XIX. Lo interesante es que hoy en día se sigue utilizando y no solamente en el ámbito legislativo sino en cualquiera actividad que requiera racionalizarse. A través de esta técnica se busca guiar hacia una “reflexión metódica acerca de las cuestiones involucradas en la decisión de legislar, esto es, la formación de la voluntad legislativa, el consenso en torno a ella y la adopción de la decisión¹²².” Obviamente que esta técnica legislativa trasciende al contexto normativo nacional obligando ahora al operador jurídico a realizar esa reflexión metódica paso a paso tal y como haya quedado legislado.

Con esta técnica de lista de control o de comprobación, se logran evitar muchos de los errores en los que frecuentemente se cae en la actividad legislativa. A continuación, se enlistan algunos de ellos:

- a) La inflación legislativa. Está claro que la inflación legislativa (como todo proceso inflacionario) ha hecho perder valor a las unidades; las disposiciones han perdido efectividad, los especialistas han perdido la visión global del sistema y ello ha abierto una mayor discrecionalidad para la administración y los particulares, que se ven habilitados a decidir entre normas diversas y contradictorias.

¹²² CAETANO, Gerardo y SARLO, Óscar, *op. cit.* nota 114, pág. 121.

Este problema se ataca al racionalizar la legislación desde el origen mismo de la voluntad de legislar.

- b) El perfeccionamiento legislativo. La idea de que todo debe estar detalladamente reglamentado favorece una actitud burocrática, que crea normas innecesarias y costosas tanto para la administración como para el ciudadano.
- c) La ineficacia de las normas. A pesar que la aplicación de normas insume recursos crecientes a la Administración y a los ciudadanos, cada vez se tiene más la sensación de que la legislación resulta ineficiente, esto es, que no se alcanzan los efectos buscados.

Las listas de comprobación procuran recoger las exigencias de calidad fundamentales y los criterios sobre eficacia de las normas jurídicas. Las preguntas allí contenidas pueden ayudar a diagnosticar insuficiencias, indicar posibles modos de actuación, controlar efectos secundarios y facilitar el cumplimiento de estándares de calidad exigidos por las directivas legislativas vigentes¹²³.

La inflación legislativa, que se presenta en aquellos países donde se ha optado por otras técnicas legislativas distintas a la lista de control, ha provocado el incremento excesivo de la discrecionalidad y diversidad de criterios que terminarán por convertirse en jurisprudencias, las que muchas veces se contraponen entre sí propiciando la denominada jurisprudencia por contradicción. La falta de una técnica legislativa de lista de control terminará por provocar que la norma pierda efectividad, institucionalizando la facultad discrecional que tarde o temprano se tornará abusiva devaluando al interés superior del niño y a la propia Convención.

Por otra parte, el “perfeccionamiento legislativo”, tiende a generar actuaciones innecesarias derivada de un aparente perfeccionamiento del sistema legal. México ha establecido en su Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que la edad mínima para contraer matrimonio son los 18 años sin dispensa ni excepción, no

¹²³ *Idem.*

está de más señalar que el argumento central de esta prescripción es el interés superior del niño. En búsqueda de armonizar las legislaciones de cada una de las entidades federativas con la ley comentada, se han generado las reformas necesarias de códigos civiles y familiares.

No obstante, antes de que la ley cumpliera dos años de vigencia ya se habían presentado dos juicios de amparo que terminaron por permitir el matrimonio entre los adolescentes quejosos; incluso en 2016, la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes planteó una acción de inconstitucionalidad, por considerar que no en todos los casos podría aplicarse esta norma que limita los matrimonios a la edad de los dieciocho años, sin violentar derechos humanos y algunos instrumentos jurídicos internacionales. Como era de esperarse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que no se violentaba convención o tratado alguno.

Y qué decir de la ineficacia de las normas, que más que una sensación es una realidad generalizada. El interés superior del niño seguirá siendo una utopía, hasta que no se decida legislar con mayor claridad, lo que reduciría la brecha entre un verdadero estado de derecho en favor de la infancia y la facultad discrecional disfrazada de interés superior. La técnica de lista de control permite una mayor objetividad en la aplicación del interés superior y reduce la subjetividad de la facultad discrecional.

b. La técnica de redacción normativa

“La técnica de redacción ha sido tradicionalmente el objeto central de reflexión de la técnica legislativa; es más, la expresión técnica legislativa se usa en general para referir a la técnica de redacción, mientras que el uso de la expresión técnicas legislativas (en plural) se reserva para comprender al conjunto compuesto por las técnicas de redacción, de *checklist*, de impacto regulatorio y de monitoreo¹²⁴.”

¹²⁴ *Ibíd.* pág. 123.

Esta técnica legislativa se resume en proporcionar los elementos necesarios para facilitar la interpretación de las normas a jueces, abogados y demás operadores del derecho. El lenguaje que se utiliza para la creación de los distintos dispositivos legales (normas) es precisamente un lenguaje natural (corriente) aunque también ha de utilizarse un lenguaje técnico propio de la disciplina normativa que se esté legislando. Con todo ello, muchas de las veces se presentan problemas en la interpretación del lenguaje; entre estos problemas podemos encontrar a la vaguedad y a la ambigüedad.

La vaguedad deriva de aquellos casos donde la aplicación de una norma es dudosa y sólo se resuelve con una decisión, por cierto, también lingüística adicional. La ambigüedad por su parte consiste en la posibilidad de que un enunciado normativo tenga más de un significado. En cualquiera de los dos casos, vaguedad o ambigüedad, la problemática encuentra salida a través de criterios jurisprudenciales aislados, por reiteración, por contradicción o por sustitución.

Estas dificultades que presentan los lenguajes naturales pueden ser debidamente paliadas por un uso competente del lenguaje en la producción legislativa; es decir, a través del uso competente de herramientas lingüísticas es posible evitar caer en la trampa de las ambigüedades en sus tres vertientes y reducir sensiblemente el margen de indeterminación que produce la vaguedad. Esto sin perjuicio de que en determinadas oportunidades el legislador desee conscientemente ampliar el margen de indeterminación –discrecionalidad- para el actuar del intérprete y del aplicador de la norma¹²⁵.

El uso competente de las herramientas lingüísticas es otro de los grandes retos que ofrece la actividad legislativa en el mundo. La vaguedad con la que las legislaciones nacionales han decidido incorporar el interés superior del niño se suma a la indeterminación del concepto, dificultando su materialización. Sea cual fuere la verdadera intención del legislador, la indeterminación de conceptos propicia

¹²⁵ *Idem.*

discrecionalidad que como ya se anticipó ha ocasionado la inflación legislativa en materia de derechos de infancia y una falta de certeza jurídica en la aplicación del interés superior.

3. CLÁUSULA GENERAL Y PRINCIPIO JURÍDICO INDETERMINADO

Hemos expuesto que el principio del interés superior presenta un problema de técnica legislativa al momento en que es incorporado a las legislaciones nacionales, y que aparentemente es la técnica de lista de control la que le acerca más a su materialización, al no dar amplio margen a la discrecionalidad del operador jurídico.

Esta indeterminación conceptual ha propiciado que muchos países europeos y americanos utilicen como técnica para su regulación el de la cláusula general. Es importante aclarar que no todo concepto jurídico indeterminado es susceptible de regularse a través de esta técnica por el simple hecho de adolecer de determinación. Al respecto Weber expone: "...únicamente pueden definirse como cláusulas generales aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación que carecerían de núcleo de certeza en un sentido unívoco y claramente comprobable y sólo tendrían zona de penumbra¹²⁶."

Es el grado de indeterminación lo que lleva a que un concepto pueda ser normado a través de una cláusula general. Aunque también es preciso apuntar que "...las cláusulas no regulan supuestos de hecho concretos, sino que cierran la regulación de distintos supuestos de hecho, operan en sectores amplios del ordenamiento, indicando a

¹²⁶ GARCÍA SALGADO, María José, *op. cit.* nota 118, pág. 108.

los operadores jurídicos que deben ser sensibles a los cambios de valores que en la sociedad se vayan produciendo¹²⁷."

Siendo aparentemente estas características propias del principio del interés superior, no es extraño que, en la mayoría de las legislaciones del mundo, este concepto se haya asumido en las legislaciones nacionales a manera de cláusula general como es el caso de México y España.

En el caso particular de México, el interés superior de la niñez se recoge en el artículo 4 constitucional, párrafo noveno, siendo el texto del orden siguiente: En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

El enorme grado de indeterminación, aunado a que no se regula ningún supuesto de hecho específico, nos permite afirmar que es a través de la cláusula general que se encuentra regulado el interés superior del niño en México.

Para Rivero Hernández esta técnica aplicada al principio del interés superior de la niñez presenta algunas ventajas ya que por un lado permite su aplicación a un sinnúmero de supuestos de hecho; permite la valoración de parte del operador jurídico a cada caso en concreto; y finalmente, la cláusula general no requiere de actualización constante ya que tiene aplicación por largo tiempo¹²⁸.

¹²⁷ *Ibíd.* págs. 108-109.

¹²⁸ *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª ed. Dykinson, España, 2007, pág. 108.

Autores como *Mnookin, Glendon y Eekelaar* asumen que este "...*standart* deja demasiado espacio a quienes lo aplica para trasladar a la decisión que se adopte sus prejuicios sobre sexo, raza, religión, conductas personales y opciones vitales de las personas implicadas; y que sugiere metas poco realistas para la ley¹²⁹."

Esta técnica reguladora del interés superior del menor presupone que las metas que se alcancen serán poco realistas, debido a que fácilmente recoge elementos subjetivos, propios del juzgador, alejando a los operadores del derecho de la objetividad y conculcando este principio, alejándolo de su materialización. En honor a la verdad debe precisarse que esto no sucederá en todos los casos, ya que habrá algunos que al amparo de una correcta y debida valoración enaltezcan al interés superior y lo materialicen. Lo cierto es que la delgada línea entre lo objetivo y lo subjetivo es imperceptible a los ojos de la facultad discrecional del juzgador.

No obstante lo anterior, tenemos el caso del sistema jurídico alemán que desde luego constituye uno de los de mayor tradición y vanguardia en Europa y que a decir de Torres Perea es quizá el más avanzado en la regulación de la protección jurídica del menor¹³⁰.

Citado por Torres Perea, Zitelmann señala que:

Una definición exacta del interés del menor ni es razonable ni es posible..., considera que todo intento legislativo o doctrinal de acotar en una definición este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. Lo que nos importa es su función de contrapeso (protección del menor considerado parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante toda amenaza que le afecte)¹³¹.

¹²⁹ *Ibid.* pág. 109.

¹³⁰ *Cfr.* TORRES PEREA, José Manuel, "Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo LIX, fascículo II, abril-junio, 2006, pág. 676.

¹³¹ *Idem.*

Debe señalarse que no obstante el hecho de que el interés superior es un concepto jurídico indeterminado, ello no implica imposibilidad de reducir ese grado de imprecisión a través de criterios jurisprudenciales que posteriormente podrían convertirse en normas. En todo caso, la misma valoración que realiza el juzgador del concepto jurídico indeterminado trae consigo un riesgo de imprecisión y muy probablemente de omisión, sin que cumpla con su función de contrapeso y de control. Coincidimos en que no se puede definir este principio sin correr los riesgos mencionados, pero más allá de la definición, creo que se puede y de hecho se han aportado elementos en distintas legislaciones que han ayudado a acotarlo mejorando su aplicación.

a. Determinando el contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados

Aunque existe una notable problemática en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado reglamentado a través de una cláusula general, debe reconocerse que son muchos los partidarios de esta. La defensa de esta técnica se ha dado desde la doctrina, habiéndose alcanzado diversos criterios tendientes a enfrentar la indeterminación de las normas y los conceptos jurídicos que encuadran en esta categoría, como sería el interés superior del menor.

¿Cómo reducir la incertidumbre en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado? Son varias las respuestas a tal planteamiento ya que existen fecundos estudios doctrinales que proponen regular la libertad o facultad discrecional otorgada por una norma de esta naturaleza; sin embargo, esta regulación no se da a través de preceptos jurídicos sino desde la semántica aplicada al derecho. Son tres las corrientes existentes: Objetivista, finalista e intersubjetiva.

Propuesta objetivista

Aristóteles en su *Ética Nicomáquea* reconocía la existencia de dos tipos de justicia política: una natural y otra legal. Señala que:

La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida, por ejemplo que el rescate sea de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor a Brásides, o las decisiones en forma de decretos¹³².

Las características disímiles que presentan ambos tipos de justicia y que en apariencia las hace irreconciliables son en realidad las mismas en las que se sustenta esta propuesta objetivista, que encuentra sus principales exponentes en el *iusnaturalismo* ontológico y que plantea que:

...al integrar al derecho natural en el propio orden jurídico, se remiten a sus preceptos para configurar definitivamente el significado de los conceptos jurídicos indeterminados: teniendo claro el contenido normativo y el carácter jurídico del derecho natural, el significado de las nociones indeterminadas que pueblan los textos jurídico-positivos no planteará mayores problemas, se resolverá en la interpretación sistemática de las reglas de derecho natural y de derecho positivo¹³³.

Bajo esta premisa, el carácter natural de lo preceptuado en una norma jurídica servirá de guía al momento en que esta última pretenda positivizarse. Así al momento de aplicar el interés superior como derecho subjetivo en un caso concreto, deberá atenderse a la esencia natural de ese derecho y no tan solo a lo que preceptúa.

¹³² ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 2010, pág.148.

¹³³ ARA PINILLA, Ignacio, "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos Indeterminados", *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, Número. XXI, enero 2004, pág. 117.

Ronald Dworkin considera que el razonamiento jurídico que se debe utilizar al momento de resolver un caso difícil:

...invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo -la separación entre el derecho y la moral- es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral¹³⁴.

Para Dworkin el razonamiento jurídico necesita “la verdad del iusnaturalismo”, aunque él no es iusnaturalista, sino más bien, su teoría representa una tercera opción que se ubica entre iusnaturalismo y el iuspositivismo, que se identifica con el modelo reconstructivo de Rawls; donde se busca restablecer la relación entre el razonamiento moral y el jurídico a través de la búsqueda constante de criterios objetivos.

Dworkin busca reducir la irracionalidad propiciada por la incertidumbre en los casos difíciles y afirma que cuando:

...existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas. En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico¹³⁵.

Admitir la discrecionalidad del juez es tanto como admitir que los ciudadanos están a merced de éste, dejar a discrecionalidad del juez

¹³⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. Ariel, España, 1989, pág.11.

¹³⁵ *Ibid.* pág. 15.

un asunto que concierne al derecho es no tomarse el derecho en serio.

La teoría de los casos difíciles y de la incerteza del derecho que plantea Dworkin, pone en entredicho a las tesis tradicionales de la función judicial. Su teoría del derecho se basa en la construcción del argumento moral y de los derechos morales, difuminando la delgada línea entre estos últimos y los derechos jurídicos.

Por último y en consonancia con la propuesta objetivista, podemos señalar que la aplicación del interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado, no puede estar sujeta a la facultad discrecional del Juez; éste en estricta aplicación de la racionalidad deberá remitirse en todo momento a los principios (morales), estableciendo un puente entre los derechos morales y jurídicos; sólo así se alejará al operador jurídico de la irracionalidad que presupone la facultad discrecional.

Propuesta finalista

La propuesta finalista considera que la incertidumbre generada por la posible aplicación de un concepto jurídico indeterminado puede disminuirse si se atiende al objetivo o fin para el cual fue creado dicho concepto.

Desde la década de los sesenta García de Enterría sostuvo que:

... «el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea¹³⁶»

¹³⁶ ARA PINILLA, Ignacio, *op. cit.* nota 133, pág. 118.

La propuesta finalista, como su nombre lo indica, propone que la solución a la indeterminación de algunos conceptos jurídicos, como lo es el interés superior, es interpretándolo en función del objetivo o fin para el cual fue creado. Si “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico¹³⁷”, podemos concluir que el interés superior es en *stricto sensu*, lo que la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño plantea: un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. Lo que nos deja en un gran dilema ya que algunos tratadistas aplauden el contenido de la Convención, en tanto que otros aseguran que no despejó las dudas existentes respecto a este concepto.

Al respecto, Torrecuadrada expone que “...la expresión del ISN provoca algunos problemas que la Observación General número 14 del Comité no consiguió despejar, como la triple naturaleza de la que se le dota, la multiplicidad de sus titulares, la indeterminación del concepto, su identificación así como la posible existencia de límites... unido a que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, lo que deriva de su “volatilidad¹³⁸.”

Propuesta intersubjetiva

Desde la perspectiva intersubjetiva se plantea que: “el juez debe interpretar el contenido normativo de las nociones jurídicas indeterminadas a la luz de la conciencia social de su tiempo, tras realizar la correspondiente indagación sociológica acerca del significado que la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica atribuye al

¹³⁷ Observación General N.º 14, *op. cit.* nota 15.

¹³⁸ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *op. cit.* nota 30, pág. 244.

concepto en cuestión en el momento preciso en que se plantea el problema que requiere la solución judicial¹³⁹."

La interpretación adoptada por las mayorías no es siempre o necesariamente la correcta, por lo que representa un verdadero riesgo basarse en esta propuesta para desentrañar el sentido del interés superior. No obstante lo anterior, la propuesta podría sentar las bases para la edificación de una nueva, donde lejos de reducir la indeterminación de conceptos a través de la vía democrática, sí permita ir delineando ese concepto en función de las distintas acciones que se van implementando en el mundo; después de todo no estamos hablando de un concepto jurídico indeterminado de tipo local sino de uno global.

4. LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN CRITERIOS NORMATIVOS PREESTABLECIDOS

La formulación de criterios normativos preestablecidos se alcanza a través de la técnica legislativa de lista de comprobación. Según Rivero, los criterios normativos preestablecidos son: "...elementos de juicio, criterios y valoraciones concretas de hechos o situaciones que se darán en la práctica, a los que se relaciona de forma más o menos directa con lo que conviene a un niño, y a los que vincula lo que el legislador entiende por interés del menor, que deduce de aquéllos¹⁴⁰."

Los criterios normativos preestablecidos que delinear el concepto del interés superior del niño han sido adoptados por países anglosajones como es el caso de Estados Unidos, del cual ya hemos dado cuenta. También son utilizados en parte del Reino Unido, a través de

¹³⁹ ARA PINILLA, Ignacio, *op. cit.* nota 133, pág. 120.

¹⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *op. cit.* nota 128, pág. 105.

la *Children's Act* de 1989, donde quizá se encuentren los criterios más importantes en materia de infancia, que hasta ahora se conozcan.

La *Children Act* de 1989 –legislación vigente en la materia en Inglaterra y Gales– recoge, una serie de principios generales para todas las situaciones en las que haya que tomar una decisión sobre un niño. Estos son, junto con el *welfare principle* –que podría equipararse, sin entrar en matices, al interés superior del niño– el *no delay principle*, en virtud del cual se entiende que cualquier retraso en la toma de decisiones irá en perjuicio del interés del niño; y el *no order principle*. Éste se trata de una regla de intervención mínima, según la cual los tribunales no tomarán ninguna medida a menos que puedan demostrar que la adopción de la misma beneficiará más al niño que la ausencia de pronunciamiento. En la práctica se traduce en que los tribunales no toman decisiones sobre aquellas cuestiones sobre las que los progenitores han llegado a acuerdo¹⁴¹.

El texto de la *Children's Act* contempla el denominado *welfare principle* que como ya se anticipaba se puede equiparar al del interés superior. De manera complementaria se establece en el capítulo 1 apartado 1.2 de *The Children Act 1989 Guidance and Regulations*: “*The ‘welfare checklist’ (section 1(3)) is set out, alongside the freedom of the court to make a range of orders in Children Act proceedings, above and beyond the specific order that might have been the subject of the application before it*”¹⁴². Esta lista de control de bienestar de los niños sin duda es una aportación interesante pues permite al juzgador ir más allá de lo que se le ha solicitado pero al mismo tiempo constriñe su actuar a diversos criterios. Los sistemas que usan esta técnica legislativa buscan disminuir la discrecionalidad de las Cortes a través de los criterios normativos preestablecidos.

¹⁴¹ ORTEGA GUERRERO, Irene, “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, España, volumen 2, número 3, 2002, pág. 90.

¹⁴² *The Children Act 1989 Guidance and Regulations Volume 1*, United Kingdom, Department for Children, Schools and Families, 2008, pág. 5.

La *Children Act* o Ley de los menores, establece criterios como los que a continuación se citan:

In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to

- a) *the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);*
- b) *his physical, emotional and educational needs;*
- c) *the likely effect on him of any change in his circumstances;*
- d) *his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;*
- e) *any harm which he has suffered or is at risk of suffering;*
- f) *how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;*
- g) *the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question*¹⁴³.

Esta lista de criterios considera que lo primero que debe tomar en cuenta un tribunal son los deseos y sentimientos del niño, que otra cosa podría representar con mayor claridad su interés superior que sus propios sentimientos y deseos, algo que sin duda debe ser complejo de reflejar en una sentencia. De igual manera deberán considerarse sus necesidades (físicas, emocionales y educativas), condiciones que deberán tomarse en cuenta para que las autoridades no se extralimiten y eviten generar cambios en sus circunstancias de vida que le afecten.

La edad y sexo son aspectos que juegan un papel importante en tratándose de derechos de los niños y su interés superior; los hechos y las estadísticas han demostrado que las niñas son más vulneradas que los niños. Finalmente, esta lista considera que es importante tomar en cuenta las capacidades de los padres y las facultades del juzgador a la hora de resolver.

¹⁴³ *Children Act* 1989, Reino Unido en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1> consultada el 8 de octubre de 2020.

Por lo que hace al *no delay principle*, la Ley de Menores de Reino Unido establece: *"In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child"*¹⁴⁴. Este principio que podría traducirse como el principio del no retardar, es quizá el más vulnerado en los sistemas judiciales, administrativos y legislativos. Básicamente este principio pugna por no retrasar aquellos asuntos donde se encuentren en conflicto derechos de los niños.

Finalmente, el principio de *no order* que, en nuestro sistema jurídico mexicano, podemos observar cuando un adolescente entra en conflicto con la ley penal. Consiste en la no intervención del Estado a tal grado que puede abstenerse de conocer aquellos casos donde considere que su actuación puede desencadenar efectos negativos. La legislación inglesa establece literalmente: *"Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all"*¹⁴⁵.

5. PROPUESTAS DOCTRINALES PARA LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Hacia los años setenta Joseph Goldstein, Anna Freud y Albert J. Solnit publican *Beyond the Best Interest of the Child* y *Before the Best interest of the Child* (Más allá del interés superior del niño y Antes el interés superior del niño).

Como dato interesante valga resaltar que la obra se plantea desde dos disciplinas distintas: la jurídica y la psicológica, incluso psiquiátrica,

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

destaca la participación de Anna Freud, psicoanalista (hija de Sigmund Freud). Dicha obra se centrará en el estudio de casos relacionados con la disputa por la custodia de los niños, estableciendo en función del psicoanálisis que los niños tienen derecho a vivir y/o convivir con sus progenitores estén o no casados, siendo éste su mejor interés¹⁴⁶.

La dificultad para concretar el interés superior, su conceptualización y su exacta aplicación, ha sido un problema de todos los tiempos desde su aparición en la Convención sobre los Derechos del Niño. Muchos coinciden en que el interés superior se determina en función de lo que más le conviene al menor o en atención a lo que es mejor para ellos, claro está que esa determinación se realiza desde la visión adulto centrista que ha caracterizado el sistema de protección de los derechos del niño.

Facundo Rojo y Ezequiel Spector al intentar establecer qué es el interés superior se plantea la siguiente pregunta: ¿Es aquello que, de hecho, es lo mejor para el niño, independientemente de si es lo que habría elegido o deseado, o es aquello que el niño habría elegido para sí mismo, hipotéticamente¹⁴⁷?

A partir de esta interrogante se han construido dos posturas, la primera de tipo objetivista y la segunda denominada de elección hipotética. La primera sostiene que es viable determinar qué es lo mejor para un niño, pero es:

...sumamente complejo determinar cuál es la opción más beneficiosa en un caso en el que se debe decidir a cuál de los dos padres divorciados debe asignársele la tenencia del hijo (asumiendo que la diferencia en términos de idoneidad no es muy grande; de lo contrario, la solución sería obvia). Es innumerable la cantidad de cosas (favorables y desfavorables) que podrían sucederle al niño tanto si

¹⁴⁶ Cfr. GOLDSTEIN, Joseph, *et al. Before the Best interest of the Child*, Free Press, New York, 1973, págs. 9-27.

¹⁴⁷ FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO Álvaro (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen tres, UNAM, México, 2015, pág. 2728.

optamos por asignarle la tenencia a la madre como si optamos por asignársela al padre. Realizar un cálculo que arroje de forma determinada cuánto beneficiará al niño cada opción (para luego elegir la que sea objetivamente más beneficiosa) es imposible incluso en un caso relativamente simple, como el del ejemplo recién mencionado, en el que solamente se debe elegir entre dos opciones¹⁴⁸.

Las primeras propuestas que se plantearon para poder delimitar y concretar el interés superior, giraron en torno a estas dos posibilidades: una donde los adultos siempre determinan lo que conviene al niño y otra donde se hace partícipe al menor en la delimitación y concreción de su interés superior. Son muchos los tratadistas que históricamente han realizado aportaciones en este rubro; incluso existe un aparente consenso mundial respecto a cuáles de ellas son dignas de consideración. En este sentido conviene conocer, de manera abreviada, algunas de estas propuestas.

a. Jon Elster

Elster sostiene que en aquellos casos donde se habrá de elegir entre dos o más opciones, deben conocerse por principio de cuentas todas ellas y todos los resultados que podrían arrojar cada una, además del grado de probabilidad de que se presente el resultado buscado. Aun y cuando logran determinarse estas opciones, los resultados serán variables en cada caso aún y cuando guarden cierta similitud, ya que cada una de ellas deberá ser valorada y considerada por el Juzgador¹⁴⁹.

Considera que existe un modo supremo de abordar el interés superior de los niños; él lo llama un criterio “liberal y pluralista” y parte de la idea de que el interés superior no se determina en función de preferencias sustantivas sino más bien formales que abonan a la

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Cfr. ELSTER, Jon, Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 116.

protección del niño y que le permiten alcanzar su madurez; esto permitirá que en mayor o en menor medida el niño elija por sí entre esas opciones que en su momento el juzgador pudo determinar e imponerle. La salud física y bienestar material son dos de los aspectos que abonarán a la determinación del interés superior del niño y que conjugados con el bienestar y cuidado emocional darán al niño la autonomía suficiente para elegir lo que verdaderamente le conviene¹⁵⁰.

El planteamiento de Elster se resume en que el interés superior del niño o lo que es mejor para él, es promover su capacidad para que sea él quien pueda tomar de las opciones que se le planteen la que más le convenga, ya que lo que puede ser bueno para uno, puede no serlo para el otro. Lamentablemente la propuesta de Elster ha sido desestimada por muchos por considerar que se construyó en la idea de aplicarse a casos de custodia, sin embargo el aporte no deja de ser importante, ya que promueve las condiciones adecuadas para un verdadero desarrollo de la capacidad o autonomía progresiva del menor.

b. John Eekelaar

Eekelaar desarrolló un método al que se denominó *Dynamic self-determinism* (autodeterminismo dinámico), en el considera que las acciones tendientes a determinar el interés superior pueden y deben conciliarse con la idea de que los niños son poseedores de derechos. Plantea la posibilidad de permitir al niño determinar qué son esos intereses que la sociedad conceptualiza como interés superior del menor y para ello propone lo que denomina el “autodeterminismo dinámico”. Su propuesta considera que aquel niño que se le posiciona en un ambiente seguro donde se le permite participar en la toma de decisiones que le afectan, desarrollará la capacidad de ir

¹⁵⁰ *Idem.*

determinando qué es lo que más le conviene, contribuyendo con ello a la construcción de su interés superior¹⁵¹.

Al igual que la propuesta de Elster, la de Eekelaar favorece la aplicación del principio de la escucha del menor que recoge el artículo 12 de la Convención. Además, promueve el desarrollo de la autonomía progresiva en un ambiente propicio u óptimo. Esta propuesta se vio reflejada casi dos décadas después en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño¹⁵². Algo que no debemos pasar por alto es la propuesta de posicionar al niño en un ambiente seguro que propicie la toma de decisiones, lo que bien podría traducirse en un entorno adecuado para el desarrollo de la capacidad o autonomía progresiva del niño.

c. Miguel Cillero

En su ensayo titulado *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, Miguel Cillero Bruñol jurista de origen chileno se hace el mismo cuestionamiento que muchos tratadistas: ¿Qué es el interés superior del niño? Expone que:

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo

¹⁵¹ EEKELAAR, John, "The Role of Dynamic Self Determinism" en Alston, Philip, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, págs. 42-61.

¹⁵² Aunque esta participación del menor es una consideración constante, existen varios párrafos donde se menciona. Por ejemplo: "47. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño."

“interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”¹⁵³.”

Cillero considera que existe una relación intrínseca e indisoluble entre interés superior y los derechos del niño, de tal manera que cuando hablamos de interés superior del niño implícitamente nos referimos a sus derechos, aquellos que la propia Convención consagra en su breve catálogo. Considera que previo a la existencia de la Convención, el interés superior parecía remitir a algo que estaba más allá del derecho, hoy dicha idea no resulta aceptable por ya existir un catálogo de derechos debidamente establecidos; el interés superior ha dejado de ser un ideal social preconvenional para instrumentarse como un principio garantista.

Propone la armonización entre “la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia”¹⁵⁴.” Para él la Convención:

Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente¹⁵⁵.

¹⁵³ CILLERO BRUÑOL, Miguel., *op. cit.* nota 26, pág. 78.

¹⁵⁴ *Ibid.* pág. 78.

¹⁵⁵ *Idem.*

Cillero Bruñol afirma que es preciso limitar las facultades discrecionales de las autoridades que se dan al amparo de una interpretación del artículo 3º de la Convención, para ello es menester "... consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención¹⁵⁶."

Contrario a las propuestas anteriores considera que "Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan¹⁵⁷." Por ello propone que para aplicar el principio del interés superior es necesario desconectar los derechos de los niños del principio de progresividad. En aquellos casos donde deba satisfacerse el interés superior deberá tomarse en cuenta cuáles derechos se encuentran vulnerados y cuáles se vulnerarían con sus resoluciones. Esto es lo que el propio Cillero ha denominado integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño.

d. Francisco Rivero Hernández

Rivero considera que es viable llevar de lo abstracto a lo concreto el concepto del interés superior a través de la búsqueda de criterios razonables que emanan precisamente de la praxis cotidiana y que nos permiten encontrar "una solución razonable y justa entre varias opciones¹⁵⁸."

La propuesta finalista de Rivero plantea encontrar el sentido del interés superior a través de ciertos parámetros, a saber:

¹⁵⁶ *Ibid.* pág. 80.

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *op. cit.* nota 128, pág. 267.

Para determinarlo debemos partir de la idea matriz de que su interés eminente, a efectos jurídicos, está inicialmente con la protección de sus derechos fundamentales -como dije-, y al individualizarlo habrá de garantizársele, a través de las opciones y decisiones que se adopten, los bienes y valores que ellos encarnan: su dignidad, su integridad física y moral (en sentido muy amplio), su derecho a una vida material y espiritual digna, el respeto de sus libertades (las que pueden tener y gozar un menor) etc. Junto a esto habrá que buscar un equilibrio emocional y afectivo para ese niño concreto, el calor de una relación próxima con ciertas personas y con su entorno, una sensación de seguridad en sí mismo y frente a otros; propiciar el desarrollo de sus aptitudes, la afirmación de su identidad personal, etc.¹⁵⁹.

De esta manera Rivero propone: por un lado, la protección de los derechos fundamentales del niño y por el otro su equilibrio emocional y afectivo; ambos aspectos constituyen su interés superior. El siguiente paso consistirá en:

...examinar otros datos, hechos y situaciones (del menor o de personas próximas, implicadas o afectantes), en tanto que medios aptos para encontrar o garantizar con cierta seguridad y continuidad lo que más le convenga: con quien va a convivir, lugar de residencia, tipo de vacaciones, si las pasa con su padre o con su madre, si importan cierta relación con el abuelo, si le conviene ser adoptado por sus tíos¹⁶⁰...

Rivero señala la existencia de algunos factores que pueden contribuir a alcanzar el interés superior: por un lado, hay que buscar satisfacer las necesidades materiales básicas o vitales del niño, además de las de carácter espiritual. Por otra parte, hay que atender a sus sentimientos y opiniones y tomarlas en cuenta sin perder de vista su grado de madurez; además hay que buscar mantener el estatus del menor ya que cualquier cambio puede resultar en perjuicio de éste y finalmente deben considerarse en cada caso su edad, sexo, salud, afectividad y creencias. Aunque ya en casos más específicos

¹⁵⁹ *Ibíd.* págs. 274-275.

¹⁶⁰ *Ibíd.* pág. 275.

se deben valorar los riesgos que representa para la salud física o psíquica del menor la toma de decisiones y, se deberá ponderar su bienestar actual y futuro¹⁶¹.

La propuesta de Rivero tiende a establecer criterios normativos que buscan orientar la aplicación del interés superior del niño y con ello alcanzar su aplicación de manera eficaz y efectiva. No obstante que su propuesta busca ser objetiva, la consideración de muchos elementos cuya apreciación puede resultar subjetiva representa un riesgo en la determinación del interés superior.

e. María Linacero de la Fuente

La propuesta de María Linacero, profesora de derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid, plantea que el interés superior del menor sólo podrá determinarse estableciendo una relación entre este principio y los derechos de los niños considerados como fundamentales.

En su obra titulada: *La protección jurídica del menor, comentario a la ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor*, pone de relieve que el interés superior sólo se podrá determinar en función de la casuística, es decir que reconoce que sólo a través de la facultad discrecional del juzgador o de la autoridad se puede materializar este concepto jurídico indeterminado.

Su propuesta se centra en establecer límites a la facultad discrecional del juzgador, para no permitir arbitrariedades al momento de desentrañar el verdadero significado del interés superior del menor. Propone tres límites específicamente: el primero consiste en que la apreciación de los hechos se debe hacer siempre de manera racional, es decir, discurrendo con el entendimiento. El segundo de los límites es el no permitir que con los actos que se realicen se causen

¹⁶¹ Cfr., *Ibíd.* págs. 279-280.

perjuicios al bienestar espiritual y material del niño; por supuesto que se refiere a los actos realizados por los particulares y por las autoridades. El último de estos límites consiste en proteger los derechos del niño que se encuentran contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales, como es el caso de la Convención, y la protección de las legislaciones nacionales que versen sobre estos derechos¹⁶².

Reducir el grado de discrecionalidad de los operadores jurídicos es de vital importancia para alcanzar la concreción del interés superior del niño. La fórmula propuesta por Linacero pugna por la objetividad del juzgador, lo que evidencia que la principal dificultad que enfrenta el interés superior, es precisamente la facultad discrecional abusiva derivada de criterios subjetivos.

f. José Manuel de Torres Perea

De Torres Perea es quizá uno de los últimos tratadistas que hace propuestas en cuanto a la delimitación o concreción del interés superior. En su obra *Interés del Menor y Derecho de Familia: una perspectiva multidisciplinaria*, sugiere que, para determinar el interés superior del niño, es preciso hacerlo desde un enfoque multidisciplinar.

Considera que el interés superior se presenta para ser determinado en aquellos casos donde surge un conflicto de intereses, es decir, se determina en la casuística. En el planteamiento de estos conflictos de intereses ante el juzgador, se deben considerar pautas válidas que ayuden a resolver el conflicto y que vayan más allá de un principio general. Propone la sistematización de grupos de casos de donde se puedan “obtener las características que puedan operar como elementos de los supuestos de hecho de las normas y fundar adecuadamente las decisiones al facilitarse una subsunción de los casos

¹⁶² LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor. Comentario a la ley 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 60-65.

en los supuestos tipificados¹⁶³..." de esta manera la cláusula general que contempla al principio del interés superior no será fuente de confusión y arbitrariedad.

Valga la precisión que cuando De Torres Perea se refiere a los grupos de casos, habla de aquellos que versan sobre situaciones específicas como es la patria potestad, la adopción, la guarda, el acogimiento, etc. Se trata pues de plantear criterios normativos que permitan al juzgador concretar el interés superior a base de una lista de características que se deben colmar o incluso de una serie de pasos a seguir.

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN MÉXICO, UNA INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, de junio del 2011, marca un hito en la historia del país. El Capítulo primero, Título primero *De los Derechos Humanos y sus Garantías*, da cuenta de lo trascendental de la reforma.

No se trató de un simple cambio de título sino de una verdadera reforma que inicia por transformar el artículo 1 Constitucional, primer párrafo, afirmando que: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

¹⁶³ DE TORRES PEREA, José Manuel, *Interés del Menor y Derecho de Familia: una perspectiva multidisciplinar*, Luestel, Madrid, 2009, págs. 29-30.

Con el citado precepto se generó una relación inescindible entre el derecho constitucional mexicano y el derecho internacional. Esta constitucionalización del derecho internacional obligó a replantear el sistema jurídico y a crear mecanismos que hicieran entendibles, pero sobre todo alcanzables los objetivos de esta nueva dinámica, la del respeto irrestricto de la persona y la de sus derechos humanos.

Una de las categorías jurídicas que adquieren relevante importancia con la reforma constitucional es el denominado bloque de constitucionalidad, categoría que podría entenderse como el “conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico¹⁶⁴.” El bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite¹⁶⁵.”

La remisión que realiza la Constitución reconociendo los derechos humanos consagrados en los tratados y convenciones, le impone el deber de respetarlos en todo momento, siempre que este sea parte.

En armonía con preceptuado en el párrafo primero del precepto en comento, el segundo, establece 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.” Así que la incorporación de la norma internacional en los contextos nacionales trae aparejada una serie de principios que la misma Constitución recoge y les otorga rango constitucional como es el caso

¹⁶⁴ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, “El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf consultada el 8 de octubre de 2020.

¹⁶⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2ª ed., Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 25.

del principio *pro homine* o pro persona y el principio de la interpretación conforme.

Debemos precisar que, en su momento, la reforma constitucional no parecía incluir a los menores de edad y es que al expresar el artículo 1 constitucional “todas las personas...” inició el debate de si en el podía incluirse a los niños toda vez que atendiendo a la dogmática jurídica “persona” es aquel sujeto con capacidad jurídica, es decir titular de derechos y sujeto de obligaciones, situación que no acontece hasta que se cumple la mayoría de edad por lo general.

Aunque la remisión hecha por la constitución daba cuenta de que la Convención sobre los Derechos del Niño formaba parte de esos instrumentos internacionales que se habían constitucionalizado, hubo necesidad de incorporar a la ley suprema de México un texto donde se hiciera especial referencia a los niños, niñas y adolescentes; por lo que a la reforma del artículo 1, sobrevino la del 4 el 12 de octubre de 2011. Estableciéndose el principio del interés superior de la niñez, como una consideración obligada del Estado mexicano.

Recapitulando, la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México vino a consagrar en favor de todas las personas (incluyendo a los niños) que se encuentren en territorio nacional, el goce de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados de los que sea parte el país. Ambas normativas, nacionales e internacionales, conforman un bloque que ha sido denominado de constitucionalidad y que reconoce normas, principios y valores aún y cuando no se encuentren consagrados en el texto constitucional, dando especial relevancia a aquellos que sí se estipulan, adquiriendo el carácter de principios constitucionales como lo son: el principio pro persona y el principio del interés superior de la niñez.

El principio del interés superior del niño consagrado en la Convención de 1989 es garante de todos y cada uno de los derechos que conciernen al niño y que buscan su desarrollo holístico. Su recepción en la normativa nacional y elevación a rango de principio constitucional sólo puede explicarse y entenderse a la luz de los cincuenta y cuatro

artículos que conforman la Convención. En esta línea de argumentación, señala González Contró, el principio del interés superior puede desempeñar tres funciones en el razonamiento práctico:

1. Como principio que establece una presunción a favor de la prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando debe hacerse una ponderación en caso de conflicto de dos o más derechos.
2. Como principio que implica la facultad de suplir la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas públicas.
3. Como principio que supone la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad¹⁶⁶.

Esta obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos significa que, una vez incorporado el principio del interés superior de la niñez, hubo necesidad de crear una ley reglamentaria. En diciembre de 2014 es publicada la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la que reproduce en su articulado los contenidos de la Convención.

El artículo 6 de esta ley general, establece cuáles son los principios rectores de la misma, aunque omite clarificarlos aportando alguna definición. El texto es del orden siguiente:

- I. El interés superior de la niñez;
- II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes,

¹⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "La función del Interés Superior del Niño en el razonamiento práctico: un análisis a partir de su evolución en México", *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Argentina Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, pp. 63-95.

conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;

- III. La igualdad sustantiva;
- IV. La no discriminación;
- V. La inclusión;
- VI. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- VII. La participación;
- VIII. La interculturalidad;
- IX. La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades;
- X. La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales;
- XI. La autonomía progresiva;
- XII. El principio pro persona;
- XIII. El acceso a una vida libre de violencia, y
- XIV. La accesibilidad¹⁶⁷.

En el catálogo se recogen los principios constitucionales del interés superior de la niñez (fracción I) y el principio pro persona (fracción XII), ambos establecidos en los artículos 4 y 1 Constitucional respectivamente, aunque también se recogen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad.

Vale la pena recordar que ya hemos hecho referencia a la función de los principios dentro de los sistemas jurídicos cuando citamos a Ronald Dworkin. Los principios suelen tener una fuerte carga moral en la que necesita apoyarse la norma jurídica. Hagamos referencia a algunos de estos principios.

¹⁶⁷ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *op. cit.*, nota 35, pág. 11.

a. Los derechos humanos de los niños y el principio de universalidad

Antes de abordar el presente *ítem*, debemos partir de la idea de que los derechos del niño son derechos humanos que han sido sistematizados en un instrumento jurídico específico como es la Convención de los Derechos del Niño. No se trata de una especial clasificación de los derechos humanos ni mucho menos podrán entenderse como derechos humanos especiales, consagrados para personas especiales. En realidad, es el proceso de especificación de los derechos del niño lo que ha llevado a los Estados a entender que los asuntos concernientes a los niños exigen especialidad por parte del operador jurídico y administrativo. Existe una obstinada intención en catalogar de especial todo lo que concierne a los niños, sus derechos y su interés superior.

Aunque esta especificación pudiera parecer paradójica al principio de universalidad de los derechos humanos, existen algunos autores que parecen encontrar explicación a este fenómeno. Compte Nunes y González Contró introducen el concepto de momento para explicar esta aparente exclusión de los niños al principio de universalidad. Dichas autoras proponen: “En una red interdependiente cada derecho tiene ciertos momentos, determinados por la dinámica de la propia red y la situación en la que la persona o el colectivo se encuentran, en los que se hace más relevante y se expresa objetivamente en la acción exterior¹⁶⁸...”

Con ello se puede explicar que no existe una exclusión de los menores en oposición al principio de universalidad. Si bien los derechos humanos son interdependientes y universales, en el caso de los niños

¹⁶⁸ COMPTE NUNES, Guillem y GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “El derecho al trabajo de los niños: un caso límite para el concepto de ciudadanía laboral”, en Padrón Innamorato, Mauricio (Coords.), *Trabajo y Derechos en México: Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018, pág. 143.

el acceso a los mismos se encuentra constreñido por el momento o la situación en la que se encuentran (su edad) y por su capacidad progresiva (grado de madurez).

En esta tesitura, la licencia para incordiar los derechos de los niños mejor conocida como facultad discrecional, se basa precisamente en ese momento en que se encuentra el niño y en su capacidad progresiva. La apreciación de ese momento puede ser bastante subjetiva alejando, de un verdadero respeto, a los derechos de la infancia.

El rompimiento con el paradigma basado en la doctrina de la situación irregular posicionó al niño como verdadero sujeto de derecho. El ser titular pleno de derechos entraña la insoslayable idea de que los menores de edad son verdaderos sujetos en las relaciones jurídicas y por ende demandan un tratamiento igualitario cual si se tratase de un adulto, al menos en lo que a derechos humanos concierne. Si los derechos de los niños son verdaderos derechos humanos, su tratamiento debe gozar de todos aquellos principios que en su favor se han confeccionado, principios de los que ya dábamos cuenta en líneas que anteceden.

Ahora bien, retomando algunas ideas de la obra “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana¹⁶⁹.” Cabe resaltar que dentro de ese grupo de personas que detentan esas expectativas de derechos subjetivos, encontramos también a los niños.

¹⁶⁹ VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, págs. 137-138.

Estos derechos subjetivos, que no distinguen entre adultos y niños, se caracterizan por el hecho de tutelar bienes primarios que la sociedad reconoce como básicos de la dignidad humana y que a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se recogen.

Peces-Barba observa que “la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)¹⁷⁰.” En la medida en que estos derechos humanos tienen como principal contenido valores morales de especial relevancia, es pertinente suponer que deben ser reconocidos para todas las personas, independientemente de su orientación sexual, edad, nacionalidad, raza, etcétera¹⁷¹. Sobra decir que lo mismo se consagra en favor de hombres y mujeres, de niños o niñas e incluso adolescentes, de mexicanos que de franceses, los derechos humanos son para todos. Este es el primer aspecto que reafirma su universalidad.

Pese a la dificultad que importa el hecho de construir una sola categoría de valores morales en un mundo tan diversificado culturalmente, “la universalidad de los derechos humanos no implica una práctica totalizadora que neutralice las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna. Por el contrario, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión¹⁷².”

Desde esta óptica y considerando que el mismo Comité de los Derechos del Niño de la ONU avala que el interés superior del menor puede ser visto como un derecho, por supuesto humano, es

¹⁷⁰ PECES-BARBA, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en Nieto, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Corte-IDH, San José, 1994, pág. 411.

¹⁷¹ VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.* nota 169, pág. 142.

¹⁷² *Ibíd.* pág. 143.

entendible que pase por ese proceso de “contaminación, nutrición y renovación” de tal suerte que deba renovarse tantas veces como sea necesario. El problema que se observa es que esa renovación se da y se queda en los contextos locales, los de cada país, lugar donde se desdibuja la universalidad que debiera caracterizarle y se pierde la progresividad.

De la misma manera, los demás derechos consagrados en la Convención se contaminan y nutren por las sensaciones locales, pero jamás se renuevan porque no vuelven al origen, al del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es el único que podría dotarle de validez universal.

“La idea contemporánea de los derechos humanos no puede concebirse a partir de una única interpretación, sino que recibe, asimila y regenera la experiencia particular para incorporarla al acervo universal, al tiempo que particulariza lo universal para ser útil en lo local¹⁷³.”

A *contrario sensu*, muchos tratadistas sostienen que cuando el interés superior del niño se recoge en una cláusula general como concepto jurídico indeterminado, es preciso atender a la casuística para poder determinar en qué consiste ese interés, propiciando el análisis de cada caso como si se tratase siempre de la primera vez que se enfrenta uno con el término o caso; sin embargo, esto no tiene que ser necesariamente así.

Retomando las ideas de Cillero, el interés superior del niño tiene que ver con los derechos que la propia convención señala, “...lo anterior implica que la cláusula del interés superior tiene un contenido polisémico, pero no vago ni impreciso en términos de su aplicación¹⁷⁴.”

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo, “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, número 7, enero.diciembre 2013, pág. 121.

Por ello resulta viable partir de los logros alcanzados y no de la nada como demandan algunas teorías.

En la teoría de la argumentación existe algo que se denomina función de descarga de la dogmática y que a decir de Garrido:

...se puede adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya comprobados y aceptados al menos de manera provisional lo que supone una descarga en la medida en que, sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación. Se puede renunciar a discutir de nuevo en cada caso cada cuestión de valoración. Esta función de descarga no es sólo indispensable para el trabajo de los tribunales, que tiene lugar bajo la presión del tiempo; también es importante para la discusión científica jurídica. También aquí como en todos lados es imposible volver a discutirlo todo¹⁷⁵.

Esta función de la descarga dogmática aplicada al interés superior del niño consistirá en abordar la casuística, pero no volver a discutir todos los aspectos relacionados con la figura jurídica que se debate (adopción, alimentos, guarda y custodia, etc.) para ello se hace necesario ir avanzando a través de jurisprudencia o de nuevos preceptos legales que representen un avance significativo en la temática. "Existe la creencia (no sólo entre los operadores jurídicos, sino que también en cierta doctrina) de que el interés superior del niño en un contexto de decisión particular (e.g. un caso judicial) abre la posibilidad de discutir en cada caso concreto cual sea este interés en función de los contextos y circunstancias particulares del niño, y esto es insostenible¹⁷⁶."

Finalmente, son varias las conclusiones que se pueden alcanzar con este apartado, la primera es que los derechos humanos, entre ellos los derechos de los niños, se rigen por los principios de

¹⁷⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, págs. 255-257.

¹⁷⁶ GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo, *op. cit.* nota 174, pág. 123.

universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Como universales no distinguen entre niños y adultos; por lo que su aplicación y defensa se da por el simple hecho ser humano.

La segunda, es que atendiendo a los principios de universalidad el niño debe ser considerado como un ser humano integro y garantizarle todos sus derechos sin limitación alguna. Una tercera conclusión es que los derechos humanos, entre ellos los consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, está sujeta a un ciclo de renovación; para ello es necesario tomar en consideración aquellos impactos locales de que son objeto los derechos humanos y replantearlos a nivel de derecho internacional para renovarse. Y cuarta, es imperioso que el interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado, sea delimitado para evitar confusión en su concreción. Esta concreción es posible si partimos del principio argumentativo de descarga dogmática.

b. El interés superior del niño y el principio *pro homine* o *pro persona*

Ya anticipábamos que el principio *pro homine* o *pro persona* se incorpora al texto constitucional de México en el año 2011. El párrafo segundo establece que: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Pero ¿qué es el principio *pro persona*?

El principio *pro homine* o *pro persona* es una herramienta utilizada inicialmente por los tribunales internacionales de derechos humanos y actualmente por la gran mayoría de los tribunales nacionales; dicha herramienta ayuda a dar interpretación a la norma que consagra derechos humanos.

Es un principio: “en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de

reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹⁷⁷." Debemos establecer claramente que al igual que el principio de universalidad, el principio *pro persona* incide de manera directa en la aplicación de los derechos humanos, dando a estos una interpretación o más amplia o más restrictiva según sea el caso.

Este principio *pro homine* ha sido abordado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia internacional, aunque ciertamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ya establecía que la interpretación de las normas debería darse en primer término de buena fe; en segundo, conforme al sentido corriente y finalmente atendiendo a su objeto o fin, dicho de otra manera, establece que los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben tener una interpretación más humanitaria.

Otros de los instrumentos jurídicos internacionales que recoge la idea de la interpretación más amplia, son los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, al establecer en su articulado que no es admisible generar un menoscabo en los derechos humanos que en la convención se consagran.

Algo similar acontece en la Convención Americana de Derechos Humanos ya que establece lineamientos específicos para llevar a cabo la interpretación de las normas que contienen derechos humanos. Precisa:

De acuerdo con dicho principio, consagrado en el artículo 29.b de la Convención Americana, ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las

¹⁷⁷ PINTO, Mónica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos", en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617891> consultada el 9 de octubre de 2020.

leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

De esta manera, la Corte IDH ha afirmado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. En consecuencia, si a una misma situación es aplicable la Convención Americana y una norma interna, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana¹⁷⁸.

Arenas Batiz, observa que existen diversas facetas en la aplicación del principio *pro persona*:

- a) *Como principio de interpretación, para preferir la interpretación más favorable de una norma.* En este caso, no se plantea la disyuntiva entre aplicar una norma u otra, sino de elegir una de entre las diversas interpretaciones que puede tener una misma norma...
- b) *Como principio de aplicación, para preferir entre dos normas válidas, la aplicación de la más protectora.* Éste es distinto al anterior, pues aquí debe optarse entre dos o más normas jurídicas, y no entre dos o más interpretaciones sobre un mismo ordenamiento...
- c) *Como principio de validación, para validar la norma más favorable e invalidar la menos favorable.* Finalmente, el principio *pro persona* también puede tener aplicación como criterio de validez normativa, que se utiliza para desaplicar, invalidar, expulsar del ordenamiento jurídico, o sustituir por otra, a normas jurídicas en razón de considerarlas inconstitucionales o inconventionales¹⁷⁹...

¹⁷⁸ Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, págs. 91-92.

¹⁷⁹ ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma del 2011 según dos perspectivas antagónicas Internacionalistas vs. “soberanistas”*, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, 2013, págs. 172-174.

Cualquiera que fuere el caso, el principio *pro persona* procura garantizar la preeminencia de los derechos humanos en su sentido más amplio, en lo que más favorezca al hombre, mujer, niño, niña o adolescente. Si como ya hemos apuntado, la Convención de los Derechos del Niño es mucho más que un catálogo de derechos que deben mirarse a través del prisma de la especialidad y los derechos en ella contenidos son verdaderos derechos humanos que pueden y deben regirse por los principios de universalidad, progresividad, interdependencia, indivisibilidad e incluso por el principio *pro persona*, queda aún la duda de cuál es la razón de existir del interés superior.

Es evidente que en la aplicación de los derechos humanos y en concreto en la aplicación del principio *pro persona*, el juzgador realiza un verdadero ejercicio de ponderación al interpretar, aplicar o validar una norma, empero esto no sucede cuando se trata de los derechos de los niños los que se determinan en función de un simple ejercicio intelectual carente de cualquier apreciación axiológica expresada como facultad discrecional. Varios autores han sostenido que:

si bien en el campo de la abogacía y su ejercicio profesional se concibe el derecho como un conjunto de normas que se aplican en uso a una razón, justificación o a una tesis, teoría del caso de la defensa técnica; es decir existe en la defensa y motivación, prevalencia de un razonamiento básico no se los reviste a los derechos reconocidos a favor de los niños un contenido y agregado axiológico, se genera una simple actividad intelectual y hermenéutica en forma aislada, sin tomarse en cuenta que el operador de justicia y autoridad administrativa debe adjudicar derechos bajo la fórmula ISN +contenido axiológico =adjudicación de derechos humanos para estos grupos de atención prioritaria¹⁸⁰.

Otro aspecto importante en relación a los derechos humanos es que la interpretación que se hace bajo el principio *pro persona*:

¹⁸⁰ ALMEIDA-TORAL, Pablo Fernando, "La aplicación de los derechos humanos en el interés superior del niño", *Iustitia Socialis*, Venezuela, Año V. Volumen V, Número 8, enero – junio 2020, págs. 630-631.

...debe leerse de la mano con la denominada interpretación evolutiva. Así, siguiendo a la Corte Internacional de Justicia y refiriéndose a la Declaración Americana, la Corte IDH ha señalado que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” [opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989]. Por eso, la Corte Interamericana ha considerado que el valor y significación de una norma no debe ser determinado a la luz de lo que se estimó al momento de su adopción, “sino que es determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada” [opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989]. De esta manera, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación “tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹⁸¹.

Es evidente que con el paso de los años, muchos de los tratados y convenciones que se han firmado y ratificado, no se encuentran en el mismo contexto social de su creación; tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta, recoge algunos de los derechos humanos aplicables a los niños y que como ya hemos señalado, deberían gozar de una interpretación amplia en consonancia con el principio pro persona, además, esta interpretación debe ser evolutiva, sobre todo si hemos observado que los actos más atroces cometidos en contra de los niños se cometieron en nombre del interés superior del menor.

“Actualmente, el principio pro persona en su variante de principio de interpretación, permite aplicar la norma interna o externa que mayor beneficio otorgue a la persona, por lo que válidamente se puede hablar de una interpretación conforme del derecho internacional al

¹⁸¹ Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, *op. cit.* nota 178, pág. 92.

nacional, siempre y cuando ello sea con el fin de privilegiar a la dignidad humana¹⁸²." Incluida la del niño.

La incorporación del principio del interés superior de la niñez al texto constitucional denota la intención del Estado mexicano de reconocer la existencia de un *corpus iuris* internacional en materia de infancia, que empata no solo con su norma suprema sino con las leyes que de ella emanan, como es la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En este sentido, el principio del interés superior de la niñez que recoge el párrafo noveno del artículo 4 constitucional, representa el anclaje a un sistema internacional de derechos humanos de los niños que es referente en el nacional ya que "constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez", como lo es el principio *pro persona* consagrado en el párrafo segundo del artículo 1 constitucional en relación con los adultos.

Podemos entonces establecer por analogía que el principio del interés superior de la niñez es a los derechos del niño como el principio *pro persona* es a los derechos humanos de los adultos. El principio del interés superior del niño es un principio *pro persona* aplicable a los menores de edad; lamentablemente este miniprincipio no alcanza los estándares del aplicable a los adultos, además de estar constantemente influido por una carga subjetiva que no permite potencializar los derechos humanos de los niños.

Esta diferencia en la aplicación de ambos principios deviene insostenible en la actualidad, de tal manera que para concretar de forma efectiva el interés superior, ya sea como principio o como derecho, deberá ser entendido en su más amplia concepción y en todo lo que beneficie al niño, para ello "deberá confrontarse con las reservas a

¹⁸² CARPIZO, Enrique, *El control constitucional y el convencional: frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, 2014, pág. 38.

la Convención realizadas por el Estado parte obligado y el resto de la normativa internacional y nacional de dicho Estado respetando el principio de *in dubio pro homine*¹⁸³."

A lo largo de este trabajo se ha dado cuenta de cómo el interés superior del menor se establece como un principio que ha dado pauta a la discrecionalidad del juzgador y que en algunos casos se torna abusiva. Diego *Freedman* afirma que se le ha tomado como "... una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico¹⁸⁴."

Esto sin embargo, no sucede cuando nos referimos a los derechos humanos en general o ¿debería decir "derechos humanos para los adultos"? En aquellos casos donde se ven en conflicto los derechos humanos de los adultos, el principio *pro persona* se hace valer y no a través de la discrecionalidad sino de una interpretación conjunta de los distintos dispositivos legales nacionales e internacionales, lo que se denomina interpretación conforme¹⁸⁵ - dejándose de aplicar

¹⁸³ FREEDMAN, Diego, "Funciones normativas del interés superior del niño", *Jura Gentium (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale)*, Italia, volumen II, 2005, pág. 114.

¹⁸⁴ *Ibid.* pág. 115.

¹⁸⁵ Para Ferrer Mac-Gregor esta interpretación conforme se define como: "la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano." *Estudios constitucionales*, México, 2011, pág. 358.

incluso aquellos que no se ajustan a la norma internacional - y el ejercicio de un Control de Convencionalidad¹⁸⁶.

Hay quienes incluso aseguran que, con la aplicación del interés superior del menor, muchas veces se vulnera la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños. *Freedman* por ejemplo sostiene que:

Un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones otorgado a la autoridad pública resulta acorde con el paradigma de la situación irregular caracterizado por una relación autoritaria entre el Estado y los niños. Indudablemente, este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la “protección integral”, el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños¹⁸⁷.

Siendo el principio pro persona el equivalente al interés superior del niño en materia de infancia, ambos deberían aplicarse en una interpretación evolutiva que permita potencializar todas sus bondades. Si el principio rector de los derechos humanos de los niños no evolucionó, debemos reflexionar si el interés superior está cumpliendo con su objetivo o constituye un obstáculo a la tutela efectiva de los derechos del niño y en caso de serlo deberíamos plantearnos otras opciones respecto a su vigencia o siendo menos drástico, respecto de como se aplicará en adelante.

¹⁸⁶ El control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar —de oficio— una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional. Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa-UNAM, México, 2013, pág. 7.

¹⁸⁷ FREEDMAN, Diego, *op. cit.* nota 183, pág. 115.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Una realidad que resulta difícil de ocultar en torno al principio del interés superior consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño es que aún no ha alcanzado su máxima expresión en los contextos nacionales. Y es que aquel principio que consideramos toral, el vértice de la propia Convención, su espíritu, se convirtió en el Caballo de Troya según lo expresa *Freedman*.

Debido a su amplio grado de indeterminación, el principio de interés superior puede ser todo o significar nada atendiendo a la casuística en la que se le pueda contextualizar; de ahí que algunos tratadistas le consideren “un cheque en blanco.” La determinación de su valor vía facultad discrecional ha sido conferida a las distintas autoridades Estatales sean legislativas, ejecutivas o judiciales, lo que le ha alejado de su concreción y lo ha rodeado de subjetividades.

La indeterminación conceptual del interés superior del niño y la facultad discrecional poco abonan a la certeza jurídica que debe caracterizar al derecho y debe predominar en los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales. Lamentablemente la gran mayoría de los países miembros de la Convención han optado por mantener esta indeterminación y ensalzar la omnipotencia de sus autoridades en lugar de potencializar los derechos de los niños.

Es posible afirmar que el problema para alcanzar la materialización del interés superior del niño no es del todo conceptual sino también de recepción en los contextos nacionales. Los Estados miembro en su gran mayoría han optado por incorporar el interés superior en sus normativas nacionales a través de la Cláusula General, en tanto que algunos otros aplican un listado de criterios preestablecidos con un mayor grado de efectividad.

Al problema conceptual y de recepción o técnica legislativa podemos agregar uno más y es el hecho de que los impactos del principio del interés superior del niño desde la perspectiva glocal

no son recogidos de nueva cuenta en el contexto global, impidiendo con ello que el concepto evolucione y con ello reduzca su grado de indeterminación.

En suma a lo anterior, consideramos que el interés superior del niño, como equivalente del principio pro persona, no ha logrado potencializar los derechos del niño debido a la ilimitada facultad discrecional del juzgador y a la falta de un adecuado ejercicio de ponderación que se limita a un proceso intelectual simple, hermenéutico y carente de contenido axiológico.

PRIMERA PROPUESTA

La primera propuesta consiste en incorporar principios y subprincipios al ya existente interés superior del niño, además de construir límites a la facultad discrecional del Estado.

Este sistema deberá ser mixto pues en la construcción de dichos criterios deberán ser tomados en cuenta como subprincipios del interés superior del niño, el *no order principle* donde las autoridades, especialmente las judiciales, no tomarán ninguna medida a menos que puedan demostrar que la adopción de la misma beneficiará más al niño que la ausencia de pronunciamiento. Se trata de desjudicializar aquellos casos que no ameritan la intervención Estatal, donde se conjugan el principio de mínima intervención y el criterio de oportunidad que ya operan en materia de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal.

El otro principio que puede resultar crucial es el denominado *no delay principle*, y se resume en que cualquier retraso en la toma de decisiones irá en perjuicio del interés del niño. Una vez que la autoridad ha considerado oportuna su intervención, deberá asegurarse que las medidas que se tomen sean prontas, aunque viene bien la expresión de Cardona Llorens: “Lo urgente no debe hacernos perder de vista lo importante.”

Entendidos y aplicados estos principios que se recogen de la *Children´s Act*, deberán sistematizarse para cada caso en especial los criterios que mejor convengan, criterios razonables que emanan de la praxis cotidiana en los contextos locales y que nos permiten encontrar una solución razonable y justa. En esencia, estos criterios deberán tutelar los bienes y valores de los niños y que a decir de Rivero son: su dignidad, su integridad física y moral, su derecho a una vida material y espiritual digna y el respeto de sus libertades.

Es necesario que estos criterios normativos atiendan a los sub-principios de *no order* y *no delay*. Es importante señalar que la facultad discrecional del juzgador, que no dejará de existir ni de aplicarse deberá tener limitantes y que bien podemos retomar de la propuesta de Linacero de la Fuente. El primero consistente en que la apreciación de los hechos se debe hacer siempre de manera racional lo que implica discurrir con el entendimiento, teniendo siempre presente de manera muy clara y objetiva, que los niños son personas y no “personitas” y que por ende merecen una racional y no sentida aplicación del derecho. El proceso de racionalización deberá estar permeado por una verdadera carga axiológica.

El segundo es el no permitir que con los actos que se realicen se causen perjuicios al bienestar espiritual y material del niño. Para ello es preciso que la autoridad entienda que lo material y espiritual se complementan, de tal manera que ninguno está por encima del otro; que lo material es ni más ni menos que los derechos que la Convención consagra a favor de los menores y lo espiritual está muy lejos de la doble moral del adulto.

El último de estos límites consiste en proteger los derechos del niño que se encuentran contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales, como es el caso de la Convención, y las legislaciones nacionales que versen sobre estos derechos. El juzgador o la autoridad están obligados a conocer tanto la norma internacional como la nacional para saber qué proteger, deberán observar también la

jurisprudencia, pues es en la praxis donde se globaliza el principio del interés superior del niño y genera directrices más claras y precisas.

Un concepto que no podemos obviar en esta propuesta es el de la capacidad o autonomía progresiva. No podemos seguir en esa dinámica que abona más a la subjetividad del juzgador; si el ideal de la Convención fue romper con el antiguo paradigma y posicionar al niño como verdadero sujeto de derecho, ¿Por qué seguimos poniendo trabas con conceptos adultocentristas que poco o nada tienen que ver con el niño? Ya Rousseau lo postulaba: “La infancia tiene sus propias maneras de ver, pensar y sentir, nada hay más insensato que pretender sustituirlas por las nuestras.”

SEGUNDA PROPUESTA

La segunda propuesta, parte de la idea de que los derechos de los niños son también derechos humanos, por ende, le son aplicables principios como: universalidad, interdependencia, progresividad, indivisibilidad y pro persona entre otros.

Los derechos humanos del niño que se encuentran consignados en la Convención y las leyes nacionales son producto de la concepción universal de dignidad, por lo que es pertinente suponer que los derechos humanos son reconocidos en favor de todas las personas, independientemente de su edad.

El principio de universalidad que opera en favor de los derechos humanos, considera la posibilidad de que éstos sean renovados o contextualizados en función de su progresividad, de tal suerte que si percibimos al interés superior del niño como un derecho subjetivo (tal y como lo sostiene la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño) este también es susceptible de renovarse tantas veces como sea necesario.

Esta propuesta se basa en la ya existente articulación de criterios orientadores derivados de la praxis cotidiana, aquella que se da en los ámbitos locales, y que a través de su sistematización debería abonar a una tutela efectiva de los derechos de los niños. De hecho, desde el 2017, México entró en la dinámica jurisprudencial de crear listas de comprobación para así poder dar concreción al interés superior de la niñez, sin embargo, el verdadero obstáculo en esta propuesta es que el principio del interés superior, equivalente al principio *pro persona*, se encuentra atado a una facultad discrecional poco objetiva.

Otro de los principios que en materia de derechos humanos es aplicable a esta segunda propuesta, es el principio *pro persona* o *pro homine*, y que según refiere Mónica Pinto su aplicación consiste en acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.

Función similar se le ha encomendado al interés superior del niño en su faceta de principio, ya que no nada más busca alcanzar la tutela efectiva de los derechos del niño sino además su desarrollo integral u holístico, y esto sólo se puede lograr con la interpretación más amplia de la norma o más restringida cuando con ella se pueda vulnerar al menor de edad.

Podemos entonces establecer por analogía que el principio del interés superior de la niñez es a los derechos del niño como el principio *pro persona* es a los derechos humanos de los adultos. El principio del interés superior del niño es un principio *pro persona* aplicable a los menores de edad; lamentablemente este miniprincipio no alcanza los estándares del aplicable a los adultos, además de estar constantemente influido por una carga subjetiva que no permite potencializar los derechos humanos de los niños.

Esta diferencia en la aplicación de ambos principios deviene insostenible en la actualidad, de tal manera que para concretar de forma efectiva el interés superior, ya sea como principio o como derecho,

deberá ser entendido en su más amplia concepción y en todo lo que beneficie al niño

Bajo esta propuesta, el interés superior deberá dejar de lado la función discrecional y cambiarla por la ponderación que exige un verdadero Control de Convencionalidad. O en el peor de los escenarios, en el más extremo de los casos y habida cuenta de que los derechos del niño son derechos humanos, considero que se debe prescindir del término polivalente, que no sólo polisémico, del interés superior del menor.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE, Silvina *et al.* (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Unicef.
- ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio. (2013). *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma del 2011 según dos perspectivas antagónicas Internacionalistas vs. "soberanistas"*. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México.
- ARISTÓTELES (2010). *Ética Nicomáquea*, Madrid: Gredos.
- CAETANO, Gerardo y SARLO, Óscar. (2013). *Técnica legislativa: Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, PNUD, Uruguay.
- CARAMELO, Gustavo *et al.* (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado Tomo II*, 2a ed., Buenos Aires: Infojus.
- CARBONELL, Miguel. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Porrúa-UNAM.
- CARDONA LLORENS, Jorge. (2012). "La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos" en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*. México: Porrúa.
- CARMONA LUQUE, María del Rosario. (2011). *La Convención sobre los Derechos el Niño: Instrumento de Progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Dykinson.

- CARPIZO, Enrique. (2014). *El control constitucional y el convencional: frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2004). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y BELOFF, Mary (Comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis.
- COMPTE NUNES, Guillem y GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. (2018). "El derecho al trabajo de los niños: un caso límite para el concepto de ciudadanía laboral" en PADRÓN INNAMORATO, Mauricio (Coords.), *Trabajo y Derechos en México: Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2017). San José: Textos Jurídicos EDIN.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2019). Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- DE LA FUENTE LINARES, Francisco Javier. (2015). "Génesis del VI Congreso mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia" en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*. Barcelona: Huygens.
- DE TORRES PEREA, José Manuel. (2009). *Interés del Menor y Derecho de Familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: luestel.
- DWORKIN, Ronald. (1989). *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- EEKELAAR, John. (1994). "The Role of Dynamic Self Determinism", en ALSTON, Philip, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

- ELSTER, Jon. (1999). *Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa.
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO Álvaro (Eds.). (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen tres, México: UNAM.
- GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz. (2004). *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- GOLDSTEIN, Joseph, et al. (1973). *Before the Best interest of the Child*. New York: Free Press.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. (2011). *El interés superior del menor en el marco de la adopción y del tráfico internacional. Contexto mexicano*. México: Porrúa-UNAM.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. (2012). *El derecho del menor*. México: UNAM.
- KEISLER-STARKEY, Katherine, et.al. (2020). *Cobertura de seguro médico en los Estados Unidos: 2019*, Oficina del Censo de EE. UU., Oficina de Publicaciones del Gobierno de EE. UU., Washington DC.
- KELSEN, Hans. (2005). *Teoría pura del derecho*, 14ª ed., trad. de Roberto Vernengo. México: Porrúa.
- LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. (2016). México: Berbera, pág. 7.
- LINACERO DE LA FUENTE, María. (2001). *Protección jurídica del menor. Comentario a la ley 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo.
- PAZ, José C. (2017). *Constitución de la Nación Argentina: con Tratados Internacionales de rango constitucional y el texto completo de la Reforma Constitucional de 1949*. Argentina: Edunpaz.
- PECES-BARBA, Gregorio. (1994). "La universalidad de los derechos humanos", en NIETO, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*. San José: Corte-IDH.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. (2015). *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*. Colección Infancia y Adolescencia. España: Universitat Politècnica de València.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. (2007). *El interés del menor*, 2ª ed. España: Dykinson.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.). (2018). *Comentarios a la Constitución Española Tomo I* Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, España.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, España, 2018.
- SAINZ MORENO, Tomás. (1994). "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", en: CORONA FERRERO, Jesús María, PAU VALL, Francesc. y TUDELA ARANDA, José. (Coords.), *La técnica legislativa a debate*, Madrid.
- SALOMÓN, Marcelo J. (2010). "La C.D.N. y el derecho reglamentario argentino: en búsqueda de la eficiente protección de la niñez" en LLOVERAS, Nora (Dir.), BONZANO, María de los Ángeles (Coord.), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- SEMEGA, Jessica *et.al.* (2020). *Ingresos y pobreza en los Estados Unidos: 2019*, Oficina del Censo de EE.UU, Oficina de Publicaciones del Gobierno de EE. UU., Washington DC.
- TAUIP, Gabriel Eugenio. (2010). "¿De qué hablamos cuando hablamos de "interés superior del niño?" en LLOVERAS, Nora (Dir.), BONZANO, María de los Ángeles (Coord.), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Córdoba: Alveroni Ediciones.

- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2ª ed., Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- URIZAR PÉREZ, Francisco Javier. (2019). *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Justicia Constitucional y Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Guatemala.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra. (2011). "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica" en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: UNAM.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. (2015). "Historia de los congresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia (2003-2014) a los veinticinco años de la Convención sobre los Derechos del Niño" en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, (Coords.) *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*. Barcelona: Huygens.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. (2009). "Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia" en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bosh, España.

ZUMAQUERO GIL, Laura. (2010). "El interés del menor en los Tribunales Españoles", en: GONZÁLEZ BOU, Emili y GONZÁLEZ VIADA, Natacha (Coords.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, AEDPIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

ACUÑA BUSTOS, Andrés Pablo. (2019). "Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena", *Opinión Jurídica*, Colombia, volumen 18, número 36, enero-junio 2019.

ALMEIDA-TORAL, Pablo Fernando. (2020). "La aplicación de los derechos humanos en el interés superior del niño", *Iustitia Socialis*, Venezuela, año V. volumen V, número 8, enero – junio 2020.

ARA PINILLA, Ignacio. (2004). "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos Indeterminados", *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, número. XXI, enero 2004.

BELLOSO MARTÍN, NURIA. (2017). "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? De la mediación familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, España, volumen X, 2017.

CANTWELL, Nigel. (2011). "La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant", *Journal du droit des jeunes*, Francia, número 303, 2011/3.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2011). "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano." *Estudios constitucionales*, México, 2011.

- FREEDMAN, Diego. (1973). "Funciones normativas del interés superior del niño", *Jura Gentium (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale)*, Italia, volumen II, 2005.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. (2020). "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, España, número 13, agosto, 2020.
- GARCÍA SALGADO, María José. (2003). "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean", *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, número 20, 2003.
- GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. (2013). "El interés superior del niño y el razonamiento jurídico", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, número 7, enero.diciembre 2013.
- GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. (2002). "La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", *Semana Jurídica*, Chile, 13 al 19 de mayo 2002.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. (2020). "La función del Interés Superior del Niño en el razonamiento práctico: un análisis a partir de su evolución en México", *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Argentina número 23, diciembre 2019-mayo 2020.
- LIÑAN GARCÍA, Ángeles. (2014). "La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia", *Anales de Derecho*, Murcia, España, número 32, 2014.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. (2013). "Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, número 47, 2013.

- ORTEGA GUERRERO, Irene. (2002). "El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, España, volumen 2, número 3, 2002.
- RAVETLLAT BALLESTÉ Isaac y PINOCHET O., Ruperto. (2015). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno", *Revista chilena de Derecho*, Chile, volumen 42, número 3, 2015.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. (2019). "El interés superior del niño y sus límites", *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Argentina, número 23, diciembre 2019 - mayo 2020.
- TORRES PEREA, José Manuel. (2006). "Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo LIX, fascículo II, abril-junio, 2006.
- VARELA CASTRO, Ignacio. (2016). "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, España, mayo 2016.
- VIDAL MARÍN, Tomás. (2013). "Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y tribunal constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, España, número 31, 2013.
- VILLALTA, Carla y LLOBET, Valeria. (2015). "Resignificando la protección. Los Sistemas de Protección de derechos de niños y niñas en Argentina", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Colombia, 13 (1), 2015.

INFORMÁTICAS

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, "El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana", en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/4.pdf>.

Child Protective Services en: <https://www.sciencedirect.com/topics/medicine-and-dentistry/child-protective-services>

Convención sobre los Derechos del Niño: Estados Unidos a la zaga... en: <https://www.humanium.org/es/usa-and-crc-2/>

Determining the Best Interests of the Child en: https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/best_interest.pdf

Federal Laws, en: <https://www.acf.hhs.gov/cb/laws-policies/federal-laws>

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, "El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad", Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf

Historia de la Oficina de la Infancia - Children's Bureau en: https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/Story_of_CB_Spanish.pdf

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2>

INEGI, "Estadísticas a propósito del día del niño (30 de abril)" Datos Nacionales, en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Nino.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Año 2019, en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

KUL CHANDRA, Gautam, "El caso excepcional de EEUU y los derechos de la infancia" en: <http://www.ipsnoticias.net/2015/10/el-caso-excepcional-de-eeuu-y-los-derechos-de-la-infancia/>

PINTO, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617891>

Tribunales de Familia, en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-de-familia>

NORMATIVAS

Código Civil de Chile.

Código Civil de España.

Código de la Familia de Panamá.

Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia.

Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica.

Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador.

Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay.

Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua.

Código de los Niños y Adolescentes de Perú.

Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia.

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Española de 1978.

Constitución Política de la República del Ecuador.
Constitución Nacional de la República del Paraguay.
Constitución Política de la República de Chile.
Constitución Política de la República de Costa Rica.
Constitución Política de la República de Guatemala.
Constitución Política de la República del Salvador.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación
contra la Mujer.
Children Act 1989, Reino Unido.
Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y
Adolescentes de Argentina.
Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala.
Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador.
Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México.
Ley de Adopciones de Chile.
Ley de Violencia Intrafamiliar de Chile.
Ley que crea los Tribunales de Familia de Chile.
Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de
Venezuela.
Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del
Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de
Enjuiciamiento Civil.

Observación General N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

United States Code, Volume Fifteen, Title 25. Indians, United States Government Printing Office, United States of America, 2006.

OTRAS FUENTES

Corte Suprema de Justicia de Chile. (2013). Sentencia causa rol 7150-2012, Herrera Porras con Gálvez Herrera.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/23/pdfs/BOE-A-2016-2904.pdf>

Tribunal Constitucional. Segunda Sala. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia N.º: 120/2016 de fecha 04 de marzo de 2016, en: <http://www.poderjudicial.es/search/>

Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015.

APÉNDICE

Mecanismos de recepción del Interés Superior del Menor en los contextos nacionales de Latinoamérica.					
País	Con rango Constituc.	Mediante Remisión expresa o bloque de constitucionalidad	Con rango Supra legal	Mediante Leyes internas exclusivamente	Legislaciones nacionales de derechos de niñas, niños y adolescentes
Argentina		Art. 75 Constitucional Art. 3 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes			Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes
Bolivia	Art. 6				Código del niño, niña y adolescente
Chile				Art. 222 Código Civil	
Colombia		Art. 6 Código de la infancia y la adolescencia			Código de la infancia y la adolescencia
Costa Rica			Art. 7 Constitucional		Código de la niñez y la adolescencia
Ecuador	Art. 48				Código de la niñez y la adolescencia
El Salvador			Art. 144 Constitucional		Ley de protección integral de la niñez y adolescencia
Guatemala		Art. 6 constitucional Art. 5 Ley de protección integral de la niñez y adolescencia			Ley de protección integral de la niñez y adolescencia
México	Art. 4, párrafo IX				Ley general de derechos de niñas, niños y adolescentes
Nicaragua				Considerando 2 y 4. Ley N° 287	Código de la niñez y la adolescencia

Panamá				Art. 2 Código de la familia	Código de la familia
Paraguay			Art. 137 Constitucional		Código de la niñez y la adolescencia
Perú				Art. 9 Código de los niños y los adolescentes	Código de los niños y los adolescentes
República Dominicana	Art. 56				Código para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes
Uruguay				Arts. 4 y 6 Código de la niñez y la adolescencia	Código de la niñez y la adolescencia
Venezuela	Art. 78				Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes