



Consejo Nacional de la Judicatura

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA

*Autor:
Farith Simon Campaña*

*Escuela de Capacitación Judicial
“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”
San Salvador, El Salvador*

Consejo Nacional de la Judicatura
Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”
Proyecto: Coordinación del Área de Familia, Resolución Alternativa de
Conflictos, Niñez y Adolescencia-ECJ
Lic. Ricardo Alberto Iraheta Martínez
Coordinador de Área Especializada

Edición y revisión:

Lic. Ricardo Alberto Iraheta Martínez
Coordinador de Área Especializada
Licda. Jennifer Serrano de Morales
Asistente Jurídica

323. 352

S594i Simón Campaña, Farith Ricardo

sv Interés superior del niño: técnicas de reducción de la
discrecionalidad abusiva / Farith Simón Campaña. -- 1ª ed. -- San
Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, 2015.
428 p. ; 22 cm.

ISBN 978-99961-902-6-1

Niñez y adolescencia, El Salvador - Principios Internacionales
sobre el interés superior - técnicas, criterios y aplicación jurisdiccional

BINA/ jmh

Las opiniones vertidas en la presente publicación, no necesariamente reflejan la posición y opiniones de las autoridades del CNJ; los puntos de vista del documento son responsabilidad de su autor.

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con el financiamiento Fondo de las Naciones Unidas para la infancia-UNICEF/El Salvador.

Impreso en El Salvador, Centro América, enero 2016

**Miembros del Pleno del
Consejo Nacional de la Judicatura
al 11 de enero de 2016**

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón
Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Lic. José Hugo Granadino Mejía –
Director en funciones

UNICEF- El Salvador

Nadine Perrault
Representante



Nuestra portada:

COLECCIÓN NACIONAL DE ARTES VISUALES

Artista: Valero Lecha Alquézar

Título: Familia de papel

Técnica: Óleo sobre tela.

Año: 1959

La Colección Nacional de Artes Visuales (CNAV) es el acervo nacional de artes visuales declarado patrimonio nacional, en régimen de propiedad estatal, conformada y administrada, por la Dirección Nacional de Artes de la Secretaría de Cultura de la Presidencia, para el beneficio público en el ejercicio del derecho a la cultura.

La CNAV es un bien cultural mueble que representa valores artísticos, históricos, arqueológicos, antropológicos, técnicos y científicos nacionales y universales, y está formada en la actualidad por 201 obras, cuya función comunicativa artística y cultural es su principal objetivo.

Aparece por primera vez declarada como Colección Nacional de Pintura en el Diario Oficial del 2003, al mismo tiempo que era declarada patrimonio nacional. En 2013 el Diario Oficial publica el cambio de nombre a Colección Nacional de Artes Visuales.

Nuestra portada colaboración de:

Sala Nacional de Exposiciones, Dirección Nacional de Artes, Teatro y Espacios Escénicos Secretaría de Cultura de la Presidencia de la República

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| Presentación..... | 1 |
| Abreviaturas más utilizadas | 3 |
| Introducción..... | 5 |
| Autores..... | 16 |
| Capítulo 1. El origen del interés superior. Rol del derecho internacional en la configuración del interés superior y la nueva condición jurídica de la infancia | 17 |
| 1. Algunos antecedentes históricos | 19 |
| 2. Evolución en el derecho internacional..... | 22 |
| 2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 | 24 |
| 2.1.1 El interés superior en la Convención sobre los Derechos del Niño | 27 |
| 2.2 El interés superior del niño en las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño | 31 |
| 2.3 El interés superior como límite al ejercicio de los derechos de la CDN | 33 |
| 3. El principio del interés superior en otros instrumentos internacionales universales..... | 34 |
| 3.1 Derecho internacional público | 35 |
| 3.2 Derecho internacional privado | 37 |
| 3.3 Instrumentos de alcance continental | 38 |
| 3.3.1 América | 38 |
| 3.3.2 Europa | 39 |
| 3.3.3 África..... | 40 |
| 4. Jurisprudencia de los tribunales regionales internacionales sobre el interés superior | 40 |
| 4.1 El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 41 |
| 4.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el interés superior del niño o interés del niño | 47 |
| 5. ¿Niño, niña y adolescente o menor? | 51 |
| 5.1 Bolivia | 55 |
| 5.2 Colombia..... | 58 |
| 5.3 Ecuador | 60 |
| 5.4 Perú..... | 61 |
| 5.5 El Salvador..... | 62 |
| 5.6 España | 63 |
| 6. ¿La CDN modificó la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes?..... | 66 |
| Capítulo 2. Técnicas de regulación del interés superior..... | 71 |

| | | |
|------|--|------------|
| 1. | Consideraciones generales..... | 73 |
| 2. | Las técnicas de regulación | 76 |
| 3. | Cláusula general | 76 |
| 3.1 | Cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados..... | 80 |
| 3.2 | Algunas propuestas para enfrentar a la indeterminación | 83 |
| 3.3 | Indeterminación, ¿la diferencia entre reglas y principios?..... | 87 |
| 3.4 | La concreción del interés del niño según criterios normativos preestablecidos..... | 93 |
| 3.5 | La lista de elementos propuestos por el CRC..... | 98 |
| 3.6 | Situaciones pre-establecidas normativamente como favorables al interés superior | 107 |
| 3.7 | La equiparación normativa del interés superior a sus derechos | 108 |
| | Capítulo 3. Propuestas doctrinales para establecer criterios de aplicación o determinación del interés superior | 109 |
| 1. | Propuestas doctrinales para la determinación del interés superior..... | 112 |
| 1.1 | Mínima intervención estatal y noción de continuidad: la propuesta de Goldstein, Freud y Solnit (1973)..... | 112 |
| 1.2 | No es posible una elección racional: la visión de JON ELSTER (1989)..... | 117 |
| 1.3 | 'Auto determinismo' dinámico: la propuesta de JOHN EKKEGAR (1994)..... | 118 |
| 1.4 | Dimensión vivencial, aspectos que deben valorarse: la propuesta de MARIANO ALONSO PÉREZ (1997) | 121 |
| 1.5 | Interés superior como la plena satisfacción de los derechos (un principio garantista): la propuesta de MIGUEL CILLERO (1998) | 122 |
| 1.6 | Una proyección de los derechos fundamentales: la propuesta de ENCARNA ROCA TRÍAS (1999)..... | 124 |
| 1.7 | Las zonas de certeza, criterios razonables (aunque relativos): la propuesta de FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (2000) | 124 |
| 1.8 | El interés superior como concepto hiperindividualista: GILLES LEBRETON (2003) | 127 |
| 1.9 | Definiendo el interés superior: las propuesta de SUSANA NAVAS (2003) y JEAN ZERMATTEN (2003)..... | 129 |
| 1.10 | Una determinación casuística: la propuesta de MARÍA LINACERO DE LA FUENTE (2006)..... | 132 |
| 1.11 | Un enfoque multidisciplinar tópico: la propuesta de José Manuel de Torres Perea (2009)..... | 132 |
| 1.12 | El método tópico, volviendo a THEODOR VIEWING (2006) | 134 |
| 2. | Revisión de las dimensiones jurídicas que asigna la doctrina al interés superior | 136 |
| 3. | Las "dimensiones" del interés superior en el Derecho civil | 137 |

| | |
|---|------------|
| 3.1 Criterio de prioridad | 137 |
| 3.2 Como garantía o criterio garantista | 139 |
| 3.3 Criterio informador..... | 140 |
| 3.4 Elemento de integración | 141 |
| 3.5 Elemento de interpretación..... | 142 |
| Capítulo 4. Interpretación, argumentación y fundamentación en la determinación del interés superior..... | 145 |
| 1. ¿El juez puede determinar racionalmente el interés del niño en un caso concreto?..... | 147 |
| 2. La obligación de motivar/justificar las decisiones | 152 |
| 2.1 Justificación de las decisiones judiciales..... | 155 |
| 2.1.1 Justificación interna (¿casos fáciles?) | 155 |
| 2.1.2 Justificación externa ¿casos difíciles? | 156 |
| 2.1.3 ¿Los casos en que se aplica el interés superior son difíciles? | 159 |
| 3. Ponderación..... | 163 |
| 3.1 Ponderación de los principios en sentido estricto | 163 |
| 3.1.1 Principio o test de proporcionalidad..... | 165 |
| 3.1.2 Ponderación en el caso de las directrices | 167 |
| 3.1.3 ¿El interés del niño concepto vago o polisémico? | 168 |
| 4. Interpretación jurídica | 171 |
| 4.1 Directivas interpretativas | 176 |
| 4.2 Cánones, criterios hermenéuticos o directivas de interpretación.... | 178 |
| 4.2.1 Literal o gramatical..... | 179 |
| 4.2.2 Sistemático..... | 180 |
| 4.2.3 Interpretación histórica..... | 181 |
| 4.2.4 Interpretación sociológica | 181 |
| 4.2.5 Espíritu y finalidad..... | 181 |
| 5. Interés superior del niño y el principio de proporcionalidad..... | 183 |
| 6. Interés superior y principio de proporcionalidad | 184 |
| 7. Objeciones a la racionalidad del principio de proporcionalidad ... | 185 |
| 8. La aplicación del principio de proporcionalidad en el interés del niño | 187 |
| Capítulo 5. El tratamiento normativo y jurisprudencial del interés superior en la Región Andina y España | 197 |
| 1. El interés superior en la primera reforma post CDN (1989 a 1998) .. | 199 |
| 2. El interés superior en la segunda reforma post CDN (1998 a 2006) . | 201 |
| 2.1 Bolivia..... | 201 |
| 2.2 Colombia | 212 |
| 2.3 Ecuador | 219 |
| 2.4 El Salvador | 226 |
| 2.5 Perú | 229 |
| 2.6 La regulación del interés superior en España | 234 |
| 2.7 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español | 242 |

| | |
|---|------------|
| 2.8 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español..... | 248 |
| 3. Técnicas mixtas: ¿la opción de la Región Andina? | 257 |
| A manera de conclusión | 265 |
| Bibliografía..... | 269 |
| ¿Cómo Publicar en esta revista? | 276 |

Presentación

El Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”; bajo el auspicio de UNICEF en El Salvador; unidos y firmes en nuestro compromiso de formación y divulgación académica, sobre los derechos en favor de la niñez y adolescencia salvadoreña hacemos la presentación de esta obra.

El CNJ ha promovido y ejecutado recientemente en sus proyectos, una serie de cursos y actividades encaminadas a fortalecer los conocimientos en los principios de Protección Integral; es por ello que, para complementar y sustentar los conocimientos que se amplifican en el aula, es importante contar con bibliografía que explique de manera profunda y pormenorizada elementos jurídicos de trascendencia, como lo son “El interés superior del Niño y Niña”.

Mucho se ha discutido en los últimos 20 años de jurisdicción familiar por ejemplo, sobre estos principios, pero la interpretación de la norma en ocasiones provoca, que su aplicación a las realidades que enfrenta el juzgador, y las partes procesales, se profile como discrecional. Esta publicación intenta entonces iluminar las buenas prácticas, a través de técnicas que impidan la discrecionalidad abusiva del Interés superior, no solo en la sede judicial sino en la administrativa; La comprensión actualizada de este primordial principio, conlleva entonces a la aplicación más apegada de la Convención de Derechos del Niño, y sus objetivos.

La obra que se presenta, tanto en formato impreso como en formato digital, permite una divulgación amplísima a la comunidad jurídica, Organismos no Gubernamentales y estudiantes interesados en la temática; con lo cual el CNJ, da un fiel cumplimiento a las observaciones de la Comisión de Derechos de Niño de Naciones Unidas, que nos insta a promover, divulgar y capacitar, a los operadores de justicia en temas como el presente, pasando por la necesaria teoría de los temas estudiados a un enfoque práctico, volviéndoles más competentes en sus habilidades de análisis y aplicación de las distinta normativa especializada; ahora con un alto grado de desarrollo en la LEPINA.

Actualmente aún existen tareas pendientes en la gama de temas que contienen los principios rectores de la legislación de protección de niñez adolescencia, pero con estos gratificantes socios con organismos

internacionales, aunados a la férrea voluntad institucional, nos acerca más a una meta gratificante, que seguramente se verá reflejada en un futuro muy próximo donde el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, se transmute en el desarrollo social tan anhelado en nuestra Patria.

Nuestro agradecimiento a UNICEF- El Salvador, por confiar esta obra al equipo Técnico de la Escuela de Capacitación Judicial (ECJ), mismo que hacemos extensivo al autor de la obra quién desinteresadamente y por el alto grado de humanismo que le caracteriza, nos comparte una vida de estudios y conocimientos comparados de América Latina, desde una perspectiva nacional, a través de esta obra, que seguramente sumará al acervo cultural y jurídico de nuestro Estado de Derecho.

Consejo Nacional de la Judicatura

Abreviaturas más utilizadas

| | |
|----------|---|
| Art. | Artículo |
| CAN | Comunidad Andina de Naciones |
| Cc | Código Civil español |
| CCC | Corte Constitucional de Colombia |
| CCo | Constitución Colombiana |
| CDN | Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio o Convención Europea de Derechos Humanos) |
| CEc | Constitución ecuatoriana |
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CIA | Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia |
| CorteIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CIDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| CNA | Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador |
| CNiA | Código de los Niños y Adolescentes del Perú |
| CNNA | Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia |
| CP | Constitución peruana |
| CPB | Constitución Política de Bolivia |
| CRC | Comité de los Derechos del Niño |
| DADH | Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre |
| DESC | Derechos económicos, sociales y culturales |
| DUDH | Declaración Universal de Derechos Humanos |
| FD | Fundamento de Derecho |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| Ibíd. | En el mismo lugar |
| ISN/ISM | Interés superior del niño o interés superior del menor |
| IM/IN | Interés del menor o del niño |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LEPINA | Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador |
| LOPNA | Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Niño y Adolescente de Venezuela |
| Ob. Cit. | Obra citada |
| OC | Opinión Consultiva |
| PIDESC | Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| STC | Sentencia Tribunal Constitucional Español |
| STCPB | Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo español |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TCPB | Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia |
| TCE | Tribunal Constitucional Español |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TSE | Tribunal Supremo Español |

Introducción

La importancia del interés superior del niño, o del menor¹, es indiscutible, ocupa un lugar central en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes². Las normas que regulan su estatus jurídico, protección y relaciones de familia lo tratan de manera permanente; es imposible estudiar estas materias sin examinarlo, tanta es su relevancia que se ha llegado a afirmar que es un “eje alrededor del cual deben girar todos los institutos [del derecho de familia]”³.

El acuerdo generalizado sobre su importancia contrasta con las discrepancias sobre su contenido, alcance y forma de aplicación. Buena parte de la literatura especializada considera que esto –en parte- se debe a su condición de concepto jurídico indeterminado y por tanto con una formulación “abierta” que es fuente de dificultades en la aplicación de este a casos concretos.

Varios autores consideran a la indeterminación como una ventaja, se estima que es de gran utilidad para brindar soluciones a la diversidad de casos que se presentan, atendiendo a la multiplicidad circunstancias y contextos⁴, muchas de ellas vinculados con las diferencias culturales

- 1 La discusión terminológica es particularmente relevante en América Latina. En concreto, todas las legislaciones han introducido el uso de “niño, niña y adolescente” para reemplazar al concepto “menor”, pese a que en muchos de estos países hay un tratamiento dual del concepto, de las edades y de las implicaciones de las mismas, ya que se mantiene el concepto menor en los códigos civiles, mientras que niño, niña y adolescente se usa en la normativa especializada, y en los últimos años se ha abierto un espacio en los textos constitucionales, un ejemplo son las constituciones ecuatorianas de 1998 y del 2008 las que usan esa categoría. La explicación generalizada de este rechazo a la palabra menor es la “denuncia” de su uso estigmatizante y segregador en las legislaciones pre-CDN, a las que se les identifica en la región como basadas en la llamada “doctrina de la protección” o modelo tutelar, tema sobre el que volveré más adelante.
- 2 En éste trabajo se utilizará de manera indistinta “menor de edad” y “niños, niñas y adolescentes” para referirse a las personas de menos de 18 años. Cuando se use algunos de estos conceptos en un sentido específico así se expresará. Vid. por todos García Méndez, E., *Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias*, publicado en *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Editorial Forum-Pacis, Bogotá, 1994
- 3 Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Editorial COLEX, Madrid, 2004, p. 87. En igual sentido Torres Perea sostiene que el interés superior del menor “se ha configurado como un auténtico eje del Derecho de familia...”. Torres Perea, J.M., *Interés del Menor y Derecho de Familia: una perspectiva multidisciplinar*, Luestel, Madrid, 2009, p. 17.
- 4 En este sentido Torres Perea se refiere a la posición de la doctrina alemana que “... no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor”, Torres Perea J. M., *Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán*, publicado en la *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, Abril-Junio 2006, Madrid, p. 684. El autor respalda esto afirmando que “... no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés del menor, o dotarle de un contenido rígido (precisamente porque se trata de una cláusula general), lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que afecte al menor), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten”, Torres Perea J. M., “Interés del menor y...”, *Ob. Cit.*, p. 26 ; Lázaro González, I. (coordinadora), *Los menores en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 107; Roca Trias se pronuncia por la ventajas de un sistema así, sin dejar de advertir que la interpretación correcta del interés superior «está centrada en el respeto de sus derechos fundamentales», en sus palabras «Otros sistemas provocan o pueden provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor, es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que

del papel y necesidades de la infancia en general y de cada niño, niña o adolescente en concreto.

Otros autores sostienen que la indeterminación es resultado de que el interés del niño es un principio del moderno Derecho de familia, por tanto no está formulado como una regla⁵ con una estructura típica con un(os) supuesto(s) y una consecuencia(s) normativa(s)⁶.

DANIEL O'DONNELL, en uno de los primeros análisis disponibles en español sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, expresó de la siguiente forma las inquietudes que despertó la inclusión del interés superior en el instrumento internacional:

Algunos recelan que este principio debilite la fuerza de la Convención en cuanto a la afirmación del niño como sujeto de derecho, pues el goce y ejercicio de todos los derechos enumerados en ella estaría condicionado a eventuales conflictos con los intereses del propio niño. Otros se preguntan si este principio no permitiría condicionar el contenido de los derechos reconocidos en la Convención, no tanto con base en supuestos conflictos en el bienestar del niño en casos concretos sino para la niñez en general, con base en valores "superiores" de una sociedad o cultura⁷.

se redacte la norma. La rigidez de la normativa sobre principios frente, frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil, me incline por un sistema abierto como el español, aun y conociendo que ello deja abierta la puerta al arbitrio judicial, ya que el Juez debe apreciar en cada momento si se producen o no situaciones especiales que obliguen una protección concreta del interés del menor", Roca Trias, E., Familia y cambio social (De la «casa» a la persona), Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 217 y ss. La catedrática Alegria Borràs también se pronuncia en éste sentido, al referirse a la incorporación del interés superior del niño como elemento que «articula» la protección del menor a nivel internacional « En un mundo cada vez más internacionalizado, ya no es suficiente que las normas materiales internas regulen de forma minuciosa una determinada institución protectora del menor, acompañada de alguna norma, más o menos detallada, de Derecho Internacional privado. La diferente nacionalidad o residencia del menor respecto a sus padres por naturaleza, la adopción de niños procedentes del extranjero, la protección por instituciones públicas de los menores que se hallan en el territorio, la sustracción internacional de menores por sus progenitores, etc., son ejemplos claros de supuestos en los que la internacionalidad de la situación debe recibir una respuesta del Derecho internacional privado, autónomo o convencional, ya que la normativa material resulta inoperante si no va acompañada de este tipo de regulación». «El "interés del Menor" como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado», publicado en Revista Jurídica de Cataluña, Año XCIII, Núm. 4, Barcelona, 1999, p. 56.

5 En los últimos años es abundante la producción jurídica sobre éste tema, algunos de los trabajos más reconocidos son, en el mundo anglosajón, la obra de Dworkin, Los derechos en serio, Ariel Derecho, Barcelona, 1999; en España se destacan los trabajos de Atienza y Manero, Las piezas del Derecho, Ariel, Barcelona, 1996; en Alemania Alexy con sus obras Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición (Traducción de Carlos Bernal Pulido), Madrid, 2007; y Teoría de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 2007.

6 Raigosa, L., Órganos legislativos y órganos judiciales. Algunos elementos para el análisis de técnica legislativa, publicado en Elementos de técnica legislativa, (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Ediciones de la UNAM, México D.F., 2000, p. 203.

7 O'Donnell, D., La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido, en Infancia, Boletín del IIN, No. 230, t. 63, julio, Montevideo, 1990, p. 17.

El reconocimiento de su importancia, así como la preocupación por su posible uso abusivo, ha dado origen a diferentes formas de regulación en el nivel local en un intento de evitar que el mismo sea aplicado de una forma discrecional abusiva. En este trabajo parto de una distinción entre arbitrariedad, discrecionalidad y discrecionalidad abusiva. La primera específicamente proscrita, la segunda una práctica aceptada en cuanto al margen para decidir que tienen los jueces, y la tercera (materia de preocupación en este trabajo) sería la imposición de preferencias, creencias o valores de los jueces en los asuntos que conocen y deben resolver, aprovechando ese margen de discrecionalidad que le otorga un concepto jurídico indeterminado, en este caso el interés superior del niño.

La discrecionalidad es “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁸. Se entiende que los jueces, en general las autoridades responsables de resolver un caso, tienen un margen de apreciación al interpretar el alcance de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del niño.

Siguiendo a SOLETO MUÑOZ, considero a la discrecionalidad legal implica dotarle normativamente a una autoridad, que tiene que tomar una decisión, la posibilidad de elegir entre más de una opción. La autora sostiene que:

Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar retrasos y maniobras entre las partes...⁹.

En la jurisprudencia y en la doctrina existe consenso sobre la distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. Lo discrecional es aquello que “se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso”; lo arbitrario “...no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida «sit pro rationes voluntas» o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter de realmente indefinible su inautenticidad...”¹⁰.

8 Moreno-Torres Sánchez, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 41.

9 Soleto Muñoz, H., *El interés público en los procesos de familia*, publicado en *Revista de Derecho de Familia*, No. 18 de enero del 2003, pp. 47 y ss.

10 STS 1984/4673 de 13 de julio, FJ 13.

Ejemplos de la necesidad de discrecionalidad en materia de niñez y adolescencia son múltiples. A propósito de la privación de la patria potestad, el TSE ha dejado en claro:

...la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exige conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación, la cual tiene difícil acceso a la casación; pero que, pese a ello, se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento¹¹.

Una preocupación recurrente, como se tratará más adelante, en grandes sectores de la doctrina latinoamericana y anglosajona (en España también existen algunas voces en el mismo sentido) de que el interés del niño permita a los jueces (en general a las autoridades encargadas de su valoración) imponer su opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento, sin llegar a la arbitrariedad (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado. A eso, la imposición de preferencias y restricciones a los derechos en nombre del interés del niño sin llegar a la arbitrariedad¹², es lo que en el marco del presente trabajo se ha denominado discrecionalidad abusiva.

Existen varias técnicas que podrían usarse para reducir la discrecionalidad abusiva, algunas ligadas a la actividad legislativa y/o técnica de regulación del principio, cláusula abierta; definiéndole o asociándolo al cumplimiento de ciertos fines como su bienestar, desarrollo integral o sus derechos; estableciendo criterios normativos para su determinación o –en menor medida- predeterminando normativa las situaciones consideradas más favorables al interés del niño.

Muchas de las posibles soluciones se dirigen a la forma en que se aplica el principio a casos concretos por parte las autoridades competentes, estas privilegian establecer exigencias específicas de argumentación – justificación- jurídica la que tomaría una forma similar a la estructura del razonamiento judicial que se despliega cuando se efectúa el llamado test de proporcionalidad (aplicación del principio de proporcionalidad), al considerar que este es un proceso adjudicativo de derechos.

11 STS 1495/1998 de 5 de marzo, FJ 1; STS 653/2004 de 12 de julio, FJ 1.

12 Linacero de la Fuente, Linacero de la Fuente, M., Protección Jurídica del Menor, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 61; Moreno-Torres Sánchez, J., "La Seguridad Jurídica en el...". Ob. Cit., p. 88.

Finalmente los esfuerzos hechos desde la doctrina jurídica para encontrar la mejor técnica (grupo de casos, tesis de la “única respuesta correcta”, técnica de adecuación a los fines impuestos, etc.).

Este trabajo partió de la hipótesis de que era suficiente establecer criterios previos para valorar que se entiende por ISN para encarar los riesgos derivados de la indeterminación en la aplicación del principios casos concretos, esos criterios podían provenir del trabajo del legislador o de los jueces; sin embargo al confrontar esto con la experiencia de países que aplican esta técnica se hizo evidente que esto no era suficiente para disminuir los riesgos asociados a la discrecionalidad abusiva, que –además- eran necesarias las reglas de interpretación y las exigencias de motivación, como medios idóneos para disminuir los riesgos de la indeterminación del ISN.

Debe relativizarse el papel de la técnica legislativa usada para regular el interés superior del niño, en el objetivo de disminuir los riesgos de la discrecionalidad abusiva y otorgarse una mayor importancia a la forma en que se justifican las decisiones, por tanto se debe examinar cómo se encara la argumentación cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados, y el cómo se justifican las decisiones.

La investigación se concentró en el estudio de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de Bolivia, Colombia, Ecuador, España y Perú, en menor medida con referencia a la legislación salvadoreña, esto sin perder de vista otros aportes nacionales relevantes como la venezolana, inglesa, alemana o norteamericana.

De la investigación surgió, como otro medio posible para evitar el uso abusivo del ISN principio, las exigencias de una interpretación finalista dirigida a la garantía de los derechos del niño, lo requiere de una adecuada regulación del interés del niño y claras exigencias de motivación/fundamentación.

La indeterminación del interés del niño hace difícil (en realidad imposible) eliminar márgenes discrecionales en las decisiones asociadas a su aplicación (algo considerado positivo por muchos autores), por ello no se pueden formular respuesta únicas en los casos considerados complejos y se requiere diferenciar cada una de las dimensiones en las que se aplica el interés del niño; y establecer una clara prohibición de interpretaciones “negativas” del ISN.

La regulación del IS como cláusula abierta o mediante criterios de aplicación impone deberes específicos de justificación a las autoridades, en el primer

caso esos criterios han sido configurados por la jurisprudencia (como es el caso de España); en el segundo caso (como es el caso de Inglaterra, Venezuela o Ecuador) se imponen los criterios por vía normativa.

La aplicación del interés del niño a casos concretos es una dimensión indispensable de estudio en el derecho civil¹³, que requiere determinar los intereses – derechos – en juego; la imposibilidad de satisfacción simultánea de esos derechos; y la demostración – de parte de quien decide – de que su decisión contribuye a la satisfacción del interés del niño, entendida como el respeto y garantía de derechos. Como anticipé, creo que el interés del niño actúa de la misma forma que el principio de proporcionalidad, es decir obliga a que se examine lo fácticamente posible en un caso (mediante la demostración de que la decisión es adecuada y necesaria para proteger los mejores intereses del niño, niña y adolescente); y, es un mandato – concreto- al juez para “optimice” su decisión a lo que se justifique como más apto para asegurar interés del niño, lo que debe ser entendido como la única opción jurídica posible (proporcionalidad en sentido estricto).

Se podría pensar que esto nos lleva de vuelta a la idea de la única respuesta correcta, sin embargo este no es el sentido de la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que reduciéndose las opciones al realizar este análisis no lleva a la única respuesta correcta.

Tras el estudio realizado no puedo dejar de expresar un alto grado de escepticismo respecto de la posibilidad de controlar de forma efectiva que las decisiones de los jueces sean una forma de expresar sus preferencias personales, su subjetivismo, por sobre las normas y las finalidades del sistema jurídico; esto podría entenderse como resultado de la aplicación de cláusulas generales como el interés superior, en las que se pueden ocultar sin ningún problema concepciones muy particulares sobre la infancia, la familia, la sociedad.

En España, en un trabajo reciente¹⁴, la catedrática SUSANA NAVAS NAVARRO considera que existe un «visión adulto-paternalista del “interés del menor”» que hay una:

13 El interés superior del niño puede ser estudiado desde la perspectiva de las políticas públicas, de la asignación de recursos, un ámbito en el que actúa como criterio de prioridad en abstracto. Sobre este tema: Himes, r. J. (edit.), *Implementing the Convention on the rights of the child: resource mobilization in low-income countries*, UNICEF-Martinus NIJHOFF, London, 1995; Instituto Interamericano del niño, niña y adolescente-OEA, *Políticas Públicas y Derechos Humanos del Niño*, Montevideo, 2007.

14 Navas Navarro, S., *Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia*, publicado en libro “Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 618 y ss.

...perspectiva que adopta tanto el legislador como la mayor parte de la doctrina española, que ha analizado cuestiones relacionados con los menores, es la perspectiva del adulto (padre, tutor, abuelo, allegados, juez, autoridad administrativa, cónyuge o pareja del progenitor...), no la perspectiva del menor.

Esto lo asocia con la idea de que la “protección” que preside al «Derecho de menores» español, que se resalta esta idea, y muy poco la noción del ejercicio de derechos fundamentales por parte del mismo menor de edad. De acuerdo a este punto de vista el interés del niño es una cláusula que trata de “disimular esta realidad” paternalista.

Me parece que la crítica va en la línea de los autores latinoamericanos, que han denunciado de manera permanente esta suerte de “Caballo de Troya” que se introdujo en la CDN, destinado a debilitar el reconocimiento del menor de edad como un sujeto pleno de derechos, que se encuentra en proceso de desarrollo y que por tanto puede ejercer, de manera progresiva, los derechos que se le han reconocido.

La aplicación discrecional abusiva sustenta decisiones que afectan los derechos de los propios niños, niñas y adolescentes, y de terceros. En América Latina es paradigmático el caso Atala Riffo, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012¹⁵, en el que se resolvió las vulneraciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por una decisión, de la prestigiosa Corte Suprema de Chile¹⁶, claramente discriminatoria, aduciendo el interés superior de las niñas involucradas, así como de su madre, aplicando correctamente –desde la perspectiva formal- los argumentos asociados al mismo, negando el valor de informes técnicos por afirmar, también de manera correcta, que las decisiones son de “responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los

15 En este caso la Corte Suprema de Chile concedió la tenencia (custodia) de las tres hijas de la señora Atala Riffo al padre por considerar que la orientación sexual de la señora Atala ha ocasionado daño a sus hijas, al expresar su opción sexual dio prevalencia a sus intereses personales por sobre los de sus hijas. El análisis de este fallo se encuentra a partir de la página 96.

16 Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala, Caso tuición menores López Atala, de 31 de mayo del 2004. Existen dos votos en contra del fallo que lo rechazan por considerar a la “maternidad un hecho natural”, no encontrando inhabilidad alguna en que la madre tenga una “inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque ésta...manifesto una opción homosexual” sin que esa calificación pueda estar regida “por el mero capricho o arbitrio del juez”.

Se puede encontrar varios análisis favorables al fallo, todos haciendo referencia al interés superior del niño, en particular Scala, J., Justo fallo, poco fundamentado, publicado en Revista Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, No. 15, 2005, Santiago de Chile, pp. 247 y ss.

medios de prueba”, por su valor testimonial cito las partes pertinentes del fallo, que pueden explicar mi escepticismo:

[...]

...Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

[...]

...Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

[...]

...Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios

intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas;

[...]

...Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia...¹⁷

Muchos trabajos se han desarrollado, y siguen desarrollándose sobre el tema de este trabajo, sin embargo es sintomático que en la cultura jurídica anglosajona en la que surgió inicialmente el interés superior se hayan multiplicado las críticas por la inseguridad que provoca su aplicación:

Why are we so attached to the “best” language? It is not entirely clear, but I would point to the rhetorical power of the word “best.” Doing what is “best” for children is an easy rallying point, and it sounds like something everyone would— indeed should— want to agree to. As is often the case, though, the devil is in the details. Even just light scratches to the surface of this standard reveal major inconsistencies, confusion, and ultimately, fatal weaknesses. Why would we want to stick with a theory (even just by name), so fraught with inconsistency and emptiness of meaning?¹⁸

Esta obra se encuentra organizada en cinco capítulos.

En el primero analizo -de forma general- el impacto que ha tenido la normativa internacional en la configuración del interés superior en el nivel local, presto especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas por ser el instrumento jurídico que dio paso a una virtual universalización de ese principio.

¹⁷ *Ibíd.*, considerandos 9, 10, 11, 15, 16, 19.

¹⁸ Salter, E., K., Deciding for a child: a comprehensive analysis of the best interest standard, publicado en *Theor Med Bioeth*, consultado en línea en Springer, el 17 de abril del 2012, p. 196.” “¿Por qué estamos tan apegados al lenguaje de lo “mejor”? No está del todo claro, pero me gustaría señalar el poder retórico de la palabra ‘mejor’. Hacer lo que es ‘mejor’ para los niños es un punto de encuentro fácil, y suena como algo que cada uno haría, de hecho debe y quiere- estar de acuerdo. Como sucede a menudo, el diablo está en los detalles. Incluso unos arañazos superficiales en la superficie de este estándar revelan inconsistencias importantes, confusión, y en última instancia debilidades fatales. ¿Por qué deseáramos seguir con una teoría (aunque sólo sea por su nombre), tan llena de inconsistencias y vacía de significado?” (traducción del autor).

Reviso, brevemente, la forma en que el interés superior aparece tratado en otros instrumentos internacionales, tanto de derecho público y privado, diferenciando los de carácter universal y los regionales. Repaso la forma en que los tribunales regionales de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han aplicado e interpretado el interés del niño.

Para terminar este primer capítulo indago el impacto de la CDN en la consideración jurídica de la infancia; los conceptos menor de edad y niños, niñas y adolescentes. Realizo una breve revisión de la evolución de la consideración jurídica de la infancia, fundamental para entender las propuestas de interpretación y aplicación del principio.

Por ser conceptos de importancia para todo el trabajo, en este primer capítulo presento en qué sentido utilizo la noción de técnica legislativa y de discrecionalidad abusiva.

En el segundo capítulo estudio las principales técnicas de regulación del interés superior: cláusula general, la concreción del interés del niño mediante criterios previamente establecidos, situaciones preestablecidas normativamente como favorables de dicho interés, y la equiparación del mejor interés del niño con sus derechos o su desarrollo integral. Reviso la posible distinción entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados; y, la diferencia entre reglas y principios. Esto debido a que muchos autores consideran que la indeterminación es el resultado de que el interés superior es un principio del moderno derecho de familia.

En el tercer capítulo me concentro en examinar el papel que juega la argumentación, la interpretación y la fundamentación de las decisiones judiciales en la búsqueda de racionalidad en la aplicación del principio. A propósito de esto estudio las exigencias de justificación de las decisiones judiciales, indagando la posibilidad de que los casos en que se aplica el interés del niño sean tratados como casos difíciles.

El capítulo se cierra con una revisión de llamado principio o test de proporcionalidad debido a que la aplicación del interés superior se hace en forma parecida a ese principio, asumiendo para ello las críticas que señalan que tampoco este garantizaría la racionalidad de las decisiones, en particular porque no puede evitarse un ejercicio valorativo en el que cada interprete puede imponer sus preferencias.

Pese a las observaciones que pueden formularse al test de proporcionalidad, parece ser un procedimiento estándar para la determinación del interés, siempre y cuando se los asocie a la motivación de las decisiones y la satisfacción específica de ciertos criterios y fines.

En el capítulo cuarto analizo las opiniones doctrinales de apreciación del interés superior, estas son de gran relevancia para entender los esfuerzos que se han hecho desde la ciencia del derecho para acotar la aplicación del principio y disminuir los riesgos de arbitrariedad y discrecionalidad abusiva del mismo. Al lector no dejará de llamar la atención como todos estos temas son recurrentes, y muchas de las propuestas siguen siendo de gran actualidad. La selección de los autores la hice en función de la influencia que han tenido en la configuración de las soluciones a nivel local, en el caso de España incluí las aportaciones más recientes.

Un aparte relevante este capítulo es el estudio de las dimensiones normativas que asume el interés superior. En el trabajo identifiqué cinco formas distintas de uso o aplicación del mismo en el derecho civil: criterio de prioridad, como garantía (dimensión garantista), como elemento informador, como principio de integración y, elemento de interpretación.

En el capítulo quinto se estudia la forma en que se regula el principio en los países de la Región Andina (incluyo en el análisis la reforma de la legislación boliviana del año 2014) y España. Se presentan de forma breve otras legislaciones latinoamericanas para establecer la evolución de las técnicas normativas.

El capítulo termina con una revisión de la jurisprudencia más relevante sobre la materia en los países estudiados, dando especial importancia a la jurisprudencia española de sus altos tribunales; y, un examen de la regulación del tema en la Región Andina en donde se aprecia una tendencia a un tratamiento mixto del principio (cláusula abierta y criterios normativos para su concreción).

Debo advertir, que a excepción de la jurisprudencia colombiana –y en mucha menor medida la peruana- la contribución de los tribunales ecuatorianos y bolivianos para la configuración y análisis del principio es –prácticamente- inexistente, por ello he puesto énfasis en la jurisprudencia de los países mencionados y en la española.

No quiero dejar de expresar mi más sincera gratitud y aprecio a la Dra. Esther Torrelles Torea, profesora de la Universidad de Salamanca, por sus consejos, comentarios y observaciones a esta obra, esenciales para su elaboración.

Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva

(A propósito de los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad
en su aplicación)

Autor:
Farith Simon Campaña¹⁹
Dedicado a Pepita, Gabi y Cecilia

¹⁹ Farith Simon es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Doctor en Jurisprudencia, abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; realizó estudios de maestría en derechos de la niñez y adolescencia en la Universidad Internacional de Andalucía. En la actualidad es profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

CAPÍTULO 1

El origen del interés superior. Rol del derecho internacional en la configuración del interés superior y la nueva condición jurídica de la infancia

CAPÍTULO 1

El origen del interés superior. Rol del derecho internacional en la configuración del interés superior y la nueva condición jurídica de la infancia

1. Algunos antecedentes históricos

El interés superior del niño ocupa un lugar central en la legislación, jurisprudencia y la doctrina referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas que regulan el estatus jurídico, protección y relaciones de familia de la niñez y adolescencia se refieren al interés superior de forma permanente, por ello no existe posibilidad de evadir su estudio. Se lo considera un “eje alrededor del cual deben girar todos los institutos...”²⁰ de protección de los menores de edad.

No existe duda de su importancia, sí sobre su contenido, alcance y aplicación. Buena parte de la literatura especializada considera que esto se debe –en parte- a su condición de concepto jurídico indeterminado y por tanto su formulación “abierta” origina dificultades de aplicación a los casos concretos.

DANIEL O'DONNELL, autor de los primeros análisis a profundidad de la CDN, expresa la preocupación por el posible impacto negativo del interés del niño en ese tratado, ya que podría debilitar su fuerza como instrumento dirigido al respeto y a la garantía de los derechos de la infancia al “condicionar el contenido de los derechos reconocidos [...] con base en valores ‘superiores’ de una sociedad o cultura”²¹.

Incluso se ha dicho que el interés superior del niño es un “Caballo de Troya”²² que se introdujo en la CDN, para debilitar el reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos humanos.

Pese a estas críticas, que repasaremos a lo largo de este trabajo, no hay duda de su trascendencia normativa y práctica, se lo puede encontrar en

20 Durán Ayago, A., “La protección internacional...”, Ob. Cit., p. 87. Torres Perea, J.M., “Interés del Menor y Derecho de Familia...”, Ob. Cit., p. 17.

21 O'Donnell, D., “La Convención sobre...”, Ob. Cit., p. 17.

22 Freedman, D., Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el “Caballo de Troya” de la Convención, revisado en www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/LOS20%RIESGOS%20DEL%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20NINO.%20Diego%Freedman.pdf. Consultado el día 3 de agosto de 2010.

casi todas las legislaciones contemporáneas, así como en los instrumentos internacionales recientes, su centralidad se pone en evidencia por la permanente aplicación jurisdiccional y administrativa que ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia.

BALA sostiene que la única forma de apreciar la importancia del principio del interés superior -con un enfoque en el bienestar de los niños- es asumiendo que este representa la culminación de dos milenios de historia del Derecho²³, una historia que puede rastrearse desde Roma, cuando la patria potestad daba un poder tal al padre que éste podía disponer de la vida y futuro de sus hijos, incluso podía decidir si les aceptaba o no como tales²⁴, hasta la CDN en 1989, que introduce un nuevo status jurídico de la infancia y adolescencia²⁵.

A nivel local se puede encontrar menciones desde mediados del Siglo XX, en algunas decisiones judiciales y legislaciones locales²⁶, sin embargo algunos estudios sitúan el origen del estándar del interés superior del niño en las normas de la legislación británica que regulaban los derechos de los padres no casados, y buscaban proteger a sus hijos de las consecuencias sociales y jurídicas derivadas de esa situación. En los EEUU se encuentra, en el año 1815, un fallo de la Corte Suprema de Pensilvania (Commonwealth c. Asdics) en el que se decidió que dos niños quedarían bajo el cuidado de su madre porque con ella podían desarrollarse de mejor manera. Es decir,

23 Bala, N., *The Best Interests of the Child in The Post-Modern Era: A central but Padoxical Concept*, revised version of paper presented at Law Society of Upper Canada Special Lectures 200: Family Law, Colloquium on "Best Interest of the Child", Toronto, december 13, 1999. Consultado en internet <http://law.queensu.ca/faculty/bala/papers/paradox2000.htm>, el 6 de mayo del 2009, p. 9.

24 Petit, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Universidad, Reimpresión, Buenos Aires, 1999, p. 118.

25 Para reconstrucción de la "invocación" a los derechos del niño se puede revisar el trabajo de Hierro Sánchez-Pescador, L., *El niño y los derechos humanos*, publicado en el libro *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera, I., (ed.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17 - 36. Este trabajo también se encuentra publicado en *Derechos de los Niños: Una contribución teórica*, Fanlo, I. (compiladora), Fontmara, México, D.F., 2004, pp. 177-198.

Para una reconstrucción de la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el derecho internacional se puede revisar, entre otros trabajos: Camps Mirabet, N., *El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno*, publicado en *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y adolescencia*, Padial Albás, A.M. y Toldrá Roca, M.D. (coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 17 a 40; Simon, F., *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Tomo I, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2008, pp. 39 a 47; Pilotti F., *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, CEPAL, Serie Políticas Públicas, Chile. 2001. Para una revisión de la evolución histórica de algunas legislaciones latinoamericanas se puede revisar la obra colectiva *Del revés al derecho, la condición jurídica de la infancia en América Latina: bases para una reforma legislativa*, García Méndez, E. y Carranza, E., Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992. Para revisar la evolución histórica del interés superior se puede revisar la obra colectiva *The Best Interests of the Child*, Alston, P. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1994; el trabajo ya citado de Bala, N., "The Best Interests of the Child in The Post-Modern Era: A central but Padoxical Concept".

26 Un apretado resumen se puede encontrar en Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, UNICEF, Buenos Aires, 1997, pp. 12 y ss. Publicado originalmente bajo el título de *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, UNICEF, Florencia, 1996.

se consideró su interés por sobre el del padre, interés de este último que en general era protegido por las autoridades²⁷.

Se considera que la aparición de la categoría interés del niño o mejores intereses del niño es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazó a la idea predominante, antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol dominante en la familia²⁸ en el que –obviamente– los deseos e intereses de los niños no contaban²⁹.

A inicios del Siglo XX surgió la regla de la “preferencia materna”³⁰ por la que se considera que el interés del niño va a estar mejor protegido, en su primera infancia, si es la madre la que se encarga de su cuidado. A partir de este momento la tendencia cambia, los jueces toman decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean a la vida de los niños, esto da origen a la consideración de los interés del niño frente a los intereses de sus progenitores.

Se reconoce que el principio del interés del niño surge en el derecho anglo-americano³¹, vinculado a decisiones –judiciales o cuasi judiciales– sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela en los que el menor de edad está involucrado³², y se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, por lo que este instrumento es una referencia esencial para estudiar el interés superior³³.

27 McGinnis, S., *You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail To Protect) the Best Interests of Children*, publicado en *Journal of Gender, Social Policy and Law*, Nolumen 16, Numero 2, 2007, p. 321.

28 Breen, C., “The standard of the best interests...” Ob. Cit., p. 43.

29 Simon, F., “Derechos de la Niñez...”, Ob. Cit, pp. 22 y ss.

30 Breen, C., “The standard of the best interests...” Ob. Cit., p. 44.

31 Para una revisión de la evolución histórica del interés del menor se puede revisar, entre otros, los siguientes trabajos –ya citados en este trabajo–: Alston, P. (ed.), “The Best Interests of the Child...”; McGinnis, S., “You Are Not the Father...”; Breen, C., “The standard of the best interests...”. En el contexto español Rivero Hernández, F., *El interés del...*. En el contexto francés Lebreton, G., *Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur"*. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, publicado en *CDRF*, No, 2, 2003. En el contexto canadiense Bala, N., “The Best Interests...”

32 Breen, C., *The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002, p. 44.

33 La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que existe un corpus juris sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes y que forma parte de éste la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por todos los estados miembros latinoamericanos (en realidad por todos los estados americanos excepto Estados Unidos). Este comprensivo “...corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párrafo 115). En lo que se

Antes de 1989 existen pocas referencias del interés superior del niño en la normativa internacional.

2. Evolución en el derecho internacional

Es en el año 1959 que se puede encontrar en un instrumento internacional no vinculante, la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la noción de interés superior.

En el Principio II de la Declaración se encuentra la formulación de carácter más general:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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 promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.”. (Resaltado no consta en el original)

En el tercer párrafo del Séptimo principio, que trata el derecho a la educación, se establece que «El interés superior debe ser el principio rector de quiénes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a su padres.».

La Declaración de los Derechos del Niño restringe el principio a dos ámbitos: a) la formulación de leyes para asegurar la protección especial necesaria para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad y, b) en relación a la educación.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 1979³⁴, reconoce el principio en el literal d, numeral 1, del artículo 16, en los siguientes términos.

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos;

refiere al tema materia del presente trabajo la OC-17 (ya citada) en su párrafos 37 y 53; en los casos: de los “Niños de la Calle” (ya citado) en su párrafo 194; Instituto de Reeducación del Menor, en la Sentencia de 2 de septiembre de 2004, publicada en la Serie C, No. 12, párrafo 148; Hermanos Gómez Paquiyauri, en la Sentencia de 8 de junio del 2004, párrafo 156 se reconoce esto “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

34 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 24/180, de 19 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial (resaltado es nuestro).

Otro antecedente data del año 1986, la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional³⁵, contiene en su artículo 5 dicho principio formulado de la siguiente forma:

En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental (resaltado no consta en el original).

La doctrina especializada está de acuerdo que el principio cobró verdadera importancia, y su sentido actual, a raíz de su incorporación en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶ y el fenomenal impacto que este tratado internacional adquirió por su rápida entrada en vigor y su casi universal ratificación³⁷.

Este es un concepto central de Derecho internacional³⁸ y como se dijo del Derecho de familia³⁹ contemporáneo, es tal su importancia que algunos países latinoamericanos lo han constitucionalizado de forma directa⁴⁰, asumiendo un papel preponderante en esas legislaciones nacionales.

35 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.

36 Wolf, J., The Concept of the "Best Interest" in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child, publicado en *The Ideologies of Children's Rights*, Freeman, M. y Veerman, P. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 124, 125 y 131. Camps Mirabet, N., "El principio...", Ob. Cit., p. 23. Reis Monteiro, A., *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid, 2008, p. 173. Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., "El interés...", Ob. Cit., pp. 8 y 16. Cillero, M., "El interés...", Ob. Cit., p. 77 y ss. Bala, N., "The Best Interests...", Ob. Cit., p. 11.

37 Solamente Estados Unidos de América y Somalia no la han ratificado. En el caso de los Estados Unidos Fellmeth considera que cinco son los aspectos por los que en ese país no se ha ratificado la Convención: "(1) Article 37's prohibition on child capital punishment, which the United States uniquely imposed until 2005[...]; (2) the child labor limitations on Article 32, which some contend may be broader than current U. S. standards against the prerogatives of parents; and (5) the supersession of state sovereignty (including possible funding obligations) given the incorporation of its provisions into federal law entitled to constitutional supremacy were in to be ratified". Fellmeth, R. *Child Rights & Remedies*, Clarity Press, Atlanta, 2006, Second edition, p. 660. En el año 2005 la Corte Suprema de los Estados Unidos (Caso *Roper vs. Simmons*, No. 03-633) abolió la pena de muerte para personas menores de 18 años, por considerar que esta sanción contravenía la octava enmienda de la Constitución de ese país.

38 Bala, N., "The Best Interests..." Ibid, p. 11.

39 Torres Perea considera que actualmente el interés superior es un principio informador del Derecho de familia, lo que implicaría la reinterpretación de todas las normas conexas teniendo en cuenta dicho principio. Torres Perea J. M., "Tratamiento del interés...", p. 684.

40 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: artículo 78 "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para

Para entender su trascendencia es indispensable estudiar la incorporación del interés superior en la CDN, considerado por el Comité de los Derechos del Niño⁴¹ como un principio general⁴² de ese instrumento⁴³.

2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989

A la CDN se la califica, no sin razón, como la «carta magna de la infancia y la adolescencia»⁴⁴, instrumento fundamental en la evolución de los derechos de los menores de edad a nivel global.

lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes” (resaltado no consta en el original). Párrafo segundo del artículo 75 “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.” (resaltado no consta en el original).

Constitución Política de Bolivia: numeral II del artículo 59 “Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.” Artículo 62 “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”. Artículo 75 “En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”.

Constitución Política de la República de Colombia: inciso final del artículo 44 “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta norma ha sido interpretada como la equivalente al principio del interés superior por la jurisprudencia constitucional colombiana.

Constitución de la República del Ecuador: artículo 44 “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

- 41 El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano encargado del seguimiento del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su principal función del Comité es la revisión de los informes periódicos preparados por los Estados Partes sobre “las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”, así como “las circunstancias y dificultades, si las hubiera, que afectan el cumplimiento” de las obligaciones adquiridas con la Convención. El primer informe debe ser presentado a los dos años, a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención y, en lo sucesivo, cada cinco años. El Comité de los Derechos del Niño cuenta con 18 miembros, elegidos por los Estados Partes, de entre los candidatos que estos presentan. La actuación de los miembros del Comité, es a título personal, tratando de garantizar su independencia e imparcialidad; Simon, F, “Derechos de la Niñez...”, Ob. Cit, pp. 152 a 162.
- 42 El Comité de los Derechos del Niño considera como principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño los 2 “no discriminación”, 3 “interés superior”, 6 “derecho a la vida, supervivencia y desarrollo” y, 12 “opinión del niño”, esto de acuerdo a sus “Orientaciones Generales para los Informes” aprobadas en documento CRC/C/58 de 22 de noviembre del 1996. Posteriormente, en el año 2003, el Comité aprobó su Observación General No. 5 (Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño) en el que reafirma el tema de los principios generales. A propósito de puede consultar el documento CRC/GC/2003/5.
- 43 Documento de las Naciones Unidas A/47/41 de 1 de junio de 1992.
- 44 Salado Osuna, A., Los derechos del niño ante la administración de justicia, publicado en “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”, Aldecoa Luzárraga, F., y Forner Delaygua, J. (Directores); González Bou, E., y González Viada, N. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 73.

La propuesta de CDN data del año 1978. La delegación polaca ante las Naciones Unidas presentó, a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴⁵, una propuesta de Convención acerca de los derechos del niño. El propósito era que este instrumento sea adoptado el año siguiente, que había sido declarado por la organización internacional como el Año Internacional del Niño.

A pesar de las limitaciones de la propuesta polaca esta dio inicio al proceso de elaboración de dicho instrumento. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el año 1979, decidió examinar el texto presentado⁴⁶ para ello se creó el llamado “Grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre los derechos del niño”.

En 1980 Polonia sometió un nuevo documento⁴⁷, que tenía como base la Declaración de los Derechos del Niño, por ello el interés superior del niño estaba regulado del mismo modo que en ese instrumento. En el artículo II se reiteraba su importancia para la aprobación de las leyes:

*The child shall enjoy special protection and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration (resaltado no consta en el original)*⁴⁸.

De igual forma se lo regula en el numeral 2 del artículo VII, que se refiere al derecho a la educación “The best interests of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents”(resaltado no consta en el original).

La propuesta era exacta a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, por esto su trascendencia radica en ser la base de la CDN que, luego de 10 años de trabajo, el 20 de noviembre de 1989, fue aprobada por unanimidad⁴⁹. En esa fecha se abrió para la firma de los Estados (miembros

45 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/WG.1/WP.1/ Rev.2. El propuesto contó con el apoyo de Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria.

46 Naciones Unidas documento E/CN4/1349 ONU

47 Naciones Unidas documento A/C3/36/6

48 Anexo a la Resolución E/1978/34, capítulo XXVI, sección A, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 8 de marzo de 1978.

49 La Tercera Comisión o Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales, es uno de los órganos subsidiarios de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecida de acuerdo al artículo 22 de la Carta de las Naciones Unidas.

y no miembros de las Naciones Unidas) el 26 de enero de 1990 y el dos de septiembre del mismo año entró en vigor⁵⁰.

Esto se considera un hito, nunca antes un tratado de derechos humanos había entrado tan rápidamente en vigor y había sido ratificado por tantos Estados⁵¹; a junio del 2014 habían ratificado o adherido a la Convención 194 Estados y firmado dos (Somalia y Estados Unidos)⁵².

Tres protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño⁵³ están en vigor: el uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁴; el otro relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁵⁵; y el tercero "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones.

El primero de estos instrumentos entró en vigor el 18 de enero del 2002, treinta días después de que fue ratificado por diez países. Este protocolo adicional contempla una serie de disposiciones dirigidas a la investigación y sanción de las personas responsables de la venta, prostitución y utilización de niños en la pornografía.

El segundo entró en vigor el 12 de enero del 2002, al igual que el anterior luego de treinta días de que el décimo país lo ratificó. En este se establece la prohibición de reclutamiento forzoso a las fuerzas armadas por debajo de los 18 años, aceptando el reclutamiento voluntario a partir de los 15 años, pero estableciendo el compromiso de que todo miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años no participe directamente en las hostilidades.

El 19 de diciembre del 2011 la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución A/RES/66/138, aprobó un tercer protocolo facultativo a la CDN⁵⁶, introduciendo la posibilidad de que se presenten ante el Comité de los Derechos del Niño comunicaciones individuales sobre

50 Esto de acuerdo al artículo 49 de la propia Convención dispone que "entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas."

51 Por ejemplo la Convención contra la Discriminación de la Mujer fue adoptada el 18 de Diciembre de 1978 y entró en vigor el 3 de Septiembre de 1983.

52 http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, consultada el 6 de junio del 2014.

53 El protocolo facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados fue ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 1226 publicado en el Registro Oficial 246 de 7 de enero del 2004. El texto del Protocolo fue publicado en el Registro Oficial 383 de 22 de julio del 2004. El Ecuador depositó su ratificación al protocolo sobre venta de niños el 30 de enero del 2004. El texto del Protocolo fue publicado en el Registro Oficial No. 382, de fecha 21 de julio del 2004

54 Resolución A/RES/54/263

55 Resolución A/RES/54/263

56 A/RES/66/138, de 19 de diciembre del 2011 "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones".

posibles violaciones a cualquiera de los derechos enunciados en la CDN o sus protocolos adicionales. Se permite al Comité, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, solicitar a los Estados la adopción de medidas provisionales para evitar “posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación”.

El trámite es cuasi jurisdiccional y reservado. Además se establece un procedimiento de investigación para las denuncias fidedignas de “violaciones graves o sistemáticas”.

El protocolo entró en vigor, de acuerdo al artículo 19 del instrumento, el 14 de abril del 2014, tres meses después que se depositó, por parte de Costa Rica, el décimo instrumento de ratificación o adhesión⁵⁷.

2.1.1 El interés superior en la Convención sobre los Derechos del Niño

En la CDN el interés superior (artículo 3.1) es considerado uno de los principios generales del instrumento⁵⁸, al igual que el principio de no discriminación (artículo 2), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6) y, opinión del niño (artículo 12).

La formulación general del interés del niño se encuentra recogido en el artículo 3.1:

...En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En la CDN, además de su formulación como principio general, aparece en varias disposiciones: en el artículo 9, al tratar sobre la separación del niño de sus padres, cuando ésta sea “...necesaria para el interés superior del niño..”; en el artículo 18 al referirse a la obligación conjunta de los padres en la crianza y el cuidado de los niños y que su “...preocupación fundamental será el interés superior del niño”; en el artículo 20 al tratar sobre niños cuyo “interés superior” exija que estén privados de su medio familiar; en el artículo 21 respecto a que los Estados que permitan la adopción “...cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial..”. También se utiliza este principio en el artículo 37 literal c,

57 A junio del 2014 11 países habían adherido o ratificado el Protocolo https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en (Albania, Bélgica, Bolivia, Costa Rica, Eslovaquia, Gabón, Alemania, Montenegro, Portugal, España y Tailandia).

58 Orientaciones generales para los informes periódicos: 22/11/96. CRC/C/58.

al referirse a que todo niño privado de su libertad será separado de los adultos, "...a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño..."; y en el artículo 40.2 .b.iii como excepción a la presencia de sus padres o parientes en la audiencia que se debe llevar a cabo con menores de edad.

Una revisión del proceso de discusión de la CDN confirma que la incorporación del interés superior no fue pacífico⁵⁹, desde un principio se expusieron varias preocupaciones por su vaguedad, dejando "...abierto, a través de los términos generales en que se expresan, a interpretaciones diversas y que en realidad se define a nivel nacional en términos de las leyes y las prácticas de crianza de los hijos que se dan en esa nación"⁶⁰. Esto se reiteró en varias ocasiones, como se puede constatar en los documentos oficiales de redacción⁶¹.

La propuesta inicial era que el interés superior debía ser "la" consideración primordial, pero esto se modificó al estimar que podrían existir situaciones que se den conflictos con otros intereses que también deben ser considerados, como el interés de la justicia o el de la sociedad en general, que también podrían ser "... por lo menos igual si no mayor, importancia que los intereses del niño". Por ello en el texto aprobado el interés superior es "una" consideración primordial⁶².

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 14, recoge la necesidad de sopesar los diferentes intereses en juego, aclarando que el interés superior del niño no está al mismo nivel que todas las otras consideraciones, tiene una posición prioritaria.

La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar⁶³.

59 Todo este proceso se encuentra documentado en dos publicaciones: *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Detrick, S., (compiladora y editora), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992. Reis Monteiro, A., "La revolución...", Ob. Cit., p. 173.

60 Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1324/Add.5. *Ibid.*, p. 336.

61 Vid. el trabajo ya referido de Detrick, S., "The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to..."

62 Informe del Grupo de Trabajo a la Comisión de Derechos Humanos de 1989, documento E/CN.4/1989/48, párr. 121 y 122.

63 Párrafo 37.

El Comité recuerda que el interés superior no es “simplemente ‘una consideración primordial’, sino ‘la consideración primordial’”, al resolver una adopción⁶⁴.

Algunos autores consideran que la fórmula del interés superior del niño, contenida en la CDN, refleja una visión híper-individualista, coloca los intereses de los niños y niñas por encima de los demás miembros de la comunidad y sobre el interés general. Como se examinará más adelante, esta perspectiva del interés superior es la que ha hecho que en algunos países, como Francia, exista gran resistencia a la incorporación de esa noción, manteniéndose en general el concepto interés del menor y no interés superior del niño⁶⁵.

El Comité, en la Observación General No. 14, reconoce esa posibilidad de conflicto con otros intereses o derechos, y solicita, en caso de que no sea posible armonizarlos que:

...las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño⁶⁶.

Por tanto no se niega la posición de superioridad del interés sobre otros intereses sociales o derechos, al contrario se acepta esta posibilidad, pero se espera su armonización, a partir de reconocerle una posición de jerarquía frente a otros intereses.

El CRC como principio “rector-guía” de la CDN⁶⁷ ha sido utilizado, acuerdo a ALSTON⁶⁸, en cuatro contextos:

64 Párrafo 38.

65 Lebreton, G., “Le droit de l’enfant au respect...”, Ob. Cit., p. 82.

66 Observación General No. 14, párrafo

67 Documento del Comité de los Derechos del Niño, Orientaciones generales respecto a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención, documento A/47/41 de 1 de junio de 1992.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se renocen a dos de los principios como “fundamentales”, la Comisión Interamericana afirma que “En este ámbito [de los derechos de los niños], revisten una importancia medular la incorporación de los principios fundamentales en materia de niñez que se encuentran consagrados en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como son: el principio de no discriminación y el principio del interés superior del niño...”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, segunda edición, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Documento OEA/Ser.L/V/II.133 Doc. 34, de 29 de octubre del 2008, párrafo 44.

68 Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., “El interés superior...”, Ob. Cit., p. 63 y ss.

- 1) En relación a la asignación general de recursos:
Debe considerarse la Convención como un marco de acción para mejorar la condición de los niños. A este respecto, el Comité desea recalcar la importancia de la aplicación de los principios generales de la Convención, tal como se recogen en sus artículos 2, 3, 6 y 12, para orientar las medidas que hay que tomar con objeto de poner en práctica los derechos del niño. En particular, el Comité desea señalar a la atención del Estado Parte la significación de las disposiciones del artículo 3 de la Convención relativas al interés superior del niño, entre otras cosas, para orientar en el futuro los debates y las decisiones sobre la distribución y la asignación de recursos para la realización de los derechos del niño⁶⁹.

- 2) Como un “principio paraguas”, al aplicarlo “en su sentido más amplio y, por tanto, más abstracto”:
*El Comité considera que no se han adoptado suficientes medidas para garantizar la aplicación de los principios generales de la Convención en las políticas, la práctica y los procedimientos, especialmente con respecto al artículo 3 (el interés superior del niño) y el artículo 12 (respeto de las opiniones del niño). El Comité opina que las medidas adoptadas con objeto de garantizar el respeto de las opiniones del niño, en la vida social y familiar, así como en el contexto de los procedimientos administrativos, de asistencia social y de otra índole que les afectan y se aplican a ellos, son insuficientes.*⁷⁰

- 3) En relación a asuntos específicos, ALSTON considera que ha sido utilizado en dos categorías: “como apoyo al contenido y a la importancia de los derechos fundamentales reconocidos concretamente en la Convención”, y en una serie de asuntos que la Convención no trata o bien son estipulaciones insuficientes para proporcionar una base adecuada sobre la cual el Comité puede actuar con resolución.

En estas circunstancias, el principio proporciona una base importante sobre la que el Comité podrá construir una interpretación más teleológica (en otras palabras más orientada a la política)⁷¹, por ejemplo en temas como el castigo corporal, que no está regulado en CDN, refugio y sobre la edad mínima para contraer matrimonio.

69 Observaciones del Comité de los Derechos del Niño al informe inicial de Honduras. CRC/C/15/Add.24, 24 de octubre de 1994. Párrafo 20.

70 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997. Párrafo 16.

71 Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., “El interés superior...”, Ob. Cit., p. 67.

- 4) Para tratar temas en el ámbito privado, expresando su preocupación, por ejemplo, al considerar los castigos corporales al interior de la familia como incompatibles con el interés superior del niño.

De todos estos “contextos” el más relevante, para este trabajo es cuando se lo utiliza para resolver situaciones concretas por parte de las autoridades, particularmente cuando existe un conflicto entre las personas a cargo de su cuidado o entre estas y un tercero, sean agentes estatales u otras personas interesadas en el bienestar de una persona menor de edad.

Esto ha sido ampliado posteriormente el Comité en sus observaciones generales.

2.2 El interés superior del niño en las observaciones generales⁷² del Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño ha configurado una importante doctrina sobre el interés superior del niño por medio de sus observaciones generales⁷³, al menos cuatro de ellas se refieren al principio⁷⁴, y “la Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”⁷⁵ lo trata de forma específica, siendo un importante esfuerzo sistemático de encarar sus diferentes dimensiones y aplicación a casos concretos.

El Comité considera al interés superior en una triple dimensión: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento⁷⁶. Advierte que no puede interpretárselo negativamente, esto se reflejaría en que no puede primar “lo que a juicio de un adulto

72 Las Observaciones generales son parte de los ‘métodos de trabajo’ del CRC, este se describe oficialmente como “The Committee adopts general comments based on specific articles, provisions and themes of the Convention to assist the States parties in fulfilling their obligations under the Convention on the Rights of the Child and to stimulate the international organizations and the specialized agencies concerned in achieving progressively and effectively the full realization of the rights recognized in the Convention. Members may propose at any time that a general comment relating to a specific article, provision or theme be prepared. The Committee sometimes decide to develop a general comment on an article, provision or theme that has been discussed earlier in one of its General Day of Discussion. The Committee generally shares draft general comments with selected number of experts, including those from the other treaty bodies, for comments.” <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>, revisado el 6 de octubre del 2013.

73 Las observaciones o comentarios generales de los comités de seguimiento de tratados son considerados por Villán Durán como un “...medio eficaz para generar ‘jurisprudencia’ consensuada entre los miembros del [comité], que interpreta de manera autorizada el contenido y alcance de las normas consagradas [en el tratado]”. Villán Durán, C., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta, Madrid, 2002, p. 401.

74 Observación general No. 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño; Observación general No. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; Observación general No. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado; Observación general No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

75 Comité de los Derechos del Niño, documento CRC/C/GC/14 de 29 de mayo del 2013, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero).

76 *Ibid.*, párrafo 6.

es el interés superior del niño” sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la CDN⁷⁷.

Se afirma que al ser un derecho sustantivo otorga al niño el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”⁷⁸.

La garantía de este derecho se pone en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general⁷⁹. Considera que es “una obligación intrínseca para todos los Estados” de aplicación directa, inmediata y puede ser invocada ante los tribunales⁸⁰.

Como principio jurídico interpretativo fundamental, se aplica en aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, teniendo a los derechos contenidos en la CDN y sus protocolos adicionales como el “marco interpretativo”⁸¹.

El interés superior tiene un objetivo que a juicio del Comité es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”⁸², que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”⁸³.

En tanto norma de procedimiento implica que el Estado debe asegurar las garantías procesales necesarias para hacer efectivo el ISN, por ellos siempre que se tome una decisión que afecte a un niño en concreto, un grupo de niños concretos o la niñez en general, en la decisión se debe detallar: como se ha tenido en cuenta este principio; como se ha respetado el derecho; en qué criterios se ha basado la decisión; cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones

77 Observación general No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Párrafo 12.

78 Párrafo 1 y 6 de la Observación general No. 14.

79 Párrafo 6 de la Observación general No. 14.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*

82 *Ibíd.*

83 Observación general No. 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño. Párrafo 12.

(sean cuestiones normativas generales o casos concretos); y, las posibles repercusiones positivas y negativas de la decisión⁸⁴.

La Observación general, además, define los requisitos que deben tomarse en cuenta para que el ISN sea considerado en las decisiones judiciales y administrativas, y cualquier otra medida que afecte a un niño en particular, un grupo de niños y la infancia en general⁸⁵.

El Comité de los Derechos del Niño se ha hecho eco de buena parte de la doctrina que consideraba que el principio, al estar contenido en un instrumento de derechos humanos, debía ser interpretado como medio para dar efectividad los derechos declarados⁸⁶.

El Comité ha recogido la idea de que, siendo flexible y adaptable a cada caso, requiere se observen algunos criterios para su aplicación, lo que ya se podía encontrar en las legislaciones angloamericanas y más recientemente en algunas latinoamericanas; y en España por vía jurisprudencial.

En la Observación general se resalta la idea de que el interés superior es un derecho sustantivo. Considera el CRC que el artículo 3, párrafo 1, de la CDN, “establece una obligación intrínseca para los Estados” que lo convierte en un derecho a que sean considerados prioritariamente los intereses del niño y no exclusivamente como una garantía a tomarse en cuenta al tomar decisiones que le afectan.

2.3 El interés superior como límite al ejercicio de los derechos de la CDN

Más allá de esta lectura positiva que tiene el CRC sobre el principio del interés superior del niño también puede, y suele, aplicarse como un límite al ejercicio de los derechos del niño. Coincido con la opinión de Mary Beloff⁸⁷, que pese a los esfuerzos que han realizado varios autores para interpretar el principio conforme a los derechos reconocidos en la CDN esto es insuficiente:

...la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar[...] El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál

84 Párrafo 6 de la Observación general No. 14.

85 Párrafo 10 de la Observación general No. 14.

86 Resalta la propuesta de Cillero en Latinoamérica, vid. p. 140 y de Encarna Roca Trias en España, vid. p. 142 .

87 Beloff, M., Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 15.

era el interés superior del niño o niña involucrado –ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo [...] obrara con niveles discrecionales inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.

Debe considerarse que interactúa con otros límites al ejercicio de los derechos: la evolución de sus facultades, en función de la edad y madurez de cada niño, niña y adolescente⁸⁸; las limitaciones impuestas en la propia Convención a algunos derechos (limitaciones no contempladas para los adultos), por ejemplo: escuchar la opinión únicamente en los asuntos que le afecten y que esta se valore únicamente en función de su edad y madurez (artículo 12); protección de acceso a material perjudicial (artículo 17); no reconocimiento expreso del derecho a sindicación (artículo 15); publicidad de los procesos (artículo 40), etc.; y, el principio de protección especial autoriza a la toma de ciertas medidas de protección en relación a niños, niñas y adolescentes, que en muchos casos implica la limitación o suspensión de ciertos derechos, pero debemos estar claros que la CDN restringe esta intervención, por lo que una limitación no prevista en el instrumento, o que no sea razonable y justificada y que no tenga por objetivo o como resultado la protección de los derechos puede ser considerada violatoria.

Se entiende que la “protección especial” solamente se puede hacer en beneficio de los derechos, cuando tiene por objetivo garantizar el pleno goce de los mismos y su desarrollo integral.

3. El principio del interés superior en otros instrumentos internacionales universales

Luego de la aprobación de la CDN se ha dado un amplio reconocimiento del interés superior del niño en la legislación internacional, que ha tenido un impacto relevante en la configuración local del principio.

Pese a la amplia incorporación de la regla a nivel internacional no adscribo a aquellas posiciones que afirman la naturaleza de “norma consuetudinaria” del interés superior, como lo sostiene AGUILAR CAVALLO

...debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no sólo a partir de la vigencia de la CDN, sino con

⁸⁸ Artículo 5 de la CDN “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (resaltado no consta en el original).

anterioridad, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la naturaleza humana.⁸⁹

No parece que se pueda asegurar que el principio sea “connatural” a la naturaleza humana, la historia demuestra que no siempre se ha “privilegiado” a la infancia, existe un número importante de investigaciones que dan cuenta de lo contrario, la negación, explotación, abusos y desconocimiento a los que se han enfrentado las personas menores de edad⁹⁰; no es posible demostrar que el interés del niño ha sido considerado “connatural” tampoco puede afirmarse que sea una norma consuetudinaria.

Tampoco se puede afirmar que el interés superior se haya regulado desde el año 1959, que aparece en la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en el mismo sentido y alcance que en la CDN como se puede verificar en la comparación de los contenidos de los dos instrumentos.

A continuación una revisión de la normativa internacional, más relevante, que recoge el principio.

3.1 Derecho internacional público⁹¹

Tanto en el sistema universal, como en los regionales, de protección de los derechos humanos se puede encontrar una serie de instrumentos – vinculantes y no vinculantes- que consagran de manera expresa el principio del interés superior del niño⁹².

89 Aguilar Cavallo, G., El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, publicado en Revista de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, No. 1, 2008, p. 228.

90 Son muchos los trabajos que abordan la historia de la infancia en diferentes momentos históricos de la humanidad, me parece que puede ser especialmente útiles: Ariès, P., El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, Editorial Taurus, Madrid, 1987; García Méndez, E., Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social, publicado en “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral, Editorial Forum-Pacis, Bogotá, 1994; Gèlis, J., La individualización del niño, publicado en Historia de la Vida Privada, Tomo III: Del renacimiento a la ilustración, Editorial Taurus, Primera Edición, 2001; Hernández Pradas, S., El Niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional, Cruz Roja Española, Valencia, 2001; Hunt, L., La vida privada durante la Revolución Francesa, publicado en Historia de la Vida Privada, Tomo IV: De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial, Editorial Taurus, Primera Edición, 2001; Veyne, P., “El Imperio romano”, publicado en Historia de la Vida Privada, Tomo I: Del imperio romano al año mil, Editorial Taurus, Primera Edición, 2001.

91 A propósito de este tema se puede revisar Camps Mirabet, N., “El principio del interés...”, Ob. Cit., pp. 17 a 22.

92 Otros instrumentos que contienen el principio del interés superior son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 29 de noviembre de 1984 (Reglas de Beijing) que contienen varias normas en las que se hace referencia al principio estudiado, en particular la regla 14.2: “El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”; otras reglas que se refieren al principio son la 26.2 y la 26.3.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990, contiene al menos 11 directrices que se refieren al principio.

En las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, de 14 diciembre de 1990, se lo contempla en la regla IV.E.46.

Esta rápida revisión se circunscribe a las normas con impacto en el derecho civil, por ello no profundizo en la revisión de disposiciones en el ámbito de la responsabilidad penal en donde existen amplias referencias⁹³.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer⁹⁴, del año 1979, contiene una referencia a los intereses de los hijos en el artículo 16.1.d, cuando trata sobre las responsabilidades compartidas en el cuidado de los hijos: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (resaltado no consta en el original).

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986, lo contempla ampliamente. En el párrafo 5 preámbulo “Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental”; artículo 9, “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”; artículo 21, “En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño”; artículo 24, «Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses».

El párrafo 21 de la Declaración y Programa de Acción de Viena recoge el principio relacionándolo con la no discriminación y la opinión de

93 Otros instrumentos se considera que fueron aprobados “respondiendo” al principio del interés superior, pero no lo contienen expresamente son: 1) la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 10 de diciembre de 1962, que en su artículo 2 establece “Los Estados Parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad” (resaltado no consta en el original); 2) la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de 11 de diciembre de 1969, que en su artículo 22.c dice “La creación de servicios de puericultura apropiados en interés de los niños y de los padres que trabajan” (resaltado no consta en el original); 3) la Declaración de los derechos del retrasado mental, de 20 de diciembre de 1971, que en tercer párrafo pre ambular se refiere expresamente a los principios de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño; 4)

94 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

los niños, “La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados.»⁹⁵.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad⁹⁶ lo recoge como la “consideración primordial” que debe observarse en las actividades “relacionadas con los niños y niñas con discapacidad” (párrafo 2, del artículo 7⁹⁷).

Esto se reitera al tratar temas específicos, en el caso de las normas que regulan el “Respeto del hogar y de la familia” de las personas con discapacidad (artículo 23.2.b) se establece que se deberá garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que “respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares” se debe velar “al máximo por interés superior del niño”⁹⁸.

En el caso de la posible separación de los niños y niñas con discapacidad de sus padres, se exige que la medida sea necesaria en su interés superior (artículo 23.4⁹⁹).

3.2 Derecho internacional privado¹⁰⁰

El Convenio de la Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, en el inciso primero del artículo 4, establece “Si las autoridades del Estado de que es nacional el menor consideran que el interés de éste lo exige, podrán adoptar, según su ley interna, previa notificación a las autoridades

95 Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Documento A/CONF.157/23 de 12 de junio de 1993.

96 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006, entró en vigor el 3 de mayo del 2008.

97 “En todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

98 “ Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

99 “Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.”.

100 Sobre la importancia e impacto del interés del menor se puede revisar: Borrás, A., El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado, en Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1994, Número 4, pp. 47 a 99. En el mismo sentido se puede revisar Durán Ayago A., “La Protección Internacional...”, pp. 87 y ss. La autora afirma que “El interés del menor se ha configurado en el eje alrededor del cual deben girar todos los institutos relacionados con él”.

del Estado de su residencia habitual, medidas para proteger a la persona o bienes del menor”.

El preámbulo (párrafo primero) del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, declara que “...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, reconoce ampliamente el principio a lo largo de su texto. El cuarto párrafo de su preámbulo declara “Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños...”. También lo contienen los artículos: 1.a, 4.b, 16.1.d, 21.1 y 24.

El Convenio de la Haya sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación con respecto a la responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores, de 19 de octubre de 1996, establece en el párrafo cuarto de ser preámbulo que “...los mejores intereses de los menores deben ser una consideración fundamental”. Otros artículos que contienen referencias al principio son los artículos 8.1, 8.4, 9.1, 10.1.b, 22, 23.2.d, 28 y 33.2.

3.3 Instrumentos de alcance continental

3.3.1 América

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, en su artículo 17.4 in fine establece que “En caso de disolución [del matrimonio] se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos”.

La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984, determina que la nulidad de la adopción será decretada “velando por los intereses del menor”.

La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 18 de marzo de 1994, establece que es uno de los principales objetivos del instrumento (artículo 1) es la “...protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor”. Además se hace referencia al principio en el preámbulo (párrafo quinto) y en los artículos 6, 11, 14 y 18.

3.3.2 Europa

La Carta Europea de los derechos del niño, aprobada mediante resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, se refiere al principio en el artículo 8.14

Toda decisión familiar, administrativa y judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño. (Cursivas no constan en el original)

La Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de 1996¹⁰¹, desde el preámbulo establece que debe promoverse los “derechos y el interés superior del niño”, reconociendo la importancia de los padres en su protección y promoción. De igual forma se contiene el principio en los artículos 1, 6 y 10.

El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980¹⁰², contiene la referencia a los intereses del niño en artículo 5, pero al mismo nivel que el interés de los solicitantes¹⁰³.

El Convenio Europeo sobre adopciones, aprobado inicialmente en

101 Aprobado el 25 de enero de 1996.

102 Muy relevante en Europa es el Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, que desde su preámbulo establece que las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están “concebidas en función del interés superior del menor” (párrafo 12), reiterando la importancia del principio en el párrafo 13, en su artículo 12.1.b y 12.b sobre la “prórroga de la competencia”, en el artículo 15.1 y 15.5 como un elemento central para la remisión a un “órgano jurisdiccional mejor situado”, en el artículo 23.a para denegar el reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.

103 “La autoridad central del Estado requerido adoptará o hará adoptar sin demora todas las medidas que considere adecuadas, si es necesario mediante el establecimiento de los procedimientos ante sus autoridades competentes, a fin de: [...] a. para evitar, en particular, por cualquier medidas provisionales, se perjudiquen los intereses del niño o del solicitante...” (traducción del autor).

el año 1967 y revisado el 27 de noviembre del 2008, establece en su preámbulo que “el interés superior del niño es la consideración primordial”, y desarrolla el mismo en varios artículos: 4.1, 6, 9 numerales 1 y 2, 14.1 y 19.

El Convenio sobre la visita a menores, de 15 de mayo del 2003, reconoce ampliamente el interés superior en su preámbulo y a lo largo de su texto, así los artículos 4.2, 5.1, 6.1, 7.c y 8.2.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales del 2010¹⁰⁴, en su artículo 24.2 (Derechos del Niño) establece que «En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

Otros instrumentos que contienen el principio del interés superior en Europa son: la Convención contra la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre del 2007, que lo contiene en su preámbulo y en los artículos 14.3, 30.1 y 31.1.g.

Por no ser objetivo central del presente trabajo no hago referencia a la legislación Europea vigente, que tiene relación con la cooperación judicial en materia civil, aprobada en el marco del “Espacio de libertad, seguridad y justicia” de la Unión Europea¹⁰⁵.

3.3.3 África

La Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990, recoge el principio ampliamente. En la primera parte del artículo 4 se determina que “En todas las acciones relativas al niño que sean emprendidas por cualquier persona o autoridad, el interés superior del niño será la principal consideración”. Otras disposiciones que contienen referencias al principio son los artículos 9, 19, 20, 24 y 25.

Este es el primer instrumento regional específico sobre derechos de la infancia y es obligatorio para los 35 estados de la Unión Africana desde noviembre de 1999.

4. Jurisprudencia de los tribunales regionales internacionales sobre el interés superior

Para la comprensión del desarrollo del principio del interés del niño es relevante la forma en que los tribunales continentales lo han aplicado. A continuación realizaré una rápida revisión de algunas de las decisiones de

104 Publicada en el Diario Oficial C No. 83 de 30 de marzo del 2010.

105 Un repertorio de dicha legislación puede ser consultado en <http://eur-lex.europa.eu/es/legis/index.htm>

la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.1 El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una gran importancia en la configuración de las respuestas locales, de la legislación y la jurisprudencia, debido a que sus decisiones son consideradas una «interpretación autorizada» del alcance de las obligaciones contraídas por los estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁶.

En la Opinión Consultiva 17¹⁰⁷ por primera vez se hace mención expresa al interés superior en la Corte Interamericana, sentando las bases para el tratamiento futuro del principio en los casos contenciosos.

La CIDH resalta la importancia del interés superior al considerarlo un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que encuentra su fundamento en la dignidad misma del ser humano (recuperando esta noción del preámbulo de la CADH), en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁸.

Este instrumento (la CDN), dice la Corte, alude al interés superior como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto «...cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades», a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos¹⁰⁹.

Para asegurar la prevalencia del interés superior del niño debe considerarse la necesidad de cuidados y medidas especiales (contemplados en el preámbulo de la CDN y el artículo 19 de la CADH), lo que se requiere

106 Artículos 64 a 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, tercera edición, IIDH, San José, 2004, p. 980 y ss; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de Septiembre de 1982, Otros tratados: objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párrafo 21.

107 CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

108 OC-17, Ob. Cit, párrafos 59 y 60.

109 *Ibíd.*, párrafo 56.

por la situación de los niños, en particular su debilidad, inmadurez o inexperiencia, concluye que es preciso ponderar, además del requerimiento de medidas especiales, las características particulares de la situación en las que se halla el niño¹¹⁰.

Afirma que en «aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.»¹¹¹.

Lamentablemente la Corte deja un amplio margen de discrecionalidad al Estado, la sociedad y la familia (en nombre del «interés superior», las «medidas especiales de protección» y la «tutela efectiva del niño») para limitar el ejercicio de derechos de los niños, aunque establezca que al aplicarlos deben «ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia», pero con una gran indeterminación cuando se dice que se debe actuar en «aras de la tutela efectiva del niño», siendo la invocación a la «observancia rigurosa de los derechos» una declaración.

Me parece que en este tema la Corte queda en deuda con los derechos y recupera el «modelo tutelar» de modo indirecto en la OC-17.

En varios casos contenciosos la Corte reitera lo dicho en la OC-17 en particular resalta la prevalencia del interés superior y que se basa en: (a) la dignidad misma del ser humano, (b) en las características propias de los niños y (c) en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹¹².

En el caso de la Niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana la Corte intenta dotar de contenido al interés superior afirmando que su prevalencia debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores de edad, que obliga al Estado e “irradia” efectos en la interpretación de los demás derechos¹¹³.

110 *Ibíd*, párrafo 61.

111 *Ibíd*. Párrafo 65.

112 Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100, párrafo 134; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párrafo 163; Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134, párrafo 152. Caso Furlan Vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto del 2012, párrafo 126. El caso Bulacio se refiere a la detención de un adolescente de 17 años, en el año 1991, en el marco de las llamadas “razzia”, detenciones masivas efectuadas por la Policía Federal Argentina. Fue llevado a una comisaría donde fue torturado, posteriormente muere producto de las torturas en un centro hospitalario. El caso de los Hermanos Gómez Paquiyari tiene origen en el secuestro y muerte de los hermanos, de 14 y 17 años, por parte de la Policía Nacional del Perú. Se demostró que fueron ejecutados luego de la detención.

113 Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 130, párrafo 134. Este caso se basa en la denegación de las actas de nacimiento por parte de las autoridades del Registro

Se reitera, así mismo, que el Estado tiene obligaciones adicionales (lo califica posteriormente como un “derecho complementario”¹¹⁴) en relación a los derechos de los niños: (a) asumir su posición de garante [de los derechos] con mayor cuidado y responsabilidad, y (b) tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos, las que deben estar orientadas en el principio del interés superior del niño¹¹⁵. Esas medidas especiales deben “ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”¹¹⁶. Estas medidas se justifican, de acuerdo a la Corte, porque por su vulnerabilidad, desarrollo físico y emocional les hacen mercedores de medidas de protección especial.¹¹⁷

La Corte ha puesto énfasis en la importancia que tiene, para la determinación del interés superior, la opinión de las niñas y niños, recordando lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño¹¹⁸; la importancia de recordar que “...los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan su mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, al aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el poder judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este”¹¹⁹.

Civil de la República Dominicana, a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, hijas de padres haitianos y madres dominicanas. Esto pese a que las dos nacieron en territorio dominicano y en ese país se aplica el principio de *ius soli*. La negativa del derecho a la nacionalidad tuvo impacto en el ejercicio de los restantes derechos.

- 114 Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134, párrafo 152; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párrafo 163; Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134, párrafo 152.
- 115 Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112, párrafo 160; Caso Vélez Restrepo Vs. Colombia, Sentencia de 3 de septiembre del 2012, párrafo. 226. En el mismo sentido Caso Masacre de las “Dos Erres” Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre del 2009; Forneron e hija Vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril del 2012, párrafo 46.
Este caso se deriva de la muerte y lesiones sufridas por varios niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” en Paraguay, hechos acontecidos el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio del 2011. En la sentencia de la Corte Interamericana se estableció que las condiciones de privación de la libertad eran contrarias a los estándares internacionales de derechos humanos.
- 116 Caso Furlan Vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto del 2012 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 215. En igual sentido Caso Gelman, párrafo 121; y caso Forneron párrafos 44 y 45.
- 117 Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100, párrafo 134; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párrafo 163; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112, párrafo 225; Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134, párrafo 152; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 152, párrafo 116; y, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 146, párrafo 177.
En el caso Servellón García y Rony Alexis Betancourt se estableció que fueron víctimas de condiciones degradantes de detención y posteriormente fueron ejecutados extrajudicialmente por agentes de las fuerzas de seguridad de Honduras.
- 118 Caso Furlan Vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto del 2012, párrafo 228. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, párrafo 74.
- 119 *Ibid.*, párrafo 230.

En el caso “Campo Algodonero”¹²⁰ la Corte consideró que la prevalencia del interés superior debe entenderse como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, por lo tanto “irradia” sus efectos en la interpretación de todos los derechos de la Convención Americana”, obligando a que se considere la especial vulnerabilidad en que se encuentran los niños y niñas¹²¹.

En resumen la Corte considera al interés superior, en abstracto, como un principio prevalente que se expresa en diferentes niveles: (i) principio regulador de la normativa de los derechos del niño que “irradia” efectos en la interpretación de los demás derechos, (ii) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto, (iii) un criterio que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos¹²², (iv) un derecho complementario, por el que el estado debe asumir su posición de garante [de los derechos] con mayor cuidado y responsabilidad, (v) una orientación para tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos, (vi) identifica la prevalencia del interés superior con la satisfacción de todos los derechos de la infancia y adolescencia, y (vii) la necesidad de que los procedimientos administrativos y judiciales en que se encuentran involucradas personas menores de edad sean manejados con diligencia y celeridad excepcional.

Apenas en el año 2012 la Corte examinó, por primera vez, aspectos

120 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408. Este caso se refiere a los homicidios recurrentes de mujeres en ciudad Juárez, los que la Corte consideró eran resultado de una cultura de discriminación contra la mujer y por tanto eran considerados delitos basados en la condición de género.

121 En un sentido parecido se ha expresado la Corte en los casos De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 257.

122 En la Opinión Consultiva, OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional de 19 de agosto de 2014, se desarrolla esta idea de forma amplia “Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación. Al interpretar las disposiciones traídas a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños”; “Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.”. Párrafos 69 y 70.

específicos de la aplicación del interés superior en la sentencia del Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile¹²³.

El caso resuelto se refiere a la decisión tomada por la Corte Suprema de Chile de conceder la tenencia de las tres hijas de la señora Atala Riffo al padre en base a las siguientes consideraciones:

“i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales...”¹²⁴.

La Corte afirma que el objetivo general de proteger el interés superior del niño es -en sí mismo- un fin legítimo e imperioso, recuerda que es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades para asegurar la prevalencia del interés superior se requiere “cuidados especiales” y “medidas especiales de protección”¹²⁵; esa medidas especiales y diferenciadas deben adoptarse “...en atención particular de la persona titular de derechos y del interés superior del niño...”¹²⁶.

La determinación del interés superior, en los casos de cuidado y custodia de menores de edad, debe hacerse (i) a partir de la determinación de daños o riesgos reales y probados, no especulativos e imaginarios por lo que no son admisibles “las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales”¹²⁷; (ii) el interés superior ,en abstracto, es un fin legítimo e imperioso, pero la sola referencia al mismo sin probar en concreto los riesgos o daños que podría conllevar cierta situación no puede servir para la restricción de un derecho protegido¹²⁸; (iii) los daños alegados deben ser concretos, específicos y sustentarse en evidencia técnica, en dictámenes de expertos e investigadores¹²⁹; (iv) se resalta la importancia de la participación del

123 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

124 *Ibid.*, párrafo 64.

125 *Ibid.*, párrafo 108.

126 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párrafo 107.

127 Caso Atala Riffo, Ob. Cit., *Ibid.*, párrafo 109.

128 *Ibid.*, párrafos 108 y 110.

129 *Ibid.*, párrafo 131.

niño en la determinación de su interés superior¹³⁰, para ello debe darse la oportunidad al niño o niña que exprese su opinión y que esta sea valorada de acuerdo a su edad y madurez; y, (v) debe demostrarse una relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (el retiro de la custodia) y el fin perseguido (la protección del interés superior del niño), en particular cuando la medida implique la restricción del derecho o derechos de sus progenitores¹³¹.

La Corte considera que el interés superior se sustenta en la dignidad misma del ser humano y de las características propias de los niños, en su aplicación se debe propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, a partir de la prevalencia de sus intereses que debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores de edad.

En los casos concretos en que se aplica es necesario evaluar los daños concretos a los que se enfrentan los menores de edad, no daños especulativos, especialmente si esto implica la limitación de otros derechos ya que debe demostrarse una relación de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido. Es una obligación de las autoridades dar la oportunidad a los niños y niñas emitir su opinión y que la misma sea considerada en función de su edad y madurez.

En la Opinión Consultiva 21/14, al considerar las políticas migratorias del Estado y su relación con el interés superior del niño, recuerda que este principio rige cualquier decisión que implique la limitación del ejercicio de cualquier derecho, recuerda lo ya establecido en la OC/17 en cuanto “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”¹³²; al referirse a la separación la Corte determina que la misma debe proceder exclusivamente en interés del niño, son excepcionales y temporales¹³³.

En cuanto a los requisitos, que deben satisfacer las decisiones de expulsión de uno o ambos progenitores de un niño, en la OC-21 la Corte deja en claro que la decisión, la medida, puede ser tomada si está prevista en una ley y siempre que cumpla los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En cuanto a la idoneidad esta medida debe cumplir un fin legítimo (un “interés público imperativo”); en cuanto a la necesidad, esta medida debe ser la menos gravosa respecto a los derechos del niño,

130 *Ibíd.*, párrafo 199.

131 *Ibíd.*, párrafos 131 y 166.

132 OC-17, Ob. Cit, párrafo 73 y OC-21, Ob. Cit, párrafo 273.

133 *Ibíd.*

en especial el derecho a la unidad familiar; y, debe ser “proporcionada en sentido estricto”, por tanto “deber ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente a logro del objetivo legítimo”, al evaluar los intereses en conflicto el interés superior debe ser “una consideración primordial”, ya que en abstracto –dice la Corte- la expulsión de uno a ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino afectarían se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos”¹³⁴.

El interés superior conlleva obligaciones adicionales para el Estado, debe considerarse la necesidad de cuidados y medidas especiales que se sustentan en la situación específica en la que se encuentran los niños, en consideración a su debilidad, inmadurez o inexperiencia, esto genera una obligación de ponderar, no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en las que se halla el niño toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho.

4.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el interés superior del niño o interés del niño

Hay quien afirma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado un derecho de familia “pedocéntrico”¹³⁵, esto pese a que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos no contiene una norma específica referida a los derechos de los niños¹³⁶.

134 *Ibíd.*, párrafos 275, 276, 277.

135 Presno Linera, M.A., *Derecho europeo de familia*, publicado en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 22, Pamplona, 2008. p. 14, consultado en http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf, último acceso el 2 de julio del 2012. p. 14; Dekeuwer-Défossez, F., *Le droit au respect de la vie familiale su sens de la Convention européenne des droits de l’homme: conclusions*, L’Harmattan, p. 403.

136 Pese a esta carencia de regulación específica sobre derechos de los niños el Tribunal Europeo ya había resuelto un caso en que se trató sus derechos en el año 1979. En el caso *Marckx v. Bélgica* se pronunció en el sentido de que la diferencia de estatus legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio era una violación al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que trata sobre el derecho a la vida en familia, y que la aprobación por parte del Consejo de Europa de la Convención Europea sobre la situación legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio en el año 1975 demostraba que existía un reconocimiento cada vez mayor de la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. SSTEDH, caso *Marckx c. Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979.

El TEDH para resolver los casos referidos a la infancia ha aplicado, en especial, los artículos 8¹³⁷ y 12¹³⁸ que establecen –el primero- el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, y en el segundo el derecho a casarse y a fundar una familia. Así mismo en varios casos el artículo 5.1.d¹³⁹ que determina la posibilidad de que un menor de edad sea detenido por medio de una orden legal con el fin de vigilar su educación, o su detención con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

Dos de sus protocolos adicionales contienen disposiciones directamente relacionadas a los niños, así el Protocolo 1¹⁴⁰ en su artículo 2¹⁴¹ establece el derecho a la instrucción y que los padres tienen derecho a asegurar esta educación de acuerdo a sus convicciones filosóficas y religiosas; y, en el artículo 5¹⁴² del Protocolo 7¹⁴³ se determina la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges entre ellos, respecto a sus hijos sin importar el estatus como pareja, sin perjuicio de que el Estado tome las medidas “que fueran necesarias persiguiendo el interés de los niños”.

El TEDH acude de manera permanente a la CDN para interpretar el CEDH, esto por la amplia ratificación de ese instrumento muchos de los casos relacionados al niño y su familia, los castigos físicos o a la justicia penal juvenil ponen de relieve la importancia del interés superior del niño para la protección de los derechos¹⁴⁴.

137 “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”.

138 “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

139 “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] d. Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente...”.

140 Consejo de Europa, 20 de marzo de 1952.

141 “Artículo 2. Derecho a la instrucción

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”.

142 “Los cónyuges disfrutarán de iguales derechos y responsabilidades de derecho privado entre ellos y respecto de a sus hijos, al casarse, durante el matrimonio y en el caso de su disolución.

Este artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas que fueran necesarias persiguiendo el interés de los niños.”.

143 Consejo de Europa, 1 de noviembre de 1988

144 Kilkelly, U., The best of both world’s for children’s rights? Interpreting the European Convention on the Human Rights in the light of the UN Convention on the Rights of the Child, publicado en Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 2, Mayo 2001, pp. 308-326.

El TEDH considera que la CEDH debe interpretarse de conformidad con los principios del derecho internacional, en particular de la CDN, instrumento que desde su aprobación ha convertido al “interés superior del niño” en el objetivo principal de todas las cuestiones que le conciernen, en el sentido de la Convención de Nueva York, han sido de suma importancia en cuestiones relacionadas a su protección infantil, teniendo en cuenta el desarrollo del niño en su entorno familiar, ya que la familia constituye un “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento de la [del niño] y el bienestar”, para citar el preámbulo.

El TEDH ha considerado que el interés superior puede comprender varios elementos. Al tratar temas vinculados a la custodia de los hijos considera que tiene un doble sentido: en primer lugar, la obligación de garantizar que el niño se desarrolle en un medio ambiente sano y que los padres no pueden tomar medidas que perjudiquen su salud y desarrollo; en segundo lugar, para mantener sus lazos con su familia, excepto en los casos en que la familia ha demostrado no son particularmente aptos, ya que cortar esos lazos significa quitar al niño de sus raíces¹⁴⁵.

En el caso *Neulinger y Shunk c. Suiza* se reitera esto “...el Tribunal señala que a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, «el interés superior del menor» es el objetivo central de protección de la infancia...”¹⁴⁶.

El “interés superior del niño debe ser la consideración primordial”¹⁴⁷ en los casos en que debe decidirse sobre su custodia o los temas relacionados a la familia por ello: determinar “lo que es el mejor en el interés del niño es de vital importancia en todos los casos de este tipo”¹⁴⁸, encontrándose ese interés por encima de cualquier otra consideración¹⁴⁹.

La determinación de los “mejores intereses” del niño que debe hacerse en cada caso, teniendo el Estado un cierto margen de apreciación para evaluarlos¹⁵⁰. Para realizar esta determinación las “autoridades nacionales deben establecer un justo balance entre los intereses del niño y el de los padres y que, en el proceso de ponderación se debe dar especial

145 Cfr. SETDH, *Caso Maumousseau and Washington C. France*, Sentencia de 6 de diciembre 2006, párrafos 65-68.

146 STEDH, *Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza*, Sentencia de 6 de julio del 2010, párrafo 74.

147 *Ibíd.*, párrafo 134. En el mismo sentido: *Gnavoré c. Francia*, Sentencia de 19 de septiembre del 2000, párrafo 59; *Caso Veljkov c. Serbia*, Sentencia de 19 de abril del 2011, párrafo. 94.

148 STEDH, *Caso Sommerfeld c. Alemania*, de 8 de julio del 2003, párrafo 62.

149 STEDH, *Caso Johansen c. Noruega*, de 7 de agosto de 1996, párrafo 78; *E. P. c. Italia*, de 16 de noviembre de 1999, párrafo 62; *Caso M.P. c. Bulgaria*, Sentencia de 15 de noviembre 2011, párrafo 116.

150 STEDH, *Caso Neulinger y Shuruk*, de 6 de julio del 2010, párrafo 138; *Hokkanen c. Finlandia*, Sentencia de 23 de septiembre de 1994, párrafo 55; *Tiemann c. Francia y Alemania*, Sentencia de 27 de abril del 2000.

importancia al interés superior del niño, él que por su naturaleza y seriedad puede anular al de los padres”¹⁵¹.

En materia de custodia de menores de edad, el Tribunal considera que el “interés del menor” tendría algunas finalidades: (i) garantizarle un desarrollo en un ambiente sano, por lo que un progenitor no estaría autorizado a tomar medidas perjudiciales para su salud y desarrollo; (ii) mantener la relación con la familia, excepto en los casos que se haya demostrado ser particularmente indigna, ya que esta relación equivale a desarraigar al menor de edad¹⁵²; y, (iii) crecer en un entorno que le permita mantener un contacto regular con sus dos progenitores¹⁵³.

Como favorable al interés del niño el TEDH considera la importancia de reconocer las relaciones familiares naturales (parentesco biológico) y los lazos familiares jurídicos, incluso en casos donde no existen estos nexos porque son familias de hecho.

A propósito de esto PRESNO LINERA¹⁵⁴ hace un interesante resumen de cómo ha tratado el tema la Corte, lo que puede dar cuenta de la forma en que las particularidades del caso pueden determinar diferentes formas de satisfacer, en esta materia, el interés superior, por ejemplo, a) dando preeminencia a la apariencia de vida familiar ante la ausencia de parentesco jurídico y biológico; b) atendiendo el parentesco biológico o jurídico cuando la falta de convivencia se ha producido contra la voluntad del progenitor (entrega en adopción sin conocimiento del padre); y, c) privilegiando la relación familiar adoptiva por sobre la biológica por considerar que existían lazos consolidados.

El Tribunal, en fallos recientes, considera al artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos es el que exige a “las autoridades nacionales deben buscar el justo equilibrio entre los intereses del niño y los de sus progenitores y que, en este proceso de equilibrio, debe darse particular importancia al mejor interés del niño”¹⁵⁵.

En el caso *Saleck Bardi c. España* el Tribunal reconoce lo difícil que puede ser, en ocasiones, conciliar los diferentes intereses en juego (en ese caso

151 STEDH, *Caso Sommerfeld c. Alemania*, de 8 de julio del 2003, párrafo 64; *Caso Elsholz c. Alemania*, de 13 de julio del 2000, párrafo 50; *TP y KM c. Reino Unido*, de 10 de mayo del 2001, párrafo 71; *Ignaccolo-Zenide v. Rumania*, de 25 de enero del 2000, párrafo 94.

152 *Ibíd.*, párrafo 75.

153 *Ibíd.*, párrafo 91.

154 Presno Linera, M. A., “Derecho europeo de familia...”, *Ob. Cit.*, p. 15

155 STEDH *Caso M.P. c. Bulgaria*, Sentencia de 15 de noviembre 2011, párrafo 128. En el mismo sentido *Elsholz c. Alemania*, 13 de Julio del 2000, párrafo 50 y *Ignaccolo-Zenide c. Rumania*, de 25 de enero del 2000, párrafo 94.

el de la menor, su madre y la familia de acogida), pero en el “ejercicio de ponderación de los distintos intereses, la consideración primordial ha de ser el interés superior del menor”¹⁵⁶, en el mismo sentido que se había pronunciado previamente en el caso Moretti y Benedetti c. Italia¹⁵⁷ y Shwizgenel c. Suiza¹⁵⁸.

En la jurisprudencia relativa a la restitución internacional de menores de edad ha determinado que la evaluación del interés superior debe hacerse desde “una perspectiva de desarrollo personal, que depende de una variedad de circunstancias individuales, en particular, su edad y nivel de madurez, la presencia o ausencia de sus padres y su entorno y experiencias”¹⁵⁹.

En esta materia el TEDH deja en claro que el “«interés del superior del menor» es el objetivo central de protección de la infancia, que busca la plenitud del niño en el seno de la familia, ya que la familia constituye «un grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para [su] crecimiento y [su] bienestar», según los términos del preámbulo de esta Convención...”¹⁶⁰.

Los casos citados dan cuenta de la importancia del interés del niño en las decisiones del Tribunal Europeo y como su consideración en cada caso, atendiendo a las particularidades de estos inciden en las soluciones que se formulan.

5. ¿Niño, niña y adolescente o menor?

A lo largo de este trabajo se usa de forma indistinta menor y niñez y adolescencia, otorgándole preferencia a la segunda; si bien en España el uso de la categoría menor de edad, para referirse a un estado civil de las personas debajo de cierta edad¹⁶¹, no es objeto de discusión en la doctrina especializada y es utilizado de manera extensiva en toda la legislación¹⁶², en América Latina existe un amplio debate, a raíz de la entrada en vigor de la CDN, sobre el uso de la categoría “menor de edad”, de hecho no se lo utiliza en ninguna de las legislaciones más recientes y ha sido reemplazado

156 STEDH, Caso Saleck Bardi c. España, Sentencia de 24 de mayo del 2011, párrafo 55.

157 STEDH, Caso Moretti y Benedetti c. Italia, Sentencia de 27 de abril del 2010, párrafo 67: “La Cour observe que l'on se trouve, dans ce type d'affaire, en présence d'intérêts difficilement conciliables à savoir ceux de l'enfant et des deux familles en cause. Dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.”.

158 STEDH, Caso Shwizgebel c. Suiza, Sentencia del 10 de junio del 2010.

159 STEDH, Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, párrafo 138.

160 *Ibid.*, párrafo 74.

161 *Ibid.*, pp. 169 y ss.

162 Sirva de ejemplo la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

por el uso de las categorías niñez y adolescencia. Es decir, se considera que este uso de estas categorías se deriva de la aplicación correcta, o no, de la CDN.

Se critica el uso de la palabra menor como parte de los cuestionamientos que se hace a las legislaciones dirigidas a las personas menores de 18 años, aprobadas en toda América Latina en un lapso de 20 años, en las primeras décadas del siglo pasado (de 1919 a 1939), siguiendo como ejemplo la creación del primer Tribunal de Menores en los Estados Unidos de América (Chicago, Illinois) en 1899¹⁶³.

Por medio de esas legislaciones, afirman algunos autores, se estableció una “segregación” en el “universo” de la infancia-adolescencia, en palabras de GARCÍA MÉNDEZ “aquella porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o de condición social entre en contacto con la compleja red de mecanismos de la caridad-represión, se convertirá automáticamente en ‘menor’”¹⁶⁴, esto a diferencia de los niños y adolescentes a quienes caracteriza como aquellos que tienen:

...sus necesidades básicas satisfechas (...).Sus eventuales conflictos con la ley (civil o penal), se dirimen por otras vías normativas y judiciales, o en el caso de constituirse en sujeto activo de la violación de dispositivos penales, la amplitud de las disposiciones jurídicas y el poder discrecional del juez, les evitan, en general, ulteriores complicaciones, pudiendo perfectamente evadir los circuitos judiciales en cuanto autores de una infracción penal. Para estos adolescentes, la impunidad resulta la cara opuesta y complementaria de la arbitrariedad.

GARCÍA MÉNDEZ recomienda, que una de las medidas para la adecuación “sustancial” de las legislaciones nacionales a la Convención sobre los Derechos del Niño, se evite el uso del término menor debido a que esas nuevas legislaciones son para el “conjunto de la infancia-adolescencia” y porque el concepto esta “cargado de contenidos estigmatizantes”. Para ello

163 A propósito de esto es posible encontrar amplia literatura. Los trabajos principales –y más influyentes- en español son las del argentino Emilio García Méndez. Muchos de sus artículos se encuentran compilados en varias obras, para el presente trabajo he utilizado la compilación contenida en el libro Derecho de la Infancia y Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral, Ediciones Forum Pacis, Bogotá, 1994. Otros trabajos son los del brasileño Edson Sêda, A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do Novo Direito da Criança e do Adolescente na América Latina, Edição Adês, Tercera edición ampliada, Sao Paulo, 1995 (De éste libro existen dos ediciones anteriores con el nombre de “A Criança e o Direito Alternativo”); el libro Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos, García Méndez, E., Bianchi, M. (compiladores), Editorial Galerna, Buenos Aires, 1991 (este libro es una recopilación de las presentaciones hechas en el Seminario Latinoamericano “Infancia, Situaciones de Riesgo y Políticas de Prevención en América Latina en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, realizado en Buenos Aires entre el 10 y 14 de septiembre de 1990).

164 García Méndez, E., Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina, publicado en el libro Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos, García Méndez, E., Bianchi, M. (compiladores), Editorial Galerna, Buenos Aires, 1991, p. 14.

debe introducirse como “jurídicamente relevante, la distinción de la que da cuenta los avances de la psicología evolutiva”, así, se debe «reconocer al niño como todo ser humano hasta los 11 años de edad y al adolescente como todo ser humano de 12 a 18 años incompletos»¹⁶⁵.

El impacto de esta afirmación es tan relevante, que en prácticamente la totalidad de los países latinoamericanos se usa la categoría niñez y adolescencia, todas ellas aprobadas bajo el influjo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶⁶, lo que no implica haberse reemplazado para todos los efectos al concepto menor de edad, ya que en la mayoría de países es posible encontrar el concepto en las normas civiles.

Este debate cobró tal relevancia que incluso se reflejó en la Opinión Consultiva 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁷. Varios amicus curae solicitaron que la Corte se pronuncie sobre la diferencia o la citaron expresamente¹⁶⁸.

La Corte decidió no pronunciarse sobre este tema, realizando una referencia general y afirmando que es suficiente, para los fines de la Opinión Consultiva, establecer las diferencias que existen entre “mayores y menores de 18 años”¹⁶⁹, en tanto determina la capacidad de actuar o de obrar como el criterio central, caracterizando a un menor de edad como aquel que no posee esta capacidad y se encuentra sujeto a autoridad parental o cualquier forma de tutela o representación:

165 Ibid., p. 162

166 Baratta escribe a propósito de las razones del cambio del lenguaje, lo siguiente: “La doctrina de la protección integral, que encontró su espacio en la Convención [de los Derechos del Niño] y en los documentos de las Naciones Unidas que le han precedido, constituye también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa. No sólo cambio profundamente el concepto y el papel de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje, lo cual constituye una señal relevante de la transformación en el plano normativo. Se habla y se escribe siempre menos de “menores”, y siempre más de infancia, de niños, adolescentes y de sus derechos.” Baratta, A., *Infancia y Democracia*, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo I, Editorial Temis, 2004, tercera edición, p. 37. (pp. 27 a 53)

167 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002 sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Se puede consultar el texto completo en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

168 A manera de ejemplo se puede ver la posición del Instituto Interamericano de Derechos del Niño (p. 6 OC/17); del Estado de Costa Rica (p. 14 OC/17); de la Federación coordinadora de organizaciones no gubernamentales de Nicaragua (p. 28), No obstante países como México consideraban que el concepto menores “resulta más preciso para referirse a este sector de la población” (OC/17 p. 16). CIDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto del 2002, Serie A, No. 17

169 “La CIDH no entrará a considerar en este momento las implicaciones de las diversas expresiones con que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años. En algunos de los planteamientos formulados por los participantes en el procedimiento correspondiente a esta Opinión, se hizo notar la diferencia que existe entre el niño y el menor de edad, desde ciertas perspectivas. Para los fines que persigue esta Opinión Consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años”. OC/17, Ob. Cit., Párrafo 40:

*La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.*¹⁷⁰

Al no existir una definición de niño en la normativa interamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷¹ (al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) ha hecho suya la definición de niño contenida en el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño. La Corte usó por primera ocasión la definición en el llamado caso de los “Niños de la Calle”¹⁷².

La Corte, en la citada Opinión Consultiva 17, asume esta definición “... tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”¹⁷³, aclarando el término niño abarca “... evidentemente [a] los niños, niñas y adolescentes”¹⁷⁴.

De esta manera, en mi opinión, se introduce en la mayoría de estados latinoamericanos una diferencia entre el estado civil de menor de edad, y por tanto todos los aspectos jurídicos derivados de esa posición jurídica en cuanto se determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, frente a la condición de niños, niñas y adolescentes que define a los sujetos de una normativa específica por medio de la que les atribuye derechos y obligaciones, sin determinar su capacidad de ejercicio

170 OC/17, Ob. Cit., párrafo 41.

171 A nivel europeo la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño usa el mismo concepto al establecer en su artículo 1 que “This Convention shall apply to children who have not reached the age of 18 years”. En la Carta Africana sobre Derechos y Bienestar de los Niños fija la misma edad en su artículo 2 “Article II: Definition of a child for the purposes of this Charter, a child means every human being below the age of 18 years”.

172 “El artículo 19 de la Convención Americana no define que se entiende por ‘niño’. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño, considera como tal (artículo 1) a ‘todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad.” CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párrafo 188. En el mismo sentido Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 8 de julio del 2004, Serie C, No. 110, párrafo 2; y, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párrafo 133.

173 OC/17, Ob. Cit., párrafo 42.

174 OC/17, Ob. Cit., nota 45.

o de hecho en términos generales, lo que se establece en los códigos civiles de cada país cuando se define quienes son menores de edad, o quienes son incapaces como en el caso del Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia.

La capacidad de derecho o de goce, entendida como la capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones (es decir la capacidad jurídica) se deriva de su condición de seres humanos sin requisito adicional alguno, contando las personas menores de 18 años de edad con una protección especial “reforzada”¹⁷⁵. A su vez, las restricciones a la capacidad de obrar, que tienen que ver con su capacidad limitada, son consideradas como instituciones protectoras derivadas del reconocimiento de una situación de hecho, la “facultad reflexiva o racional” para decidir sobre los negocios jurídicos, esto debido a que no pueden entender lo que les conviene o perjudica¹⁷⁶.

Esta última afirmación es incorrecta cuando se la quiere aplicar de manera indiferenciada a todas las personas de menos de 18 años, la propia Convención sobre los Derechos del Niño ha introducido claramente la noción de “ejercicio progresivo” de los derechos¹⁷⁷, la obligatoriedad de que la opinión sea escuchada y tomada en cuenta en función de la edad y madurez en todos los asuntos que les afecten¹⁷⁸, a su vez que las legislaciones nacionales han ampliado sus competencias y han introducido un número mayor de excepciones a la incapacidad derivada de la edad, especialmente a partir de cierta edad¹⁷⁹.

Esta distinción entre menores de edad en el campo civil para la determinación de la capacidad legal, y niños, niñas y adolescentes para ser sujetos de legislaciones especializadas, se encuentra presente en las legislaciones de los países andinos, pero no en España. Para ejemplificar este trato diferenciado analizo las legislaciones boliviana, colombiana, peruana, ecuatoriana y española.

5.1 Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia ha reformado en tres ocasiones totalmente su legislación de infancia y adolescencia a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el año 2014 promulgó

175 CCC sentencias: C-507/2004, C-534/2005,

176 CCC, sentencia C-534/2005 párrafos 12 y 39.

177 Artículo 5.

178 Artículo 12.

179 Este es el caso de la legislación ecuatoriana que reconoce la capacidad de los adolescentes representantes de organizaciones a realizar negocios jurídicos, sin necesidad de representación o autorización, cuando la hacen en calidad de representantes de la misma. La norma establece una doble capacidad, la representar a un ente colectivo y la de adquirir obligaciones en su nombre.

el Código de la Niña, Niño y Adolescente que abrogó al Código del Niño, Niña y Adolescente¹⁸⁰ aprobado en el año 1997 y vigente desde el año 1999, que a su vez abrogó el Código de Menores que había sido aprobado en 1992¹⁸¹.

La explicación para primera reforma post CDN es que esa normativa no se adecuaba de manera completa a la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸². Una de las “deficiencias” es el uso del concepto menor. SUXO ITURRY considera que el Código de Menores de 1992, desde su nombre:

...arrastra toda la estigmatización que existe con relación a este término de ‘menor’ ya que en Bolivia cuando nos referimos a ‘menores’ trabajadores, menores de la calle, menores infractores, etc., pero en momento alguno, no se denomina por ejemplo ‘médico de menores’ o los menores del colegio privado NN participaron en un evento en el Club de Feria, por lo que es una manera de discriminar a los niños y a los menores pobres¹⁸³.

DÁVALOS VELA, crítica el uso de la categoría menor en esa normativa porque “...considera que un niño es un ser humano en proceso de desarrollo que atraviesa distintas etapas evolutivas, y que se requiere un tratamiento diferenciado de acuerdo al grado de su desarrollo”¹⁸⁴.

El Código del Niño, Niña y Adolescente, en su artículo 2, definía a “niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos”¹⁸⁵.

180 Ley No. 2026 de 14 de octubre de 1999.

181 Ley No. 1403 de 18 de diciembre de 1992.

182 Más adelante volveré sobre el tema para profundizar sobre las bases doctrinarias de la reforma más reciente y su impacto en la forma en que se regula el interés superior. Se puede revisar sobre este tema los siguientes trabajos: Vásquez Villamor, L., Comentario al proceso de reforma legislativa en Bolivia, pp. 125 a 134; y, Suxo Iturry, H., Comentario a la Reforma legislativa sobre el niño, niña y adolescente en Bolivia, pp. 135 a 138, los dos publicados en la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo I, Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Segunda Edición, 1999. Sobre el Código del Niña, Niña y Adolescente existe un análisis en Dávalos Vela, G. y Eguez Vidal, R., El proceso de reforma legislativa en Bolivia, publicado en la tercera edición de la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo I, Editorial Temis, 2004, pp. 159 a 175.
Vásquez Villamor, L., “Comentario...”, Ob. Cit., pp. 126 y ss.

183 Suxo Iturry, H., “Comentario...”, Ob. Cit., p. 136.

184 Dávalos Vela, G., Comentario al proceso de reforma legislativa en Bolivia, publicado en la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, p. 204.

185 Vásquez villamor, L., “Comentario...”, Ob. Cit., p. 129 afirma que el Código del Niño, Niña y Adolescente es un “...cuerpo legal que establece y regula normas para todo el universo de niños, niñas y adolescentes del país, sin ningún tipo de discriminación, con lo que supera la estigmatización y violencia de la que han sido víctimas los llámanos ‘menores’”. El mismo autor explica el uso del femenino niña por el “... cumplimiento del principio de igualdad, toda vez que uno de los grandes problemas de falta de equidad, el diluir la especificidad de la mujer en todo lo masculino o lo neutro desde su nacimiento...”, Idem.

En el Código de la Niña, Niño y Adolescente se mantiene las mismas edades con unos cambios menores de redacción, pero introduciendo el concepto “etapas de desarrollo”:

Artículo 5. (SUJETOS DE DERECHOS). Son sujetos de derechos del presente Código, los seres humanos hasta los dieciocho (18) años cumplidos, de acuerdo a las siguientes etapas de desarrollo:

- a) Niñez, desde la concepción hasta los doce (12) años cumplidos;
- b) Adolescencia, desde los doce (12) años hasta los dieciocho (18) años cumplidos.

Además se incorpora dos nuevas “edades”, en el artículo 6: primera infancia, comprendida desde el nacimiento hasta los cinco años; e infancia escolar, entre los seis y los doce años.

En el Código Civil (artículo 4) determina que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años cumplidos¹⁸⁶ y en consecuencia la “capacidad para realizar por sí mismo todos los actos de la vida civil”. En el artículo siguiente se determina que los menores de edad son incapaces de obrar, estableciéndose dos excepciones a la regla general: el ejercicio por cuenta propia de la profesión para la cual se haya habilitado mediante un título expedido por universidades de educación superior o especial; y, para la administración y disposición del producto de su trabajo¹⁸⁷.

En el Código de Familia¹⁸⁸ se permite el matrimonio de los hombres mayores de 16 años y de las mujeres mayores de 14 años¹⁸⁹.

La existencia de estas edades para contraer matrimonio ha sido observado -de manera reiterada- por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como violatorio al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹⁰.

186 Ley No. 2089 de 5 de mayo del 2000 que reformó el artículo 4 del Código Civil. Hasta la reforma la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años.

187 Artículo 5 del Código Civil Boliviano.

188 Ley No. 996 de 4 de abril de 1988.

189 “El varón antes de los dieciséis años cumplidos y la mujer antes de los catorce años cumplidos, no pueden contraer matrimonio” (artículo 44). En España los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio (art. 46.1 CC), pero cabe la dispensa otorgada por el Juez de 1era. Instancia de este impedimento si el menor tiene 14 años (art. 48.2 CC).

190 CRC, Observaciones y Recomendaciones al Cuarto Informe del Estado Plurinacional de Bolivia al Comité de los Derechos del Niño contenido en el documento CRC/C/BOL/C/4 de 16 de octubre del 2009, párr. 7 y 8; Observaciones al Tercer Informe de Bolivia al CRC contenido en el documento CRC/C/15/Add.256 de 11 de febrero del 2005, párr. 23; Observaciones al Segundo Informe de Bolivia al CRC contenido en el documento CRC/C/15/Add.95 de 26 de octubre de 1998, párr. 16; Observaciones al Primer Informe de Bolivia al CRC contenido en el documento CRC/C/15/Add.1 de 18 de febrero de 1993, párr. 8.

Debe entenderse que todas estas edades han sido abrogadas por el Código de la Niña, Niño y Adolescente de acuerdo a su disposición abrogatoria que considera abrogadas “Todas las disposiciones contrarias al presente Código”; además de contener una disposición derogatoria en el mismo sentido.

5.2 Colombia

Si bien en Colombia -al igual que en Ecuador y Bolivia- se había aprobado un “nuevo” Código de Menores en el año 1989¹⁹¹, esta reforma no se dirigió a la adecuación de la normativa nacional a la Convención sobre los Derechos del Niño^{192 y 193}. Esta ley entró en vigor en ese país el año 1991¹⁹⁴.

El Código de Menores fue criticado por su adscripción a una visión de infancia incompatible con la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹⁵, reprochado por la pervivencia de la categoría menor, la que se decía, debía ser reemplazada por la de niño y adolescente¹⁹⁶.

Esta categoría se introdujo en el año 2006, por medio del “Código de la Infancia y la Adolescencia”¹⁹⁷ que en su artículo 3 determina que “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña a las personas entre los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.

La colombiana GALVIS ORTIZ afirma, en mi opinión equivocadamente, que la:

...categoría ‘menor’ [...] ha salido del glosario de los derechos porque, en opinión de los especialistas, es una forma discriminante de dirigirse a una población desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹⁸.

Confunde el hecho de que en América Latina esa categoría tenga un uso

191 Decreto 2737 de noviembre de 1989.

192 Tejeiro López, C.E., *Teoría general de niñez y adolescencia*, Cátedra Ciro Angarita, Bogotá, 1998, pp. 31 y ss.

193 Un amplio relato sobre el proceso de evolución normativa que terminó con la aprobación del Código de Menores se puede encontrar en Pérez Pinzón, A.O. y Muñoz Gómez, J.A., *Desarrollo de los tribunales de menores en Colombia: tendencias y perspectivas*, en García Méndez, E. y CARRANZA, E. (editores.), *Del revés al Derecho*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 155 a 186.

194 Ley 12/1991.

195 Tejeiro López, C.E. *Comentario al proceso de reforma legislativa en Colombia*, publicado en la obra colectiva: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, pp. 267 a 282.

196 *Ibíd.*, pp. 26 y ss.

197 Ley No. 1098 de 8 de noviembre del 2006.

198 Galvis Ortiz, L., *Las niñas, los niños y los adolescentes: titulares activos de derechos*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2006, p. 112.

estigmatizante, y con una carga emotiva negativa, con un supuesto desuso del mismo, de hecho la misma legislación colombiana sigue usando la categoría para referirse al estado civil de menor de edad en el artículo 34 del Código Civil:

Llamase infante o niño, a todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menores de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos¹⁹⁹.

La configuración de este artículo se ha dado por medio de la Ley 27 de 1977 que estableció la mayoría de edad a los 18 años y eliminó parcialmente la institución conocida como habilitación de edad que contenía el segundo inciso de la norma²⁰⁰.

En el año 2005 la Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable (inconstitucional) parte del artículo 34 del Código Civil, al considerar que la diferencia de dos años para ser considerados menores púberes entre hombres y mujeres, así como los efectos derivados de esa diferencia no tenían justificación razonable al no tener por objetivo la protección²⁰¹, y se considera a la disposición como discriminatoria.

Previamente dicha Corte, en el 2004, había declarado inexecutable por considerar que las diferencias de edad basadas en razones de género, como la que contenía en el numeral segundo del artículo del artículo 140 del Código Civil era contraria a las disposiciones que prohíben la discriminación en los artículos 13 y 43 de la Constitución colombiana²⁰².

199 El texto original del artículo era “Llamase infante o niño, a todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el [varón] que no ha cumplido catorce años [y la mujer que no ha cumplido doce años]; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menores de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”. Las expresiones que están en corchetes fueron declaradas inexecutable (inconstitucionales) por la CCC, mediante sentencia C-534 de 24 de mayo del 2005.

200 La habilitación por edad era una de las excepciones contenidas en el Código Civil colombiano a la incapacidad de obrar de los menores de 18 años. Algunos autores como Gustavo Contreras, Álvaro Tafur Arturo Castro sostienen que la reforma de 1977 eliminó totalmente esta figura, sin embargo dos artículos del Código Civil colombiano aún la regulan. El artículo 294 reza “El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial”, en tanto que el inciso tercero del artículo 1504 establece “Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad...”. Sobre este debate se puede revisar Angarita Gómez, J., Derecho Civil: parte general y personas, Tomo I, segunda edición, Temis, Bogotá, 1998, pp. 256 a 260.

201 CCC, Sentencia C-534 del 2005, párrafos 45, 52, 54, 58, 59 y 63.

202 CCC, Sentencia C-507 del 2004.

La norma impugnada declaraba nulo el matrimonio si el contrayente varón era menor de 14 años y la contrayente mujer menor de 12 años.

5.3 Ecuador

En Ecuador se dio una situación parecida a la boliviana. Se aprobó un “Código de Menores” en el año 1992 que se decía estaba dirigido a “compatibilizar” la legislación ecuatoriana a la CDN²⁰³.

Al igual que en Bolivia se presentaron una serie de críticas a ese cuerpo normativo por considerar que no existía tal adecuación²⁰⁴, una de ellas se refiere al que se mantuvo el uso de la categoría menor, por considerar que se “...discrimina entre los niños y adolescentes pobres –los menores conflictivos, destinatarios-víctimas del sistema- y aquellos que tienen resueltas sus necesidades básicas, es decir los niños y adolescentes”²⁰⁵.

El artículo 4 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003²⁰⁶, que reemplazó al Código de Menores, establece que “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

Manteniéndose paralelamente el artículo 21 del Código Civil:

Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Como se puede ver no solo se mantiene la categoría menor de edad, además sigue usándose la pubertad para fijar de edades diferentes entre varones y mujeres para tratarlos como incapaces relativos, algo que ha sido observado reiteradamente por el Comité de los Derechos del Niño como discriminador:

El Comité está también preocupado por el uso del criterio biológico

203 El considerando tercero del Código de Menores de 1992, publicado en Registro Oficial No. 995 de 7 de agosto de 1992, establece “Que el Ecuador ha suscrito y ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es Ley de la República, y por tanto, lo obliga como Estado Parte a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos”; esto se complementa con el quinto considerando “Que el Código de Menores, dado el 2 de junio de 1976, mantiene una estructura y visión incompatibles con los principios internacionales que trae la Convención sobre los Derechos del Niño”.

204 Sánchez Cobo, F. y otros, Comentario al proceso de reforma legislativa en Ecuador, publicado en la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, pp. 473 a 490.

205 Parraguez Ruíz, L.S. y Simon Campaña, F., Comentario sobre la matriz legislativa del nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo I, Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Segunda Edición, 1999, p. 589.

206 Ley No. 100 de 3 de enero del 2003.

*de la pubertad para fijar distintas edades de madurez en los niños y las niñas. Esta práctica es contraria a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta al disfrute de todos los derechos. El Comité recomienda que el Estado Parte reexamine su legislación nacional para lograr su plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención.*²⁰⁷

En la revisión de los siguientes informes presentados por el Ecuador (segundo, tercero y cuarto informe) el Comité ha puesto énfasis en una consecuencia concreta de la distinción de edad en la legislación ecuatoriana –vigente hasta el momento²⁰⁸: las diferentes edades mínimas poder contraer matrimonio (12 años las mujeres, 14 los varones).

5.4 Perú

Al igual que en otros países de la región, en Perú se han dado dos reformas a la legislación de protección de infancia a partir de la década de los noventa del Siglo XX.

En el año 1993 entró en vigor el primer Código de Niños y Adolescentes²⁰⁹, que reemplazó al Código de Menores de 1962²¹⁰. Posteriormente, en el año 2000, se concretó una nueva reforma modificando el texto del año 93 por otro del mismo nombre, sin alterar la definición de niñez y adolescencia contenida en el artículo 1 del Código de los Niños y Adolescentes vigente²¹¹. En esta norma se define como “niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”.

El Código Civil²¹² peruano es el único de la Región Andina que no contiene un concepto de menor de edad para efectos generales Este cuerpo

207 Documentos del CRC con las observaciones y recomendaciones al Ecuador sobre el cumplimiento de la CDN: CRC/C/15/Add.93, párrafo 17, de 26 de octubre de 1998, en el que se examina el primer informe; CRC/C/15/Add.262, párrafos 26 y 27, de 13 de septiembre de 2005, que examina el segundo y tercer informe del Ecuador; y, CRC/C/ECU/CO/4, párrafos 32 y 33, de 2 de marzo del 2010, que examina el cuarto informe de Ecuador.

208 Se está tramitando una reforma al Código Civil en la que se busca subir la edad mínima para el matrimonio a los 18 años sin excepciones. Vid. <http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html> .

209 Decreto Ley No.26102 de 24 de diciembre de 1992. Entró en vigencia el 28 de junio de 1993. Este cuerpo normativo fue aprobado luego del golpe de Estado de Alberto Fujimori. En opinión de Vásquez y López este cuerpo normativo se redactó en apenas tres meses y tras un corto periodo de observaciones fue promulgado, todo esto debido al interés de ese gobierno de “...lograr la adhesión internacional a su gobierno y enarbolar la incorporación de derechos humanos”. Vásquez, G. y López, V., El proceso de reforma legislativa en Perú, publicado en la tercera edición de la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo II, Editorial Temis, 2004, p. 1318.

210 Ley 13968 de 2 de mayo de 1962.

211 Ley No. 27337 de 2 de agosto del 2000.

212 Decreto Legislativo No. 295 del 25 de julio de 1984.

normativo establece quienes tienen capacidad o incapacidad de ejercicio en función de la edad²¹³, no obstante en las normas que tratan la patria potestad se usa la distinción de mayores y menores de edad²¹⁴.

5.5 El Salvador

En El Salvador su legislación más reciente ha reemplazado parcialmente el uso del concepto menor de edad²¹⁵, en el inciso segundo del artículo 3 (Disposiciones generales) se establece que “Para los efectos de esta Ley, niña, niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”. En el Código Civil, el artículo 26, se define al menor de edad como el que no cumplido 18 años²¹⁶.

El artículo 345 del Código de Familia²¹⁷, un instrumento post CDN, establece que son “...menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario”.

La Ley Penal Juvenil²¹⁸, que reemplazó al Código de Menores vigente desde el año 1974, mantiene el uso de menor de edad para la aplicación de sus normas y para la regulación de sus instituciones. En el artículo 2 se usa el concepto menor en términos generales:

Esta Ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho.

Los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyere o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una

213 El artículo 42 establece que “Tienen capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º”; artículo 43 determina que “Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley [...]”; la incapacidad relativa se encuentra en el artículo 44 “Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad [...]”.

214 Por ejemplo el artículo 418: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. En esa normativa se hace la distinción entre el “menor capaz de discernimiento” (menor de 18 y mayor de 16 años), por ejemplo artículos 455, 457, 458 del Código Civil.

215 La LEPINA fue aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador el 26 de marzo de 2009.

216 “Llamase infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.”

217 Aprobado Decreto Legislativo N° 677 de 10 de noviembre 1993.

218 Decreto Legislativo N° 863, de fecha 27 de abril de 1994. Inicialmente fue aprobada bajo la denominación de Ley del Menor Infractor, en el año 2004 mediante Decreto Legislativo N° 395, publicado en Diario Oficial de 30 de julio del 2004.

infracción penal se le aplicarán las medidas establecidas en la presente Ley.

La conducta antisocial de los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los doce y dieciséis años de edad que constituya delito o falta se establecerá mediante el procedimiento regulado en esta Ley. Comprobados los hechos constitutivos de la conducta antisocial, el Juez de Menores resolverá aplicarle al menor cualesquiera de las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o de las medidas contempladas en esta Ley siempre que sean en beneficio para el menor.

Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

En El Salvador existe no existe unificación de la categoría niñez y adolescencia en su ordenamiento jurídico, como se puede verificar incluso normas post CDN mantienen el uso de la categoría menor de edad en forma conjunta a niños, niñas y adolescentes.

5.6 España

En España se usa de manera general el concepto menor de edad para referirse formalmente a un estado civil²¹⁹ que cubre la vida de una persona desde su nacimiento hasta los 18 años²²⁰, categoría que se establece a partir de la diferencia con la mayor edad. La mayoría de edad se determina constitucionalmente en el artículo 12²²¹. De igual forma en la primera parte del artículo 315 del Código Civil se dispone que la “Mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.

Se afirma que “...el contenido básico del régimen jurídico aplicable a los menores está conformado por dos elementos: la sujeción del menor a la institución protectora que corresponda y la limitación de su capacidad de obrar”²²². Obviamente en relación a la edad existen otros aspectos jurídicos relevantes como la edad de responsabilidad penal.

219 La relación entre el estado civil y la capacidad de obrar defendida por De Castro es desarrollado en Lázaro González, I. (coordinadora), *Los menores en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 39 y ss.

220 A propósito de la menor edad como estado civil en España se puede revisar De Castro Bravo, F., “Derecho Civil...”, tomo II, pp. 156 y ss.; Lázaro González, I. (coordinadora), “Los menores en...”, pp. 33-55; Lacruz Berdejo, J. L. et. altri, *Parte General del Derecho Civil*, tomo I, volumen II: *Personas*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 116 ss.

221 “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

222 Lázaro González, I., “Los menores de...”, p. 40.

Si bien no se encuentra en la doctrina española un debate sobre el uso del concepto menor de edad, JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS considera una incoherencia que para referirse a los que no son mayores de edad en el mundo jurídico existan “tres personajes” el niño, el menor, el hijo:

Y esas situaciones no son exactamente iguales. Se es hijo siempre, incluso cuando nuestros padres mueren, pues nos relaciona con ellos siempre. El menor, la minoría de edad es una situación que permite hablar de él sin tener que relacionarlo con su filiación y su estado jurídico permite hacer abstracción de su entronque familiar. El niño hace referencia, claro, a ese período de la vida humana que va desde el nacimiento a la pubertad. Es la infancia²²³.

No obstante el mismo autor considera que la Constitución española -en su artículo 39- usa el concepto niño en relación al goce “... de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”²²⁴, que como se sabe cubre a todas las personas hasta los 18 años y no exclusivamente a los infantes.

Esta idea de los diferentes personajes la presenta DíEZ-PICAZO²²⁵, en 1984, «No me parece aventurado señalar que sobre la escena jurídica saltan tres personajes que pueden resultar parecidos, pero que no nunca son idénticos: el hijo, el menor, el niño».

El hijo queda definido por su relación con otra persona, la del padre o la madre, en virtud de la filiación. Se es hijo sin importar la edad. El menor es quien ha alcanzado una cierta edad, aunque no ha sobrepasado otra. DíEZ-PICAZO dice que esto correspondería a lo que “...hoy llamamos jóvenes, los quinceañeros”. Estos se caracterizarían por su inexperiencia «que hace que puedan ser engañados o comprometerse en negocios que arriesguen su patrimonio o fortuna». No explica que entiende por niño pero se colige de sus ideas sobre los derechos del niño, que se trata del “hombre cuando se encuentra en edad temprana”²²⁶.

Es posible encontrar autores españoles que utilizan los calificativos de “pequeños menores” y “grandes menores” o “menores maduros”²²⁷ para

223 González Porras, J. M., Puntos de vista sobre las normas de protección jurídica de menor y su aplicación por los tribunales de justicia, publicado en el libro de homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, Herrera Campos, R. (E) V. II, publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 720.

224 *Ibíd.*

225 Díez-Picazo, L., Familia y Derecho, Civitas, Madrid, 1984, pp. 171 a 177. El principio de protección integral de los hijos («Tout pour l'enfant»). Intervención en las Jornadas de Derecho del Menor habidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba los días 29 a 31 de marzo de 1984), p. 172.

226 *Ibíd.*, p. 173.

227 Vid. Sánchez Hernández, C., Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre

referirse de manera diferenciada a los adolescentes o jóvenes y a los de menos de edad, pero es claro que su uso no está generalizado²²⁸.

Más allá de estas distinciones en España se usa ampliamente el concepto menor de edad o simplemente menor para referirse a los seres humanos debajo de los 18 años²²⁹, no existiendo un debate sobre este uso, existiendo casos en la legislación local donde se utiliza la categoría niñez y adolescencia.

El Parlamento de Cataluña, mediante Ley 14/2010 (“De los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”), introduce el uso de niño y adolescente:

A los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayor de edad establecida por la Ley²³⁰.

En este trabajo se usa de manera indistinta menor de edad; niños, niñas y adolescentes; o, niño para referirme a las personas menores de 18

ejercicio de los derechos de la personalidad, publicado en “Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luis Díez-Picazo”, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 956 y ss. De las Heras García crítica el uso de la noción “menor de edad maduro” por considerar una contradicción, en sus palabras “Filológicamente resulta un tanto incongruente hablar de menor de edad maduro por cuanto, de consuno con el DRAE, la edad madura es la comprendida entre los finales de la juventud y los principios de la vejez, equivaliendo el término madurez, entre otros sentidos, a buen juicio o prudencia, sensatez -lo cual es muy subjetivo-, así como edad de quien alcanza su plenitud vital y aún no ha llegado a la vejez. Cabe mantener que un menor de edad difícilmente puede ser maduro con tales acepciones, aunque es habitual emplear dicha adjetivación para indicar si un menor se halla en condiciones aptas para decidir por sí lo cual se presume, en general, cuando deja de serlo, o sea, al cumplir 18 años (arts. 12 CE, 315 CC, art. 1 LO 1/1996, 15 En., -LOM- y ley 50 Compilación navarra; también art. 1 Convención de Derechos del Niño -CDN-, 20 Nov. 1989, y art. 8 Carta Europea de los Derechos del Niño, 8 Jul. 1992, que respectivamente estiman menor o niño a toda persona hasta que cumpla tales años).” De Las Heras García, M. A., Menor de Edad, Madurez e Información en Anticoncepción de Emergencia, publicado en la obra Responsabilidad Civil y su Problemática actual”, Dykinson, Madrid, 2007, p. 1141.

228 Rigel Sánchez, L.F., Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales, publicado en libro Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo III, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 4869 (pp. 4887 a 4900). De Lama Aymá, A., La protección de los derechos de la personalidad del menor, tesis doctoral leída en la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004, pp. 238, 339, 365 y 366. López Jacoiste, J.J., El complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero, tesis doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 131.

229 El catedrático Martínez de Aguirre considera que es más adecuado utilizar la expresión menor por las siguientes razones «1. Porque, desde el punto de vista del Derecho positivo, es la que mejor define al sujeto beneficiario de las medidas de protección, que contemplan a quienes no han llegado a la mayor edad; 2. Porque es la categoría más fácilmente delimitable, al depender de un dato objetivo y comprobable como es el de la edad, y no otros de contornos más difusos; 3. Porque es la expresión de más amplio alcance, que abarca tanto a los niños como a los hijos (éstos, en las fases en que más necesitados se encuentran de esa protección a la que los primeros obligados son sus padres); 4. En fin porque cuenta ahora con el apoyo mencionado del art. 1 de la Convención de la O.N.U. sobre Derechos del Niño». Se entiende el alcance de las tres primeras razones, más la cuarta es claramente contradictoria, la CDN utiliza el concepto “niño” no “menor”, por ello no es posible hablar de apoyo de ese instrumento al uso de la categoría menor. Martínez de Aguirre, C., La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad, publicado en Anuario de Derecho Civil, tomo XLV, fascículo IV, octubre-diciembre 1992, Madrid, pp. 1395 ss.

230 Artículo 2.2 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, publicada en el BOE No. 156 de 28 de junio del 2010.

años beneficiarias del principio del interés superior, esto al margen que considero que efectivamente en la Región Andina el uso de uno u otro de las categorías reflejan la forma en que se entiende a la infancia y adolescencia y su condición, o no, de sujetos de derechos.

6. ¿La CDN modificó la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes?

Se afirma que la CDN impulsó la modificación de la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes en cada uno de los países materia del presente estudio²³¹, tema de gran importancia en el marco de este trabajo, ya que la interpretación del ISN variará, de forma significativa, cuando se la aplica en clave tutelar o en clave liberacionista.

La profesora española NAVAS NAVARRO propone tres elementos, que en mi opinión son comunes a todos los países en que he estudiado el principio: (a) el menor de edad es una persona y por tanto es un sujeto de derechos, (b) esos derechos fundamentales son esencialmente los contenidos en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño²³², (c) la personalidad jurídica puede ser diferenciada entre titularidad en cuanto al goce de esos derechos fundamentales y titularidad en el ejercicio, lo cual está vinculado para los niños, niñas y adolescentes a su edad y madurez²³³.

Se considera que esto es la gran contribución de la Convención sobre los Derechos del Niño²³⁴, ya que en América Latina esto (la titularidad y el

231 Cillero Buñol, "El interés superior...". Ob. Cit. P. 77 afirma que "...el interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este sea interpretado según este nuevo contexto. Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio deber ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria".

232 En realidad, en todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas en cada uno de los países estudiados. En el caso de Ecuador por disposición constitucional son exigibles también los de instrumentos internacionales no vinculantes, como puede colegirse de la Constitución de la República, en particular los artículos 10, 426, 11.3. A manera de ejemplo citaré el 426: "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales"; 426 Constitución de la República "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."

233 Navas Navarro, S., El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada, publicado en libro Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo I, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 695 (pp. 689 a 713).

234 Hierro Sánchez-Pescador, L., El niño y los derechos...", Ob. Cit., p. 20.

ejercicio progresivo de los derechos²³⁵) se empieza a concretar únicamente a partir de la ratificación de dicho instrumento²³⁶, de esto se hace eco la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ya citada Opinión Consultiva 17, al establecer que:

Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado²³⁷.

La Corte Interamericana concluye que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, debe dársele “una interpretación dinámica (...) que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”²³⁸. La Corte adjudica este cambio a la Convención sobre los Derechos del Niño²³⁹, lo que “...pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis)”²⁴⁰.

Todas las legislaciones nacionales de los países andinos reconocen la calidad de sujeto de derechos de las personas menores de forma expresa, incluso dos países (Ecuador y Perú) lo hacen a nivel constitucional.

En Bolivia, la Nueva Constitución Política del Estado en el artículo 58, determina que:

“Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos

235 El principio del ejercicio progresivo o evolución de facultades es descrito como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional, y de los derechos de la infancia y adolescencia, eso implica que se reconoce, que a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce la necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas. A propósito de esto se puede revisar el trabajo de Lansdownm, G, La evolución de las facultades del niño, UNICEF-Save the Children: Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia, 2005, p. 19.

236 De la abundante literatura jurídica que da cuenta de esto es posible resaltar a la obra colectiva Infancia, Ley y Democracia en América Latina, ya citada previamente, la que en sus tres ediciones hace un seguimiento de éste proceso en todos los países de América Latina. De la última edición García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Tomo I y II, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

237 OC/17, Ob. Cit., párrafo 53.

238 *Ibid.*, párrafo 28.

239 Como se sabe el único país miembro de la OEA que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos de América.

240 OC/17, *Ibid.*, párrafo 28.

reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones”.

El artículo 8 del Código de la Niña, Niño y Adolescente declara, como una garantía, a “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, gozan de las garantías constitucionales y las establecidas en este Código y las leyes”.

En Colombia el artículo 7 del Código de la Infancia y adolescencia, al definir el concepto de protección integral, dice que es “...el reconocimiento [de los niños, niñas y adolescentes] como sujetos de derechos...”.

En Ecuador, en la primera parte del artículo 45 de la Constitución de la República, se dispone «Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción».

Mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 15, establece como uno de sus principios generales: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las, además de aquellos específicos de su edad...”.

En el caso del Perú, la parte pertinente del artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica”.

En España también se reconoce el impacto de la Convención en el establecimiento de una nueva “filosofía” en esta materia. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996, se dice:

“Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor

reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo”²⁴¹.

Como señala la profesora SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, a partir de dicha Convención “...el menor es considerado como un auténtico sujeto de derechos, con la capacidad de obrar necesaria para llevar a cabo su ejercicio de acuerdo con su desarrollo evolutivo.”²⁴².

Por tanto la forma en que se encuentra regulado e interpretado el interés superior, en los países en los que centre el presente estudio, en la actualidad tienen relación con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y el reconocimiento de que las personas menores de edad son sujetos de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad, entre los que se incluyen las normas sobre la protección especial que deben recibir por esa condición²⁴³. Es en este marco que se debe estudiar al principio del interés superior.

241 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. Publicada en el BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996. Segundo párrafo.

242 Sánchez Hernández, C., Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad, publicado en libro Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo I, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 954 (pp. 951 a 967). En igual sentido puede verse Beloff, M., “Los derechos del niño en el sistema...”, Ob. Cit., pp. 4, 14, 33, etc.

243 “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (en particular el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.” Párrafo 8 del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CAPÍTULO 2

**Técnicas de regulación
del interés superior**

CAPÍTULO 2

Técnicas de regulación del interés superior

1. Consideraciones generales

El Derecho como una técnica específica que busca la regulación de la conducta humana se expresa mediante normas que se formulan mediante un lenguaje natural, el de uso cotidiano, el de “todos los días”²⁴⁴.

El Derecho “toma” palabras de éste lenguaje, o en algunos casos construye conceptos específicos –en realidad la minoría-²⁴⁵ o les dota de nuevos contenidos, siendo la “Técnica del Derecho” –entendida como la que brinda las reglas necesarias para la realización práctica del Derecho- la que contribuye a la elaboración del lenguaje jurídico “pues responde a fines utilitarios prácticos: evitar confusiones, precisar ideas, distinguir situaciones”²⁴⁶.

A la “articulación, configuración y lenguaje de las leyes”²⁴⁷ se conoce como “técnica legislativa”²⁴⁸, a ésta se le define como “...el conjunto de reglas a que se debe ajustar la conducta funcional del legislador para una idónea elaboración, formulación e interpretación general de las leyes”²⁴⁹. Lo técnico -explica Pedroza de la Llave y Cruz Velásquez- se refiere a las características formales que debe tener un texto normativo: el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad; y la inserción

244 A propósito de la relación lenguaje natural y normas jurídicas se puede revisar: Echave, D. T., Urquijo, M. E. y Guibourg, R. A., *Lógica, proposición y norma*, Editorial Astrea, séptima reimpresión, Buenos Aires, 2008, pp. 26 y ss.; Gómez, Gómez, A., Bruera, O. M., *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial de Belgrano, Cuarta reimpresión, Buenos Aires, pp. 65 y ss.; Carrió, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Editorial Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2008, pp. 55 y ss. (a propósito del lenguaje normativo).

245 Gómez, A., Bruera, O. M., “Análisis del lenguaje jurídico...”, *Ob. Cit.* p. 65.

246 Villoro Toranzo, M., *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, Decimoquinta Edición, México, 2000, p. 145. Este autor considera que existen dos actividades teóricas y dos prácticas en el Derecho. A las primeras corresponde el conocimiento científico de los datos jurídicos; y, la valoración filosófica de esos mismos datos jurídicos. En cambio como actividades prácticas establece la construcción o elaboración artística de las formas, figuras o esquemas, del *ius condendum*; y, la aplicación técnica de esas figuras o esquemas. *Ob. Cit.*, p. 147.

247 Atienza, M., *Contribución para una teoría de la legislación*, publicado en “Elementos de Técnica Legislativa”, (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 27.

248 La técnica legislativa es considerada por algunos autores como parte de la llamada “teoría de la legislación” o de una “ciencia de la legislación”, sin finalidad práctica y con un carácter explicativo, ya que busca dar “... una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas. Tal teoría parece estar todavía sin elaborar, aunque dispongamos ya de explicaciones parciales de la legislación y que constituyen una cierta guía (en verdad, todavía muy precaria) para la técnica y la tarea de la legislación.” Respecto de éste tema se puede examinar Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, publicado en “Elementos de Técnica Legislativa”, (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 19 y ss.

249 Bascuñán Valdez, A., *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Colección de Apuntes de clase, núm. 8, 1960, p. 202.

armónica dentro del sistema jurídico (el cumplimiento con las reglas de reconocimiento, es decir su constitucionalidad y legalidad)

La técnica jurídica, en este ámbito, tiene dos dimensiones²⁵⁰, (1) la que se refiere a la redacción de preceptos jurídicos de forma bien estructurada, que cumpla con el principio de seguridad jurídica, buscando que el contenido de la norma se exprese de forma clara, sencilla y accesible a los sujetos a los que está destinada²⁵¹; (2) la otra que incluye el conjunto de recursos y procedimientos para elaborar un proyecto de norma jurídica (justificación o exposición de motivos de la norma)²⁵².

Esta es una versión minimalista del tema ya que se centra exclusivamente en “los medios o instrumentos dirigidos a optimizar la legislación desde el punto de vista socio-técnico, o lo que es lo mismo, de su calidad lingüística y sistemática, así como de su eficacia y eficiencia”²⁵³, sin considerar los “valores y fines” de la legislación.

Cuando se considera los valores y fines que sustentan la norma es un enfoque maximalista²⁵⁴, que en el marco de éste trabajo es fundamental para entender la forma en cada legislación integra el principio del interés superior del niño ya que expresa una dimensión valorativa que conlleva una serie de decisiones políticas que son parte de toda acción legislativa²⁵⁵.

Considero que la opción que se tome depende en gran medida del papel asignado a los jueces –en realidad a todas las autoridades- encargados de la valoración y aplicación del principio a los casos concretos²⁵⁶. Esto a su vez se relaciona con la perspectiva que los países han asumido sobre los derechos de la infancia y adolescencia y la adscripción, consciente o no, a las teorías liberacionistas o tutelares (paternalistas) de los derechos

250 Ob. Cit., p. 41.

251 En este mismo sentido Muñoz Rocha, C., *Teoría del derecho*, Oxford, México, 2007, p. 209.

252 Algunos autores suelen diferenciar entre técnica legislativa interna y externa, reservando para la primera la actividad de perfeccionar la norma en cuanto a su forma; la segunda se refiere al tema de la institucionalidad encargada de la formación de las leyes, su estructura, organización, etc. En este sentido De Diego, F., *Técnica Legislativa Codificada*, Revista de Derecho Privado, Año XXI, No. 246, enero-diciembre de 1934, pp. 71 y ss.

253 Marcilla Córdoba, G., *Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación*, publicado en “Elementos de Técnica Legislativa”, (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 107 y ss.

254 *Ibid.*, p. 107.

255 Ossandon Widow, M., *Los elementos descriptivos como técnica legislativa: consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza*, publicado en *Revista derecho (Valdivia)* [online]. 2009, vol.22, n.1, consultado el 6 de julio del 2010, pp. 159 y ss., en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502009000100008&lng=es&nrm=iso.

256 Un importante estudio sobre el principio del interés superior y los responsables de su aplicación se encuentra en Alston, P., y Gilmour-Walsh, B., *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales*, UNICEF-Centro Innocenti, Florencia, 1996.

presentes en la Región Andina²⁵⁷ han tenido un impacto significativo en los procesos de reforma legislativa²⁵⁸ verificados a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵⁹ en todos países materia del presente estudio.

Desde una perspectiva formal se estima que, una adecuada técnica legislativa, es la que permite contar con normas “claras, completas y coherentes”²⁶⁰. Norma clara es la que respeta las reglas del idioma del país, en la que se usa correctamente el lenguaje jurídico, sin vaguedades y ambigüedades para evitar más de un interpretación de la misma²⁶¹.

Esto no se contrapone a la aprobación –por parte del legislador- de normas que no tienen un sentido único. Estos son los llamados conceptos jurídicos indeterminados, que implicaría la aceptación de que son los encargados de la aplicación de la norma a quienes les corresponde precisar su alcance en relación al caso concreto, esto suele suceder cuando no se quiere “petrificar un único sentido concreto”²⁶².

Lo anterior requiere hacer una distinción entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados. Los primeros son los que permiten incluir o excluir –siempre existiendo un margen menor de duda- determinados supuestos dentro del ámbito de la norma²⁶³; los segundos –debido a la forma en que se presentan- permiten incluir algunos supuestos, pero existirán muchos más que no se sabe si se incluyen o no dentro del concepto contenido en la norma²⁶⁴, dejando a los responsables de la

257 A propósito de este debate entre liberacionismo y paternalismo (tutelar) se puede revisar, entre otras obras, a: Gil Cantero, F., El debate del paternalismo entre los ‘Child Savers’ y los ‘Kiddy libers’ respecto a los derechos de los niños, publicado en el Primer Congreso Internacional sobre Infancia y Sociedad, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, pp. 1112 y ss. ; Fanlo Córtes, I., Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos, algunas notas introductorias, publicado en “Los Derechos de los Niños: una contribución teórica”, Fanlo, I. (compiladora), Fontamara, primera reimpresión, México D.F., 2008, pp. 7 y ss. ; Holt, J., *Escape from Childhood: the Needs and the Rights of Children*, Dutton, New York, 1974; Veerman, P. E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dordrecht, 1992.

258 En América del Sur no se usan las categorías liberacionistas o tutelares (paternalistas), por razones de carácter práctico se ha generalizado el uso de las denominaciones “doctrina de la protección irregular” para designar a las legislaciones “tutelares”, y “doctrina de la protección integral” para las que podría decirse son tributarias de las nociones “liberacionistas”. Vid. Beloff, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto. 2004. Buenos Aires, p. 31.

259 Como se anticipó, todos los países americanos, a excepción de los Estados Unidos de América, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. El estado de las ratificaciones se revisó en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en , el 7 de abril del 2013.

260 Bonifaz Alonso, L., *El problema de la eficacia en el Derecho*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1999, p. 137.

261 *Ibíd.*, p. 139.

262 García Salgado, M. J., *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*, publicado en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 20, 2003, p. 111.

263 *Ibíd.*, p. 107.

264 *Ibíd.*, p. 107.

aplicación de la norma jurídica la determinación del alcance del concepto jurídico indeterminado. Esto provoca una “tensión permanente entre el ideal de determinación plena y el ideal de la plena adecuación, sea en el momento legislativo o en el momento de aplicación de la norma y con ello del también eterno conflicto entre la seguridad y la justicia”²⁶⁵.

2. Las técnicas de regulación

En la doctrina española se identifica dos técnicas de la regulación del interés superior del niño: la de cláusula general y la de concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos²⁶⁶; además es posible identificar otras dos técnicas, en el mismo contexto español y en el latinoamericano, establecimiento normativo de situaciones que considera el legislador que representan el interés superior del niño, niña o adolescente; y, definición normativa o descripción del interés superior.

3. Cláusula general

La técnica de la cláusula general, de acuerdo al profesor RIVERO²⁶⁷, consiste en realizar un enunciado a modo de norma abstracta multi-comprensiva, que respondería, en una definición sencilla, a «valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones concretas», que se determinará al momento que se aplique la norma.

Esto respondería a dos motivos: (a) «la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma» y (b) «la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que pueden presentarse». Tres ventajas se derivarían de este tratamiento: (a) permitir que la cláusula general sea aplicada a un «gran número de supuestos de hecho», ya que existe una diversidad de circunstancias que se presentan; (b) se puede hacer una «plural valoración judicial y su adecuación al caso concreto»; y, (c) la cláusula general tiene valor tanto en el momento que se la enuncia, como en el futuro, sin que se requiera actualizar permanentemente la norma.

Estas ventajas implican trasladar los problemas a otro momento, al de

265 *Ibíd.*, pp. 106 y ss.

266 Puede consultarse los siguientes trabajos: Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 155 a 168; *El interés del menor*, publicado en el libro *Homenaje a Bernardo Moreno Quesada*, Ramón Herrera Campos (e), Vol. III, Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 1539 a 1544; *El interés del menor*, segunda edición, Dykinson, Madrid, 2007, pp.101 a 136. Igual distinción se propone en la obra *El menor en el Derecho Español «Para determinar en qué consiste el interés del menor se han seguido dos sistemas, bien el de identificarlo por medio de una lista de criterios legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio, bien a través de un principio general»*. AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, Lázaro González, I. (coordinadora), Tecnos, Madrid, 2002, p. 114.

267 Rivero Hernández, F., “El interés del menor...”, segunda edición, *Ob. Cit.*, pp. 103 a 105. A quien voy a seguir en esta parte para describir inicialmente esta técnica.

la aplicación²⁶⁸, ya que los criterios de apreciación son imprecisos por ser individuales, extremadamente subjetivos, porque conlleva: (a) una aplicación basada en «consideraciones valorativas» producto de opiniones personales; (b) no «poca inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable»; (c) esta «impredictibilidad» del posible resultado puede promover una «litigiosidad de los titulares de los intereses enfrentados»; y, (d) el engaño (amañar dice Rivero) en la conducta y las estrategias para obtener un resultado pro domo sua²⁶⁹.

268 En un sentido parecido se pronuncia la doctrina italiana, Virginia Zambrano, considera que es una matriz común en Europa, asumir el interés del niño como diseño común para resolver los casos de custodia; considera que la «vaguedad del concepto se convierte en la cláusula de salvaguardia del pluralismo de valores que es típico de la sociedad moderna», sin negar las dificultades y críticas, considera que son mayores sus ventajas porque la determinación de que es lo que le interesa al menor debe ser hecha en concreto, lo que además permite realizar un «ajuste» a la homogeneización que la sociedad moderna hace de los individuos, dejando al enfoque casuístico la solución de los casos, en el que –al referirse a la doctrina inglesa- el interés del menor, en abstracto, no juega un papel relevante, sino la reconstrucción de la situación del niño. Es extraña esta conclusión, seguramente la autora pierde de vista que esa “reconstrucción de relaciones” en el caso concreto se hace en función del interés superior, ya que es uno de los criterios de la Children Act de 1998, para valorar el best interest. « Il problema non investe esclusivamente l’individuazione dei criteri che concorrono a delineare l’interesse del minore, ma è relativo anche alla necessità di analizzare l’atteggiamento assunto da una giurisprudenza che, in taluni casi, elabora criteri interpretativi di non facile applicazione. Di là dalle specifiche differenze nazionali, è interessante rilevare l’esistenza di un disegno comune sia agli ordinamenti europei, che extraeuropei, che ruota intorno al concetto di interesse. Non a caso, tutti i dibattiti che si sviluppano intorno all’affidamento, invariabilmente si accompagnano all’affermazione che esso debba essere disposto nell’esclusivo interesse del figlio. Tuttavia, quando dal piano delle astratte determinazioni si trascorre a quello, più concreto, di stabilire in cosa esso consista, ci si avvede che nessuno degli ordinamenti considerati offre una definizione d’interesse del minore. Al punto che proprio questa indeterminazione non si sottrae alle critiche di quella parte della dottrina che ne mette in discussione l’idoneità a servire da valido criterio di risoluzione delle controversie, preferendo, piuttosto, discorrere, in negativo, di scelta di un’alternativa, di una soluzione, meno svantaggiosa per il minore.

In altro senso la difficoltà di definirne in contenuti attiene all’impossibilità di ricondurre ad unità la molteplicità dell’esperienza umana, sì che l’indeterminatezza del concetto diventa clausola di salvaguardia di un pluralismo di valori che è tipico della società moderna. Il richiamo alla soggettività, intensa al singolare secondo una visione atomistica della stessa, conduce, infatti, ad una impostazione omogeneizzante, che operando un livellamento degli individui, fa scomparire, con la diversità, la specificità di ogni esperienza umana.

Superata la tendenza a far riferimento ad un soggetto astratto, è alle esigenze ai bisogni di quel minore, di quel soggetto, così come avvertite nel luogo privilegiato di svolgimento della sua personalità, che occorre fare riferimento. La valutazione dell’interesse del minore, in altri termini, non va disgiunta dal rilievo, più ampio, che assume lo sviluppo della persona, sì che punto centrale della riflessione è dato dall’equazione fra minore e persona.

Se questa, come pare, è l’impostazione da preferire, sue sono le conclusioni cui è possibile approdare. In un primo senso, si comprende come il problema della genericità e vaghezza della formula in esame, allorché si recuperi un concetto di soggettività che guarda al soggetto nella sua interezza, venga ad essere superato nei fatti. La seconda considerazione, che necessariamente presuppone la prima consiste di mettere in rilievo come sia più utile collocarsi nell’ottica dell’effettività dei meccanismi di tutela, piuttosto che discutere, in astratto, dei contenuti che assume l’interesse del minore.

L’approccio casistico e l’avvertenza di non enfatizzare l’interesse del minore permeano l’atteggiamento assunto dalla dottrina inglese che sembra operate nella consapevolezza che tale criterio raramente svolge un ruolo determinante nella risoluzione delle singole controversie. Si che soltanto l’analisi della singola specifica situazione esistenziale, consentendo di ricostruire la rete di relazione che coinvolgono il minore, è in grado di offrire soluzione appaganti.

Ne consegue che l’interesse del minore, presentandosi quale criterio di indiscussa valenza ermeneutica, consente di sviluppare, secondo una logica inclusiva, un sistema di protezione che tiene conto del fatto che il minore è, innanzitutto, persona. Né, da altro punto di vista, si deve dimenticare che il tipo di tutela, per dir così, riflessa, in quanto i figli non diventano parti del procedimento, ma rivestono il ruolo di semplici destinatari degli effetti di provvedimenti pronunciati nei confronti dei loro genitori». Zambrano, V., Interesse del minore ad affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto, publicado en Rivista Il Diritto di Famiglia e Delle Persone, Giuffrè Editore, No. 3-4, Vol. XXIX, Luglio-Dicembre 2000, Milano, pp. 1382 a 1384.

269 Rivero Hernández, F., El interés del menor...”, Ob. Cit., p. 104.

El profesor TORRES PEREA²⁷⁰, al examinar el tratamiento que se da al principio del interés superior del niño en Alemania, deja en claro que en ese país su regulación responde plenamente a la técnica de cláusula general:

El legislador [alemán] ha optado por recoger en estos párrafos [del BGB que tratan el interés superior] supuestos generales, auténticas cláusulas generales, lo cual ha dado a una ardua discusión doctrinal en Alemania porque al optarse por conceptos indeterminados, faltos de concreción se afirma que queda perjudicada la seguridad jurídica.

TORRES PEREA, explica que la indeterminación se considera como “el único medio para lograr una efectiva, completa e integral protección del menor”, ya que (1) todo supuesto queda comprendido en el supuesto de hecho de la norma y, (2) se permite “libre acceso” a conocimientos “extrajurídicos” como de la psicología y de la pedagogía, que nutren el “ámbito de aplicación de la norma”.

Este autor afirma que es “Peligroso buscar definiciones abstractas, por el contrario lo adecuado es centrarse en el caso concreto, en el niño concreto, ante el conflicto de intereses que se encuentra inmerso, hacer prevalecer su interés sobre los otros concurrentes...”²⁷¹

La crítica principal a este tratamiento viene dada por la inseguridad que provoca ya que deja «...un gran espacio al juego interpretativo lo cual podría dar lugar a decisiones injustas incluso no suficientemente previsibles en un marco sumamente sensible»²⁷².

Algún autor, por esta razón, lo define como un “cheque en blanco”, que ha servido para quien tenga que decidir –en el nivel judicial, administrativo, educativo o el cuerpo técnico profesional- lo haga “con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales”²⁷³.

270 Torres Perea J. M., “Tratamiento del interés...”, Ob. Cit., p. 684.

271 *Ibíd.*, p. 694.

272 *Ibíd.*, p. 684.

273 Esta idea aparece en varios trabajos de la profesora argentina Beloff, M., Los Derechos del Niño como derechos fundamentales, en Revista Justicia y Derechos del Niño, No. 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, pp. 9 a 22; en libro Los derechos del niño en el sistema interamericano. Un modelo para armar y otro para desarmar, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 15, 16, 111. Previamente se había publicado en el artículo Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, en la Revista Justicia y Derechos del Niño, No. 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, pp. 47 y ss. (pp. 27 a 102). Freedman sostiene que “el concepto jurídico del interés superior del niño, inserto en la Convención sobre los Derechos del Niño, es un ‘Caballo de Troya’. Dicha aseveración surge de que este enunciado normativo suministra al órgano aplicador de la Convención un anclaje normativo para ejercer, con un gran ámbito de discrecionalidad, prácticas tutelares, cuyas consecuencias jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos del niño”. Vid. Freedman, D., Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el “Caballo de Troya” de la Convención, revisado en www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/LOS20%RIESGOS%20DEL%20

Se formula una cláusula general en la que se establece la preeminencia y la obligación de considerarlo en los casos en que se encuentre involucrado una persona menor de edad²⁷⁴, dejando al juez (o a la autoridad que le corresponda tomar la decisión) la determinación de lo que se considera el interés superior en el caso concreto, es decir, qué es lo “mejor” en cada situación y en relación a cada persona²⁷⁵.

Los autores que consideran esta técnica como la adecuada señalan como una ventaja su flexibilidad, ya que permite una mejor protección de los menores de edad «...toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación»²⁷⁶, actúa como un «válvula de escape» que permite responder a ciertas situaciones, que de optar por una lista preestablecida de respuestas, podrían quedar afuera, esto sin perder de vista la inseguridad provocada por el «arbitrio judicial»²⁷⁷.

A la técnica de cláusula general le correspondería el método casuístico, ya que se afirma que solo por medio de esta se puede perfilar cuál es el interés del niño²⁷⁸.

[INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20NINO.%20Diego%Freedman.pdf](#). Consultado el día 3 de agosto del 2010.

- 274 Diéz-Picazo propone las siguientes dimensiones de la cláusula del beneficio de los hijos o del beneficio de los niños : 1) una modalización del ejercicio de la patria potestad (que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos); 2) un criterio de solución de los conflictos interconyugales, que se dirige a los titulares de los poderes y de las funciones tuitivas y a los órganos del Derecho público y privado, dice, “es un factor determinante en las decisiones que en relación con las situaciones del hijo hay que adoptar”; 3) es una función social que la ley le atribuye a la potestad y a los actos de ejercicio, a los cuales causaliza; 4) constituye un criterio de selección, entre los diferentes las diferentes y eventuales opciones que en relación a los menores se puede adoptar (elección que le corresponde al juez o al padre); seleccionado la opción que le resulte o considere razonablemente que puede derivar en lo más beneficioso para los hijos; y, 5) es una regla, por la que en caso de conflicto de intereses entre los hijos y los padres “el interés de los padres se sacrifica y cede”, esto –dice Diéz-Picazo- “...importante porque no se trata ya sólo de la selección entre las diferentes opciones en las diferentes situaciones de hijo, sino el sacrificio de uno para otorgar ventajas al otro”. , Diéz-Picazo, L., Familia y..., Ob. Cit., p. 175.
- 275 Rivero Hernández, en el artículo “El interés del menor...” que se publicó el libro de homenaje al profesor Bernardo Moreno Quezada, ya citado (p. 1539), dice que “La principal ventaja [de ser un concepto jurídico indeterminado] radica en la generalidad de su enunciado, a modo de principio multicompreensivo, que permite una fácil (quizá no siempre tal) adecuación a cada caso concreto, a la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que pueden presentarse –el abanico de posibilidades y realidades sociales es amplísimo-, en el momento de su enunciado y en el futuro”. Continúa “Los inconvenientes (su reverso) igualmente claros y no pocos: sobre todo, la indeterminación que acompaña a aquella generalidad, y la necesidad de concreción en cada caso específico, lo que comporta una valoración puntual (por quien procesa en cada situación) según criterios imprecisos, por individuales- con cierta dosis de subjetivismo, que incorpora inevitablemente las convicciones o experiencias personales de quien hace esa valoración: todo lo cual se traduce en inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable...” (p. 1540).
- 276 Martínez Ruiz, A., Interés Superior, publicado en Convención sobre los Derechos del Niño, Weinberg, I. M. (directora), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 101.
- 277 “Familia y cambio...”, Ob. Cit., p. 218; Ruiz-Rico Ruiz, J.M., De la Fuente Núñez de Castro y Luque Jiménez, M.C., afirman , al analizar la aplicación del interés superior para decidir la privación de la patria potestad, que «este criterio del interés o beneficio del hijo como parámetro decisivo para decidir la privación, además de otorgar al juez el más absoluto de los arbitrios, en grave detrimento de la seguridad jurídica, tal como demuestra un somero análisis de la jurisprudencia, ha sido mal entendido.». Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español, publicado en Revista Derecho de Familia, No. 17 de octubre 2002, pp. 67 y ss.
- 278 Linacero de la Fuente, “Protección Jurídica del...”, Ob. Cit., p. 57, “...evidentemente, su fijación vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto, teniendo en cuenta así mismo «la amplia

3.1 Cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados

Existe un consenso general al describir al interés superior como un concepto jurídico indeterminado²⁷⁹ que se contiene en una cláusula general²⁸⁰.

Como se anticipó, buena parte de las críticas al interés del niño o interés superior del niño, provienen de la indeterminación²⁸¹ que el conjunto de la doctrina y la jurisprudencia reconocen.

TORRES PEREA, al referirse a la doctrina mayoritaria en Alemania, explica que esta se inclina a considerar que la única forma de regular el interés superior es mediante la fórmula de "cláusula general", ya que permite "...conseguir la protección exigida en la Constitución porque el interés de menor es un concepto que no puede reducirse a una mera fórmula descriptiva"²⁸².

La indeterminación para algunos autores es producto de lo que Roger HART llamó la textura abierta del derecho²⁸³, algo que se considera consustancial al derecho.

Existen otras opiniones que estiman que en muchas ocasiones el legislador emplea palabras vagas de manera deliberada, esto es denominado "conceptos válvula", cuyo alcance es fijado por quien aplica la norma²⁸⁴, como sucede claramente con el interés superior.

JERZY WRÓBLEWSKI considera que esta vaguedad es creada con un propósito, dar una vía de escape al intérprete, como cuando se usa "...expresiones

discrecionalidad» que caracteriza los procedimientos en materia de familia".

279 Rivero Hernández, F., "El interés del menor...", Ob. Cit., pp. 70 y ss. ; Lázaro González (c), "Los menores en el Derecho...", pp. 107 y ss. ; Moreno-Torres Sánchez, J., Ob. Cit., "La Seguridad Jurídica...", p. 87; Torres Perea J. M., "Interés del menor y...", Ob. Cit., p. 24; Linacero de la Fuente, "Protección Jurídica del...", Ob. Cit., p. 60; Varela García, C., Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, publicado en Actualidad Civil, No. 1, marzo 1997, p. 264.

280 A propósito del tema García Salgado advierte que la «literatura jurídica española acostumbra a utilizar las expresiones "conceptos vagos", "conceptos jurídicos indeterminados" y "cláusulas generales"...como sinónimos [...]. En la literatura jurídica alemana, sin embargo, se distingue habitualmente entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, aunque no haya acuerdo respecto de cuáles sean los criterios que los diferencian y dependan en buena medida de los presupuestos y necesidades de cada investigación.». García Salgado, M. J., Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean, publicado en Anuario de filosofía del derecho, No 20, 2003, p. 106.

281 García Méndez, E., "Entre el autoritarismo y la banalidad...", Ob. Cit., p. 12

282 Ibid., p. 684.

283 Hart, H. L. A., El concepto del Derecho, Abeledo-Perrot, traducción de Genaro Carrió (con prólogo de Hart a la edición española, título original The concept of law, Oxford University Press, 1961), Buenos Aires, reimpresión de 1998 correspondiente a la primera edición de 1963, pp. 153, 158 y ss.

284 Bonifaz Alonso, L., "El problema de...", Ob. Cit., p. 139.

lingüísticas valorativas que pueden ser interpretadas de diversas maneras en un contexto cultural determinado²⁸⁵.

Una “vía de escape interpretativa deliberada”²⁸⁶ puede ser valorada positiva o negativamente, dependiendo esto del punto de vista que utilice para apreciarla. En el primer caso, por considerar que se permite una adecuación permanente a las circunstancias, en el segundo debido a que existe un importante nivel de inseguridad²⁸⁷.

Como el mismo WRÓBLEWSKI establece, si se valora positivamente la (la ambigüedad) y su resultado, el legislador racional optará por una de estas dos vías: la no intervención, de forma tal que siga cumpliendo su papel y que la interpretación se adapte a las circunstancias supervinientes caso por caso (en el tema materia de nuestro análisis); o corrigiendo las interpretaciones mediante una nueva formulación de la norma o promoviendo una interpretación de manera obligatoria.

El interés superior parece ser uno de esos casos – como afirma GENARO CARRIÓ– en las que una norma se establece ex profeso en términos de enorme vaguedad y ambigüedad y progresivamente, por medio de la jurisprudencia, se establecen algunos criterios para su interpretación y aplicación.

Parafraseando a JOSEP AGUILÓ REGLA, la lógica de regulación y – posteriormente- de interpretación del principio del interés superior, se convierte en un problema atinente al método jurídico, ya que no se puede “hallar en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, si no el de justificar soluciones particulares usando normas generales”²⁸⁸. En definitiva, estamos en éste terreno enfrentados al «... *“problema del método jurídico” [que] no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas»*, para que la aplicación del principio del interés del niño cumpla con la finalidad para la que fue establecido.

Es habitual que el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados se base en la diferenciación de estos con los conceptos jurídicos determinados. MARTÍN GONZÁLEZ define a estos últimos como aquellos que su contenido se encuentra precisado en la norma que las crea, sea por haber sido definidos de forma explícita o implícita, o porque se da una remisión, expresa o tácita, a una experiencia común, técnica o profesional, de forma que es

285 Wróblewski, J., Creación del derecho e interpretación, publicado en El lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, traducción de Eugenio Bulygin, pp. 471 y ss.

286 Ibid.

287 Bonifaz Alonso, L., “El problema de...”, Ob. Cit., p. 13141

288 Aguiló Regla, J., Teoría general de las fuentes del Derecho, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 128-129.

posible encontrar los elementos esenciales del concepto en la misma norma²⁸⁹.

Por su parte GARCÍA SALGADO²⁹⁰ caracteriza a los conceptos jurídicos determinados (siguiendo a WALTER JELLINEK y de PHILIPP HECK²⁹¹) como «aquellos que permiten contestar con seguridad a la cuestión de si un supuesto queda o no comprendido en su campo semántico ..., pudiendo por tanto distinguirse en ellos una esfera de certeza positiva y una esfera de certeza negativa».

En otras palabras, cuando un concepto jurídico se encuentra determinado los destinatarios de la norma saben con seguridad que se encuentra cubierto o no por esta.

Al contrario, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos «conceptos que deja voluntariamente indefinidos el legislador en orden a la consecución de la correspondiente adaptabilidad de la norma, que de otro modo entendería impracticable»²⁹². Para ATIENZA Y RUIZ MANERO son términos centralmente vagos, además de su periferia abierta, pueden encontrarse casos claramente cubiertos o fuera del alcance de la norma, pero para su aplicación –la mayoría dicen los autores citados- se requiere una tarea de concreción, esto es, una ponderación de factores relevantes, cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables²⁹³.

ALBALADEJO²⁹⁴ designa a las normas que tienen conceptos jurídicos

289 Martín González, M., El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos, publicado en Revista de Administración Pública, No. 54, 1967, p. 203.

290 García Salgado, M. J., “Determinar lo indeterminado...”, Ob. Cit., p. 107.

291 Se considera que esta caracterización se ha convertido un “lugar común” en esta materia.

292 Ara Pinilla, I., Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, en Anuario de Filosofía del Derecho, No. XXI, enero 2004, p. 112. (pp.107-124)

293 Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas...”, Ob. Cit., p. 4.

294 Albaladejo, M., Derecho Civil I (Volumen Primero), Editorial Bosch, Duodécima Edición, Barcelona, 1991, p. 29. De acuerdo Puig Peña las normas jurídicas contienen una proposición condicional, son las que tiene dos elementos, la hipótesis o supuesto de hecho y la tesis o afirmación, que es la consecuencia jurídica. El supuesto de hecho puede estar formulado de manera abstracta y general (normas sistemáticas) o puede regular mediante detalles (normas casuísticas). A su vez la consecuencia jurídica puede estar redactada de manera precisa (normas jurídicas estrictas) o de manera imprecisa (normas elásticas –Crome-, equitativas –Von Thur- o arbitrarias –Dernburg-).

La imprecisión en la consecuencia jurídica o se refleja en la misma norma o se produce porque en ella existen conceptos generales (orden público, buenas costumbres). Dice –citando a Polacco- que esos conceptos generales que acompañan las normas imprecisas “son los órganos respiratorios del sistema jurídico positivo por donde penetra en el cuerpo del Derecho el aire oxigenado de la vida moderna. El Juez en ellos, hace el oficio de legislador, resolviendo, como éste lo resolvería, según las circunstancias del caso”. Distingue entre la norma jurídica y los preceptos o disposiciones jurídicas que son fragmentos de la norma. A partir de ello se hace una distinción entre normas autónomas –perfectas o completas- (que expresan por sí solas y de modo completo un mandato o una prohibición) y normas no autónomas o incompletas –imperfectas- (que no tienen sentido sino es en relación y conexión con otras normas). Algunas –siguiendo a Bonet, Compendio de Derecho civil, tomo 1, pp. 98 y ss.) de estas son las declarativas o explicativas; definiciones legales; limitativas, modificatorias o negativas, que restringen, cambian o suprimen la eficacia de un precepto jurídico para ciertas relaciones o casos determinados; las normas de remisión o reenvío;

indeterminados (sin utilizar esta categoría) como normas elásticas o de Derecho equitativo, en las «que bien el supuesto de hecho o bien los efectos jurídicos son flexibles, es decir, no están determinados concretamente, sino sólo indicados, en general, mediante conceptos cuyo contenido en cada caso singular es variable dentro de ciertos márgenes, de forma que es posible tomar en cuenta todas las circunstancias de cada hipótesis particular a que hayan de aplicarse, así como aplicarlas a tenor de las ideas socialmente imperantes, que pueden evolucionar de una vez a otra», lo que implica que el juez tenga «cierto arbitrio para que, más que preceptos específicos detallados, aplique principios jurídicos a los casos sometidos a su consideración.».

En el mismo sentido, aunque ya usando la noción de conceptos jurídicos indeterminados, LACRUZ BERDEJO J. L.²⁹⁵, caracteriza a estas normas, también, como elásticas, debido a que cuentan con un concepto-válvula, que permite «ajustar al caso el rigor de la ley», entregando a la apreciación del juez la apreciación de los intereses, y citan los temas de la patria potestad, adopción, visitas, etc.

Las ventajas que supone la indeterminación, particularmente su flexibilidad para adecuarse a las distintas circunstancias y contextos, implica altos costes en seguridad jurídica²⁹⁶, debido a que el encargado de la aplicación de la norma tiene una amplia capacidad de determinación del significado del concepto.

3.2 Algunas propuestas para enfrentar a la indeterminación

Para enfrentar los riesgos de la indeterminación, o al menos para reducir en algo la incertidumbre en la aplicación de los mismos, se identifican tres clases de respuestas: objetivista, finalista e intersubjetiva²⁹⁷.

La llamada respuesta objetivista se sustenta en la idea de que el derecho natural²⁹⁸ se integra en el orden jurídico, por tanto es posible -realizando una interpretación sistemática entre derecho positivo y el natural- encontrar una respuesta jurídicamente correcta cuando una fuente formal

las normas de colisión que resuelven conflictos entre varias leyes y las ficciones de Derecho. Puig Peña, F., Compendio de Derecho Civil español, Tomo I: Parte General, Tercera edición, Editorial Pirámide, Madrid, 1976, pp. 67 y ss.

295 Lacruz Berdejo J. L., et. al., Parte general del Derecho civil, Volumen Primero: Introducción, cuarta Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, editorial Dykinson, Madrid, 2066, p. 141.

296 *Ibíd.*, p. 113. Vid. a propósito los trabajos citados previamente sobre el tema.

297 Ara Pinilla, I., "Presupuestos y posibilidades de la doctrina...", *Ob. Cit.*, pp. 114 a 117. A propósito del interés del menor en la obra colectiva "Los menores en el Derecho español" se reclama interpretaciones del principio de carácter "finalista, de carácter sociológico y también contextual", es decir se reiteran estos tres sentidos. Lázaro González (c), *Ob. Cit.*, p. 106.

298 Como lo señala Ara Pinilla, esta respuesta se puede encontrar en los autores que adscriben al iusnaturalismo ontológico. *Ibíd.* p. 114.

es insuficiente. Se integran valoraciones morales por lo que se asume que existe una respuesta correcta²⁹⁹ al integrar el llamado derecho natural en la solución escogida, pero es imposible demostrar la corrección de la misma³⁰⁰.

La respuesta objetivista supone que existe una relación entre el derecho objetivo y la existencia de “valores éticos objetivos y constantes (aunque históricamente condicionado en su problemática)...que no está en nuestro arbitrio mover, remover, dar vuelta, reducir, alterar aquellos valores...”³⁰¹.

Queda claro que estas propuestas asumen la integración del “...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”³⁰².

Desde la perspectiva objetivista no existe problema alguno para establecer el alcance de un concepto jurídico indeterminado, ya que esta se encuentra en las “reglas morales que presiden al orden jurídico a la solución de los casos difíciles”³⁰³.

Esta integración de normas ha sido expuesta contemporáneamente por DWORKIN quien afirma que “Las cláusulas sólo son vagas si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se les podría precisar más por mucho que se

299 Una mirada general a la tesis de la única respuesta correcta es expuesta por Manuel Atienza de la siguiente forma “La cuestión de si existe o no una única respuesta correcta (en los casos difíciles), o sea, si el derecho es capaz o no de determinar una solución para cada caso (o hasta qué punto es capaz de hacerlo) constituye una de las cuestiones más debatidas en la teoría del derecho contemporáneo.

Pero se trata de una discusión en relación con la cual conviene hacer, al menos, estas dos precisiones. La primera es que la cuestión no se plantea en términos generales, para cualquier argumentación jurídica, sino únicamente a propósito de la argumentación judicial, esto es, cuando se trata de la aplicación de normas generales a casos concretos, o bien de la comparación entre normas para determinar si una contradice o no a la otra[...]. La segunda precisión es que si existe o no una única respuesta para cada caso (susceptible de ser resuelto judicialmente) no puede ser (no es) contestada simplemente con un sí o un no. Las posiciones al respecto admiten muchos matices, muchas graduaciones, de manera que es posible ordenarlas de acuerdo con una escala...”. Atienza una escala de nueve posibilidades, en el nivel primero establece “que existe una única respuesta correcta que cabe extraer a partir de los principios del derecho natural”; y la nueve que “la noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces”. Existiendo posiciones intermedias en la que cabría el finalismo. Atienza, M., Curso de Argumentación Jurídica, Trotta, Madrid, 2013, pp. 553 y 554.

300 *Ibíd.*, pp. 114 y 115.

301 Betti, E., *La interpretación jurídica*, Legal Publishing (Abeledo Perrot), Santiago de Chile, 2009, p. 8. Trabajo original publicado *Teoría generale della interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1955.

302 Ara Pinilla, I., “Presupuestos y posibilidades...”, *Ob. Cit.*, p. 8.

303 *Ibíd.*, p. 9.

detallará”, afirmando “...que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad...”³⁰⁴.

La respuesta intersubjetiva propugna la idea de que los jueces interpretan el concepto jurídico indeterminado de acuerdo a la «luz de la conciencia social de su tiempo», para ello realiza una investigación sociológica de lo que la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica entiende por el concepto en el momento de su aplicación³⁰⁵.

Quienes propugnan la respuesta finalista³⁰⁶ consideran, que la forma de superar la indeterminación de un concepto indeterminado es, interpretándolo en función del objetivo o finalidad que tiene cada uno de estos conceptos en el ordenamiento jurídico. Es decir, el límite del concepto es el fin para el que fue aprobado por el legislador, por tanto se puede decir que su indeterminación desaparece al momento de su aplicación. Sería un proceso “reglado” en el que los jueces deben considerar el ordenamiento jurídico en su conjunto³⁰⁷.

En la propuesta de ARA PINILLA la solución de la indeterminación pasa por una combinación de los enfoques descritos, implica reconocer los principios de un determinado sistema jurídico, la configuración intersubjetiva del concepto y poner la interpretación del concepto al servicio de la finalidad del sistema jurídico³⁰⁸.

Esta propuesta (combinando la respuesta intersubjetiva y finalista) contribuye a reducir en alguna medida la discrecionalidad y, como veremos al revisar las propuestas normativas de Colombia y Ecuador, así como varias de las propuestas doctrinales para la aplicación del interés del niño, el finalismo y el intersubjetivismo están presentes de manera bastante clara. En el primer caso cuando se establece que el objetivo a alcanzar con la aplicación del principio analizado es la vigencia de los derechos del niño, su bienestar o su desarrollo integral. En el segundo caso cuando se propugna la determinación interdisciplinaria del interés, entregando a las opiniones técnicas lo que se considera lo más beneficioso en un contexto determinado.

304 Dworkin, “Los derechos...”, Ob. Cit. pp. 216 y 396.

305 *Ibíd.*, pp. 116 y 117.

306 Esta tesis fue propuesta en España por Eduardo García de Enterría en su trabajo “La lucha contra las inmunidades del poder”, Thomson-Civitas, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 2004.

307 *Ibíd.*, pp. 115 y 116.

308 *Ibíd.*, p. 118.

Si bien esta doble perspectiva³⁰⁹ puede disminuir en algo la incertidumbre en la aplicación, no adscribo a la tesis de la “única solución justa”.

El legislador ha establecido un resultado a alcanzar, por tanto al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados a un problema concreto solo podría existir una “respuesta correcta” o una “solución justa”, esto en función del objetivo o la finalidad para el que se estableció el concepto jurídico indeterminado, facilitando así el control de las decisiones por parte de la administración y reduciendo la arbitrariedad³¹⁰.

Sin embargo, este plausible objetivo no puede ser cumplido. Es claro que el legislador busca con los conceptos jurídicos indeterminados que la persona llamada a su aplicación en un caso determinado realice la valoración del sentido que debe atribuirse a la situación en particular, esto implica que puede existir más de una solución, es claro que no cualquier solución³¹¹.

Adscribo a lo expuesto por GARCÍA SALGADO en el sentido de que la idea de la tesis de la “única respuesta correcta” asume que el juez -o de la autoridad a cargo de la aplicación del concepto- realiza tareas de interpretación y descubrimiento, cuando en realidad trabaja en la atribución de sentido y creación, por tanto no existe posibilidad de afirmar que existen reglas técnicas neutras, ya que siempre hay espacio a lo valorativo. Aceptando esto la adecuación de las decisiones tomadas implica una revisión de los argumentos utilizados para sustentarlas³¹², algo que hemos propuesto bajo la denominación del método jurídico.

En la doctrina alemana se distingue, como explica GARCÍA SALGADO, entre las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados. En los primeros “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 penumbra”. En los conceptos

309 No incluyó la respuesta “objetivista” porque sería aceptar la existencia del derecho natural, algo que personalmente no comparto y que es riesgoso por la posible imposición, por esta vía, de convicciones sociales, opciones morales o convicciones personales, disfrazadas como normas de “derecho natural” inmutable.

310 El TS, su Sala Administrativa, ha desarrollado una doctrina jurisprudencial consistente con esta teoría, su posición es que “...la inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados.” Vid. (entre otras): SSTS de 24 de abril de 1999 RJ 1999/4597, FJ 6; 13 de julio de 1984 RJ 1984/4673, FJ 13; 10 de julio de 1993 RJ 1993/5500, FJ 5.

311 García Salgado, M. J., “Determinar lo indeterminado...”, Ob. Cit., pp. 111 y 112.

312 *Ibíd.*, pp. 112 y 113.

jurídicos indeterminados el núcleo de certeza es menor y más estable, por tanto es más claro los supuestos que se hayan incluidos en la norma³¹³.

3.3 Indeterminación, ¿la diferencia entre reglas y principios?

RIVERO HERNÁNDEZ afirma que el interés del menor constituye un principio general de Derecho privado y per se un principio constitucional al que se llega por vía de generalización, además de tener una expresión normativa³¹⁴, como se puede verificar en todas las legislación estudiadas en éste trabajo.

TORRES PEREA a su vez estima que el legislador alemán ha "...introducido un principio informador en un marco determinado (Derecho de familia) y ha incorporado dicho instrumento en la reformulación de determinadas normas para utilizarlo como criterio resolutorio de determinados conflictos."³¹⁵. Este autor posteriormente lo califica de un "auténtico principio general del derecho con relevancia constitucional"³¹⁶.

O'DONNELL lo considera como el principio más importante de los consagrados en la CDN³¹⁷ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que es un "principio fundamental" de ese instrumento³¹⁸.

Por su parte, LÁZARO GONZÁLEZ afirma que siendo un principio general necesariamente debe tener una configuración genérica y abierta, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones sociales que se presenten³¹⁹, por eso considero necesario que cualquier análisis debe contemplar el estudio de la naturaleza de los principios, los que siempre tendrán un alto grado de indeterminación.

En general se le atribuye a DWORKIN haber reinstalado en el debate jurídico contemporáneo la importancia de los principios³²⁰. Debemos recordar que

313 *Ibíd*, p. 108.

314 Rivero Hernández, F., "El interés del menor...", *Ob. Cit.*, p. 81.

315 Torres Perea J. M., "Tratamiento del interés del menor en el Derecho...", *Ob. Cit.*, p. 696.

316 Torres Perea J. M., "Interés del menor y...", *Ob. Cit.*, p. 21.

317 O'Donnell, D., "La Doctrina de la Protección Integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", en *Memorias del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Secretaría de Relaciones Exteriores de México D.F., 2006, p. 150. (pp. 119 a 161). Una versión electrónica de esta ponencia se puede encontrar en www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/ponencia_conferencistas/daniel_o_donnell.

318 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La infancia y sus derechos...", párrafo 44.

319 Lázaro González (c), "Los menores en el Derecho...", *Ob. Cit.*, p. 107.

320 Atienza, M., y Ruiz Manero J., *Sobre principios y reglas*, publicado en *Revista Doxa Cuadernos de Filosofía*, No. 10, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, p. 101. En igual sentido Atienza, M., y Ruiz Manero J., *Las piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 1.

el uso de la expresión «principios» en el Derecho tiene una larga historia³²¹; en la discusión sobre su naturaleza jurídica suele debatirse la concepción del Derecho, un tema complejo que no puede ser abordado en el presente trabajo, siendo suficiente para mi propósito plantear dos binomios: la diferencia existente entre los principios explícitos e implícitos³²²; y, la distinción entre reglas y principios.

Respecto de la primera distinción, los principios explícitos son los que se encuentran positivados por tanto se encuentran recogidos en una norma u otra disposición jurídica³²³. La calidad de principio se deriva de una decisión del legislador; al contrario los implícitos no tienen un correlato normativo³²⁴, estos se derivan del ordenamiento jurídico por vía de la generalización³²⁵.

Son los primeros los que me interesan, recordando que el interés superior es un principio positivado³²⁶. A continuación me centraré en la diferenciación que en la actualidad se hace entre reglas y principios³²⁷.

Previo a exponer las diferencias entre reglas y principios debe recordarse que estos últimos tienen diferentes acepciones, pudiendo encontrarse –de acuerdo a -ATIENZA Y RUIZ MANERO³²⁸- los siguientes:

321 Prieto Sanchís, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Taurus, Madrid, 2005, p. 205. A propósito de los aspectos históricos de los «principios generales del derecho» se puede revisar De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pp. 405 a 420;

322 Albaladejo propone la distinción entre «positivos y extrapositivos» que considera que “...el Estado o el pueblo establecen como Derecho Positivo, no solo las leyes que uno dicta y las costumbres que otro crea, sino también los principios jurídicos que unas y otras recogen, o que puedan obtenerse de la concepción jurídica que en ellas se acepta. Advertido esto, no hay obstáculo en, por brevedad, llamar principios positivos a los acogidos en el Derecho positivo compuesto por leyes y costumbres, y principios extrapositivos a los demás.”. Albaladejo, M., *Derecho Civil I (Volumen Primero)*, Bosch, Duodécima Edición, 1991, Barcelona, p. 114.

323 La STS 2344/2000 de 23 de marzo establece los aspectos centrales de los principios generales del Derecho de acuerdo a la jurisprudencia, y que para invocarlos deben estar recogidos en otra fuente del derecho, en particular la jurisprudencia o en las normas del ordenamiento jurídico: “...el concepto doctrinal y el desarrollo jurisprudencial de los mismos: aplicación indirecta a través de las demás fuentes, por su carácter informador (así, sentencia de 2 de julio de 1973), aplicación directa, en defecto de ley y costumbre (sentencias, la misma de 2 de julio de 1973, 30 de octubre de 1976, 31 de marzo de 1977, 8 de noviembre de 1985, 12 de mayo de 1992, 5 de junio de 1992) y necesidad de probar su vigencia general y aplicación al caso, demostrando que es acogido por el ordenamiento jurídico, citado el precepto que lo sanciona o la jurisprudencia que lo recoge (sentencias de 27 de octubre de 1967, 28 de mayo de 1968, 7 de febrero de 1972)”. F. 3...

324 Prieto Sanchís, L., “Apuntes de teoría...”, Ob. Cit., p. 205.

325 Rivera, J.C., *Instituciones de Derecho Civil: parte general (Tomo I)*, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires, 2007, p. 169.

326 Algún autor sostiene que esto refleja una forma de “auto integración”, porque la norma contiene de modo implícito conceptos y principios generales y por tanto se derivan del ordenamiento positivo, esto para diferenciar de los que considera derivados de la “heterointegración”, que sería resultado del uso de ideas y conceptos extralegales que se aplican en los casos de vacíos legales. Quintana, F., *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 223 y 224.

327 Asumo el mantener una mirada positivista de los principios.

328 Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas...”, Ob. Cit., pp. 5 a 7. Esta caracterización, de acuerdo a estos autores, ha sido realizada “tomando en cuenta”, los análisis de Carrió y Guastini.

- a) Como norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades son muy generales³²⁹.
- b) Como norma redactada en términos particularmente vagos, es decir en los casos en que se usan conceptos jurídicos indeterminados³³⁰.
- c) Como directriz o norma programática, esto es, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines³³¹.
- d) Como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.³³².
- e) Como norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.³³³.
- f) Como regula iuris, esto es como enunciado o máxima de la ciencia jurídica que tiene un considerable grado de abstracción y que permite la sistematización del orden jurídico o de un sector del mismo³³⁴.

Del estudio normativo realizado se puede ver que el interés superior del niño es usado en varias de las dimensiones antes descritas.

Una de sus dimensiones es la de actuar como directriz o norma programática por la necesidad de que en su aplicación se busquen determinados fines³³⁵. El TSE ha considerado de esta manera al interés del menor.

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las

329 Los autores proponen como un ejemplo de esto el artículo 1901 del Código civil español: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

330 Para ejemplificar esta dimensión citan el artículo 7.2 del Código civil español: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

331 Se cita como ejemplo el artículo 51.1 de la Constitución española: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

332 Se propone como ejemplo el artículo el artículo 14 de la Constitución española: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

333 El ejemplo citado es el artículo 4.2 del Código civil español: «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a los supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos en ellas».

334 Se cita como ejemplo el artículo 9.3 de la Constitución española: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

335 Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas...”, Ob. Cit., p. 4.

*posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de soluciones...*³³⁶

Se aplicaría de forma similar a una regla de fin en el sentido de que con su aplicación se busca «la producción de un determinado estado de cosas [dejando] a la discreción de su destinatario la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo»³³⁷.

La diferencia entre las dos es que las reglas de fin tienen un conjunto finito y cerrado de opciones, es decir las opciones para alcanzar el objetivo de la norma están previamente establecidas en las reglas, mientras que en los principios «tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas»³³⁸.

Se asume que en los dos casos existe vaguedad y que en los principios, especialmente el que estamos estudiando, hay opciones claramente excluidas o incluidas en la norma, tanto en las reglas como en los principios.

Ahora bien en ciertos casos, como las decisiones vinculadas a la guarda y custodia de los hijos e hijas, las visitas, la custodia compartida, por citar algunos ejemplos, el interés del niño se aplicaría como regla de fin debido a que existe un número finito de alternativas, es decir puede seleccionarse entre un número limitado de opciones para el caso en particular, por ejemplo admitir o no la custodia compartida, aceptar o no la visita de los abuelos, etc.

Existen propuestas que buscan encarar el tema desde el estudio de los conceptos jurídicos que no tienen una existencia autónoma, es decir son “construcciones” jurídicas³³⁹, noción con la que estoy de acuerdo, es decir la abstracción que implican generalmente los principios, pero esto no aporta mayores elementos para entender la distinción existente entre los dos.

LEGUINA VILLA afirma que no existe diferencia de naturaleza entre los principios y lo que él llama normas en strictu sensu. Las diferencias son de función y de estructura, siendo relevante para nuestro trabajo la caracterización de los principios por su relativa indiferencia de contenido,

336 STS 5817/2009 de 31 de julio del 2009. Juez Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, FJ 6.

337 *Ibíd.*, p. 8.

338 *Ibíd.*, p. 9

339 Vintimilla, J., Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz de los Novus Ecuatoriano, publicado en Revista *Iuris Dictio* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, No. 13, Año X, Septiembre 2010, p. 50.

siendo normas sin supuesto de hecho concreto. GARCÍA DE ENTERRÍA las describe por tener una «...“mezcla de precisión” (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios)», todo esto dice LEGUINA, sin llegar por sí mismos a suministrar decisiones a los casos concretos³⁴⁰.

Una regla³⁴¹, en el sentido que interesa para este trabajo, responde a un esquema condicional porque relaciona un caso con una solución³⁴², en un enfoque estructural de las normas³⁴³: cumplidas las condiciones establecidas en la regla (los supuestos) el destinatario de la norma debe realizar una conducta determinada³⁴⁴ (la consecuencia jurídica).

En los principios existe un nivel de valoración, por eso la persona llamada a su aplicación debe realizar una ponderación para su aplicación, tiene por ello un margen de discreción que no tendría en las reglas. Adicionalmente los principios, siendo razones que guían la conducta no son excluyentes por tanto, cuando se debe actuar en función de un principio deben considerarse otras razones adicionales³⁴⁵. Esto es evidente en el texto del artículo 3 de la CDN, ya que se establece que el interés superior es “una” razón a considerar, no la única como había sido propuesto inicialmente.

A propósito de esto parece valiosa la distinción que realiza ZAGREBELSKY³⁴⁶ entre principios y reglas, ya que el análisis se enfoca en el destinatario de estas, y las funciones que debe cumplir.

Según ZAGREBELSKY las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos o podemos actuar en

340 Leguina Villa, J., Principios generales del Derecho y Constitución, publicado en Revista de Administración Pública, No. 114, septiembre-diciembre 1987, pp. 10 y 11.

341 Atienza y Ruiz Manero proponen una distinción en la reglas entre reglas de acción y reglas de fin. Las primeras establecen calificaciones normativas de ciertas conductas, estas son las más comunes, son las que califican deonticamente una conducta (la prohíben, permiten, obligan); las segundas buscan “la obtención de un cierto estado de cosas”. Señalan, que en ocasiones esta distinción es relevante, que en muchas ocasiones solamente reflejan un “estilo” legislativo, asumiendo además que toda regla de acción puede ser convertida en regla de fin, cobrando relevancia la distinción cuando una regla de fin deja al destinatario un margen de discreción para establecer la forma en que se alcanza el fin. Esta discreción no existe en las reglas de acción. Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas...”, pp. 7 y 8.

342 Cruz Parceros, J. A., El lenguaje de los derechos, Trotta, Madrid, 2007, p. 81.

343 Dos enfoques adicionales identifican Atienza y Ruiz Manero, el enfoque funcional por el que se estudia a las normas desde el papel que buscan cumplir en el razonamiento práctico de los destinatarios (razones para la acción); y, el enfoque sociológico que las caracteriza por su relación con los intereses y relaciones de poder en la sociedad. Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas...”, pp. 6 y 7.

344 La caracterización que hace de las reglas Dworkin es que son de “todo o nada” se cumplen las condiciones se aplica la consecuencia, no se cumplen no se aplica. Alexy dice que tienen un “carácter definitivo”, la regla es aplicable la conducta debe realizarse. Dworkin, R, Los derechos en serio, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 72 y ss.

345 Cruz Parceros, “El lenguaje de...”, Ob. Cit., p. 82.

346 Zagrebelsky, G., El derecho dúctil, Editorial Trotta, Séptima edición en español, traducción de Marina Gascón, Madrid, 2007, pp. 109 a 126.

determinadas situaciones específicas previstas por las mismas reglas, por tanto a éstas se obediencia, siendo necesario determinar con “precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas”. En consecuencia se siguen los métodos tradicionales de interpretación, que buscan desentrañar el lenguaje del legislador.

Esto implica que deben “ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente” por lo que puede aplicarse por medio del silogismo judicial, es decir la subsunción del supuesto de hecho concreto en supuesto abstracto de la norma³⁴⁷, tema sobre el que volveré más adelante.

Los principios –dice ZAGREBELSKY-, desempeñan un papel «constitutivo» del orden jurídico (en nuestro caso del Derecho de Familia y de la niñez y adolescencia); su formulación genera un “significado lingüístico autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras”, ya que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ethos».

Esto implica que a los principios se les «presta adhesión», por ello es “importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

En resumen, los principios no nos dicen cómo debemos actuar, pero “nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”. Es decir, generan “actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que pueda estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto”. Estos –los principios- carecen de “supuesto de hecho”, por lo que se les “puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante un caso concreto”, por lo que condición para aplicarlos es la discusión y no a través de la imposición (es decir la argumentación)³⁴⁸.

En la aplicación de los principios, al reflejar estos ciertos valores, no es posible usar los mismos métodos de aplicación de reglas, estos exigen que los encargados de su aplicación realicen una ponderación, para optimizar su función en el derecho, por tanto, requieren de una evaluación que no tienen las reglas: el peso y la importancia.

Ahora bien esta asignación del peso y la importancia no resuelve el problema de la “atribución” de “significado” al interés del niño, al ser un concepto jurídico indeterminado cualquier intento de enfrentar la

347 Cfr., *Ibíd.*, 110 y ss.

348 *Ibíd.*

arbitrariedad o la discrecionalidad abusiva en su aplicación requiere, como condición, una comprensión de estos conceptos y de las diferentes vías que se han probado para establecer pautas racionales de aplicación.

Cuando se trata el interés del niño debemos considerar un elemento adicional para la ponderación: la prioridad que se otorga a estos intereses frente a otros intereses; en esta dimensión el interés superior funciona como criterio de prioridad o prevalencia. Como se examinará más adelante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha dejado en claro que cuando existe un conflicto entre los derechos y libertades del menor con otras personas se considera prevalente los intereses de los menores de edad, sin que por ello se consideren “desdeñables” los otros intereses³⁴⁹.

3.4 La concreción del interés del niño según criterios normativos preestablecidos

LINACERO DE LA FUENTE³⁵⁰ considera que la distinción existente en el tratamiento normativo del interés del menor corresponde a distintos sistemas normativos europeos continentales (germánicos y latinos) y los ordenamientos anglosajones (el británico y el de Estados Unidos de América). En los primeros –dice- es un principio abstracto e indeterminado con poca concreción, mientras que en los segundos existe una mayor concreción, debido a que en su legislación y jurisprudencia se manejan “criterios explícitos y se hacen previsiones sobre el principio”, particularmente en el Derecho inglés (en la Children’s Act de 1989) se reflejaría los criterios que considera “los factores más importantes del interés de los niños”.

La descripción básica de esta técnica de regulación es que de manera apriorista se establecen:

...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 aquéllos³⁵¹.

Esta técnica –se dice- es una “reacción frente la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales”, y parte de la idea de que mientras “más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la

349 Vid. entre otras STC 260/1994, de 3 de octubre; STC 114/1997, de 16 de junio; STC 141/2000, de 29 de mayo; STC 71/2004, de 19 de abril; STC 75/2005, de 4 de abril, F. 6.

350 Linacero de la Fuente, “Protección Jurídica del...”, Ob. Cit., pp. 59 y 60.

351 Rivero hernández, F., El interés del..., segunda edición, Ob. Cit., p. 105.

determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación”³⁵².

En resumen, “se presentan algunos criterios indicativos para la búsqueda del interés del niño y resolver de acuerdo con los mismos, esos problemas en tales situaciones”³⁵³.

Los criterios que se establezcan en cada legislación serían aquellos que representan lo que cada sociedad, en un momento y contexto determinado, considera como lo más valioso u óptimo para los niños, niñas y adolescentes, no siendo las consideraciones subjetivas de sus progenitores, otras personas a su cargo o las preferencias de los órganos jurisdiccionales³⁵⁴.

Las críticas al modelo son obvias, finalmente es el juez quien toma la decisión en el caso concreto y por tanto sus valoraciones priman al evaluar los distintos criterios en juego, además de la ya mencionada limitación para anticipar situaciones, por ello las valoraciones de los jueces de los diferentes criterios establecidos normativamente no reflejan prejuicios y/o estereotipos sociales, por tanto esas decisiones no son rechazadas, sino valoradas y resaltadas como correctas.

De una lectura de esos criterios³⁵⁵, que varían de legislación a legislación, queda claro que lo que se impone al juez –que decide en el caso concreto lo que considera conveniente al interés superior- es una serie de criterios para evaluar el caso y para justificar/argumentar su decisión en base a ellos³⁵⁶, son el fundamento para construir un juicio acerca de lo que se

352 *Ibid.*, p. 106.

353 *Ibid.*, p. 107.

354 Díez-Picazo a propósito del principio de protección integral de los hijos («tout pour l'enfant») presenta de manera muy clara la distinción “Ante todo, habrá que señalar que no es lo más beneficioso lo que subjetivamente el padre entiende [...]. Tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales, aunque de facto son las que acaban de imponerse, pues los tribunales son oráculo y reflejo de la comunidad en la que viven. Por consiguiente, habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso”. Díez-Picazo, L., “El principio de...” *Ob. Cit.*, p. 176.

355 En la Children Act de Inglaterra (1989) se establecen siete criterios o factores: “... 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” (Section 1(3)). Traducidos serían los siguientes criterios: (a) los deseos y sentimientos del niño (que serán considerados a la luz de su edad y entendimiento), (b) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; (c) el probable efecto, en el niño, de cualquier cambio en sus circunstancias, (d) su edad, sexo, antecedentes y cualquier característica suya, que el tribunal considere pertinente; (e) el daño sufrido o que esté en riesgo de sufrir; (f) la capacidad de cada uno de sus progenitores, y cualquier otra persona que el tribunal considera pertinente, para satisfacer las necesidades[del niño]; (g) las competencias del tribunal conforme a Ley el procedimiento aplicable (traducción del autor).

356 La jurisprudencia inglesa establece que no es necesario que el juez considere los siete criterios establecidos

considera como lo más conveniente para un niño o niña concreto, en una situación concreta.

En los Estados Unidos la Commissioners on Uniform State Laws recomienda que, para decidir en el interés superior, en los casos de custodia, se evalúen cinco criterios:

“(a) the wishes of the child’s parent or parents as to custody; (b) the wishes of the child as to the custodian; (c) the interaction and interrelationship of the child with the child’s parent or parents, the child’s siblings, and any other person who may significantly affect the child’s best interest; (d) the child’s adjustment to home, school, and community; and (e) the mental and physical health of all individuals involved”³⁵⁷.

Un caso interesante se puede encontrar en el Estado de Arizona, en el que –además de todos los criterios anteriores– considera como necesarios evaluar la medidas de coacción o coerción que el progenitor hayan usado para obtener un acuerdo de custodia, el que hayan participado en un curso, organizado por la Corte del Estado, sobre el impacto del divorcio en adultos y niños y si se han hecho denuncias falsas, por parte de los padres, sobre abuso o negligencia³⁵⁸.

en la Sección 1(3) de la Children Act de 1989, pero de no revisarlo, uno o más, podría ser la base para apelar la decisión (Staughton LJ in H v. H (Residence Order: Leave to Remove from Jurisdiction) [1995] 1 FLR 529): judge is not required “to read out the seven items in s.1 (3) and pronounce his conclusion on each. Fallo citado por Standley, K., Family Law, fifth edition, Palgrave Macmillan Law Masters, Hampshire, 2006, p. 304.

357 American Bar Association, National Child Welfare Center, <http://apps.americanbar.org/abanet/child/catmaterials/allcip.cfm#c16>, consultado el 20 de junio del 2012.

358 Statute Arizona, Title 25, Marital and Domestic Relations:

START_STATUTE25-403. Custody; best interests of child

- A. The court shall determine custody, either originally or on petition for modification, in accordance with the best interests of the child. The court shall consider all relevant factors, including:
 1. The wishes of the child’s parent or parents as to custody.
 2. The wishes of the child as to the custodian.
 3. The interaction and interrelationship of the child with the child’s parent or parents, the child’s siblings and any other person who may significantly affect the child’s best interest.
 4. The child’s adjustment to home, school and community.
 5. The mental and physical health of all individuals involved.
 6. Which parent is more likely to allow the child frequent and meaningful continuing contact with the other parent. This paragraph does not apply if the court determines that a parent is acting in good faith to protect the child from witnessing an act of domestic violence or being a victim of domestic violence or child abuse.
 7. Whether one parent, both parents or neither parent has provided primary care of the child.
 8. The nature and extent of coercion or duress used by a parent in obtaining an agreement regarding custody.
 9. Whether a parent has complied with chapter 3, article 5 of this title.
 10. Whether either parent was convicted of an act of false reporting of child abuse or neglect under section 132907.02.
 11. Whether there has been domestic violence or child abuse as defined in section 25403.03.
- B. In a contested custody case, the court shall make specific findings on the record about all relevant factors and the reasons for which the decision is in the best interests of the child”. END_STATUTE Chapter 3, article 5 : START_STATUTE25-351. Domestic relations education; plan; administration
 - A. The superior court in each county shall adopt and implement an educational program for the purpose of educating persons about the impact of divorce on adults and children.
 - B. The supreme court shall adopt minimum standards for educational programs. The presiding judge of the superior court in each county shall submit an educational program plan to the Supreme Court for approval. The plan shall be consistent with the minimum standards that are adopted by the Supreme Court, including the length and nature of the program, the qualifications of program providers and the means by which the program will be evaluated and maintained. Beginning January 1, 2013, these standards shall require that

La Administration for Children & Families resalta que no existe una definición del standard best interests, deja en claro que es “una” consideración que debe hacerse al tomar decisiones en relación a un niño, para lo cual deben considerarse una serie de factores:

...the term generally refers to the deliberation that courts undertake when deciding what type of services, actions, and orders will best serve a child as well as who is best suited to take care of a child. “Best interests” determinations are generally made by considering a number of factors related to the circumstances of the child and the circumstances and capacity of the child’s potential caregiver(s), with the child’s ultimate safety and well-being as the paramount concern³⁵⁹.

Este reporte identifica, como los factores más usuales en las legislaciones estatales de ese país para establecer el standard best interests: (a) Los vínculos emocionales y las relaciones entre el niño y sus padres, hermanos, su familia en general y las personas a cargo de su cuidado (13 Estados y el Distrito de Columbia); (b) La capacidad de los progenitores para proporcionarles un hogar adecuado y seguro, además de proveerles de alimentos, ropa y atención médica (8 Estados); (c) las necesidades de salud física y mental del niño (5 Estados y el Distrito de Columbia); (d) la salud física y mental de los progenitores (6 Estados y el Distrito de Columbia); (e) la presencia de la violencia doméstica en el hogar (8 Estados)³⁶⁰.

En seis estados³⁶¹ los criterios que se enumeran en sus legislaciones deben considerarse de forma obligatoria por parte de los jueces al tomar decisiones en nombre del interés del niño, en ocho estados puede considerarse—además de la lista de criterios expresamente señalados—cualquier otro elemento que se considere relevante para el interés del niño³⁶². En algunos estados

educational programs at a minimum include instruction related to all of the following:

1. The emotional, psychological, financial, physical and other shortterm and long-term effects of divorce on adults and children.
 2. Options available as alternatives to divorce.
 3. Resources available to improve or strengthen marriage.
 4. The legal process of divorce and options available for mediation.
 5. Resources available after divorce.
 - C. Each program shall also include information regarding the notification requirements of section 25403.05, subsection B.
 - D. The presiding judge of the superior court or a judge who is designated by the presiding judge shall administer the program in each county and may provide or contract with political subdivisions in this state or private entities to provide the program to participants who are required to attend.” Consultado en http://www.azleg.gov/arizonarevisedstatutes.asp?LinkType=doc&Title=25_END_STATUTE
- 359 Administration for Children & Families, Child Welfare Information Gateway, Determining the Best Interests of the Child: Summary of State Laws, 2010, consultado en http://childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/best_interest.cfm, último acceso el 20 de junio Del 2012.

360 *Ibíd.* Traducción del autor.

361 Illinois, Maryland, Michigan, Oregón, Vermont y Virginia.

362 Connecticut, Delaware, Florida, Massachusetts, North Dakota, Ohio, Tennessee y Wisconsin.

se añaden criterios que no deben ser tomados en cuenta; por ejemplo en Connecticut se establece que la determinación del interés superior del niño no puede basarse en el examen de la situación socioeconómica del progenitor o cuidador; Delaware prohíbe a los tribunales asumir que uno de los padres, por su sexo, está mejor calificado que el otro progenitor para actuar como un tutor o para recibir la custodia; en el caso de Idaho no se permite la discriminación sobre la base de la incapacidad de los padres.

En la mayor parte de estados americanos (34 incluyendo Samoa Americana, Guam, Islas Marianas del Norte, Puerto Rico y las Islas Vírgenes) la legislación establece una orientación más general a los jueces y permite que tengan un margen mayor de discreción al resolver lo que es el interés superior, en general se usan fórmulas como "... alternativa disponible menos restrictiva en consonancia con el interés superior del niño y respetando los derechos e intereses de los padres, tutores, custodio, la comunidad y el Estado" (Dakota del Sur).

El objetivo es dotarle de racionalidad a la decisión, el encargado de tomarla debe considerar estos elementos al tomar la decisión en el caso concreto, para después valorarlos en su decisión, por tanto contribuyen a evaluar lo que se consideraría el interés superior en el caso concreto y fundamentar la decisión³⁶³.

STANDLEY³⁶⁴, considera que la Sección 1 (3) de la Children Act de 1989 (en la que se encuentra). "contains a list of factors (...) which imposes some structure on the broad exercise of judicial discretion in the application of the welfare principle above".

363 En Italia, por ley No. 54/2006, se modificaron las reglas para la asignación de la tenencia de los hijos, en particular el art. 155 establece que "También en caso de separación de los padres, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción de parte de ambos y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada parte. Para alcanzar la finalidad indicada en el inciso primero, el juez que dictamina la separación de los cónyuges adopta las disposiciones relativas a la prole con exclusiva referencia al interés moral y material de la misma. Evalúa prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores queden a cargo de ambos padres y establece a cuál de ellos será dada la tenencia...". Esta regla no establecer criterios para que el juez determine cuál es el "interés moral y material" que justifique la concesión, o no, de la custodia compartida, ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como un medio para que decida los casos en base a sus convicciones. En palabras de Barbara Pugliese "El nuevo art. 155.2 dispone que el juez "evalúe prioritariamente la posibilidad de los hijos menores de edad queden a cargo de ambos padres o bien establezca a cuál de ellos se la dará la tenencia". Ello plantea la obligación de una fundamentación por parte del juez que quiere disponer la tenencia exclusiva, pero si no indican con claridad los presupuestos para la aplicación de la normativa, la obligación de fundamentación se traduce en la explicitación de aquello que el juez entiende preferible sobre la base de sus convicciones: es suficiente que dé cuenta del por qué ha considerado que otorgar la tenencia al otro progenitor es contrario al interés del menor". "Interesse del minori: potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento dei figli (L. 8 febbraio 2006, N. 54)" publicado en Familia, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa, Giuffrè Editore, Milán, 2006, No. 6, p. 1058. (traducción tomada de Revista Investigaciones de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Año X, Buenos Aires 2006, p. 146).

364 Administration for Children & Families, Child Welfare Information Gateway, "Determining the Best Interests of the Child..." Ob. Cit., p. 304.

En igual sentido se pronuncia ANDREW BAINHAM³⁶⁵, es una forma de restringir la discrecionalidad por medio de una “lista de criterios” que los jueces deben considerar al aplicar el “interés superior”. Estos criterios, en la legislación inglesa, no están ordenadas jerárquicamente, no son exclusivos (se pueden considerar otros) y no tienen que ser considerados todos³⁶⁶.

Con estos antecedentes parece más conveniente denominar a esta técnica como lista de criterios para la determinación del interés superior del niño. El CRC considera que esta es una “lista de elementos” que podría formar parte de la evaluación del interés superior que desarrolle, cada persona responsable de tomar la decisión, en casos específicos³⁶⁷.

En España, la Ley 14/2010³⁶⁸, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, dictada por el Parlamento de Cataluña, sigue la técnica de establecer criterios para la determinación del interés superior; si bien estos criterios son muy básicos, contienen elementos prefijados que son comunes a muchos de los cuerpos legales que la emplean, por ejemplo, el que se deba tomar en cuenta su opinión o que deba atenderse a sus derechos.

En artículo 5 in fine de dicha ley se establece que “Para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse a sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social”.

3.5 La lista de elementos propuestos por el CRC

La importancia de contar con elementos para evaluar el ISN ha sido reconocida por el CRC, para ello ha propuesto que debería existir una lista de elementos como lo llama el Comité, que no debería considerarse exhaustiva o jerárquica, esto implica que podría ser ampliada para considerar los factores pertinentes en cada caso, siempre tenido en cuenta que el “...fin último del ISN debería ser garantizar [el] disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CDN y su desarrollo holístico”, por tanto no deberían considerarse los “elementos contrarios a los derechos

365 Bainham, A., *Children: the modern law*, Jordan Publishing, Bristol, 2005, p. 41

366 *Ibid.*, p. 41.

367 CRC, “Observación General No. 14...”, *Ob. Cit.*, párrafo 50 y ss.

368 Esta Ley derogó la 8/1995, dictada por el mismo Parlamento de Cataluña, que ya establecía los criterios recogidos en la Ley 14/2010. En la nueva normativa se añade reglas para que el interés superior sea aplicado en varios ámbitos, más allá de la resolución de conflictos o controversias en los que se encuentre un menor de edad, así se afirma, en la Exposición de Motivos, que este principio debe ser “...el principio inspirador de las actuaciones públicas y de las decisiones y las actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerlos y de asistirlos o por la autoridad judicial o administrativa.

consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos”³⁶⁹.

Estas consideraciones o elementos se encuentran en la ya citada “Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

El Comité considera que el ISN es complejo, flexible y adaptable, que debe determinarse caso por caso en función de las circunstancias concretas de cada niño y niña, teniendo en cuenta el contexto y la situación; y las necesidades personales³⁷⁰.

Precisamente esta flexibilidad, que hace posible su “adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil”, es la puerta para la manipulación, algo que ha sido utilizado, dice el CRC:

*...abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por las custodia; y por profesionales...que desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia*³⁷¹.

Los elementos forman parte de la recomendación de los “pasos” que la CRC considera se debe seguir para evaluar y determinar el IS en un caso en concreto, que son: a) evaluación del ISN al caso concreto; b) y determinación del ISN en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho³⁷².

a) Evaluación del IS³⁷³

Es obligación del responsable de la toma de la decisión, de preferencia con la participación de equipos multidisciplinares y del niño, determinar los elementos pertinentes, en el contexto del caso, dotándole de “un contenido concreto”, y ponderando su importancia en relación a los demás elementos presentes.

La evaluación consiste “en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación”; esto

369 CRC, “Observación General No. 14...”, Ob. Cit., párrafo 50.

370 Ibid., párrafos 32 y 34.

371 Ibid., párrafo 34.

372 Cfr., Ibid., párrafos 46 y 47.

373 Cfr., Ibid., párrafo 47 y ss.

debe realizarse teniendo en cuenta las características específicas de cada niño o niños de que se trate el caso,

...como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores³⁷⁴.

Esos elementos deben ser valorados de forma equilibrada y debe ser ‘ponderado’ en relación a los demás, no todos serán relevantes al caso; cada elemento puede ser utilizado de diferente manera en cada caso, porque varía de niño en niño y de caso en caso; en ocasiones pueden entrar en conflicto algunos de los elementos y la forma de enfrentar esto es la ponderación de aquellos. La ponderación, insiste el Comité, debe ser hecho en perspectiva de los objetivos que se quieren lograr con el ISN (garantizar el disfrute pleno de los derechos y el desarrollo holístico del niño).

El CRC recuerda que toda decisión debe tener presente que las capacidades de los niños evolucionan, por tanto debe considerarse que cuando un derecho pueda ser limitado o restringido en nombre de la ‘protección’ en la decisión debe tomarse en cuenta la necesidad de ‘empoderamiento’ del niño, esto implica ‘el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones’; la revisión permanente de las medidas y su ajuste de acuerdo a las nuevas circunstancias; siempre evaluando ‘la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño’³⁷⁵.

Algunas de las orientaciones concretas y flexibles propuestas por el Comité son:

- (i) La **opinión del niño, niña o adolescente**³⁷⁶, en caso de que una decisión no tenga en cuenta el punto de vista del niño o no conceda a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no se respeta la posibilidad de que el niño o los niños participe en la determinación de su interés superior.

374 Ibid., párrafo 48.

375 Ibid., párrafos 80 a 84.

376 Ibid., párrafos 53 y 54.

El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no les priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.

- (ii) La **identidad del niño, niña o adolescente**³⁷⁷. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta esa diversidad al evaluar su interés superior; esa identidad abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Es verdad que los niños, niñas y jóvenes comparten necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

Por ejemplo, en los casos de determinación de la colocación en hogares de guarda o de acogida, adopción, separación de los padres en caso de divorcio, es muy importante prestar especial atención a su identidad religiosa y cultural; y la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico

Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño.

- (iii) La **preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares**³⁷⁸. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares

377 *Ibíd.*, párrafos 55 a 57.

378 *Ibíd.*, párrafos 58 a 70.

diferentes. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente.

La separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia; antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres; tampoco los niños deben ser separados de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres.

La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño. En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada.

Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño; cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.

Cuando la relación del niño con sus padres se vea interrumpida por la migración (de los padres sin el niño o del niño sin los padres), la preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunión de la familia. Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular.

Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.

- (iv) **Cuidado, protección y seguridad** ³⁷⁹ del niño. Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

Tener en cuenta su seguridad, es considerar, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, laboral, los conflictos armados, etc.

Evaluar la seguridad y la integridad del niño en el preciso momento de la decisión; sin embargo el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

- (v) Considerar las **situaciones concretas de vulnerabilidad** ³⁸⁰ que no serán la misma de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Se debe tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única; esto implica que debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y deben

379 *Ibíd.*, párrafos 71 a 74.

380 *Ibíd.*, párrafos 75 y 76.

establecerse ajustes razonables en función de todo su proceso de desarrollo.

- (vi) El **derecho del niño a la salud**³⁸¹, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. Se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.
- (vii) El **derecho del niño a la educación**³⁸², que incluye el acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas.

Equilibrio entre los elementos y ponderación.

Debe buscarse un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior, el contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.

Algunos de estos elementos de evaluación pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias; al ponderarlos hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos. Pueden existir situaciones en las que factores de “protección” que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de “empoderamiento” (que implican el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones). En esas situaciones, la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos. Debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez

Debe tenerse en cuenta que las capacidades de los niños, niñas y adolescentes evolucionan, por lo tanto los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Las

381 *Ibíd.*, párrafos 77 y 78.

382 *Ibíd.*, párrafo 79.

decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

La **determinación** del ISN es un “proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del ese interés superior”³⁸³; para ello se requiere un conjunto de salvaguardias procesales en “procesos oficiales, con garantías procesales estrictas concebidas para evaluar y determinar el ISN”³⁸⁴:

- (i) El **derecho del niño a expresar su propia opinión**³⁸⁵. Debe lograrse que participen de manera provechosa en la determinación de su interés superior; debería informarse a los niños, niñas y adolescentes sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles su opinión. Cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este es comunicar con precisión las opiniones del niño.

Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación (por ejemplo, un curador ad litem), si es necesario.

- (ii) La **determinación de los hechos**³⁸⁶ y la información pertinente para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados. Entre otras formas de recolección de información se puede mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes

La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.

- (iii) Debe tenerse en cuenta la **percepción del tiempo en los niños, niñas y adolescentes**³⁸⁷. Los procesos de toma de decisiones que

383 *Ibíd.*, párrafo 47.

384 *Ibíd.*, párrafo 87.

385 *Ibíd.*, párrafos 89 a 91.

386 *Ibíd.*, párrafo 92.

387 *Ibíd.*, párrafo 93.

se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. La decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo

- (v) La **participación de profesionales cualificados**³⁸⁸; los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. El proceso de evaluación del ISN debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro con profesionales capacitados, entre otros temas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.
- (vi) La necesidad de que los niños, niñas y adolescentes cuenten con **representación letrada**³⁸⁹, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.
- (vii) **Exigencias concretas de argumentación jurídica**³⁹⁰. Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. La motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. No “basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño”; se deben detallar de forma explícita todas las

388 Ibid., párrafos 94 y 95.

389 Ibid., párrafo 96.

390 Ibid., párrafo 97.

consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en cada caso.

Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado; cuando excepcionalmente la solución elegida no atiende al interés superior del niño se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado; esto implica explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

- (vii) En toda decisión debe hacerse constar los **mecanismos para examinar o revisar** las decisiones de forma periódica³⁹¹.
- (viii) En cada decisión debe hacerse **constar como impactará en los derechos del niño** en concreto³⁹².

3.6 Situaciones pre-establecidas normativamente como favorables al interés superior

El profesor RIVERO HERNÁNDEZ menciona esta técnica como una excepción en el ordenamiento jurídico español. Se trata de situaciones en las que el legislador ha determinado normativamente lo que el encargado de resolver el caso debe considerar como el interés del menor de edad. Un ejemplo de esto se puede encontrar en el art. 234. C. c. español, el legislador establece como “beneficioso para el menor la integración en la vida de familia del tutor”.

El mismo autor menciona dos casos en los que se puede “adivinar” – dice- lo que el legislador considera el interés: el primero, contenido en el art. 125 C. c., que trata sobre establecimiento de la filiación incestuosa, estipulando que el juez autorizará que se establezca en los casos en que “convenga al menor o incapaz”, si le perjudica o beneficia. En segundo lugar se refiere al art. 304 C.c., norma que regula la impugnación de los actos realizados por el guardador de hecho “en interés del menor...no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Se puede colegir del contexto de que el beneficio es de carácter patrimonial³⁹³.

En la Constitución Política del Estado de Bolivia es posible encontrar otro ejemplo de esta técnica, en la primera parte del artículo 65 se establece

391 *Ibíd.*, párrafo 98.

392 *Ibíd.*, párrafo 99.

393 Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, publicado en el libro *Homenaje a Bernardo Moreno Quesada*, Ob. Cit., pág., 1538.

que “En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación del padre o madre...”.

Obviamente esta técnica de regulación es usada de manera excepcional, el legislador no puede prever todas las situaciones en que los niños, niñas y adolescentes se pueden encontrar y formular en abstracto la mejor opción, lo que tiene varios riesgos asociados a la rigidez de la respuesta y a la consideración que la evaluación del interés debe ser hecho caso por caso³⁹⁴.

3.7 La equiparación normativa del interés superior a sus derechos

RIVERO HERNÁNDEZ y ROCA TRIAS al describir las técnicas de regulación del interés superior no incluyen esta, esto se debe -en mi opinión- a que sus estudios sobre la regulación normativa del principio se han circunscrito a legislaciones continentales europeas y a las anglosajonas. Sin embargo, respecto a la equiparación normativa con los derechos es posible encontrar referencias en la doctrina española que considera que la finalidad del interés superior la satisfacción y garantía de estos, y por tanto, la necesidad de que el llamado a decidir en un caso concreto ajuste la decisión al cumplimiento de esa finalidad. ROCA TRIAS insiste que no es un «concepto vacío» ya que «su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas»³⁹⁵. Ejemplos de esta técnica de regulación es posible encontrarlos en Ecuador, El Salvador y Venezuela.

En la Observación General No. 14 del CRC, el interés superior tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño, niña o adolescentes”, en que la “plena aplicación del concepto del interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en derechos”³⁹⁶.

394 Moreno-Torres Sánchez, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 88.

395 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, *Ob. Cit.*, p. 220. En el mismo sentido Linacero de la Fuente, “Protección Jurídica del...”, *Ob. Cit.*, p. 60 «La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989...”; Moreno-Torres Sánchez, J., “La Seguridad Jurídica...”, p. 88.

396 Párrafos 4 y 5.

CAPITULO 3

**Propuestas doctrinales
para establecer criterios de
aplicación o determinación
del interés superior**

CAPITULO 3

Propuestas doctrinales para establecer criterios de aplicación o determinación del interés superior

He señalado la profunda desconfianza que tienen algunos sectores del pensamiento jurídico latinoamericano en el principio del interés superior del niño. Recordemos la rotunda afirmación de GARCÍA MÉNDEZ, quien llama la atención sobre la centralidad del interés superior del niño, el que usado de manera descontextualizada de la CDN permite –dice-, «a ingenuos o malintencionados intentar nuevamente la relegitimación del tratamiento discrecional de la infancia por los adultos en general y por las instituciones protectoras-represoras de los “menores” en particular»³⁹⁷.

Esta no es una preocupación exclusiva de Latinoamérica³⁹⁸, por ejemplo, EEKELAAR y CARBONNIER³⁹⁹ han expresado su temor -en contextos culturales e históricos diferentes- del posible uso arbitrario del principio.

Este riesgo (de uso arbitrario o discrecional abusivo), en parte, ha sido una las razones por las cuales se han buscado soluciones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, para dotarle de racionalidad a las decisiones que se sustentan en el interés del niño.

397 García Méndez, E., “Entre el autoritarismo y la banalidad...”, Ob. Cit. p. 12.

398 Las nuevas legislaciones usan la misma técnica, como ejemplo la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia del El Salvador (aprobada por Decreto Legislativo No. 839, de 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo 383 de 16 de abril de 2009, en vigencia desde el 16 de abril del 2010) en el artículo 12 se establecen todos los criterios estudiados previamente:

“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

La madre y padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente. Incumbe a la madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará.

Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes: a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; b) La opinión de la niña, niño o adolescente; c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente; e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y, f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible. La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o Particular”.

399 Carbonnier, J., “Note sous...2, Ob. Cit., p. 675.

1. Propuestas doctrinales para la determinación del interés superior

En la doctrina se pueden encontrar varias propuestas dirigidas a establecer criterios de valoración del interés del niño, o en algunos casos de conceptualización del mismo, tienen por objetivo reducir el margen de discreción de las autoridades, contribuyendo con lineamientos por su determinación.

Estas propuestas de lege ferenda tienen gran importancia porque pueden marcar, o han marcado pautas, en las reformas normativas o en la jurisprudencia de algunos países.

A continuación reviso las que considero de mayor relevancia, ordenadas cronológicamente.

1.1 Mínima intervención estatal y noción de continuidad: la propuesta de Goldstein, Freud y Solnit⁴⁰⁰ (1973)

En la literatura anglo-americana⁴⁰¹ se considera como un trabajo pionero, y punto de partida para los estudios posteriores en la materia a las obras de GOLDSTEIN, FREUD Y SOLNIT: *Beyond the Best Interest of the Child* y *Before the Best interest of the Child* escritos en los años 1973 y 1979 respectivamente.

La propuesta de GOLDSTEIN et altri se basa en la teoría sicoanalítica y en la regla de que los niños tienen derecho a ser cuidados conjuntamente por sus dos progenitores, de manera independiente a si están o no casados, por considerar que esto corresponde a su mejor interés.

Esos trabajos se dirigen a establecer una serie de pautas para la toma de decisiones en las disputas que rodean a las decisiones sobre custodia del niño. La idea central que rodea a su propuesta es que

El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos anteriores⁴⁰².

400 Esta sección se preparó en base al artículo ¿En el interés superior de quién? de Joseph Goldstein; Freeman, M.D.A, *Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention*; Peggy C. Davis, "There is Book Out...": An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts; Strauss y Strauss, Review of Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit "Beyond the Best Interest of the Child", 1974.

401 Breen, C., "The standard of the best..." Ob. Cit., p. 45.

402 Goldstein, J., ¿En el interés superior de quién?, publicado en *Derecho, infancia y familia de la Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos* (Mary Beloff compiladora), Gedisa, Barcelona, 2000, p. 115.

A partir de esto se construye la noción de pauta de continuidad, y la idea de padre psicológico, el derecho debe facilitar el establecimiento y continuidad de las relaciones paterno-filiales psicológicas que incluiría "...mantener la unidad de la familia en armonía doméstica [...] para restablecer la unidad familiar donde hubo una ruptura [y] para fortalecer lo que queda de la unión allí donde la ruptura es irreparable"⁴⁰³.

GOLDSTEIN et altri explican de la siguiente forma la noción de continuidad, que tiene que ver con el:

*...asegurarle al niño ser integrante de una familia en la que al menos uno de los padres lo quiera; es garantizar para cada niño y sus padres una oportunidad para mantener, establecer o restablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de injerencias estatales*⁴⁰⁴.

Los autores consideran que son los progenitores los que deben llegar a los acuerdos para compartir la custodia; la intervención estatal (por medio de las decisiones judiciales) en realidad afecta a la noción de continuidad y no contribuye a que exista una verdadera custodia compartida, la imposición mediante las decisiones judiciales "...se convierte más en un interruptor que en un fortalecedor de los que queda de la unidad familiar, lo que ocurre cuando, en lugar de proteger, socava los vínculos psicológicos entre el niño y el progenitor"⁴⁰⁵.

Así, la custodia compartida solamente tiene sentido si existe un acuerdo, y en ningún caso esto puede ser impuesto judicialmente porque va en contra del interés del niño.

De esas nociones básicas la primera es la necesidad de "continuidad" en las relaciones familiares implica que los padres acepten, que en función del interés del niño, la mínima intervención estatal; en segundo lugar, únicamente el bienestar del niño, y no de otras personas como los progenitores, la familia u otras personas, es la que debe justificar la intervención estatal. Esta intervención debe hacerse de manera rápida y el objetivo debe ser "crear o recrear" una familia para el niño.

El "interés supremo" del niño es preservar su familia, para ello propusieron unas "directivas" que deberían respetarse en todos los casos de decisión de custodia por parte de las autoridades las que, en palabras de sus autores, se

403 *Ibíd.*, p. 116.

404 *Ibíd.*, p. 118.

405 *Ibíd.*, p. 116.

dirigen a dotar de “contenido” al estándar del interés del niño, o como lo llaman el estándar de la alternativa menos perjudicial posible:

Las decisiones de ubicación deberían salvaguardar la necesidad del niño de continuidad con las relaciones personales.

Las decisiones de ubicación deberían reflejar el sentido temporal del niño, y no el de los adultos.

Las decisiones de ubicación del niño deben tener en cuenta la incapacidad de la ley en supervisar las relaciones interpersonales y los límites de conocimiento para realizar las predicciones a largo plazo⁴⁰⁶.

La justicia, de acuerdo a GOLDSTEIN et altri, considera que ser niño es estar en riesgo, ser dependiente y no tener la capacidad o autoridad para decidir lo que considere mejor para sí mismo; al contrario los adultos son mirados como competentes para decidir qué es lo “mejor” para su interés. Además a estos se les atribuye la “capacidad, autoridad y la responsabilidad para determinar y para hacer lo que es ‘bueno’ para sus niños y lo que es ‘mejor’ para su familia entera⁴⁰⁷.”

El proceso de desarrollo del niño a partir de su proceso de indefensión y de dependencia, requiere de la intimidad del hogar en donde se le brindará cuidados y tiempo, los niños requieren y buscan aprobación de sus progenitores por el amor que sienten hacia ellos, necesitan identificarse con ellos. Estos aspectos son fundamentales para el proceso de socialización y serían imposibles del lograr sin el control de sus padres; cuando llegan a su adolescencia tienen la necesidad de crear una identidad basada en la autoconfianza emocional, física y moral.

En este contexto la autonomía paterna y la intimidad familiar (como un derecho de los progenitores y barrera para la intervención estatal) son fundamentales para la existencia de una familia integrada.

Dos razones sustentan la idea de los derechos de los padres a estar fuera de la intervención estatal: la oportunidad de que estos puedan asegurar de manera ininterrumpida al desarrollo físico y a las necesidades emocionales de forma que se puedan establecer vínculos familiares; y, salvaguardar y mantener los lazos familiares y los vínculos psicológicos entre padres e hijos hasta que ellos se hayan consolidado. Estos aspectos que son los que garantizan la asignación exclusiva a los padres el cuidado de los hijos desde el momento del nacimiento.

406 *Ibíd.*, p. 118.

407 *Ibíd.* 119.

Hay una razón práctica para defender el principio de mínima intervención estatal: la incapacidad de supervisar los “lazos interpersonales complejos y frágiles” y no sirve que el Estado asuma el rol en reemplazo de los padres (*parens patriae*) porque no puede sustituir los lazos que se establecen con los padres biológicos.

Hay una dimensión ideológica de la propuesta, ya que sus autores defienden el hecho de que una política de mínima intervención coercitiva estatal

...concuera no sólo con nuestra firme creencia como ciudadanos en la libertad individual y la dignidad humana, sino también con nuestra comprensión profesional acerca de los intrincados procesos de desarrollo de la infancia⁴⁰⁸.

La propuesta analizada tiene implicaciones en el rol de los jueces (la intervención estatal), en la asignación de la custodia en los casos de padres que se separan, en las decisiones a favor de la custodia compartida, el régimen de visitas, y el contacto con el progenitor no conviviente.

El Estado no debería intervenir en los casos de separación de los padres, a menos que uno de los dos lo soliciten. Los padres casados, o no, deben ser tratados de la misma forma y debe darse la oportunidad, por el principio de continuidad, a que ellos sean los que tengan rol exclusivo en la representación y cuidado de sus hijos, su custodia compartida, aunque sea uno de los dos apoye cuando el otro asuma la “completa responsabilidad en el cuidado diario del niño”. Cada vez que acuden a la justicia pierden una parte importante de su autonomía y alteran significativamente la relación paterno-filial. La intervención estatal debe ser muy breve y dirigirse a decidir a quién entrega la custodia y que la relación se restablezca lo más pronto posible.

La atribución de custodia debe ser incondicional como la que se otorga con el nacimiento, y los jueces no deben intervenir más que para decidir: quién tendrá la custodia y en ningún caso deben pronunciarse sobre las condiciones de la misma. Lo que hay que preservar es padres autónomos y no jueces que tomen decisiones, estos no están en la capacidad de actuar en nombre de los padres, lo que generalmente hace invocando el interés superior del niño, GOLDSTEIN et altri sostienen que los jueces en sus “roles profesionales no pueden ser padres de los niños de otras personas. Ni los mejor informados y más sensibles jueces de familia, en forma individual o conjunta pueden hacer de padres”.

408 *Ibíd.*, p. 121.

Sobre el derecho de visitas, consideran que no debería otorgarse mediante decisiones compulsivas, esto porque la residencia debería ser permanente para no afectar la continuidad en las relaciones. Debería favorecerse el contacto del niño con el padre no conviviente sin intervención estatal. No debería permitirse –dicen- que uno de los progenitores pueda acudir a la justicia para solicitar visitas, incluso consideran cuestionable cuando la solicitud de visitas es conjunta.

Crean que no deberían existir acuerdos forzosos de custodia compartida, cuestionan a los autores que consideran que esos acuerdos pueden ser útiles, esto porque le asignan un valor y función a la ley que no tiene. Resumen su posición de la siguiente forma:

...desde una perspectiva favorable al niño –el derecho a decidir sobre el cuidado y los deseos del niño debe ser conferido a alguien. El sentido común y las nociones psicoanalíticas sobre el desarrollo del niño le confieren tal derecho con mayor preferencia al padre conviviente que al no conviviente. Por mucho que la conveniencia paterna esté definida, los padres separados que están en desacuerdo sobre la custodia conjunta o el contacto se convierten en padres no aptos para sus hijos cuando son obligados a ‘cooperar’, incluso si cada uno individualmente pudiera ser un padre apto para aquel niño. El cambio en las circunstancias y en las necesidades de la vida de un niño es tratado mejor por una familia en funcionamiento, por la decisión de la familia en el momento. La imposición de la justicia o incluso la amenaza de imposición de un acuerdo previo sobre custodia conjunta o contacto se convierte en un obstáculo a la integridad de la nueva familia, a la vez que una invitación a invadir su privacidad y una violación a la autonomía paterna. Los tribunales y las legislaturas no deben permitir que sus buenas intenciones oculten el daño que éstas producen a los niños⁴⁰⁹.

El impacto y relevancia de estos trabajos son innegables, con el tiempo se puede valorar su aportación y las limitaciones de esa propuesta, la que no puede trasladarse a otros ámbitos de determinación del alcance del interés superior del niño, porque no abordan aquellos casos de abuso, negligencia o incompetencia de parte de los progenitores, aquellos casos en que el Estado debe intervenir en la vida familiar.

Esta tesis tampoco responde de manera adecuada a los casos de acogimiento familiar y el papel que cumplen los padres biológicos cuando esta medida debe adoptarse.

409 Ibíd. p. 128.

Un esfuerzo de caracterización del interés del niño muy importante, sin embargo limitado y que se sustenta en una posición extrema de “dejar hacer, dejar pasar” en temas de familia; asume de manera equivocada -e ingenua- que las familias siempre actúan en beneficio de los niños y no en función de sus propios intereses.

FREEMAN, uno de los críticos más agudos de esta propuesta, dice que existen muchos problemas asociados a dejar a la “familia sola”, a personas que se encuentran en conflicto, acepta los riesgos derivados de la intervención estatal pero rechaza el “blanco o negro” de GOLDSTEIN et altri, y considera que profesionales bien capacitados y sujetos a control pueden hacer su trabajo de manera adecuada⁴¹⁰.

1.2 No es posible una elección racional: la visión de Jon Elster (1989)

En un interesante trabajo de ELSTER dirigido a establecer criterios de racionalidad en las decisiones basadas en criterios subjetivos o valorativos, utiliza al interés del niño como uno de sus ejemplos.

En cuanto a la indeterminación, JON ELSTER⁴¹¹ considera que en todo problema de decisión en la que se busca una “elección racional”⁴¹² debería satisfacerse, al menos, las siguientes condiciones: debe conocerse todas las opciones; debe conocerse todos los resultados posibles de cada una de esas opciones; deben conocerse las probabilidades de que se de cada uno de los posibles resultados; y, se debe conocerse el valor atribuido a cada resultado.

Estas condiciones tampoco aseguran una salida definitiva ya que podrían arrojar resultados variables para un mismo caso, ya que tanto los resultados posibles de cada opción -como el valor atribuido a cada resultado- va a depender de los valores y consideraciones que haga quien juzga el caso en particular.

El mismo ELSTER opina que existe un “modo superior” de abordar el problema de los intereses del niño, a propósito de la evaluación de la

410 Freeman, M.D.A., *Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention*, publicado en el *Journal of Social Welfare Law*, 1983, p. 91.

411 Elster, J., *Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, Barcelona, 1999, p. 116.

412 Alston se refiere a otra forma de enfrentar el indeterminismo la “teoría del escepticismo de la regla” que es una aplicación de un argumento del Filósofo Saul Kripke por la cual “...debido a la existencia de un número finito de maneras posibles de aplicar la regla, nunca se puede estar seguro de que otros también aplicaron la misma regla.” Para el caso concreto del interés superior el mismo Alston concluye “...nunca se puede estar seguro de que quien decide aplica la regla de la consideración principal del interés superior de los niños. Aunque pueda parecer que los que deciden aplican el principio del interés superior, ello nunca se puede verificar porque los casos de aplicación aparente de la regla son finitos.” Ob. Cit. p. 29.

aplicación del principio en los casos de tenencia, él lo llama un criterio “liberal y pluralista”.

Esto implica que la guía no son las preferencias sustantivas y elecciones que se imputan al niño, debiendo guiarse quien decide por una meta que considera “más formal”, que tiene como consecuencia la protección de la oportunidad y aptitud del niño para realizar sus opciones.

Con ello se contribuye a que el niño alcance la madurez, maximizando sus potencialidades y la autonomía necesaria para escoger cuáles de esas opciones desarrollar. Alcanzada la madurez sólo a él le incumbe decidir qué hará, asegurando que no se le impongan las opciones.

Para que se de esta situación deben asegurarse ciertas condiciones, específicamente de salud física y bienestar material (para garantizar la supervivencia y el desarrollo de las potencialidades) y cuidado emocional (como condición para la elección autónoma). Más allá del resultado, al escoger las opciones que resulten de estos intereses del niño, hay un interés primordial que es promover su capacidad sin restricciones materiales ni psicológicas⁴¹³.

En resumen ELSTER considera que la única forma “racional” de decidir en interés del niño es que este pueda participar en la decisión, esto implica fomentar su capacidad para tomar esas decisiones en su propio interés. La perspectiva del autor debe ser entendida en el marco que desarrolla su análisis, ya que se refiere exclusivamente a las decisiones que las autoridades toman en las disputas sobre custodia.

1.3 ‘Auto determinismo’ dinámico: la propuesta de John Eekelaar (1994)

John EEKELAAR⁴¹⁴ considera que existen dos modelos para la determinación del ISN: objetivo y “auto determinismo dinámico”.

El llamado “modelo objetivo” parte de la idea de que existen ciertos consensos, en cada sociedad, respecto de algunas condiciones consideradas óptimas para el desarrollo del niño”. En sus palabras:

By this method the decision-maker draws on beliefs which indicate conditions which are deemed to be in the child's interests[...]. These perceptions of children's interests presuppose various states of affairs the experience of which are thought to have beneficial or adverse results for the child. The 'principle' therefore makes implicit reference to (1) consequences which are believed to follow from de

413 Ibid. P. 118.

414 Eekelaar, J., The Role of Dynamic Self Determinism, en The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 42-61.

the experience (or non-experience) of the state of affairs and (2) the preferability of those consequences to different consequences which would follow from de the experience (or non-experience)⁴¹⁵.

En segundo modelo, llamado por este autor “auto determinismo dinámico” (“Dynamic Self-Determinism”), el papel del niño es protagónico, ya no se trata del adulto tomando la decisión en función de las circunstancias consideradas “socialmente óptimas”; este debe ser situado en un ambiente seguro, en el que puede tener un número importante de influencias; a medida que crece se lo anima a que intervenga en las decisiones que le afecta, permitiendo que con sus opiniones, participa en lograr ciertos resultados.

El hecho de que parte del resultado se haya alcanzado con la participación del propio niño sería la mejor demostración de que la decisión se ha tomado en aras de su interés superior. Así lo explica EEKELAAR:

Instead, the child is placed in an environment which is reasonably secure, but which exposes in to a wide range of influences. As child develops, is it encouraged to draw on these influences? As the child develops, it is encouraged to draw on these influences in such a way that the child itself contributes to the outcome. The very fact that the outcome has been, at least partly, determined by the child is taken to demonstrate that the outcome is in the child's best interests⁴¹⁶.

Una alternativa óptima parece la combinación de ciertos “criterios” que permitirían evaluar lo que considera “objetivamente” lo mejor para el niño en cada caso (hay condiciones o circunstancias en las que existe algún nivel de consenso social sobre su condición de más favorables a los intereses del niño, mas sería imposible abordar todas las posibles problemas, además de ser imposible encontrar un acuerdo sobre las posibles respuestas); y siempre se debería escuchar la opinión del menor de edad que este en condiciones de emitirla.

Escuchar la opinión del niño es una obligación, de acuerdo a lo establecido por la CDN (artículo 12), pero se ha señalado que de la forma en que se encuentra redactada la norma permite a los adultos un amplio margen para determinar si consideran que tiene edad y madurez para que su opinión sea tomada en cuenta, siempre y cuando de forma previa se haya considerado que tiene condiciones para “formarse un juicio propio”.

415 *Ibíd.*, pp. 46 y ss.

416 *Ibíd.*, pp. 47-48.

Siempre estará en manos de la persona que va a tomar la decisión, determinar, en el caso concreto, si existe información sobre lo que considera –objetivamente- lo que es lo “mejor” (algo que dependerá de los consensos sobre los valores y que las circunstancias del caso sean cercanas a las que se consideraron como generales); esa misma persona está habilitada para juzgar cuándo la opinión del niño y niña⁴¹⁷ contribuye para alcanzar lo “mejor” para sí mismo.

Esto implica dejar librado el respeto y garantía de algunos derechos a los criterios sociales sobre lo que se considera en el “mejor interés” del niño. Un ejemplo paradigmático de esto se encuentra en la Constitución del Ecuador del 2008, -considerada por sus autores una de las más “garantistas” del mundo- en la que se establece normativamente la prohibición de que parejas del mismo sexo puedan adoptar, asumiendo normativamente que la adopción por parte de parejas homosexuales es contrario al interés del menor de edad⁴¹⁸.

Con la propuesta de EEKELAAR no se supera la “indeterminación” del principio, asume que la respuesta correcta, desde una perspectiva “liberacionista”, es otorgarle al menor de edad posibilidades de autodeterminación, fomentando su autonomía. Se mantiene la indeterminación, a lo que se añade la evaluación que haría un adulto sobre las preferencias del niño, niña o adolescente.

Estoy de acuerdo con la necesidad de que el menor de edad participe en la toma de decisiones sobre los asuntos que le afecten, o que a partir de cierta edad incluso tome esas decisiones, siendo una obligación asegurar que esto suceda, de acuerdo a lo establecido en la CDN (lo que ha sido recogido por las legislaciones estudiadas en este trabajo), la propuesta deja abierta a que esta “cláusula abierta”, sea dotada de un contenido diferente, dependiendo del contexto en el que el menor de edad se desarrolle.

De hecho, y como resultado de esto, la condición del niño como sujeto pleno de derechos puede verse sometida a eventuales conflictos con los intereses del propio niño, o se cree podría limitar el contenido de los derechos reconocidos a él, no en base en supuestos conflictos con el bienestar del

417 Jon Elster crítica esto porque considera que “que el niño, con poca experiencia, tenga grandes lagunas en el ordenamiento de sus preferencias [y esto lleva a]...tratar de hacer una elección informada en nombre del niño...un juez o psicólogo en general tendría que añadir preferencias propias...incurriendo en un paternalismo moralmente objetable...”. Elster, J, “Juicios Salomónicos...”, Ob. Cit., pp. 117 y 118.

418 “Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.

niño en los casos concretos, sino para la niñez en general, con base en los valores “superiores” de una sociedad o cultura⁴¹⁹.

La citada Observación General No. 14 del CRC, es el esfuerzo más reciente por establecer parámetros para la determinación del ISN, recoge los dos elementos propuestos por Eekelaar: lista de criterios y participación del niño.

1.4 Dimensión vivencial, aspectos que deben valorarse: la propuesta de Mariano Alonso Pérez (1997)

El catedrático Alonso Pérez califica al interés superior del menor como principio cardinal, pero más allá de su importancia recuerda que no se conoce el significado de ese concepto “indeterminado y genérico”.

En el trabajo publicado en 1997, en el que analiza la situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; propone una serie de “aspectos” –como los llama el autor– que podrían aportar a la determinación del alcance del interés del niño.

Considera que el interés del menor, sin duda, debe “...referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad (art. 10 CE; art. 5 Ley Cataluña 8/1995), a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a situaciones que degraden la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.); son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o para-familiares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber”⁴²⁰.

El interés superior debería buscar: (i) desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor; (ii) otorgándose primacía a todo lo que le beneficie en orden a su desarrollo físico, ético y cultural, su salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de convivencia, la

419 Eekelaar refiere en el trabajo citado tres clases de críticas: al “Self-determinism implies licence”, “Self-determinism privileges impulse”, “Self-determinism is self-destructive” (pp. 50-53).

420 Alonso Pérez, M., La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras, publicado en *Actualidad civil*, No. 1, 1997, p. 24.

tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc.; (iii) tutelándolo de situaciones que degradan su dignidad humana.

Diferenciando los intereses del menor de edad de lo que llama las “apetencias” personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas. Esto en correspondencia al reconocimiento de que “los menores son sujetos, como los mayores, de todos los derechos”⁴²¹. Esta propuesta se distingue, en palabras del autor, por resaltar el aspecto vivencial del concepto frente a lo que podría ser su dimensión racional.

Esta propuesta asume que es un valor constitucional el interés del niño y plantea los aspectos positivos a privilegiar y los negativos a evitar; dejando en claro que la búsqueda del interés del niño no puede depender de las preferencias de los llamados a decidir o cuidar del menor, quienes deben cumplir sus funciones, respetando ese interés, lo que se logra guardando equilibrio entre su libertad y el sentido de responsabilidad y manteniendo la “armonía inescindible entre derecho y deber”.

1.5 Interés superior como la plena satisfacción de los derechos (un principio garantista): la propuesta de Miguel Cillero⁴²² (1998)

MIGUEL CILLERO BUÑOL, autor chileno, propone identificar el interés superior del niño, niña y adolescente con la «plena satisfacción de sus derechos»⁴²³. De acuerdo a éste autor la CDN:

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 trata 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 legalmente⁴²⁴.

Para CILLERO⁴²⁵ el principio “es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de

421 *Ibíd.*, p. 18.

422 En parte esta descripción ha sido tomada de un trabajo previo del autor de la tesina en Simon, F., *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: de la Convención de los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Tomo I, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2008, pp. 317 y 318.

423 Cillero Bruñol, M., *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E., y Beloff, M., (compiladores), tercera edición, Temis, Bogota. 2004, pp. 86 y 87.

424 *Ibíd.*, p. 87.

425 *Ibíd.*, pp. 87, 88, 89.

gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres...” y sirve para «Iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas».

Como principio de carácter hermenéutico «...dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño».

Sirve para la «resolución de conflictos de derechos contemplados en la misma Convención [...] los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño». En este caso opera como «norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos».

En este caso Cillero propone las reglas siguientes: debe realizarse un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por resolución de la autoridad; debe tomarse la medida que “asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible”; y, que implique la menor restricción de ellos “...no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”.

[E]s una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos...⁴²⁶

En resumen la propuesta de CILLERO encierra tres nociones, integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esto implica, un análisis del conjunto de los derechos que pueden ser afectados con la decisión, privilegiando las medidas que aseguren la máxima satisfacción de los derechos posibles, y la menor restricción de ellos⁴²⁷.

Aunque el autor no lo mencione expresamente, el método propuesto es similar al que sigue en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir la última fase de su aplicación.

En mi opinión, el principio cumple una función más, y que en realidad

426 *Ibíd.*, p. 89.

427 Cillero Bruñol, M., “El Interés Superior del Niño en el marco...”, *Ob. Cit.*, pp. 90 y 91

históricamente fue la más importante: servir como pauta de solución en los casos en los que están en disputa los derechos de los niños con los derechos de otras personas, en estos casos él se aplica como una “cláusula de prioridad”.

La propuesta de Cillero, pese a que se explicita, es una concreción de la ponderación. Debe reconocerse el impacto que este trabajo tuvo –y tiene– en América Latina, siendo un referente indiscutible en la doctrina, la jurisprudencia e incluso en la legislación. De hecho la Observación General No. 14 asume la identificación de ISN con la satisfacción de derechos y la ponderación como elemento clave para la determinación del ISN a casos concretos.

1.6 Una proyección de los derechos fundamentales: la propuesta de Encarna Roca Trías (1999)

En su trabajo del año 1999, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, propone que un sistema de cláusula abierta como el español, que tiene un sistema jurídico basado en la Constitución, el interés del niño debe centrarse en el respeto a los derechos. Esto implica que debe actuarse para prevenir violaciones a esos derechos (estableciendo un sistema de protección), y en caso de que se dé la violación, con una actuación positiva destinada a reponer la situación⁴²⁸.

Complementa esta idea afirmando que este interés “no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad, el problema de la protección de los derechos fundamentales en general”⁴²⁹.

Esto implica reconocer que el menor de edad es titular de derechos fundamentales, por esto la implantación del principio (en la legislación), las decisiones judiciales que decidan sobre problemas en los que se encuentran involucrados menores, no puede ser interpretado como un concepto vacío, ya que su “contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.”⁴³⁰.

1.7 Las zonas de certeza, criterios razonables (aunque relativos): la propuesta de Francisco Rivero Hernández (2000)

El influyente RIVERO HERNÁNDEZ considera necesario, aunque no niega la dificultad que esto plantea, buscar criterios razonables –aunque relativos–

428 Roca Trias, E., “Familia y cambio social...”, Ob. Cit., p. 212.

429 *Ibíd.*, p. 220.

430 *Ibíd.*

de lo que puede identificarse lo que es el interés superior en abstracto y en concreto, a través de la identificación de criterios, medios o procedimientos para determinar de manera racional en qué consiste⁴³¹.

Asume la tesis⁴³² de que en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado se puede encontrar “una solución razonable y justa entre varias opciones”, acudiendo al valor o la experiencia que remite el concepto⁴³³.

Para esto analiza la estructura de un concepto jurídico indeterminado, es decir (a) un núcleo fijo (Begriffskern) o «zona de certeza positiva», en el que no existe duda que se encuentra contenido en el concepto, (b) una «zona de certeza negativa», que se considera no incluido en el concepto, y (c) un «halo conceptual» donde caben varias opciones “razonables”.

¿Si existen varias opciones razonables sería posible más de una solución que puede ser considerada como adecuada al interés superior del niño? lo que parece contradecir la propuesta de la solución única.

La decisión sobre lo que en un caso se considera en interés del niño tiene una complejidad adicional –señala el autor- que se relaciona con el hecho de que éste principio es de tipo «cualitativo, cultural y con una fuerte carga personalista, humana»⁴³⁴.

Hace una propuesta para la determinación in concreto del interés superior, en la que se diferencia entre fines y medios. Por tanto propone una interpretación finalista. Plantea identificar al interés del niño con (a) la protección de sus derechos fundamentales, esto implica garantizar ciertos bienes y valores que encarnan esos derechos (dignidad, integridad física y moral, derecho a una vida material y espiritual digna, el respeto de sus libertades); y, (b) buscar el equilibrio emocional y afectivo (bienestar físico y felicidad mínima) para ese niño concreto, sensación de seguridad y propiciar el desarrollo de sus aptitudes⁴³⁵.

Propone que se priorice en función de ese interés, el «futuro de ese menor que...su presente (el niño es ante todo futuro)» y «con marcado predominio de su interés y conveniencias espirituales...sobre los materiales» si estos entran en conflicto⁴³⁶.

431 Rivero Hernández, F., “El interés del menor...”, segunda edición, Ob. Cit., pp. 108 y 109.

432 A propósito de esto se puede revisar lo dicho en la sección de conceptos jurídicos indeterminados en la que se revisa la noción de única respuesta correcta.

433 Rivero Hernández, F., “El interés del menor...”, segunda edición, Ob. Cit., p. 267.

434 *Ibid.*, p. 270.

435 *Ibid.*, p. 269.

436 *Ibid.*, p. 273.

En concreto sugiere que deben buscarse los siguientes fines⁴³⁷: a) responder a sus problemas más inmediatos y más graves, para luego atender otros, cuando no es posible hacerlo de manera simultánea; b) reitera que para la concreción del interés no basta “pensar” en los derechos fundamentales, la primera consideración es cuidar su bienestar psíquico y personal y su equilibrio afectivo⁴³⁸; c) debe conjugarse las necesidades presentes con las futuras que puedan prever; d) afirmar la identidad del menor de edad; e) fomentar las «aptitudes más destacadas o nobles...que sean compatibles con otras exigencias insoslayables de la persona, y cuando proceda «subsanan las deficiencias e ineptitudes»; y, f) incentivar su autonomía personal y funcional, permitiendo una «participación directa, consciente y creciente» en la toma de decisiones sobre su interés.

RIVERO considera que existen algunos medios que podrían contribuir a alcanzar el interés del menor: a) proveer a las necesidades materiales básicas o vitales del menor y las de carácter espiritual, en función de su edad y situación, minimizando las tensiones; b) atender los deseos, sentimientos y opiniones de acuerdo con su madurez y discernimiento; c) mantener en lo posible el status quo material y espiritual del menor, considerando el impacto que los cambios pueden tener en el futuro; d) debe considerarse de manera particular la edad, sexo, salud, afectividad, creencias, etc., evaluando el impacto que pueden tener estos aspectos en el bienestar del menor de edad; e) se deben valorar los riesgos para la salud física o psíquica de la situación actual y el impacto de la decisión; y, f) las perspectivas futuras en los aspectos personales, intelectuales y profesionales del menor de edad, es decir su bienestar actual y futuro⁴³⁹.

El autor llama a estos factores como máximas de la experiencia o juicios de valor, a las que no se asigna un carácter rígido u orden para su aplicación⁴⁴⁰.

La propuesta de RIVERO recupera en cierta medida varios de los criterios de las legislaciones anglosajonas, propuestas doctrinarias francesas e italianas; y la jurisprudencia española e italiana. Su propuesta, como se ha enunciado, es corte finalista.

437 *Ibíd.*, pp. 276 y 277.

438 Llama la atención la distinción que realiza el autor entre derechos y “equilibrio emocional”, no se puede perder de vista que la CDN por ejemplo contiene entre las dimensiones del desarrollo integral, contenido en el derecho a un nivel adecuado, el “desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, como lo establece el artículo 27 del instrumento.

439 *Ibíd.*, pp. 279 y 280.

440 *Ibíd.*, p. 280.

1.8 El interés superior como concepto hiperindividualista: Gilles Lebreton (2003)

Muy interesante es la perspectiva –crítica- del profesor francés GILLES LEBRETON⁴⁴¹ quien considera los problemas asociados a la comprensión y aplicación del interés superior del niño a partir de lo que estima una visión hiperindividualista.

El profesor LEBRETON cree que en Francia hay una resistencia a la incorporación de la noción interés superior del niño, así el conjunto de los fallos de las altas cortes de ese país, en menor medida el Consejo de Estado, y la legislación post-CDN regulan el concepto interés del niño y no interés superior del niño.

De acuerdo a su análisis se pasa del concepto de interés del niño, asociado a la lógica del derecho público y del interés general, al interés superior del niño, a una lógica de derecho privado asociado al interés particular. Esto como resultado de un enfoque iusnaturalista de los derechos y vinculado al Estado de derecho.

Sostiene el autor que el concepto interés superior del niño refleja una visión ultra individualista, incompatible con el espíritu republicano de los franceses:

El interés superior del niño es por lo tanto un mito, a cuyos encantos el derecho positivo francés, y particularmente el Código Civil, se esfuerzan por resistirse. Esta resistencia se explica fundamentalmente por el apego de los franceses al ideal republicano, que los incita a tomar precauciones sobre una noción sobre la cual perciben las bases ideológicas ultra-individualistas⁴⁴².

Hay en juego otros intereses a los que no puede superponerse el interés del niño, por ejemplo el interés general, otros interés privados como el de los padres, las limitaciones vinculadas al ejercicio de los derechos: orden público, derechos y libertades de los demás, seguridad.

A esta visión le suma una constatación, el interés superior del niño aparece en la CDN vinculado a dos objetivos que pueden ser contradictorios: el de la promoción de la libertad del menor de edad (liberacionismo) y la protección de una persona en estado de vulnerabilidad que no tiene la edad y madurez suficiente para auto determinarse.

441 Lebreton, G., "Le droit de l'enfant...". Ob. Cit., pp. 77- 86.

442 *Ibíd.*, p. 86. Traducción del autor.

En la primera dimensión, el liberacionismo, se parte de la idea de un sujeto de derechos que se sostiene, en lo que el autor francés considera las aportaciones más novedosas de la CDN, los artículos 12 a 15 del instrumento (artículo 12 derecho a la opinión, artículo 13 libertad de expresión, artículo 14 libertad de pensamiento, conciencia y religión, artículo 16 libertad de asociación y reunión). La dimensión protectora por el contrario se basa en la idea del desvalimiento, necesidad y vulnerabilidad, lo que suele provocar las inclinaciones paternalistas del Estado.

La función principal del interés superior, dice LEBRETON, es estar al servicio de la dimensión liberadora y ocasionalmente está al servicio de la función protectora (artículo 18 responsabilidad de los padres a criar al niño, artículo 21 de la adopción, artículo 9 que establece las razones por las que se puede justificar la separación de los hijos de sus padres, artículo 37 la excepción al principio de que todos los niños deben ser separados de los adultos en prisión, y artículo 40 la excepción al principio de que los padres estén presentes durante el proceso penal del menor). Este es un tema que se revisó en otra sección de este trabajo, el posible uso del interés superior del niño para restringir derechos en nombre de la protección.

La otra crítica al interés superior, asociada a la vaguedad del concepto, es que no puede contribuir a la existencia de un conjunto coherente de normas, siendo únicamente un eslogan sin “consistencia jurídica” ya que no puede asegurarse siempre su superioridad. Para ello el profesor francés examina el derecho positivo francés y da cuenta de la cantidad de reglas que impiden que se manifieste efectivamente la supuesta “superioridad” de ese interés.

En primer lugar revisa aquellos casos donde el interés del niño debe ser evaluado al mismo nivel del interés de otras personas, llega a la conclusión de que el tratamiento jurídico a las situaciones de conflicto es de “balance” o “equilibrio” en el derecho francés.

Posteriormente analiza las situaciones donde el interés del niño está en posición de franca inferioridad como cuando se tratan temas de interés general frente a los derechos del niño y en relación a los derechos de terceros.

Era importante revelar las verdaderas conflictos/problemas de esta lucha de influencia, con el propósito de que cada uno pueda tomar conciencia que para quien se dice que tiene valores republicanos, ningún interés particular sabría ser “superior” por esencia, frente a otros intereses particulares, y todavía menos al interés general⁴⁴³.

443 *Ibíd.*, p. 85.

Este tratamiento, en el sentido de que no se puede hablar de superioridad de los intereses del niño, sino a equilibrio e incluso inferioridad, contrasta con las reglas, incluso a nivel constitucional, que proclaman la prevalencia de los intereses de los niños frente a los derechos de los demás, como sucede en Ecuador y Colombia, o la jurisprudencia española que reconoce que existen otros intereses en juegos, no desdeñables, pero que deben ceder ante los intereses del niño.

Los estudios y la jurisprudencia de otros países también han dado cuenta de estas aparentes “contradicciones” de la categoría interés del niño pero no lo suelen presentar como un defecto, sino como una virtud ya que por ello puede adecuarse a las diferentes circunstancias en que podrían estar involucrados los menores de edad.

En realidad el posible uso contradictorio, de acuerdo al margen de apreciación o la discrecionalidad de las autoridades encargadas de su aplicación del interés superior, es el que inspira muchas de la críticas al ISN y es la base de todo este trabajo, debido a que esgrimiendo el mismo principio se puede afectar o restringir de manera arbitraria, sosteniendo que se lo hace en nombre del interés superior del niño y la protección y garantía de sus derechos.

1.9 Definiendo el interés superior: las propuesta de Susana Navas (2003) y Jean Zermatten (2003)

Como se ha dejado en claro la doctrina mayoritaria anglosajona, latina y germana coinciden en afirmar que no es posible encontrar una definición concreta y de carácter general del interés superior que pueda ser utilizada para todos los efectos, al considerar que no es razonable, ni posible, porque resultaría imprecisa e incompleta⁴⁴⁴. Esto no significa que no se haya intentado una definición por parte de la doctrina.

Empezaré por analizar la definición de SUSANA NAVAS Navarro de bienestar del menor, que como se advirtió considera que el interés del niño es una garantía que actúa imponiendo una obligación –a quien deba tomar una decisión- de que la misma debe ajustarse para “garantizar” ese bienestar.

El bienestar del menor consiste en el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular. [Donde] el óptimo desarrollo personal es en diversos ámbitos, en los que

⁴⁴⁴ Ver: Torres Perea, J.M., “Interés del menor y...”, p. 21. Además se puede encontrar esta afirmación en Torres Perea, J. M., “Tratamiento del interés...”, Ob. Cit., p. 684, a propósito de la doctrina alemana en la materia; Linacero de la Fuente, M., “Protección Jurídica del Menor”, Ob. Cit., pp. 59 y ss. ; Rivero Hernández, F., “El interés del menor...”, segunda edición, Ob. Cit., p. 28.

se destacan el físico, el psíquico, el moral, el social o de relación con sus semejantes⁴⁴⁵.

JEAN ZERMATTEN reconoce el esfuerzo de la profesora NAVAS, pero considera que buscar una definición del interés superior del niño es un ejercicio peligroso, «ya que la ligereza y la geometría variable que rodean al concepto rinden la cosa difícil», sin embargo, luego de realizar esta afirmación, propone la siguiente definición:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia⁴⁴⁶.

Asume el interés del menor como un “instrumento jurídico” para asegurar el “bienestar del niño”, en el mismo sentido de NAVAS NAVARRO, considera tres dimensiones de ese bienestar: físico, psíquico y social. Considera que es un criterio para “ajustar” las decisiones que las instancias y organizaciones públicas tomen en relación a un niño, con un elemento prospectivo, asegurar ese interés a largo plazo, además de considerarlo un criterio de prioridad en caso de que entren en colisión otros intereses.

El mismo autor dice que su definición es “probablemente imperfecta” pero resalta de ella que resume las diferentes dimensiones del concepto. Considera que, al no ser posible siempre determinar objetivamente que significa el bienestar, este debe reemplazarse por la búsqueda del “menor mal” es decir, la consideración de “cómo hacer el menor daño posible”.

Posteriormente encontré una copia servil de esta definición, el supuesto autor de la misma realiza unos pocos cambios pero la mantiene en esencia:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de su vida. Para ello y como regla general, funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada

445 Cfr. Navas Navarro, S., “El bienestar y el interés...”, Ob. Cit., pp. 693-694.

446 Zermatten, J., El interés superior del niño: del análisis al alcance filosófico, Informe de Trabajo del Institut International des droits de l'enfant, marzo del 2003, disponible en www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf. Consultado por última vez el 30 de junio del 2012.

*con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia*⁴⁴⁷.

BUITRAGO, en el año 1998, propone definir al interés superior del menor como «el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada»⁴⁴⁸

BAEZA CONCHA, en un trabajo del año 2001, define al interés superior como «el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad, y en general de sus derechos, que buscan su mayor bienestar»⁴⁴⁹.

Las dos definiciones son iguales en la primera parte, cometen el error de reducir al interés superior a un “conjunto de bienes”, dejando de lado por ejemplo aquellos casos donde existen disputas sobre el ejercicio de derechos de la personalidad o subjetivos como la opinión o la organización.

Lo interesante de estos dos esfuerzos de definición es que plantean la posible finalidad a alcanzar con el interés del niño. La primera definición considera que el objetivo es contribuir al desarrollo integral, la persona y los bienes de los menores, la segunda elimina la mención a la protección de los bienes pero incorpora la noción de derechos.

Es claro que las definiciones aportan poco a la determinación de lo que implica el interés superior del niño, como elemento en común aparece la idea de que están asociadas a una finalidad (bienestar, desarrollo, derechos).

Las más elaboradas (ZERMATTEN y NAVAS) coinciden además en que es una garantía y es de obligada consideración y aplicación por parte de las autoridades.

447 Plácido, A. F., “El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal...”, Ob. Cit., s/n.

448 Buitrago, S., ponencia presentada en la Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Seminario de Investigación II, Convención sobre los Derechos del Niño: Comparación y recepción en la Ley de Adopción y el régimen de identificación para el recién nacido, 1998. Esta definición ha sido citada posteriormente por Martínez Ruíz, A., “Interés Superior”, Ob. Cit. p. 104. Se puede consultar en Buitrago, S., “Convención sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido”, en www.salvador.edu.ar/buitrago.htm, fecha de consulta, 16 de junio del 2012.

449 Baeza Concha, G., El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia, publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, No. 22, 2001, p. 356.

1.10 Una determinación casuística: la propuesta de María Linacero de la Fuente (2006)

En la obra “La Protección Jurídica del Menor”⁴⁵⁰, la autora parte de la idea de que el interés del menor únicamente puede ser perfilado por la casuística y propone algunos elementos para la consideración del mismo, al igual que ROCA TRÍAS considera que el interés del menor solamente puede establecerse «poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño». A partir de ello afirma que esta noción se «materializa» tomando como guía los derechos fundamentales (del Derecho Internacional)⁴⁵¹.

Asevera que existen “tres límites” para que la discrecionalidad no se convierta en solución arbitraria: (i) racionalidad en la apreciación de los hechos; (ii) evitar que se cause perjuicio al bienestar espiritual y material del menor; (iii) protección de los derechos del niño contenidos en la legislación nacional e internacional⁴⁵².

En esta propuesta los derechos aparecen como límite y objetivo en la valoración del interés del niño. La mención a la racionalidad al tomar las decisiones parece ser una invocación a la necesidad de argumentar las decisiones que se tomen en nombre del interés superior.

En los casos de conflictos de intereses, entre el interés del niño y otros intereses legítimos la autora propone, como fórmula de solución, que se considere la prevalencia del favor minoris, siempre que sea posible dentro del marco del interés general de la familia⁴⁵³, perdiendo de vista la obligación legal de privilegiar el interés del niño.

1.11 Un enfoque multidisciplinar tópico: la propuesta de José Manuel de Torres Perea (2009)

En la doctrina española se puede identificar, como la propuesta más reciente de estudio del interés superior del niño o interés del menor, el trabajo de TORRES PEREA (ya citado previamente).

450 Linacero de la Fuente, M., “Protección Jurídica del...”, Ob. Cit., pp. 60-65. Esta propuesta aparece reproducida las siguientes obras de la autora: El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI, Editorial Complutense, Madrid, 2009, pp. 47-48.; España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Infancia, El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 120-121, consultado en www.msc.es/politicaSocial/.../docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf, el 17 de mayo del 2011.

451 Linacero de la Fuente, M., “Protección Jurídica del...”, Ob. Cit., pp. 60 y 61.

452 *Ibíd.*, p. 61 y 65.

453 *Ibíd.*, p. 67.

El autor propone un enfoque multidisciplinar y de tipificación de los grupos de casos para sistematizar los elementos que contribuyen a la determinación del interés del menor⁴⁵⁴.

Establece la imposibilidad de definir al interés del menor, el mismo cobra sentido en (a) ciertas ocasiones en la que los derechos no entran en conflicto con intereses de otras personas, pero se identifica varias alternativas posibles (tratamientos médicos), (b) en los casos en que se puede identificar un conflicto jurídico entre los derechos del niño y los derechos de otras personas (un conflicto de intereses)⁴⁵⁵.

Considera que «el interés del menor tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor mediante la primacía de sus intereses (en tanto dicho interés comprenda un derecho fundamental) sobre cualquier otro que pudiera concurrir»⁴⁵⁶.

Lo que se busca es determinar las condiciones necesarias para que el menor de edad alcance un desarrollo óptimo⁴⁵⁷, como no es posible obtener una respuesta de lo que se considera “bueno”, pero dejando claro que esto beneficie al niño y no al grupo de personas que le rodea.

Propone una identificación de criterios objetivos que establezcan condiciones de evolución, «desarrollo de facultades y capacidades volitivas y físicas, disfrutando de la libertad suficiente para desarrollares plenamente como ser racional, como ser humano». Para ello –dice el autor- se debe atender las «exigencias básicas comunes a toda cultura, a todo grupo humano», para que pueda realizar un proyecto de vida válido⁴⁵⁸.

El interés del niño se proyecta fundamentalmente en el marco de un conflicto de intereses, es decir, se perfila en la casuística. Más allá de las cuestiones jurídicas existen aspectos personales y humanos, por esto, una vez identificado el conflicto se debe entregar al juez «pautas válidas que le ayuden a resolver dicho caso, pautas que van más allá de la mera invocación de un principio general»⁴⁵⁹. Para esto recoge la propuesta de WIECKER (elaborada a propósito de la buena fe) estableciendo la necesidad de que se tipifiquen grupos de casos y sistematizándolos se puede «obtener las características que puedan operar como elementos de los supuestos de

454 Torres Perea, J.M., “Interés del Menor y Derecho...”, Ob. Cit., p. 22.

455 *Ibíd.*, p. 22.

456 *Ibíd.*, p. 21 y 22.

457 En un sentido similar a lo propuesto por el CRC en la Observación General No. 14.

458 *Ibíd.*, p. 23.

459 *Ibíd.*, p. 29.

hecho de las normas y fundar adecuadamente las decisiones al facilitarse una subsunción de los casos en los supuestos tipificados», lo que implica llegar al en donde cobra un contenido concreto el interés del niño⁴⁶⁰: esta es la forma en que se pueden llenar la cláusulas generales, entregando al juez valiosa información para sus decisiones⁴⁶¹.

Los grupos de casos que el autor identifica son: patria potestad, el acogimiento, la adopción y la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja de hecho y algunos supuestos referidos al ejercicio de ciertos derechos⁴⁶².

1.12 El método tópico, volviendo a Theodor Viewing (2006)

En la investigación encontré algunos autores que incluyen entre los diferentes métodos para la determinación del interés del niño el método tópico de VIEWING.

CLAVIJO SUNTURA⁴⁶³ luego de analizar de presentar brevemente la tónica de VIEWING dice que existen dos puntos de vista:

...bien se constituyen en criterios que a través del pensamiento sirven como referentes para afrontar el problema, o bien son parámetros que deben ser tomados en cuenta como antecedentes del hecho. En función a determinar el interés del menor creemos que dichas aproximaciones se encuentran interrelacionadas, toda vez que el suministro de datos servirá de base para resolver el problema de un caso específico.

Afirma que esta técnica:

...permite la búsqueda de soluciones para resolver problemas inherentes al menor, con ayuda del pensamiento mediante la formulación de criterios, con base en diferentes puntos de vista que se adoptan en función a la contingencia que se debe resolver en una situación determinada.

PLÁCIDO⁴⁶⁴, dice que “Siguiendo a VIEHWEG, se explica que el principio del

460 *Ibíd.*, p. 29 y 100.

461 *Cfr. Ibíd.*, p. 30.

462 *Ibíd.*, pp. 100 y 101.

463 Clavijo Suntura, H., El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, consultado en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306, última consulta el 27 de mayo del 2012.

464 *Cfr.*, Plácido, A. F., El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional [del Perú], publicado en Cuadernos Jurisprudenciales, Número 62, agosto 2006, Lima. Consultado en: <http://lawiuris.wordpress.com/2007/11/04/el-interes-superior-del-nino/>, último acceso el 30 de junio del 2012.

‘interés superior del niño’ debe ser entendido de un modo funcional, como posibilidad de orientación y como hilo conductor del pensamiento”.

De acuerdo a PLÁCIDO el interés del niño sería, según él -a partir de las ideas VIEHWEG- un simple “...loci communes de valor relativo y circunscrito y revelados por la experiencia” y que, debe aplicarse para “resolver problemas singulares partiendo de directrices y de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución”. Finaliza afirmando que “De acuerdo con VIEHWEG, en el análisis jurídico, debe operar el principio por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de la directriz principal que informa todo lo que afecta a los menores: su superior interés”.

El asumir que podría utilizarse, para dotar de contenido al interés superior del niño, el método tópico implicaría dejar de lado todo intento deductivo para dotar de contenido al interés del niño y dirigir la atención a los problemas o casos concretos.

En realidad, en mi opinión, lo que implicaría el método en cuestión no es encontrar un concepto global de lo que se puede considerar el interés del niño sino un “punto de vista” para solucionar un problema; esto a partir de preguntarse ¿cómo soluciono determinado problema en que se encuentra involucrada una persona menor de 18 años?, la respuesta es que el tópico o punto de vista principal será siempre el interés del niño, pero ¿qué es el interés de menor?, no existe una respuesta única sino dependerá del caso y los otros tipos en juego que son los derechos y los criterios que se van estableciendo como válidos por medio de la jurisprudencia al resolver casos concretos.

El interés del niño está incorporado normativamente como reglas directivas o tópicos –si utilizamos la terminología de VIEWING- pero no tiene un contenido específico –ya hemos visto que muchos autores sostienen que su contenido es preciso porque se refiere a la garantía y protección de sus derechos, pero debemos recordar que siendo adecuada esta postura, en el marco de una interpretación sistemática y finalista, no puede afirmarse que brinda respuestas ciertas –en principio- a todos los casos, esto debido a que muchos de los derechos también se encuentran formulados con cierta indeterminación y porque, como sucede con frecuencia, existen casos en que se enfrentan derechos y se debe resolver ponderándolos.

Termino esta breve revisión sobre la tónica citando a VIEWING:

La raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía. Si la jurisprudencia concibe su tarea como

una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental, esto es, de ser “móvil”. La primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista. No es enteramente exacto calificarlos como principios o reglas fundamentales. Se les tendría que llamar más exactamente reglas directivas o tópicos, según el criterio de nuestra investigación, puesto que no pertenecen al espíritu deductivo-sistemático, sino al tópico. La terminología de tipo científico señala una dirección falsa, cosa que no es rara en nuestro campo⁴⁶⁵.

2. Revisión de las dimensiones jurídicas que asigna la doctrina al interés superior

En una revisión de las propuestas doctrinales para la determinación del interés superior del niño es posible identificar cinco tendencias:

- a) Considerar que el interés superior está al servicio de la consecución de una finalidad: asegurar la vigencia o la no vulneración de los derechos, promover el desarrollo integral o el libre desarrollo de la personalidad.

Considero que debe establecerse como objetivo a alcanzar -cuando se asegura el interés del niño- la vigencia de sus derechos. Esto a partir de la comprensión de que los menores de edad son sujetos plenos de derechos.

La identificación de sus intereses con los derechos permite –como lo plantea CILLERO y ROCA TRÍAS- que el interés del niño se entienda como una garantía. Esto implica considerar al interés superior del niño como un medio para la realización de las finalidades descritas y no un fin en sí mismo, lo que tendría como consecuencia principal imponer a las autoridades una obligación de motivación –argumentación- con el fin de demostrar como la decisión puede asegurar en mayor medida los derechos, el bienestar o el desarrollo de la personalidad, considerando las diferentes alternativas disponibles.

- b) En el Derecho civil el interés del niño únicamente cobra sentido en los casos concretos, por lo que su aplicación es casuística.

⁴⁶⁵ Viewing, T., Tópica y jurisprudencia, (traducción de Luis Díez-Picazo), Editorial Taurus, Madrid, 1964, p. 142.

Los casos implican siempre alguna disputa entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre estos y terceras personas (por ejemplo sus progenitores) o un conflicto entre dos adultos (por ejemplo los casos de custodia) que le afectan.

El conflicto puede ser resultante de que no exista una norma para resolver un caso en el que se encuentra involucrado una persona menor de edad, o por qué se presenta una antinomia y deba tomarse una decisión sobre cuál de esas reglas que han entrado en contradicción se aplican al caso concreto.

- c) La evaluación de lo que se considera en interés del niño tiene dos dimensiones, una actual y otra prospectiva.

La actual implica una evaluación de su situación personal, del contexto en el que se desarrolla, los beneficios y riesgos que enfrentaría con mantener o cambiar la situación.

En la dimensión prospectiva la decisión debe ser evaluada a lo largo del tiempo, es decir su contribución a la eventual restitución de un derecho violado o vulnerado (por ejemplo la separación de su familia) y la contribución en la obtención del desarrollo de la personalidad.

- d) El interés del niño prima sobre cualquier otro interés, sin importar la legitimidad del mismo, pero estos otros intereses deben ser también considerados.
- e) Es fundamental considerar la participación del niño, niña o adolescente en la determinación de su propio interés. Su opinión es relevante y pesará más en la medida de su mayor edad y madurez.

3. Las “dimensiones” del interés superior en el Derecho civil

De las normativa aplicable al tema y de la jurisprudencia más relevante en la materia se puede concluir que interés superior en el ámbito del Derecho civil, en el que se desarrolla este trabajo, tiene cinco manifestaciones normativas: criterio de prioridad; como garantía (dimensión garantista); como elemento informador; como principio de integración; y, elemento de interpretación.

3.1 Criterio de *prioridad*

El interés del niño al ser aplicado como un criterio de prioridad puede expresarse en dos dimensiones: interna y externa.

- a) La primera, a la que llamaré interna, contribuye a resolver

los conflictos entre derechos del propio niño/a, acudiendo a la ponderación como instrumento para resolver esta situación.

Un ejemplo claro de cómo funciona este principio se da en los casos de maltrato intrafamiliar, en estos casos el juez debe decidir a qué derecho darle prioridad, (integridad personal y convivencia familiar), esta priorización implicaría que el juez decida por aquel derecho que en el caso particular proteja mejor su interés⁴⁶⁶.

Se podría alegar que existe un conflicto de intereses con un tercero, sus progenitores o familiares responsables del maltrato, sin embargo una perspectiva que priorice a los intereses del menor de edad asuma su perspectiva para resolver la situación en lo que se encuentra.

Un ejemplo de esta perspectiva podemos encontrarla en la SSTS, ya citadas, 5817/2009, 176/2008, 141/2000, 71/2004, 11/2008, en la que se establece que deben tomarse las medidas más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no es aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del niño.

Un ejemplo del uso del interés superior para resolver la colisión de derechos del propio menor de edad es las STC 154/2002⁴⁶⁷, en ella se aborda la relación de varios derechos fundamentales: libertad religiosa, derecho a su integridad física y derecho a la vida. El fallo establece, mediante la ponderación, que en interés del menor prevalece el derecho a la vida⁴⁶⁸.

b) La segunda dimensión del interés superior como criterio de prioridad, es de carácter externo, éste se manifiesta en la prioridad que tiene el interés del niño frente a cualquier otro interés, por legítimo que sea. Esta perspectiva ha sido planteada de manera permanente por parte del TSE y el TCE al referirse a los casos en guarda, custodia y visitas⁴⁶⁹ y⁴⁷⁰.

466 Cillero Buñol, M., La responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del niño: ¿complemento o contracción?, publicado en *Infancia y Democracia en la Argentina*, García Méndez, E. , (compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 38 y 39.

467 STC 154/2002, de 18 de julio, publicada en el BOE núm. 188 de 07 de agosto de 2002.

468 Un amplio análisis de éste fallo se puede encontrar en Valero Heredia, A, Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2002 de 18 de julio, en el Caso de los Testigos de Jehová, publicado en el *Anuario Parlamento y Constitución*, Año 2002, No. 6, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 273-310.

469 Torres Perea, J.M., "Interés del Menor y Derecho...", Ob. Cit., p. 51.

470 A propósito de éste tema se puede revisar el análisis de los fallos del TSE y TCE en el capítulo 5.2.6 .

Un ejemplo de esto es la SSTS 605/2011, de 21 de febrero, FJ 4 y STS 5817/2009, ya citadas en las que claramente se establece que el derecho de los padres biológicos no es absoluto y no tiene un carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor⁴⁷¹.

Otro ejemplo, es la STS 6239/2011, al tratar la colisión del derecho a la información con el interés superior, ha reiterado que:

*...en consonancia con la normativa interna e internacional prima el **interés del menor**, interés que se superpone al derecho a la información, sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sea razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos⁴⁷².*

Este sentido de la “prevalencia” también ha sido recogido por la Corte Constitucional Colombiana quien, en fallos ya citados, establece que en:

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna puede desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos⁴⁷³.

3.2 Como garantía o criterio garantista

Como *garantía* es considerado como un medio para asegurar la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al que se identifica con la satisfacción de los derechos. En palabras de CILLERO «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»⁴⁷⁴.

En este sentido también se pronuncia SUSANA NAVAS NAVARRO, como se explicó previamente, parte de considerar que existe una diferencia entre bienestar del menor e interés del menor en España, conceptos relacionados

471 Vid. nota 849.

472 STS 6239/2011 de 6 de septiembre, F 5. Este fallo recoge las decisiones del TCE que establecen la doctrina: SSTC 158/2009, de 29 de junio; 134/1999, de 24 de mayo; y 127/2003, de 30 de junio

473 SCCC No. T-477 del 23 de octubre de 1995, párrafo 16; y, SCCC T-408, de 14 de septiembre, párrafo 6.

474 Cillero Buñol, M., “El interés superior...”, Ob. Cit., p. 87.

entre sí pero no iguales⁴⁷⁵. El interés del menor impone una obligación a las autoridades de ajustar sus decisiones para garantizar el “bienestar” del menor, en sus palabras, las normas que se refieren al interés del menor:

...lo hacen en la adopción de diferentes medidas o en la regulación de instituciones que, de una forma u otra, afectan a los menores [...], significa que los legisladores quieren “garantizar”, ante situaciones que pueden perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, “el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales”. Esa garantía viene constituida por el principio del interés del menor⁴⁷⁶.

En un trabajo más reciente afina su propuesta, así:

...el «bienestar del menor» se corresponde con el «desarrollo óptimo de la personalidad del menor mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales; mientras que el «interés del menor» es la «garantía» de que el libre desarrollo de la personalidad del menor, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales será respetada⁴⁷⁷.

Esta mirada garantista del principio ha sido aplicada por el TSE, por ejemplo, en la STS 26/2013 al establecer que «La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y protección de los derechos de los menores»⁴⁷⁸.

Esta perspectiva es recogida en varias legislaciones nacionales. El CIA en Colombia, en su artículo 8, establece que debe entenderse por interés superior del niño el imperativo que obliga a todas las personas a “garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos...”. En el mismo sentido se regula en el Ecuador y Venezuela⁴⁷⁹.

3.3 Criterio informador

Como criterio informador, en el contexto del Derecho de familia, contribuye a la interpretación de ciertas normas y como criterio resolutorio

475 Navas Navarro, S., “El bienestar y el interés...”, Ob. Cit., pp. 692 y 707.

476 *Ibíd.*, p. 707.

477 Navas Navarro, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas...”, Ob. Cit., p. 624.

478 STS 26/2013 de 5 de febrero, F 3.2.

479 A propósito del tema revisar pp. 252 y ss. de este trabajo.

de determinados conflictos⁴⁸⁰, esto “implicaría la reinterpretación de todas las normas conexas teniendo en cuenta dicho principio”⁴⁸¹.

El ISN cumple un papel clave para dotarles a las normas del derecho de familia de unidad y lógica interna, contribuyendo a sus sistematicidad y coherencia. Es un “instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretenden proteger –patria potestad, tutela, desamparo y acogimiento, adopción, etc.–”⁴⁸². Por ejemplo, CABEDO MALLOL considera al interés superior del menor o favor minoris como un “principio informador del sistema de protección de menores”⁴⁸³. En el mismo sentido RIVERO HERNÁNDEZ afirma que actúa

*...como instrumento informador de instituciones que afecta a las personas que se pretende proteger (patria potestad, tutela, desamparo y acogimiento, adopción), para lo que da directrices para la consecución de fines constitucionales (protección de los menores)*⁴⁸⁴.

La STS 29/2013 así lo interpreta, calificándole de “piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto...”⁴⁸⁵, es más lo considera un componente «axiológico que informa la tutela del interés superior del menor»⁴⁸⁶.

3.4 Elemento de integración

Los casos de lagunas y deficiencias de un ordenamiento jurídico deben enfrentarse aplicando los principios que lo informan, allí el interés del niño es un elemento integrador⁴⁸⁷, que auxilia al interprete en su labor de llenar las lagunas normativas⁴⁸⁸.

La integración de la ley se refiere a aquellos casos en que no existe ningún precepto jurídico aplicable a un caso que éste en su conocimiento “...

480 De Torres Perea, J. M., “Tratamiento del interés del menor en el Derecho...”, p. 677.

481 *Ibid.*, p. 684.

482 Vela Sánchez, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, publicado en Diario La Ley, No. 8162, sección doctrina, de 3 de octubre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley 5167/2013, p. 6.

483 Cabedo Mallol, Ob. Cit., p. 26.

484 Rivero Hernández, F., Ob. Cit., p. 84.

485 STS 29/2013 de 5 de febrero, F 3.6.

486 *Ibid.*, F 3.2.

487 “Norma supletoria de aplicación (art. 1.4 Cc) cuando proceda a falta de otra norma especial, es decir, fuera de los casos tipificados –función de integración del ordenamiento–”. Vela Sánchez, A.J., “El interés superior del menor...”. Ob. Cit., p. 6.

488 *Ibid.*, p. 107.

no habiendo norma aplicable, no puede hablarse de interpretación, ya que ésta debe referirse siempre a un determinado precepto; el juzgador ha dejado de ser exégeta y se encuentra en situación comparable con la del legislador; debe establecer la norma para el caso concreto sometido a su decisión”, cuando realiza esta labor el juzgador integrar las lagunas de la Ley⁴⁸⁹.

La Corte Constitucional del Ecuador así lo ha considerado al establecer que el principio materia de nuestro estudio es “una provisión paraguas en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas”⁴⁹⁰.

El artículo 12 de Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia de El Salvador, determina que en la “...integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes”.

ENCARNA ROCA considera que existe una «...redundancia entre la imposición del interés del menor como cláusula no sólo interpretativa, sino integradora, y la lista derechos expresamente reconocidos y regulados...»⁴⁹¹, es decir el interés del niño como elemento de integración implica la vigencia de los derechos, como se ha señalado en este trabajo.

3.5 Elemento de interpretación

Como elemento de interpretación o hermenéutico, auxilia en la fijación del auténtico sentido de las normas aplicables a los casos en los que se encuentre involucrado un menor de edad, asegurando que con su aplicación se alcance lo más conveniente para el niño, así logrando obtener el sentido auténtico de las palabras, por ello se propone que las interpretaciones sean de carácter teleológico⁴⁹² (finalista), sociológico y contextual⁴⁹³.

A esta función se refiere las legislaciones salvadoreña (art. 12 LEPINA), ecuatoriana (art. 11), boliviana (art. 9), venezolana (art. 8).

La STS 229/2013 de 5 de febrero, ampliamente citada en este trabajo, no deja duda alguna de esta función al considerar que el interés del menor es principio de que “delimita el marco interpretativo”, en ese caso de

489 García Máynez, E., Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Cuadragésimonovena edición, México, 1998, p. 129; Villoro Toranzo, M., Introducción..., Ob. Cit., p. 253.

490 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Pleno No. 021-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011.

491 Roca Trias, E., “Familia y cambio social...”, Ob. Cit., p. 209.

492 Vela Sánchez, A.J., “El interés superior del menor...”. Ob. Cit., p. 6.

493 *Ibíd.*, pp.106 y 107.

un contrato y de las normas aplicables a los temas en que se encuentran involucrados los menores de edad.

El CRC ha ratificado que el ISN debe ser entendido como un *principio jurídico fundamental*, así, “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”⁴⁹⁴; que como se ha insistido a lo largo del presente trabajo es la plena vigencia de los derechos y el desarrollo integral (holístico) de cada niño.

494 CRC, “Observación General No. 14...” Ob. Cit. , párrafo 6.b

CAPÍTULO 4

**Interpretación,
argumentación y
fundamentación en la
determinación del
*interés superior***

CAPÍTULO 4

Interpretación, argumentación y fundamentación en la determinación del *interés superior*

1. ¿El juez puede determinar racionalmente el interés del niño en un caso concreto?

La revisión del tratamiento normativo del interés del niño -en los países materia del estudio- y las decisiones judiciales que lo aplican me llevan a concluir que la técnica de regulación seleccionada cumple un rol importante, pero no excluyente, en la búsqueda de una aplicación “racional” de ese interés, es decir en la reducción de discrecionalidad abusiva de parte de los jueces, cuando toman una decisión en nombre del interés del niño.

Parto de reconocer que no es posible evitar los riesgos asociados a la aplicación discrecional de un concepto indeterminado como el interés del niño, su vaguedad traslada la atención al momento de la aplicación del principio.

Es en la aplicación a un caso particular cuando podría alcanzarse un grado mayor de seguridad, siempre que se responda a exigencias concretas de motivación⁴⁹⁵ de las decisiones, obligando a los jueces a estimar los diferentes factores en juego y como la decisión que toma se adecúa a la finalidad del interés superior del niño. Esta perspectiva ha sido asumida por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 14⁴⁹⁶,

En aquellos países donde se ha optado por la técnica de cláusula abierta es la jurisprudencia la que ha ido perfilando los criterios de aplicación del principio⁴⁹⁷, estableciendo ciertas cuestiones fácticas y jurídicas que los jueces deben evaluar o considerar en los casos que se encuentran

495 Vid. Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 159 y 160. “La visión estándar del Derecho tiende a presentarlo como compuesto por dos grandes momentos o procedimientos normativos: el de la creación de normas generales y el de la aplicación de esas mismas normas para la solución de los casos particulares. Vistos desde la perspectiva de las autoridades jurídicas, esos dos momentos cuentan con dos grandes protagonistas: el legislador y el juez, donde el primero crea (tiene poder para dictar normas generales) y el segundo aplica (tiene poder para resolver casos particulares usando esas mismas normas generales)”.

496 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 14...”, Ob. Cit., párrafos 83, 97 y 93.

497 Debe recordarse que esos criterios no han sido establecidos exclusivamente por parte de los tribunales locales, además se pueden encontrar en fallos de tribunales internacionales, a manera de ejemplo puedo citar la decisión, ya analizada, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, en particular los párrafos 108 a 110 o en el por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, párrafo 138, Sentencia de 6 de julio del 2010.

conocimiento, están obligados a demostrar como la decisión tomada puede contribuir a la obtención del objetivo con el que se identifica el principio⁴⁹⁸.

Cuando se regula al interés del niño por medio de criterios normativos preestablecidos estas son los fundamentos de la decisión del juez, las consideraciones que debe hacer al tomar la decisión y justificarla, siendo una guía de argumentación⁴⁹⁹, es decir son cada uno de los elementos a considerarse para tomar la decisión, lo que en el fallo deberían convertirse en los aspectos que el juez debe abordar para justificar su decisión. Debe dejarse en claro que en Inglaterra y en Estados Unidos de Norteamérica no deben agotarse todos los criterios normativos⁵⁰⁰.

Como se advirtió en países como Ecuador, donde se establecen normativamente criterios de valoración del interés superior del niño, no encontré decisiones judiciales en los que sean utilizados para la determinación del ISN. En general los jueces no demuestran en que forma la decisión contribuye a la realización del interés del niño, práctica común es mencionarlo para sustentar sus decisiones sin explicar de forma concreta la relación de la decisión con la consecución de los mejores intereses del niño⁵⁰¹.

Argumentar (justificar) las decisiones judiciales es una obligación indiscutida en la legislación y la jurisprudencia de cualquier país democrático⁵⁰², siendo un elemento sustancial del debido proceso.

Los conceptos jurídicos indeterminados dan origen a especiales exigencias de aplicación y motivación por parte de los jueces, aún más cuando de su aplicación puede originarse una restricción de derechos, como en el caso del principio estudiado que puede emplearse para limitar, restringir o pasar por alto otros intereses en juego, a la vez que puede llegar a ser utilizado como pretexto coartar derechos del propio sujeto menor de edad.

498 Desarrollo integral, derechos, bienestar, etc., son algunos de esos objetivos mencionados a lo largo de este trabajo.

499 A proposition Standley, K., "Family Law", Ob. Cit. p. 304; Bainham, A., "Children: the modern law", Ob. Cit., p. 41; Rivero hernández, F., El interés del...", segunda edición, Ob. Cit., p. 105.

500 A propósito de esto se puede revisar pp. 151 y ss.

501 Vid. Pásara, L. y Albuja Ponce, R., La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas, publicado en Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral, Ávila, R., y Corredores, M. (e), Ministerio de Justicia del Ecuador, UNICEF y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2010.

502 El artículo 120.3 de la Constitución Española establece que "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública"; la Constitución ecuatoriana 76.7.1 "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

Es posible sostener que estos abusos y omisiones son un resultado de los defectos de un sistema de justicia particular, del pobre entrenamiento de los jueces al no provenir de una cultura jurídica de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, empero estas preocupaciones también está presente en países como Estados Unidos donde es usual el uso de estándares jurídicos:

*Indeed, the primary complaint regarding the best interests standard lies in its vagueness, which critics argue allows judges to impose their own biases and conceptions of children and family on the decision-making process*⁵⁰³.

Como se ha visto en otras secciones de esta obra la importancia del interés del niño, un elemento central del moderno Derecho de familia, no está en discusión a partir de su incorporación en la CDN; no obstante su origen en los países anglo-americanos, en el marco de una concepción particular de la infancia y la familia⁵⁰⁴, da como resultado la imposibilidad de considerar, aunque sea como pretensión, que su contenido sea universal, por esto las tensiones y dudas sobre su aplicación se mantienen incluso en aquellos países en donde se originó el principio y que comparten una matriz cultural, por tanto valorativa, similar⁵⁰⁵.

Una situación mucho más grave cuando se estudian estos temas en contextos jurídicos y culturales diferentes o en países donde con una amplia diversidad por su composición étnica/cultural, como Ecuador y Bolivia, o en los que existe una importante migración en la que conviven una cultura dominante con otras minorías que reivindican como legítimas sus pautas de relación y crianza de la infancia⁵⁰⁶.

503 Wallace, S. R. y Silverberg Koerner S., Influence of Child and Family Factors on Judicial Decisions in Contested Custody Cases, publicado en Family Relations, Vol. 52, No. 2, abril 2003, p. 180.

504 A propósito de este tema algunos trabajos pueden ser especialmente útiles para entender las tensiones que surgen del mismo. Los más conocidos son : Alston, P., y Gilmour-Walsh, B. "El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales"; Breen, C., "The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law"; , en particular Abdullahi Ahmed An-Na'im, Toward a cross-cultural approach to define international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman or degrading treatment of punishment, en Human rights in cross-cultural perspectives. A quest for consensus, University of Pennsylvania Press, 1992; Sánchez Botero, E., Entre el Juez Salomón y el Dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño, Gente Nueva Editores, Bogotá, 2006.

505 Ver: Alston, P. (ed.), "The Best Interests of the Child..." McGinnis, S., "You Are Not the Father..."; Breen, C., "The standard of the best interests..."

506 Sin embargo en el Ecuador el Código de la Niñez y Adolescencia expresamente establece la preeminencia del interés superior del niño sobre el principio de diversidad cultural, como consta en el inciso tercero del artículo 11 de dicha ley.

A nivel nacional el principio, sostienen varios autores, se aplica de manera inconsistente y arbitraria⁵⁰⁷, algo que se ha confirmado al analizar la jurisprudencia de varios países en los que se enfoca el presente estudio⁵⁰⁸.

Las variadas circunstancias que rodean a los casos en que se encuentran involucrados los menores de edad en el presente, o podrían involucrarlos en el futuro, lleva a muchos a afirmar que aquellos llamados a decidir en nombre del interés de un menor deberían estar dotados de habilidades atribuidas a los chamanes: predecir acontecimientos futuros⁵⁰⁹.

Esto me lleva a la convicción de que el papel de la técnica legislativa, de forma aislada, cumple un papel menor en la reducción de la discrecionalidad abusiva, aunque no es insignificante, parece de mayor impacto las exigencias de justificación racional de las decisiones, a partir de esto se vuelve indispensable realizar una revisión de la forma en que se encara la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y cómo los jueces justifican sus decisiones a partir de ellos.

Muchos de los temas aquí analizados salen del campo estricto del Derecho civil, sin embargo es imposible abstraerse de las consideraciones hechas en el terreno del Derecho Público por la necesidad de protección de los intereses de las personas que se encuentran en una posición de debilidad o vulnerabilidad y la llamada “socialización” del derecho de familia.

Es necesario reconocer, como lo hace LLAMAS POMBO, que “Las técnicas del Derecho Público y las de Derecho Privado están obligados a convivir en muchas materias, desde el momento en que las leyes incorporan exigencias de interés público a la regulación de las relaciones interindividuales”⁵¹⁰.

El interés del niño, más allá de su caracterización como principio, directriz o estándar, lo relevante –en primera instancia- es su condición de concepto jurídico indeterminado ya que esto obliga a examinar la forma en que se resuelven los problemas de indeterminación de las normas al momento de su aplicación a un caso concreto. Estos conceptos son considerados como un instrumento para lograr una “justicia más particularizada y es

507 Breen, C., “The standard of the best interests...” Ob. Cit. p. 17.

508 Los fallos de la justicia ecuatoriana son un ejemplo permanente del uso del interés superior sin explicar en qué consiste en el caso concreto, con ellos se justifican decisiones contradictorias, inconsistentes y arbitrarias. Vid. pp. 191 y ss.

509 Breen, C., “The standard of the best interests...” Ob. Cit. p. 17.

510 A propósito de esto se puede revisar el texto ya citado de Llamas Pombo, E., “Orientaciones sobre el concepto...” Ob. Cit., p. 115.

un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo con las circunstancias⁵¹¹.

A la par de sus ventajas declaradas se presentan algunos riesgos, especialmente en lo referido a la seguridad jurídica, en esta materia la posibilidad de limitar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto sin negar su utilidad para superar la “disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización”⁵¹².

La indeterminación del interés del niño, como se analizó previamente, es algo buscado por el legislador y no un defecto del ordenamiento jurídico⁵¹³.

Asumo plenamente que lo discrecional, entendido como lo que “se hace libre y prudencialmente”⁵¹⁴, no puede ser identificado con lo arbitrario definido como un “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”⁵¹⁵, pero existe el temor fundado –como se analizó previamente– que el interés del niño sea usado para justificar preferencias, prejuicios, opciones personales, aprovechándose de la indeterminación del concepto y las facultades “discrecionales” otorgadas al juez para decidir su alcance al caso concreto, pero no es posible –al menos en el contexto latinoamericano– sustraerse de las amenazas producto de la arbitrariedad en su aplicación⁵¹⁶.

Afirmar que la apreciación del interés del niño, en un caso particular, debe hacerse en función de una finalidad (garantizar derechos para asegurar su desarrollo o bienestar)⁵¹⁷ lleva aparejadas otras dificultades resultado de que muchos derechos están formulados en términos vagos o en ciertos casos estos conllevan una colisión de derechos, de forma que se convierte en imposible asegurarlos simultáneamente (por ejemplo vida en familia e integridad personal en casos de maltrato).

511 D'Antonio, H. A., *Convención sobre los Derechos del Niño: comentada y anotada exegéticamente*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 46.

512 *Ibíd.*, p. 47.

513 A propósito de éste tema es relevante lo tratado en el Capítulo 2 sobre la relación entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados.

514 RAE, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima segunda edición.

515 Las dos definiciones han sido tomados del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, Vigésima segunda edición. Consultado en línea el 18 de junio del 2012 <http://www.rae.es/rae.html>

516 Este tema se trata previamente para profundizar los análisis realizados en América Latina son importantes los siguientes trabajos ya citados: García Méndez, E., “Entre el autoritarismo y la banalidad...”, *Ob. Cit.* p. 12; Cillero Bruñol, M., *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E., y Beloff, M., (compiladores), tercera edición, Temis, Bogota. 2004, pp. 86 y 87.
Ibíd., p. 87

517 Como son las tesis de Cillero, Roca Trías y como se establece en el párrafo 14 de la Observación General No. 14 del CRC

Recordemos que en otra dimensión de la discrecionalidad, cuando el interés del niño actúa como directriz, el fin propuesto puede ser alcanzado en diferentes formas.

A partir de esto examinaré el alcance de la motivación/justificación de las decisiones judiciales y su relación con la aplicación del interés del niño, como un marco general para el análisis de su aplicación en sus diferentes dimensiones.

2. La obligación de motivar/justificar las decisiones

Es una obviedad decir que los jueces deben justificar sus decisiones, deben expresar claramente las razones por las que la toman, esas “razones” siempre deberían ser normativas y fácticas (y obviamente valorativas⁵¹⁸ cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados como el interés superior).

Motivar las decisiones judiciales responde a dos necesidades diferentes, la una de carácter procesal y la otra vinculada al control del ejercicio del poder.

En la primera dimensión, la esencialmente procesal, la motivación tiene como destinatarios principales a las partes y a los jueces ya que se busca que estas conozcan el significado de la decisión judicial, puedan impugnarla en caso de así decidirlo y el juez a cargo del examen de la impugnación pueda valorar los motivos⁵¹⁹.

En la segunda dimensión se presenta una necesidad de carácter político, el control del poder de los jueces⁵²⁰, ligado a las exigencias de una sociedad democrática⁵²¹.

Motivar es justificar, exponer «las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada)»⁵²². Decidir es aplicar el Derecho:

518 Vid, Igartua Salaverría, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra-Temis, Lima, 2009, pp. 24 y ss.

519 *Ibíd.*, p. 24.

520 Atienza, M., *Argumentación y Constitución*, publicado en “Interpretación jurídica y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales”, (c) Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 87.

521 Arroyo Gutiérrez, J. M., *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*, Escuela Judicial, San José C. R., 2002, p.3.

522 Atienza, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Segunda reimpresión, UNAM, México D.F., 2005, p. 4.

*...adoptar una decisión que ha de ser correcta a la luz de un particular sistema jurídico. Se trata, pues, de justificar una decisión aplicativa del Derecho a un caso concreto y, por tanto, que pretende inferirse de una premisa normativa y de una premisa fáctica*⁵²³.

En palabras de Díez Picazo y Gullón «las normas se aplican al ser puestas en contacto con las realidades concretas»⁵²⁴.

En España el TSE y el TCE no han dejado duda sobre el alcance y finalidad de la motivación. La STS 5873/2011 de 3 de octubre, que retoma otras decisiones relevantes en la materia, establece que la motivación: 1) es deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva; 2) es un medio para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión; 3) se prohíbe la arbitrariedad del juez; y, 4) es una forma de controlar la razonabilidad de las decisiones⁵²⁵.

La motivación cumple dos funciones: exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos⁵²⁶.

En cuanto al alcance de la motivación, los fallos citados, establecen que debe ser capaz de responder a las peticiones formuladas en la demanda,

523 Prieto Sanchís, L., "Apuntes de teoría...", p. 278.

524 Díez-Picazo, L. y Gullón A., Sistema de Derecho Civil. Volumen I, Undécima Edición, Tecnos, 2003, Madrid, p.163.

525 STS 5873/2011 de 3 de octubre, FJ2:

"1o El principal error que se atribuye a la sentencia recurrida consiste en la falta de motivación. Ante todo, debe decirse que la STS 623/2009 de 8 octubre contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia: "La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. (Asimismo STC 7/2000, y las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón"."

526 *Ibíd.*

estas no necesitan ser extensas o pormenorizadas y toda argumentación debe ser fundada en derecho⁵²⁷.

Un tema que surge sobre la suficiencia de la motivación es la llamada, en España, motivación por remisión, en la ya citada STC 75/2005 de 4 abril, se explica que

...la inicial vulneración del derecho fundamental se ha visto corregida, a través del correspondiente recurso ordinario, por la instancia superior al dictar una resolución que satisface las exigencias de motivación impuestas por el art. 24.1 CE, el cual –conforme hemos declarado– no exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior⁵²⁸.

Es decir, el Juez no trata el tema y se vale de documentos distintos a su propia sentencia para justificar su decisión. GUTIÉRREZ SANTIAGO explica que, desde la perspectiva abstracta, la remisión podría ser interna, cuando se remite a una resolución judicial dictada dentro del mismo procedimiento; o externa, cuando la justificación se remite a la decisión tomada en otro procedimiento judicial o de decisiones de carácter administrativo o de otras autoridades públicas⁵²⁹.

Esta motivación per relationem de las decisiones judiciales ha sido cuestionada por un amplio sector de la doctrina española⁵³⁰, especialmente cuando la remisión, en temas de infancia, se hace a expedientes administrativos. Sin embargo el TCE ha considerado válido, en el fallo citado, y en muchas otras decisiones. Esto lleva a que nos preguntemos sobre corrección de esta práctica en temas sensibles en los que debe desplegarse un amplio arsenal argumentativo que demuestre que la decisión tomada efectivamente es la más favorable al interés del niño.

Otro elemento de la motivación es que el fallo debe estar fundado en

527 Por ejemplo la STS 5674/2012 de 13 de julio, FJ 2, al tratar sobre la motivación de las sentencias en las que se encuentran involucrados los menores de edad (en un caso de regulación de las visitas), esta es suficiente "...para cada caso concreto y de acuerdo con las cuestiones que se plantean, de modo de poner de manifiesto la ratio decidendi (STC 8/2001) y que se exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, permitiendo un eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los derechos [...]. La sentencia utiliza diversos criterios para la reducción del derecho de visitas del padre, con fundamento en una interpretación de lo que debe entenderse en el caso concreto, por interés del menor, debiendo tener en cuenta, además, que se establece en la sentencia un amplio régimen de visitas, casi equiparable a la guarda compartida".

528 FJ 5.

529 Cfr., Gutiérrez Santiago, P., Comentario a la Sentencia del TC de 4 de abril del 2005 (RTC 2005, 75, publicada en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Thomson-Civitas, No. 70, enero-abril 2006, p. 367.

530 *Ibíd.*, pp. 367- 368.

derecho, esto para los dos altos tribunales españoles es aplicar el sistema de fuentes establecido, el “juez no puede decidir según su leal saber y entender”, ya que los jueces están sometidos a la ley⁵³¹. En resumen: las decisiones judiciales deben ser legales y racionales⁵³². Legales en tanto la aplicación del derecho no implica la creación de normas generales y abstractas, sino de normas individuales que están determinadas por otras normas legales y con las formas de interpretación admitidas⁵³³. Racionales en tanto se justifique la decisión a través de la norma aplicada, los hechos probados, los razonamientos y valoraciones⁵³⁴.

2.1 Justificación de las decisiones judiciales

En la teoría contemporánea de la argumentación jurídica se distingue entre justificación interna o primaria y justificación externa o secundaria⁵³⁵.

2.1.1 Justificación interna (¿casos fáciles?)

La justificación interna o primaria se refiere a la racionalidad interna de la decisión jurídica, esto implica que “...una decisión está justificada internamente si se infiere de sus premisas”, de acuerdo a las reglas de inferencia aceptadas⁵³⁶.

Esta justificación se realiza en términos lógico-deductivos

“Cuando un caso es fácil, la aplicación del Derecho se aproxima a una operación similar a la que representa el silogismo judicial [...] la justificación interna se refiere a la justificación basada en criterios lógico-deductivos, a partir de normas del sistema jurídico que son consignadas de forma expresa en la justificación de la sentencia”⁵³⁷.

Esta clase de justificación (también llamada justificación primaria o de primer orden) es plenamente aplicable para los llamados caso fáciles, estos son así considerados porque no “existen problemas en relación con ninguna de las premisas (normativas y fácticas)”⁵³⁸, por ello es suficiente una deducción silogística.

531 STS 5873/2011, de 3 de octubre, F 2.

532 Wróblewsky, J., Sentido y hecho en el derecho, Fontamara, México D.F., 2001, p. 83.

533 El tema de las valoraciones que realizan los jueces será analizado más adelante a propósito de los casos en que el interés del menor se aplica como criterio de preeminencia frente a otros intereses en juego. Vid. Díez-Picazo, L. y Gullón A., “Sistema de Derecho Civil. Volumen I”, p. 164

534 Ibid.

535 Wróblewsky, J., “Sentido y hecho...”, Ob. Cit. p. 51.

536 Ob. Cit. p. 52.

537 Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. J., La argumentación en el Derecho, Palestra, Segunda edición corregida, Lima, 2005, pp. 157 y 158.

538 Atienza, M., “Argumentación y Constitución...”, p. 93.

2.1.2 Justificación externa ¿casos difíciles?

La justificación externa o (también llamada justificación secundaria o de segundo orden) se debe llevar a efecto en los considerados “casos difíciles”. Un caso es considerado difícil cuando se presentan problemas de premisa normativa (de relevancia e interpretación) y en la premisa fáctica (de prueba y de calificación de los hechos)⁵³⁹.

El primer problema -de premisa normativa- es el de relevancia, qué se entiende por la inexistencia de una norma aplicable de forma directa (relevante) para el caso.

Al no encontrar una regla que permita fundar la solución de un caso, se debe aplicar las consecuencias jurídicas de otra norma a un caso diferente pero parecido, al contemplado en la norma jurídica; es necesario demostrar que el caso sujeto a decisión puede ser incluido en el “círculo de semejanza” del supuesto de hecho contemplado en la norma⁵⁴⁰, es decir aplicación analógica de la regla.

Los problemas de interpretación (de mayor relevancia para el presente trabajo) son los asociados a la ambigüedad y vaguedad del lenguaje. ¿Qué significa la norma? es decir, la norma puede ser interpretada en más de un sentido.

Los problemas de la prueba se refieren: a la identificación de los hechos relevantes al caso y a probar los hechos del caso.

En cuanto a los problemas de prueba “se refieren al establecimiento de la premisa menor (p). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado”⁵⁴¹.

Los problemas de calificación o de hechos secundarios aparecen cuando no es posible encasillar los hechos del caso en algún instituto jurídico concreto, por tanto se tiene la certeza de ciertos hechos pero no se los puede subsumir en los supuestos de una norma.

Como se anticipó, frente a un caso difícil la subsunción o el silogismo jurídico no es suficiente para justificar la decisión, para esto se debe acudir a la llamada justificación externa, porque la justificación primaria, que siempre debe buscarse, resultó insuficiente.

539 Esta caracterización se la debemos a Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978, pp. 69 y ss.

540 Cfr. Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. J., “La argumentación en...”, p. 176.

541 Atienza, M., “Las razones del derecho: teorías...”, p. 113.

Algunos autores proponen que el “discurso motivatorio” debe cumplir con tres condiciones: a) debe ser congruente, es decir debe ser adecuada a las premisas que se justifican; b) debe ser completa, por tanto deben encararse todas las posibilidades del caso y que podrían modificar el sentido de la decisión; y, c) debe ser suficiente, no debe agotarse las opciones pero debe encararse razonamientos o premisas que no son frecuentes⁵⁴².

NEIL MACCORMICK responsable con ROBERT ALEXY de la conocida como “teoría estándar de la argumentación jurídica”⁵⁴³, propone cuatro principios generales para encarar la justificación en los casos difíciles mediante la justificación secundaria o externa: universalidad, coherencia/consistencia y consecuencia⁵⁴⁴.

El requisito de universalidad implica que la decisión que se tome pueda ser trasladarse de igual forma a los casos parecidos, o las mismas, y no a los que presentan otras propiedades⁵⁴⁵, en otras palabras: a iguales circunstancias iguales respuestas.

En palabras de ATIENZA la universalidad “tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, sobre todo, hacia el futuro”⁵⁴⁶.

Los otros dos principios son consistencia y coherencia ⁵⁴⁷.

Toda decisión debe tener sentido en relación al sistema jurídico, que las premisas normativas utilizadas no pueden contradecir normas válidas, esto implica que las soluciones adoptadas no pueden contravenir el derecho vigente y ajustarse a las pruebas cuando esto suceda se podría afirmar que una decisión cumple con la condición de ser consistente.

En resumen, la decisión que se toma en un caso es considerada como una norma particular para el mismo, por tanto debe guardar conformidad con las normas de carácter general del ordenamiento jurídico.

En el caso de la coherencia MACCORMICK realiza una distinción entre coherencia normativa y coherencia narrativa.

La coherencia normativa parte de considerar a las normas como un

542 Cfr. Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. J., “La argumentación en...”, pp. 26-27.

543 Atienza, M., “Las razones del derecho: teorías...” p. 106. La argumentación jurídica es considerada la versión contemporánea del “método jurídico”.

544 MacCormick, N., “Legal Reasoning and...” Ob. Cit., pp. 144 y ss.

545 Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. J., “La argumentación en...”, p. 185

546 Atienza, M., “Las razones del derecho: teorías...”, p. 115.

547 Para explicar estas características me basaré en la explicación de ATIENZA, *Ibíd.*, pp. 117 y ss.

conjunto dotado de sentido, parte de la idea de que el derecho es una “empresa racional” (lo que aseguraría la certeza del derecho), por ello una norma (o un conjunto de normas) se considera coherente cuando responde (puede subsumirse o corresponder) a una serie de principios generales o valores, entre los que se incluyen los fines que se persiguen y los estados de cosas que se consideran deseables, legítimos, valiosos⁵⁴⁸.

El mismo MACCORMICK propone un ejemplo que ayuda a clarificar el tema. Se aprueban tres reglas de tránsito: la primera establece que está prohibido circular a más de 100 km/h a los coches rojos; otra permite que los coches amarillos circulen a más de 100 km/h. Las normas son consistentes, no son supuestos iguales porque cambia el color de los autos, pero no serían coherentes porque el color es irrelevante en cuanto al cumplimiento del objetivo de regular el tráfico de vehículos e incrementar la seguridad.

La coherencia narrativa se relaciona con las cuestiones de hecho, permite aceptar o no ciertos hechos porque consideramos que los mismos se pueden o no dar en la realidad, es decir en este caso se parte de las creencias racionales sobre la realidad⁵⁴⁹.

En la coherencia normativa, lo resalto por la importancia para este trabajo, el autor escocés presenta como argumentos significativos para resolver los casos difíciles los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía.

Los principios, en la propuesta de MACCORMICK, son normas de carácter general que cumplen funciones explicativas y justificatorias.

En la función explicativa sirven para aclarar los sentidos de las normas. En la dimensión justificatoria permite evaluar el valor de una norma en caso de que se corresponda con un principio es considerada valiosa. En el modelo propuesto por el autor escocés los principios establecen o determinan un fin valioso o un modelo de conducta, en tanto las reglas buscan asegurar un fin que se considera valioso⁵⁵⁰.

La analogía es la aplicación de unos supuestos explícitos a otros que no cumplen esa condición de ser explícitos, significa una búsqueda deliberada de las analogías y la valoración de las situaciones como similares⁵⁵¹.

548 *Ibíd.* pp. 118 y 119.

549 *Ibíd.*, p. 119.

550 *Ibíd.*

551 *Ibíd.*

El último elemento a considerar son las consecuencias jurídicas de las decisiones que toman los jueces, pero no se trata de realizar una predicción sobre los hechos que se podrían producir en el futuro por la decisión, es una evaluación de las consecuencias en cuanto las conductas que se prohibirían o admitirían a partir de la decisión.

Se pueden usar dos clases de razones sustantivas, para justificar las decisiones judiciales: razones finalistas y razones de corrección, en palabras de ATIENZA:

...razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí mismo, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior). En cierto modo, la orientación conforme a fines y la orientación según un criterio de corrección son dos caras de la misma moneda, pues los fines que hay que tomar en cuenta son, en último término, los fines correctos de acuerdo con la rama del derecho que se trate⁵⁵².

En la forma en que se encara la determinación del interés del niño, parece que los argumentos deben ser consecuencialistas⁵⁵³ o finalistas, puede considerarse como uno de los aspectos más relevantes de la decisión, esto implica las consecuencias (los estados de cosas posteriores a la decisión judicial y que son resultado directo de esa decisión), pero no se trata de la ...predicción de la conducta que probablemente la norma inducirá o desanimará, lo que interesa sería contestar a la pregunta sobre el tipo de conducta que autorizaría o prohibiría la norma establecida en la decisión; en otras palabras, los argumentos consecuencialistas son, en general hipotéticos, pero no probabilistas⁵⁵⁴.

2.1.3 ¿Los casos en que se aplica el interés superior son difíciles?

La vaguedad (o como se verá más adelante el carácter polisémico) del concepto interés del niño hace que debamos considerar, desde la perspectiva de la argumentación/justificación de las decisiones jurídicas

552 *Ibíd.* p. 125.

553 En palabras de MACCORMICK "That a universalized ruling be expressly given or a universalizable one impliedly given in response to the *quid juris* question is a necessary condition of satisfactorily justifying one's decision. But it is only a necessary, not a sufficient condition. What makes a difficult point of law be a difficult one is exactly this: that each side of the case can produce a possible or even plausible in its own favour. The problem being one as to choosing between possible rulings in law, the issue is then how we can justify such choices.

The suggestion which I make and shall argue for is as follows: such choices are justified both by consequentialist arguments showing the acceptability or unacceptability of a ruling one way or the other having regard to their consequences and by arguments of coherence and consistency showing how a ruling acceptable on other grounds can fit with the existing relevant body of law, i. e. can fit with the legal system as already established". MacCormick. N., *The Artificial Reason and Judgement of Law*, publicado en *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 1981, p. 113.

554 *Ibíd.*

un caso difícil, excepto en aquellos supuestos en los normativamente se establece lo que debería considerarse –por parte del juez- como la opción que mejor se corresponden con el interés del niño.

Frente a un caso difícil el juez debe refinar las técnicas de interpretación, esto para asegurar una aplicación consecuente con el rol que cumple en el ordenamiento jurídico. Como se explicó previamente, existen dos niveles de justificación: primaria o subsuntiva o clasificatoria y secundaria, externa o ponderativa.

En la justificación primaria, el juez frente al caso sujeto a su conocimiento debería estudiar la posibilidad de resolverlo mediante un ejercicio de subsunción. Por ejemplo, el artículo 234 del C. c. español establece que “se considera beneficioso para el menor la integración en la vida de familia del tutor”, por tanto en caso de que se nombre un tutor el menor de edad de edad (un hecho) este debería integrarse a la vida familiar del tutor por aplicación de la regla que determina esto⁵⁵⁵.

Esta argumentación, conocida como subsuntiva o clasificatoria, es la adecuada para las reglas de acción, esas que prevén como en el caso del ejemplo, que si se dan ciertas condiciones (un menor bajo tutela) entonces alguien debe realizar una acción (integrar al menor de edad en la vida familiar del tutor)⁵⁵⁶, son claramente los que mejor contribuyen a reducir la discrecionalidad judicial.

ATIENZA al tratar el interés del menor como una regla de fin, propone un esquema de argumentación, de carácter finalista, que resumo a continuación: ⁵⁵⁷

La regla del interés del menor (asumiendo que es una regla de tipo finalista para el caso de la custodia) no puede aplicarse mediante el esquema anterior (subsuntivo o clasificatorio), debe realizarse una argumentación de carácter finalista que ATIENZA identifica con el esquema de razonamiento práctico aristotélico.

555 No es el propósito desarrollar de manera detallada estos aspectos, únicamente en forma de ejemplo lo presento.

El silogismo asume la forma de modus ponens, por tanto sería de la siguiente forma:

p → q Sí a un menor de edad se le asigna un tutor se considera beneficioso para éste la integración en la vida de familia del tutor

p Al menor de edad X se le asignó el tutor Y

q El menor X deberá integrarse a la vida familia de Y

El silogismo sería:

Todos los menores asignados a un tutor deben integrarse a su vida familiar

X es menor de edad y fue asignado a un tutor

X debe integrarse a la vida familiar del tutor

556 Atienza M., *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, segunda edición, Barcelona, 2006, p. 165.

557 *Ibíd.* Pp. 165 a 168.

Esto requiere que la primera premisa “establece una relación de condición necesaria entre el curso de acción a emprender y el objetivo a alcanzar”, esto en los casos en que existe una bivalencia es decir: existen dos opciones, que en el caso de la custodia sería: decidir cuál de los progenitores otorgársela. Sabemos que existe al menos otras dos opciones, custodia compartida o negarle la custodia a los dos, por lo tanto el esquema sería:

- *En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F.*
- *Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F.*
- *En este caso concreto se dan las circunstancias X.*
- *Por lo tanto es obligatorio realizar la acción M.*

Este esquema es aplicable en aquellos casos en los que la disputa se refiere a la concesión de custodia al padre o la madre, o que se debe decidir sobre el régimen de visitas aplicable, o aceptar el contacto del menor con sus abuelos.

Más allá de la coherencia lógica de la propuesta del autor ovetense, en nuestro caso de estudio pierde de vista que las “circunstancias X” son variadas y los jueces otorgan distintas valoraciones a cada una de ellas, que esas valoraciones dependen de sus concepciones, convicciones, cultura; asume que la decisión no contará con participación alguna del menor de edad; por ello, pese a que sólo existen dos opciones, no significa que la decisión no pueda tomar un caris discrecional, incluso abusivo, por tanto se apliquen las preferencias del juez como ha sucedido en casos donde la disputa involucra progenitores con orientaciones sexuales diferentes⁵⁵⁸.

Ahora bien, el otro esquema que propone ATIENZA, para aquellos casos donde los “cursos de acción son más abiertos”, porque no existe una relación de medio-fin, pero debe determinarse un curso de acción que se considera más adecuado -entre las disponibles- para cumplir el fin (adecuabilidad), el esquema propuesto en éste caso es:

- *En las circunstancia X, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar F.*
- *Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F.*
- *M es preferible a otros cursos de acción (M1, M2, ...Mn) que también conducirán a F,*
- *Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción M.*

558 A propósito de éste tema es paradigmático el caso Atala en Chile en que fue ampliamente referido en la introducción y en el examen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver pp. 91 y ss.)

Más allá de los esquemas de aplicación propuestos lo que se resalta son las diferencias de argumentación en las reglas de fin y las reglas de acción:

- a) En cuanto a la premisa normativa, para el aplicador las reglas de acción están orientadas hacia el pasado, ya que evalúan ciertas circunstancias y por ellas se decide que se debe, puede o se prohíbe realizar una acción, mientras que las reglas de fin son hacia el futuro, ya que se busca alcanzar un objetivo, por ello es menos predecible y existe más discrecionalidad (imposible perder de vista la idea del juez como un chamán);
- b) Mientras que la premisa fáctica, en el esquema subsuntivo, se satisface con un hecho las condiciones de aplicación de la norma; en tanto que el esquema finalista, además de los hechos que satisfacen la premisa se requiere otra premisa que es un juicio predictivo sobre lo que podría suceder en el futuro, un juicio de conexiones causales.

Los dos esquemas podrían coincidir si en la regla de fin sólo existiría una forma de alcanzar el objetivo⁵⁵⁹.

Seguimos en el terreno de la lógica, útil pero limitado, sin olvidar a los autores que niegan cualquier utilidad en el razonamiento jurídico a la lógica formal.

El Comité de los Derechos del Niño considera que una de las salvaguardas que deben establecerse para asegurar y demostrar que se ha respetado el interés superior es una correcta argumentación jurídica, para ello cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada⁵⁶⁰.

En la motivación debe hacerse constar “explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño”. En los casos en que la decisión difiere de la opinión del niño debe exponerse “...con claridad la razón por la que se ha tomado”. Cuando “...excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado”.

559 El ejemplo de Atienza es sobre la custodia y dice que la regla de fin actuaría igual que una regla de acción si una determinada acción genérica sea la única forma de alcanzar una finalidad, es decir “...si se pensara que otorgar la custodia a las madres fuera siempre la mejor manera de asegurar el bienestar de los menores”. Atienza, *Ibid.*, p. 167.

560 CRC, Observación General No. 14, párrafo 97.

El CRC deja en claro que “No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones”, cuando esto sea resuelto por el decisor.

3. Ponderación

El mismo ATIENZA presenta como debería aplicarse el esquema cuando se trata de determinar el alcance de principios o directrices⁵⁶¹ (diferencia que se presentó previamente a propósito del estudio de las diferentes dimensiones de los principios), cuando (a) no existe una regla aplicable al caso o (b) la regla aplicable es incompatible con los principios o valores del sistema (que asumo son parte del derecho positivo).

Los principios (o las directrices) no pueden ser aplicados de forma directa, al no tener asociado una consecuencia para ello se da un proceso en dos pasos, en primer lugar se convierte al principio en una regla (de acuerdo a ATIENZA esto es propiamente la ponderación), para luego aplicar la regla creada mediante alguno de los esquemas anteriores (subsuntivo o finalista)⁵⁶².

Existen dos clases de ponderación, sea tratemos con un principio (en sentido estricto) o la ponderación de una directriz⁵⁶³.

3.1 Ponderación de los principios en sentido estricto

En el caso de principios en sentido estricto la ponderación se desarrollaría de la siguiente forma: se determina que en un caso concreto existen varios principios en contradicción (en el caso de los menores de edad el principio a vivir en familia y el interés del niño) y que no pueden satisfacerse simultáneamente; debe establecerse cuál de los dos tienen preeminencia o primacía de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y a las razones que se expresen (el interés del niño es interés prevalente); y, a partir de esto se elabora una regla de acción, que implica un deber determinado y se realiza la subsunción correspondiente (al prevalecer en interés del

561 Atienza M., “El derecho como...”, Ob. Cit., pp. 168 y ss.

562 Atienza, M., “Argumentación y Constitución...”, p. 98.

563 Recordemos que el TSE considera al interés del menor como una directriz STS 5817/2009, de 31 de julio, F. 6. En el mismo sentido SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6.; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

niño sobre otros intereses), se debe resolver a favor del primero que podría significar la separación de su familia, atentos a las circunstancias del caso.

Es decir, se acude a la justificación externa o secundaria, ya que implica encarar la falta de concreción de la norma, claro si, como se verá más adelante, se considera al interés superior como un concepto polisémico por considerarse que se adjudican derechos, también debe decidirse entre varias opciones, más aún si se considera al interés superior ambiguo o vago (indeterminado) debe demostrarse que la decisión cumple los requisitos de universalidad, coherencia, consistencia, consecuencia, en los términos que hemos revisado previamente.

Antes de estudiar el tema de la “ley de la ponderación” (el procedimiento para determinar los “pesos” de los principios), mi posición sobre la naturaleza del interés del niño creo, a diferencia de ATIENZA, que el interés del niño no siempre puede ser mirado como una regla de fin, en muchas ocasiones debe ser considerado como un verdadero principio⁵⁶⁴ y en otros casos como una directriz, como se explicó previamente.

La Ley de la ponderación es la parte más sensible de la propuesta, ya que implica establecer la preeminencia de un principio sobre el otro⁵⁶⁵ y esta operación es muy criticada por ejemplo, MASSIMO LA TORRE a propósito de:

...la Ley de la ponderación de ALEXY, que gobierna la transformación de los principios en reglas definitivas, no garantiza un resultado racional, dado que tanto la determinación de la relevancia de los principios (su peso) como la elucidación de las condiciones de procedencia de un principio sobre otro tiene que dejarse en manos de los jueces. La Ley de la ponderación ofrece sólo una apariencia de racionalidad a un procedimiento que es, al fin y al cabo, irracional y, en esencia, decisionista⁵⁶⁶.

Estas críticas no pueden ser soslayadas, volveré sobre ellas más adelante, sin embargo es claro que la propuesta de ponderación, para los principios

564 En el marco de la argumentación de Alexy un principio es un mandato de optimización “son normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas”. Alexy, R., “La teoría del discurso y los...”, Ob. Cit., p. 41.

565 *Ibíd.*

566 La Torre, M., Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 86

en sentido estricto, tiene una gran acogida, a nivel jurisprudencial, en Colombia⁵⁶⁷, Ecuador⁵⁶⁸, Perú⁵⁶⁹ y España⁵⁷⁰.

3.1.1 Principio o *test* de proporcionalidad

ALEXY⁵⁷¹, el principal exponente del tema (como se dijo junto a MACCORMICK uno de los responsables de la llamada teoría estándar de la argumentación), considera que la ponderación es parte de un principio más general: el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene tres sub-principios: adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Adecuación (idoneidad) y necesidad⁵⁷² son parte del proceso para determinar la proporcionalidad y se trata de una evaluación de las posibilidades fácticas del caso.

El sub-principio de la adecuación (idoneidad) –parafraseando a BERNAL PULIDO– impone la obligación de que toda intervención en los derechos –en un principio– debe ser adecuada para contribuir a obtener un fin legítimo; la evaluación de la legitimidad del fin se realiza por medio del juicio de razonabilidad que impone determinar que la decisión no es arbitraria; que existe una razón legítima (la realización de un derecho); y que este juicio no se encuentre prohibido explícita o implícitamente en la legislación.

Un límite insalvable sería una prohibición expresa constitucional o legal. En la decisión (argumentación) se debe diferenciar entre la medida adoptada (el medio), la finalidad concreta (el fin inmediato) y el principio o el derecho con la que se relaciona la finalidad (fin mediato).

La idoneidad de la decisión se determina por la capacidad de la medida tomada para alcanzar el fin propuesto, es decir: una medida no es idónea si no contribuye a alcanzar un fin; este es un juicio sobre la posibilidad de

567 Vid. pp. 181 y ss.

568 Vid. pp. 191 y ss.

569 Vid. pp. 202 y ss.

570 Vid. a propósito pp. 225 y ss. ; 233 y ss.

571 De los muchos trabajos de Alexy voy a utilizar dos para presentar el alcance de la ponderación: Teoría de la argumentación jurídica y La teoría del discurso y los derechos fundamentales. Alexy, R., Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, segunda edición, pp. 349 y ss. Alexy, R., La teoría del discurso y los derechos fundamentales, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 41 y ss.

572 Para explicar estos subprincipios me valdré de la obra de Bernal Pulido, a quien parafrasearé, debo anticipar que esta es una simplificación y adecuación de un trabajo muy profundo y detallado. Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, Madrid, 2007, pp. 693 y ss. A propósito del tema es muy útil el artículo La racionalidad de la ponderación, publicado en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Carbonell Miguel (editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, pp. 43-68.

que la medida permitiría, -de cualquier forma- cumplir con el fin propuesto (como dice BERNAL PULIDO esto con “independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad”⁵⁷³).

Es una evaluación proyectiva, probabilística, de la capacidad de contribuir a lograr un resultado, que nos recuerda inmediatamente a varios criterios usados por los tribunales españoles y la Corte Constitucional colombiana en relación al interés superior del niño.

El sub-principio de necesidad requiere que se determine que cualquier intervención en un derecho debe ser la “más benigna con el derecho fundamental intervenido”, de entre todas las medidas idóneas disponibles para conseguir el objetivo propuesto.

Para evaluar la necesidad es importante analizar los otros medios disponibles equivalentes en cuanto a su eficacia, temporalidad, la realización del fin y la probabilidad de alcanzar el resultado, pero siempre se deberá considerar que “intervenga con menor intensidad” en el otro derecho. Finalmente debe considerarse si la medida es benigna (no hay otros medios menos gravosos) y necesaria (no haya otra alternativa).

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la “optimización a la vista de las posibilidades jurídicas” e implica que dos principios estén contrapuestos. La ley de la ponderación se formula mediante la siguiente regla: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁷⁴.

La Ley de la ponderación implica la consideración de tres elementos: (a) intensidad del daño o la afectación a un principio en el caso concreto; (b) la importancia de la satisfacción de un principio es decir, el “peso abstracto que se le otorga a un principio” de acuerdo a los valores predominantes en la sociedad y; (c) la relación entre los dos principios.

El desafío es encontrar una forma de hacer estas valoraciones racionalmente y para ello ALEXY propone una “escala de gradaciones triádica” para graduar la intensidad de las intromisiones: leve, moderado y grave. Al asignar un valor a cada uno de esto se sostiene que mediante una fórmula (fórmula del peso⁵⁷⁵) se puede determinar el “peso” de cada una de los principios

573 Ibid., Ob. Cit., p. 726.

574 Alexy, R., “La teoría del discurso y los derechos...”, p. 41, y Teoría de la argumentación..., p. 351.

575 La fórmula del peso es: $W_{i,j} = l_i/l_j$
 l_i = intensidad de la intromisión en el principio P_i
 l_j = representa la importancia de satisfacer el principio P_j
 $W_{i,j}$ = denota el peso concreto de P_i

y así determinar cuál de los dos prevalece. En caso de que esto no suceda, en caso de empate, se debería utilizar las reglas sobre la carga de argumentación, es decir valores prefijados, la prevalencia de un principio sobre otro.

Suele explicarse el test de proporcionalidad en dos momentos: establecimiento de condiciones previas y de los criterios de ponderación. Las condiciones previas son el fin legítimo y la idoneidad del medio; los criterios de ponderación, frecuentemente confundidos en el proceso de razonamiento judicial, son la necesidad de identificar un medio menos intrusivo y que sea mayor el beneficio a obtenerse que el coste de la obtención de ese fin.

Es evidente que la valoración o ponderación es un ejercicio que, pese a la apariencia de racionalidad de la fórmula del peso, tiene un componente discrecional, como bien lo ha advertido JÜRGEN HABERMAS⁵⁷⁶ y como se examinará más adelante⁵⁷⁷.

3.1.2 Ponderación en el caso de las directrices

En la ponderación de directrices existe un mayor grado de discrecionalidad, porque la decisión se centra en los diferentes cursos de acción que pueden tomarse para alcanzar un objetivo. Por lo general esta clase de ponderación la realizan los legisladores o la administración y su estructura es la siguiente⁵⁷⁸:

- La directriz D –cuyas condiciones de aplicación son abiertas- establecen la obligación de obtener el fin F.
- Si se obtienen los fines F'1, F'2...F'n, entonces se obtendrá el fin F.
- Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces se alcanzarán los fines F'1, F'2...F'n.
- Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines (distintos de F) o valores del ordenamiento.
- Por tanto, está justificado establecer las normas N1, N2...Nn.

Asumir que la forma de razonamiento jurídico, para la aplicación del interés superior del niño, depende del sentido que éste asuma (regla de fin, directriz, principio) no resuelve el problema de su indeterminación,

La composición triádica se representa con leve (l), medio (m), grave (g), implica la relación entre satisfacción de un principio y afectación de otro. Se le asigna un valor numérico a cada uno.

576 Vid. Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

577 Vid. pp. 320 y ss. de este trabajo.

578 Atienza, M., "Argumentación y Constitución...", p. 100.

estos contribuyen a tener un esquema de justificación, pero no entrega explicaciones de carácter general a lo que entiende por interés del niño, es una guía de aplicación.

En el campo del derecho civil la estructura del razonamiento dependerá del uso que se dé al principio, como se dijo: informador, garantista, de prioridad, hermenéutico o integrador.

El CRC ha establecido, que para asegurar un equilibrio entre los elementos de evaluación del interés superior, estos deben ser ponderados y que debe tomarse en cuenta que "el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos..."⁵⁷⁹.

3.1.3 ¿El interés del niño concepto vago o polisémico?

Un importante sector de la doctrina latinoamericana, considera que el concepto interés del niño no es un término vago o impreciso pero sí polisémico cuando se lo aplica, ya que al estar recogido en un instrumento de derechos humanos como la CDN su interés únicamente puede ser un derecho y la más amplia satisfacción de este, por tanto al aplicarlo debe alcanzarse la máxima satisfacción de los derechos⁵⁸⁰.

Los autores, latinoamericanos, que desarrollan la propuesta de CILLERO (que tiene un gran parecido a la propuesta, previamente formulada en España por ROCA TRIAS) asumen que debe otorgársele más relevancia a la argumentación, incluso por encima de la interpretación, lo que es apenas obvio si se asume que las decisiones judiciales son adjudicativas de derechos preexistentes:

...las decisiones estatales sobre el niño (sobre su persona) deben ser decisiones sobre, y acerca de, sus derechos. Para el caso de los jueces y los funcionarios estatales...lo anterior es importante porque las decisiones deben ser adjudicativas de derechos preexistentes⁵⁸¹.

579 CRC, Observación General No. 14, párrafo 82.

580 Como se explicó previamente en el contexto latinoamericano es expuesta por el profesor chileno Miguel Cillero. Vid. Cillero Bruñol, M., "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención...". Ob. Cit, pp. 86 y ss. En España esta equiparación del interés superior a los derechos está presente, entre otros autores, en Roca Trias, Vid. Roca Trias, E., "Familia y cambio social...", Ob. Cit., p. 220; en Linacero de la Fuente, Vid. Linacero de la Fuente, M., "Protección Jurídica del...", Ob. Cit., pp. 60-65.

581 Garrido Álvarez, R., El interés superior del niño y el razonamiento jurídico, publicado en el IV Curso de Curso de Protección jurisdiccional de los derechos del niño, Lima, septiembre 2011, organizado por UNICEF/ Universidad Diego Portales, disponible en <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/curso-de-proteccion-jurisdiccional-de-los-derechos-del-ninoa>, ultimo acceso el 23 de junio del 2012, p. 3.

Esto implicaría que al aplicar el interés superior del niño siempre se debe asumir que no se enfrenta a un concepto “vago como estándar de decisión”, ya que la equiparación con los derechos debe ser considerada un categoría dogmática por parte del juez y asignarle una función específica: de descarga⁵⁸².

En esta propuesta se asume que al cumplir una función de descarga (de acuerdo a lo expuesto por ALEXY⁵⁸³), no debe justificarse nuevamente la asimilación del interés superior a la satisfacción de derechos, así se actúa sobre la base de una aceptación general.

En esta perspectiva de la argumentación jurídica el respetar el interés del niño, en su versión adjudicativa de derechos, pasa por una “correcta explicitación del argumento justificatorio de la decisión judicial y, en consecuencia, de la satisfacción de criterios de corrección argumental” de acuerdo a la explicación de GARRIDO⁵⁸⁴.

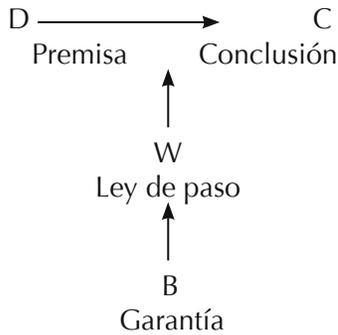
El mismo GARRIDO propone usar la explicación de la estructura fundamental del argumento de TOULMIN: se parte de un enunciado (D) aceptado (asegurado), para llegar a un enunciado menos aceptado (menos asegurado) que es la conclusión (C), por tanto un argumento es una razón para que se acepte la conclusión y las consecuencias derivadas del mismo (B W)⁵⁸⁵.

582 *Ibíd.*, p. 4.

583 Alexy le asigna a la dogmática jurídica, entendida como la ciencia del derecho en sentido más estricto y propio, como una actividad que es una mezcla de tres actividades: “(1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos”, le asigna seis funciones: (1) estabilización, ya que contribuye a establecer soluciones prácticas a ciertos problemas, esas soluciones que se mantienen durante largos períodos de tiempo contribuyen a asegurar el principio de universalidad; (2) de progreso, que implica la ampliación de la discusión jurídica más allá de temas puntuales; (3) de descarga, que implica la aceptación de ciertas fundamentaciones dogmáticas que ya han sido comprobadas, evitando de esta manera que se discuta nuevamente todo, pero tiene un valor limitado en los casos difíciles cuando existen varios enunciados dogmáticos alternativos y es necesario elegirlos o rechazarlos, pero tienen un valor inestimable en aquellos casos en los que existen “definiciones de conceptos jurídicos, suficientemente precisos y generalmente reconocidos”; (4) técnica, que permite construir conceptos básicos generales, lo que permite entender las relaciones entre ellas, las funciones, etc., lo que facilita la difusión de la información, la enseñanza y aprendizaje de la materia jurídica; (5) de control, esta función permite comprobar la consistencia de las decisiones en un sistema (las nuevas decisiones con las anteriores) y la compatibilidad lógica de los enunciados entre sí; (6) heurística, ya que permite el descubrimiento de nuevas soluciones a partir de las dogmáticas establecidas. Vid. Alexy, R., “Teoría de la argumentación...”, pp. 240-241 y 255-260.

584 Garrido Álvarez, R., “El interés superior del niño y el razonamiento...”, p. 14.

585 Cfr. *Ibíd.*, p. 15.



Como se anticipó la estructura del razonamiento (de la argumentación) para la aplicación del interés superior puede tomar diferentes formas de acuerdo al rol que este asuma (directriz, regla de fin, regla de acción, principio) y esto dependerá del contexto del caso.

Se puede asumir que el interés del niño es la garantía y satisfacción de sus derechos (algo con lo que estoy de acuerdo), que es una categoría dogmática que libera al encargado de su aplicación de justificar esta perspectiva en cada caso, no obstante no puede perderse de vista que pese a la coherencia de esta interpretación en algunos de los países estudiados es una interpretación doctrinal y no puede considerarse como un criterio universalizable, sin perder de vista la importancia de la Observación General No. 14 del CRC⁵⁸⁶.

Además, un derecho puede ser satisfecho de diferentes formas, o en el caso de colisión de derechos se privilegie un derecho sobre otro; tampoco puede perderse de vista que muchos derechos están formulados en términos igualmente amplios o vagos por ello es posible satisfacerlos de varias maneras y por tanto puede estar sujeto a más de una interpretación sobre los medios para asegurar su vigencia; en otras palabras el entender que el interés superior cumple un papel adjudicativo transfiere a otro momento la evaluación discrecional.

Ecuador, Venezuela y El Salvador son ejemplos de países donde se define normativamente cual es el objetivo a alcanzar con el interés del niño (los derechos) y su bienestar integral. En general esto no se establece normativamente, quedando en manos de la interpretación que han hecho los tribunales. La tendencia, como se ha visto, es equiparlo con sus derechos, con su desarrollo integral o con su bienestar; en la interpretación latinoamericana todas estas opciones se reconducen hacia su protección

⁵⁸⁶ Por ello la importancia de la Observación general No. 14 del CRC, que realiza una interpretación en este sentido. Vid., párrafos 20 y ss.; y 124 y ss.

y garantía de derechos, por tanto se sostiene que es la única interpretación plausible del contenido de los derechos.

Aceptando - en principio - este razonamiento, debe advertirse que los procesos decisorios no siempre llevan a resultados iguales por las valoraciones que deben hacer los jueces, muchas veces dependen de sus convicciones, creencias, preferencias, práctica que en este trabajo ha sido calificado como discrecionalidad abusiva.

4. Interpretación jurídica⁵⁸⁷

Una interpretación jurídica finalista es la otra opción para determinar el alcance del interés superior, como trataré de justificar a continuación.

Para explicar este tema usaré la propuesta de GUASTINI⁵⁸⁸, quien hace una distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto.

La primera clase de interpretación –en abstracto- se refiere a la “atribución de un significado a un texto normativo” sin referencia a un supuesto de hecho concreto. La segunda –en concreto- se refiere a la clasificación normativa de un hecho “subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto”⁵⁸⁹.

En la práctica son procesos ligados, excepto en una interpretación dogmática. LACRUZ BERDEJO considera que interpretar la ley “consiste en explicar su sentido, frente a un caso concreto: declarar cuál es, puesta en contacto con la realidad, el resultado práctico del mensaje que contiene”⁵⁹⁰.

Es necesario diferenciar entre interpretación jurídica y la aplicación del Derecho. La aplicación busca concretar el derecho a un supuesto específico, concreto, es decir se quiere lograr su realización. Siempre que se aplica el derecho el paso previo es su interpretación, incluso cuando la norma es clara.

587 No es posible en el marco de este trabajo abordar el amplio espectro de propuestas soluciones doctrinales sobre la interpretación y la aplicación de la norma jurídica, sin embargo me voy a la valer de la distinción que hace Lacruz Berdejo J. L., et altri, que las clasifican entre tesis normativistas (que dan preminencia a la ley escrita), decisionismo/sociologismo (que ponen su énfasis en las decisiones o los hechos), y la escuela histórica. En las primeras resaltan el legalismo, la objetivación del texto legal, el conceptualismo, la racionalización de la norma y la valoración crítica. En el decisionismo/sociologismo se señalan al sociologismo, la escuela del Derecho libre, decisionismo. “Parte general del Derecho civil, Volumen Primero: Introducción”, Ob. Cit., pp. 226-230.

588 Guastini, R., *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*, Communitas, Lima, 2010, pp. 109-114.

589 Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación judicial*, UNAM/Trotta, Madrid, 2008, p. 30.

590 Lacruz Berdejo J. L., et altri, “Parte general del Derecho civil, Volumen Primero: Introducción”, Ob. Cit., p. 225.

La interpretación puede clasificarse por la funciones que cumple en: a) cognoscitiva o interpretación técnica en función histórica; b) reproductiva o representativa; c) normativa^{591 y592}.

La interpretación que tiene por fin en sí mismo entender, y no trasciende de la mente del que interpreta, es la cognoscitiva.

La reproductiva o representativa, tiene la función de comunicar, de una forma diferente pero semejante al conocimiento obtenido, ejemplos de esta clase de interpretación son la interpretación dramática o musical. En cambio la normativa que busca dar a conocer lo que interpreta y regular la conducta según criterios de máximas que se deducen de normas o dogmas o evaluaciones morales o de situaciones psicológicas a tener en cuenta⁵⁹³; esta puede ser diferenciada desde dos puntos de vista: el discursivo o lingüística y el operativo⁵⁹⁴.

En la perspectiva lingüística el intérprete reelabora el lenguaje normativo, el resultado se encuentra condicionado por el texto de las palabras de la ley, debe tener la mayor fidelidad a la intención del legislador.

El intérprete está, pues, llamado a desarrollar una tarea de filología, que consistirá en identificar el sentido autentico de las palabras utilizadas en el texto de la ley; una tarea de lógica jurídica, por cuanto deberá establecer una conexión entre los términos, conforme a un principio de racionalidad; un trabajo de interpretación jurídica, pero sólo en la medida en que ha de convertir –o traducir- en términos adecuados la primigenia intención de quien habló (es decir, el legislador). Por el ello, podría definirse esta actividad hermenéutica, como interpretación “textual”⁵⁹⁵.

591 Betti, E., “La interpretación...”, Ob. Cit., p. 55.

592 Esta distinción no está exenta de críticas, por ejemplo Zaccaria dice que “La fundamental distinción de Betti ...orientada a elaborar una teoría que cubra al amplio espectro de las “formas representativas” en las ciencias del espíritu, revela su artificiosidad y su esquematismo, justamente si se considera el caso de la interpretación jurídica, en la cual el momento cognoscitivo y el momento normativo-aplicativo, están en realidad fuertemente entrelazados y entre ellos no son fácilmente distinguibles”.Vid., Zaccaria, G., Razón jurídica e interpretación (trabajos compilados por Ana Messuti), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 332-333.

593 No es el objetivo de este trabajo abordar las múltiples perspectivas de la interpretación jurídica y rebasa en mucho la naturaleza de este libro, sin embargo no puedo dejar de mencionar la importante distinción existente entre las diferentes clases de interpretación jurídica de acuerdo al intérprete. En la distinción clásica se diferencia entre interpretación doctrinal o privada y de autoridad pública. Esta última se divide a la vez en se divide en interpretación auténtica, que es la realizada por el legislador (o la autoridad de la que emanó la disposición siempre que tenga la misma forma de la norma original), e interpretación judicial que es la hecha por los tribunales y jueces en los casos sujetos a su conocimiento). La doctrinal o privada es la que se realiza en la cátedra, los estudios de los juristas. Vid. Ducci Claro, C., Interpretación jurídica, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 39-43.

594 Frosini, V., Teoría de la interpretación jurídica, Temis, Bogotá, 1991, pp. 7-8.

595 *Ibíd.*, p. 8.

De aceptar esta clase de interpretación sería una actividad formalista y en exceso legalista.

El otro punto de vista es el operativo, en este se busca provocar desde una expresión del pensamiento por medio del lenguaje una acción práctica, uno de sus niveles es el juzgar que implica moverse en un horizonte mucho más amplio que el “textual” y que se identifica con el conjunto normativo y una realidad social específica⁵⁹⁶.

GUASTINI distingue en la interpretación jurídica tres clases: la interpretación cognitiva, la interpretación decisoria y la creativa⁵⁹⁷.

La cognitiva, ya explicada en forma general, busca identificar los posibles significados de un texto normativo, al ser una operación científica no escoge uno de esos significados (esto basándose en las reglas gramaticales, de las diversas técnicas interpretativas, de las tesis dogmáticas, etc.).

En la interpretación decisoria se escoge una de los significados obtenidos en la interpretación cognitiva y se desecha las otras. Esta clase de interpretación puede ser hecha por los juristas o por un órgano de aplicación, pero solamente la última tiene consecuencia jurídica (“auténtica” en el sentido de Kelsen).

Finalmente, la interpretación creativa es la que atribuye a los textos jurídicos “nuevos significados” no comprendidos en los anteriores o para obtener las llamadas normas “implícitas” (a los que se arriba mediante medio procedimientos pseudo-lógicos, por no ser razonamientos deductivos como el argumento analógico⁵⁹⁸).

Esto lleva a uno de los debates históricos en relación al papel del intérprete de la ley: si este crea o no derecho. Algunos autores consideran que esta es una distinción –en general aunque con algunas resistencias- superada, “la teoría del derecho reconoce ampliamente como un dato ya plenamente adquirido, aunque a partir de puntos de vista a veces muy diferentes entre sí, el carácter creativo de la interpretación jurídica”⁵⁹⁹, sin embargo en palabras de GUASTINI, la interpretación “creativa” no es una verdadera interpretación.

596 Vid. Ducci Claro, C., “Interpretación jurídica...”; Ob. Cit., p. 14. Propone una distinción entre histórica o subjetiva, que busca la reconstrucción la forma original de la ley, desentrañar la voluntad del legislador, ya que –en esta perspectiva- el único significado de la ley puede ser el que quiso darle el legislador; la otra perspectiva es la normativa u objetiva, la ley tiene una significación propia independiente del pensamiento de los autores y este es lo que debe buscar el intérprete.

597 Guastini, R., “Lecciones de teoría...”. Ob. Cit., pp. 174-175.

598 *Ibid.*, p. 175.

599 Zaccaria, G., “Razón jurídica e...” Ob. Cit, p. 126.

De acuerdo a ZACCARIA en el proceso de interpretación judicial, como proceso de individualización de la norma jurídica adecuada para dar una solución un caso, existen tres momentos en que el intérprete tiene ámbitos “insuprimibles de libertad”.

En un primer momento se debe individualizar la norma vigente adecuada para el caso, elegir las normas que sean aplicables a la petición concreta que se está analizando.

El segundo momento corresponde a la interpretación en sentido estricto, cuando se atribuye un significado normativo a cada una de las normas. Para esto los métodos de interpretación son numerosos y variados, no todos ofrecen el mismo resultado y no eliminan el espacio de “libertad” del intérprete, sin embargo su utilidad y necesidad son innegables si se quiere darle racionalidad a las decisiones.

El tercer momento es el de aplicación de la norma escogida, ya que el intérprete tiene la posibilidad de seleccionar algunos elementos del caso relevantes para su solución.

Esta libertad no implica que cualquier resultado de la interpretación es admisible, por tanto la creación de normas para los casos específicos tiene unos límites, en palabras de GUASTINI⁶⁰⁰.

Por “interpretación” no debe entenderse cualquier atribución de significado al texto interpretado, sino la atribución de significado que recae dentro de los límites de los significados admisibles (a la luz de las reglas de la lengua, de las técnicas interpretativas en uso y de las tesis dogmáticas aceptadas).

En la interpretación debe respetarse ciertas condiciones para ser admitida como legítima: las reglas de la lengua, las técnicas interpretativas y las tesis dogmáticas aceptadas. Es necesario justificar que la interpretación realizada cumple condiciones de universalidad, coherencia, consistencia y consecuencia, lo que nos lleva de regreso a la justificación secundaria o externa de MACCORMICK.

WRÓBLEWSKI, quien ha tratado de manera específica la relación entre interpretación jurídica y vaguedad del lenguaje, considera que en un sentido estricto la interpretación jurídica se entiende como “clarificación” del significado de una norma-formulación jurídica dudosa⁶⁰¹; esta clase

600 Guastini, R., “Lecciones de teoría...”. Ob. Cit., p. 128.

601 Wróblewsky, J., “Sentido y hecho...”, Ob. Cit. p. 134.

de interpretación puede clasificarse, de acuerdo al interprete o su validez normativa, en operativa y doctrinal⁶⁰².

La interpretación doctrinal es la de la dogmática jurídica, tiene por objetivo “construir un aparato conceptual apropiado” y para ello explica los posibles significados lingüísticos de las normas-formulaciones⁶⁰³, pero en ocasiones “elige” lo que se considera un “significado verdadero”, pero por la naturaleza de esta clase de interpretación la atribución de significado únicamente compromete al autor.

La interpretación operativa se realiza cuando se debe aplicar una norma a un caso concreto y surge una duda sobre el alcance de esta última, esto implica que es (a) es una decisión obligada porque no se puede dejar de resolver el caso por las dudas sobre la interpretación de una norma; (b) la atribución de significado debe ser lo más precisa posible para que permita tomar una decisión; (c) la interpretación que se realiza asume la condición de “significado verdadero” en relación al caso; (d) la decisión interpretativa (el resultado) depende de las valoraciones y directivas elegidas por el intérprete⁶⁰⁴.

En palabras de WRÓBLEWSKY, “la interpretación operativa elimina la vaguedad del lenguaje jurídico en lo que respecta a un caso dado –o debido a la tendencia a la generalización- también para casos futuros si aquélla es aceptada en la práctica”.

Para el autor polaco existen tres clases de vaguedad: las derivadas de la vaguedad lingüística (propia de los lenguajes naturales); de las contradicciones que se dan entre normas (y las decisiones sobre la adaptación de la interpretación de una norma); y cuando el resultado de la aplicación de una norma, en su sentido prima facie, es valorado como “instrumentalmente defectuoso, o injusto”.

A estas tres clases de vaguedad le corresponden tres tipos de contexto que influyen en la norma: el lenguaje jurídico, el sistema jurídico y el contexto funcional⁶⁰⁵. Sea que las dudas sobre el sentido de la norma surja del lenguaje jurídico, del sistema jurídico o de las valoraciones del interprete, estas requieren ser superadas, las decisiones que se tomen (la

602 *Ibíd.*, pp. 136-138.

603 Una “norma-formulación” para Wróblewsky es la “expresión lingüística de una regla, constituida con elementos inherentes a las prescripciones jurídicas, e identificada por su ajuste a las características de nivel semántico y/o pragmático que se hayan definido”, esto es coherente con la definición que hace el autor de norma jurídica “regla constituida con elementos inherentes a las prescripciones jurídicas en concordancia con un determinado modelo”. *Ob. Cit.*, p. 132.

604 *Ibíd.*, pp. 138-140.

605 *Ibíd.*

interpretación) deben ser justificadas y estas justificaciones se fundan en lo que el autor citado llama directivas interpretativas (y de las valoraciones que subyacen a estas).

4.1 Directivas interpretativas

Las directivas interpretativas pueden ser de primer y de segundo grado⁶⁰⁶. Las de primer grado son las que permiten establecer el sentido de la norma dependiendo de los diferentes contextos relevantes en que opera la norma (lenguaje, sistema jurídico, contexto funcional), a ellas les corresponde directivas de interpretación jurídica lingüísticas, sistémicas y funcionales.

Las de segundo grado son las que establecen como se usan las directivas de primer grado, unas determinan el uso de las directivas de primer grado estableciendo secuencia y condiciones de aplicación (directivas de procedimiento) y las otras que determinan a cual sentido de la norma interpretada se le debe otorgar preferencia (directivas de preferencia).

La escogencia de las directivas interpretativas depende de opciones ideológicas y valorativas⁶⁰⁷.

Esquematisando el proceso de interpretación operativa esta se podría presentar cuatro fases⁶⁰⁸: (i) determinar la necesidad de interpretación porque existe una duda sobre el sentido de la norma; (ii) se usa las directivas interpretativas de primer grado (lingüísticas, sistemáticas y funcionales) de acuerdo a la determinación de las directivas de segundo grado de procedimiento, en caso de que el resultado sea satisfactorio, es decir que se considere preciso se pasa a la última fase, en caso contrario se realiza la siguiente fase; (iii) en caso de que existan resultados divergentes en la interpretación luego de aplicar las directivas de primer grado (por ejemplo un resultado con las lingüísticas y otro con las funcionales), se debe decidir en base a las directivas interpretativas de segundo grado; y, (iv) luego de este proceso se debe formular la decisión interpretativa que asevere el sentido “verdadero” de la norma, la estructura sería “la norma N tiene el sentido M”.

606 *Ibíd.*, p. 179.

607 No es posible revisar en detalle los aspectos más complejos de los diferentes debates sobre la interpretación, pero debe recordarse que se plantea la controversia entre los enfoques entre formalistas-anti formalistas que dan origen a tres aproximaciones: descriptiva (la acción de un determinado grupo de órganos del estado en un tiempo determinado, esto se hace a partir de las decisiones y/o material psicológico), valorativa (valoración del comportamiento interpretativo sea por el uso de las directivas interpretativas o de acuerdo a un sistema axiológico extrajurídico) y lógica (uso de la lógica). De igual forma las directivas dependen las ideológicas y teorías normativas de la interpretación jurídica, por ejemplo entre teorías estáticas (sentido de la norma es estable y se parte de valores básicos como la seguridad, certeza y estabilidad jurídica) y dinámicas (estas privilegian una interpretación contextual y a las situaciones en que se aplican las normas). Vid. Wróblewsky, J., “Sentido y hecho...”, *Ob. Cit.*, pp. 181-189.

608 *Ibíd.*, pp. 179-180

Desde este punto de vista, la definición del alcance del interés superior en los casos concretos dependerá de las directivas de interpretación que asuma el tribunal y las valoraciones que este realice al tomar las diferentes opciones. Si bien es cierto esto puede parecer en alguna medida incierto, si se explicitan los criterios de interpretación, o se establece normativamente cuales deben respetarse y seguirse, se puede contribuir a la disminución de vaguedad del concepto en la interpretación operativa, esto sin negar la importancia de las interpretaciones dogmáticas que pueden contribuir a la solución de la vaguedad.

Este análisis de la interpretación jurídica se encuentra al servicio de un objetivo concreto, la interpretación del concepto interés del niño, por ello es fundamental recordar que es un concepto indeterminado (sin desconocer las propuestas que dicen que no se puede hablar de indeterminación porque su interés es la garantía de sus derechos). Hay que recordar que la vaguedad o indeterminación no es una condición del lenguaje jurídico sino del lenguaje natural, por ello una de las formas de reducir la indeterminación es definir la el concepto, que como vimos en el caso del interés del niño no es posible (y tampoco se considera necesario). La interpretación operativa es el medio para reducir en los casos específicos (interpretación en concreto) la indeterminación.

En los casos fáciles, o los que por el contexto la cláusula del interés del niño tienen claridad no existe necesidad de interpretación. En el caso materia de nuestro estudio no existiría duda de que el interés del niño está asociado a no mantener la vida familiar cuando ha sido víctima de abusos sexuales por parte del progenitor responsable de su cuidado.

En los casos difíciles el proceso es diferente y los jueces asumen una mayor discrecionalidad, por ejemplo al resolver, a favor o contra, la custodia compartida pese a que existe la oposición de uno de los progenitores, sí de los datos del caso aparece como lo más favorable al interés del niño.

En conclusión, en algunas ocasiones se requiere interpretar el significado del interés del niño por su vaguedad, no es suficiente decir que el contenido del interés del niño son sus derechos para asegurar su desarrollo integral, muchos de esos derechos están formulados en términos vagos y puede entenderse que son respetados y garantizados de formas distintas de acuerdo a la interpretación que se les brinde. En ocasiones se puede dar prioridad a una determinada interpretación por considerar que estos son más conducentes al bienestar o desarrollo integral del menor de edad en determinadas circunstancias. Se requiere interpretar y después argumentar porque se ha seleccionado un curso de acción determinado.

Esto tema no puede cerrarse sin evaluar los diferentes criterios, directivas o cánones de interpretación y sugerir cuál, o cuáles serían, los más adecuados a la naturaleza y objetivos del interés superior del niño.

4.2 Cánones, criterios hermenéuticos o directivas de interpretación

SAVIGNY distingue cuatro elementos de interpretación de la ley: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático⁶⁰⁹.

El elemento gramatical tiene por objeto las “palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir el lenguaje de la leyes”; el elemento lógico “la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes”; el histórico “tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido...”; y, el sistemático “tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad...es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que ocupa en el sistema”.

En cuanto la aplicación de estos propugnaba el uso de todos elementos:

*“El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse una según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razón lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretación, omitir alguno, cuando su mención es inútil o pedantesca...”*⁶¹⁰.

La referencia a SAVIGNY es para llamar la atención sobre la necesidad de combinar los diferentes elementos y la importancia que estos han mantenido a lo largo de la historia del derecho. Frente a las múltiples propuestas sobre la materia, ligados de forma inseparable a las concepciones sobre el Derecho y sus funciones en la sociedad, opto por presentar las que se encuentran contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil español⁶¹¹, luego de la reforma de 1974:

609 Savigny, F. von, Sistema de derecho romano actual, T I, § XXXIII, F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1878, pp. 149-150. Consultado en <http://www.scribd.com/doc/42153706/Savigny-F-C-de-Sistema-del-derecho-romano-actual-T1-Parte-1-1878>, último acceso el 25 de junio del 2012.

610 Ibíd.

611 En Colombia, el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil dedica varios artículos al tema de

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

De acuerdo a esta disposición se fijan como criterios hermenéuticos: a) interpretación literal, interpretación sistemática, interpretación histórica, interpretación sociológica, interpretación teleológica⁶¹².

4.2.1 Literal o gramatical

El primer elemento de interpretación es el literal o gramatical, es una obviedad –necesaria- decir que las leyes se expresan mediante palabras y por tanto el primer paso es examinar “las palabras con las que se expresa el legislador”⁶¹³, esto implica la determinación del sentido de las palabras

la interpretación. En primer lugar hace una distinción entre interpretación de autoridad (artículo 25) e interpretación por vía doctrinal (artículo 26). Posteriormente fija las directrices de interpretación: interpretación gramatical o literal de la ley, permitiendo que se recurra a la intención o espíritu, claramente manifestados, cuando se interpreta una expresión oscura de la ley (artículo 27). Se establecen reglas para determinar el sentido de las palabras de la ley, sea en sentido natural y obvio, por su significado legal o por el sentido técnico (artículos 28 y 29). Se establece el elemento sistemático, al establecer que el “contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (artículo 30).

En el Ecuador el Título Preliminar del Código Civil, artículo 18, establece las reglas de interpretación: “Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y, 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”

De acuerdo a Juan Larrea Holguín la interpretación es una interpretación reglada, que refleja el método “objetivo-tradicional, aunque no descarta absolutamente un moderado empleo de otros métodos, particularmente cuando hay falta de la ley, o sea una laguna del Derecho [...]. Las palabras del artículo 18 no dejan lugar a duda sobre la obligatoriedad a todo juez ecuatoriano [...]. Parten de un doble supuesto, o de una doble posibilidad, o bien la ley es clara, o no lo es. Como el objeto de la interpretación es el de poner de manifiesto el sentido de la ley, si ese sentido desde el primer momento aparece sin lugar a dudas, se puede decir que está alcanzado el fin de la interpretación, por eso, dice el artículo 18 que ‘cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu’”. Vid. Larrea Holguín, J., Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta edición actualizada, Quito, 1998, p. 73.

El artículo 427 de la Constitución del Ecuador del 2008, por primera vez, establece de manera específica las reglas de interpretación que debe seguirse “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucionales.”.

612 Lasarte, C., Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho Civil, T I, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp.72-75.

613 Puig I Ferrol, L., et altri, Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona, T I, tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 99.

(“sentido propio” dice la ley) lo que implica entender cuál es el significado en el lenguaje natural, siempre que no exista un uso técnico-jurídico, es decir los conceptos normativos.

En palabras de LARENZ:

...el sentido literal inferible del uso general del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal –bien sea según el uso del lenguaje de entonces, bien según el actual- el límite de la interpretación propiamente dicha. En cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete.⁶¹⁴

Es claro que en el caso de la interpretación del concepto interés del niño, el elemento literal es insuficiente por su indeterminación y por la existencia de una definición normativa, pero es importante recordar que las palabras marcan un primer límite de interpretación, por ello no se podría aceptar ninguna lectura incompatible con la literalidad de la norma⁶¹⁵, al menos en su texto implica una posición de superioridad del interés del niño de edad frente a otros intereses en juego, por tanto no se podría alegar que en caso de un conflicto de intereses entre los progenitores y los hijos los intereses de los primeros tienen preeminencia, sin embargo se podría alegar que el interés del niño se concilia y se cumple si se respeta el interés de los progenitores, o que al privilegiar los intereses de la familia se está contribuyendo en mayor medida a los intereses del niño/a.

Algunos autores suelen presentar su interpretación del interés superior, a partir del alcance de las palabras “interés” y “superior”.

4.2.2 Sistemático

A propósito del elemento de interpretación sistemática (el contexto de la norma) DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A.⁶¹⁶ Consideran que debe ser entendido en dos sentidos el “contexto”: como parte de la interpretación gramatical que sería una interpretación “sintáctica”, ya que se estaría fijando el sentido de la palabra en una proposición entera y su posición gramatical; y, la referida a la interpretación sistemática, en esta se busca que el “sentido de las palabras y las proposiciones de un determinado texto legal debe relacionarse con la institución de la que hace parte y con el

614 Larenz, K., Metodología de la Ciencia del Derecho, 2ª edición en español de la 4ª edición en alemán, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 320.

615 Díez-Picazo, L. y Gullón A., “Sistema de Derecho...” p. 169.

616 *Ibíd.*, p. 169.

propio sistema jurídico”⁶¹⁷. Como recuerdan DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., esto implica “poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión, por presuponerse que entre ellos hay una coherencia y una interdependencia”⁶¹⁸.

Como se ha visto se propone que la interpretación del interés superior del niño solamente puede hacerse equiparándolo a la garantía y protección de sus derechos, y esto tiene como sustento principal la interpretación sistemática ya que sus defensores sostienen que al ser una cláusula contenida en la CDN, un instrumento que regula derechos, debe ser entendida en ese sentido⁶¹⁹.

4.2.3 Interpretación histórica

La interpretación histórica del Código Civil español (los antecedentes históricos y legislativos) es un claro guiño a las tesis subjetivistas, es decir a aquellas que dan importancia a la voluntad de legislador, claro que atemperadas con las demás reglas pierda mucho de su importancia. La revisión de los proceso de discusión y aprobación de la ley (trabajos preparatorios o material legislativo) buscarían desentrañar el espíritu y las circunstancias que precedió la aprobación de una regla determinada, pero como bien se señala en la obra de PUIG I FERROL “la interpretación histórica no autoriza la integración del ordenamiento en vigor acudiendo a la tradición jurídica del sistema correspondiente”⁶²⁰, ya que esta cede al sentido que la norma asumió en el presente, cuando los dos no coinciden.

4.2.4 Interpretación sociológica

La interpretación sociológica busca que las normas sean interpretadas de acuerdo a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” introduciendo un factor de corrección pero no de modificación del texto normativo. La existencia de nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales obligan al juez a evaluar estas nuevas circunstancias para graduar el efecto de esas reglas de acuerdo a las condiciones del momento de su aplicación.

4.2.5 Espíritu y finalidad

El artículo 3.1 añade que la interpretación atenderá “fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Esto parece ser un objetivo que se le ha señalado al intérprete de la norma, es introducir un elemento teleológico,

617 Valencia Zea, A., y Ortíz Monsalve, A., Derecho Civil. Parte general y personas, T I, Decimoquinta edición, Temis, Bogotá, 2000, p. 126.

618 Diez-Picazo, L. y Gullón A., “Sistema de Derecho...”, p. 169.

619 A propósito de esta interpretación, únicamente como ejemplo: Cillero Buñol, “El interés superior...”. Ob. Cit. P. 77 y Garrido Álvarez, R., “El interés superior del niño y el razonamiento...”, Ob. Cit., p. 3.

620 Puig I Ferrol, L., et altri, Manual de Derecho Civil. Introducción..., Ob. Cit., p. 100.

la ratio legis, la búsqueda de los fines generales y concretos de la norma. Este espíritu y finalidad de la norma en ocasiones debe ser descubierto por el intérprete, como recuerdan DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., entonces no se puede hablar de que esta se la guía del intérprete.

LASARTE hace una interesante reflexión sobre la posible distancia entre el objetivo o espíritu de una norma y la realización de la norma por parte de su autor:

...parece preferirse una interpretación que procure objetivar el espíritu o voluntad de la norma, como algo independiente del espíritu o voluntad del autor de ella. Esto es posible cuando la adecuada técnica legislativa así lo consiente: con ocasión de una determinada situación y para conseguir un resultado concreto, el legislador puede dictar una norma que, sin embargo, en su tenor dé cabida a supuestos diferentes y produzca un juego más amplio que lo realmente pretendido en concreto⁶²¹.

Algunos autores consideran que lo que ha introducido el artículo 3.1 es el método histórico-evolutivo⁶²², sin que por ello se pueda modificar o inaplicar una norma⁶²³.

Los fines que el legislador busca realizar por medio de la ley, dice LARENZ⁶²⁴, son en muchos casos los fines objetivos del Derecho (paz, justa resolución de los litigios, etc.) o una regulación de la ley que sea “conforme a la cosa” (es decir los objetivos que se han establecido para el sector regulado). Esto significa prestar atención a lo que se ha llamado “sector normativo”, por ello se usan criterios teleológico-objetivos porque “su atendibilidad en orden a la interpretación resulta de que la ley respectiva –que en caso de duda ha de aceptarse- se propone una regulación adecuada a la cosa”, y por tanto, se pueden establecer criterios objetivos de interpretación.

En los objetivos o fines del ordenamiento jurídico se pueden encontrar fines objetivos, dice LARENZ, que tienen una importancia prominente (pone el ejemplo de la igualdad de trato de lo igual) que eventualmente puede entrar en contradicción con otros objetivos igual de valiosos, esto debe evitarse pero no siempre es posible⁶²⁵, aunque evitar estas contradicciones es una obligación del legislador y del intérprete.

621 Lasarte, C., “Parte general y derecho de la...”, Ob. Cit., p. 75.

622 Diez-Picazo, L. y Gullón A., “Sistema de Derecho...”, Ob. Cit., p. 173.

623 Puig I Ferrol, L., et altri, Manual de Derecho Civil. Introducción..., Ob. Cit., p. 101.

624 Larenz, K., “Metodología de la Ciencia...”, Ob. Cit., p. 332.

625 *Ibíd.*, p. 333.

Estos recursos hermenéuticos contenidos en el artículo 3.1 del Cc no pueden ser considerados los únicos, conviven con otros como los derivados de la Constitución⁶²⁶, sin embargo para efectos de este trabajo son relevantes los señalados.

De acuerdo a lo antes estudiado, en el caso de una interpretación operativa los criterios señalados (literal, histórico, sociológico y sistemática) son las directivas de interpretación de primer grado, en tanto que el atender al espíritu o finalidad de la ley es una directiva de segundo grado ya que establece cuál es el objetivo que se debe buscar con la interpretación.

El juez, en la aplicación del interés del niño, debería interpretar su alcance en relación a un caso concreto, determinar si existe, o no, una prefiguración de ese interés en la propia ley (vida familiar con el tutor); establecer cuáles de las medidas disponibles son las más favorables a lo que se considera interés del niño en el caso concreto (los derechos, el bienestar, el desarrollo), argumentar la opción seleccionada y en caso de conflicto entre principios u otros intereses ponderarlos.

El grado de indeterminación del concepto interés del niño, y los casos en que funciona como principio, impiden que la exclusiva utilización de los criterios, o elementos de interpretación, pueden ser considerados como suficientes para resolver aquellos casos no considerados fáciles, en los términos ya estudiados en este capítulo.

Es evidente que en los países en los que existe una lista de criterios, o se perfija la finalidad del interés superior, el encargado de la aplicación debe examinarlos (como vimos no necesariamente deben ser agotados) y demostrar como la opción que toma se adecúa de mejor manera al objetivo establecido con el interés del niño.

En España, donde la lista de criterios no existe, son los fallos judiciales los que han ido determinando el objetivo a lograr con el interés del niño y que elementos deben tomarse en cuenta, de acuerdo al tema específico, para evaluar el interés del niño. Estos elementos deben aparecer de manera clara en la decisión judicial (argumentación/motivación). Es decir, el criterio de interpretación sería de carácter finalista o teleológico.

5. Interés superior del niño y el principio de proporcionalidad

Me parece que solo una combinación de técnicas contribuiría a disminuir la aplicación discrecional abusiva del principio: listas de criterios para evaluar el interés del niño, establecidos por vía normativa o por vía

626 Puig I Ferrol, L., et altri, Manual de Derecho Civil. Introducción..., Ob. Cit., p. 101.

jurisprudencial, lo que tiene sus limitaciones obvias por la imposibilidad de prever todas las situaciones por las que un niño podría atravesar; concretas exigencias de interpretación finalista –axiológica como lo ha dicho el TSE en el la sentencia 26/2013- de las normas se relacionan con los intereses de los menores, de edad; y, con directrices claras de motivación judicial, no silogística sino ponderativa, en los casos en que existen normas que establezcan lo que debe entenderse por interés superior.

Como se ha presentado a lo largo de este libro, excepto en los pocos casos en que normativamente se prefigura la alternativa más adecuada para garantizar el interés del niño, niña o adolescente, el juez tiene que la obligación de justificar (más allá de la exigencia general de motivación de los fallos judiciales) que su decisión es la más favorable o que mejor protege el interés del niño frente a las otras alternativas posibles.

Estos específicos requerimientos de fundamentación de las decisiones judiciales⁶²⁷, las que – en mi opinión – demanda componentes similares a la argumentación que realizan los jueces al aplicar el principio de proporcionalidad.

Esta posición aparece claramente reflejada en la reciente Observación general No. 14, en la que se establece una combinación de todos pasos como condición para la determinación del ISN a un caso concreto, como se examinó previamente.

6. Interés superior y principio de proporcionalidad

Como se revisó en el (pp. 225 y siguientes) el principio de proporcionalidad tiene tres sub-principios: adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, en mi opinión el interés del niño se aplica con la misma lógica.

En primer lugar, se parte de reconocer la necesidad de tomar una decisión en un caso concreto, en el que está en juego en el ISN, que no existe otro medio disponible para resolver el tema, están en juego intereses o derechos del menor; y la decisión implicaría la restricción de derechos, sea del propio niño debido a que no puede satisfacerse simultáneamente todos sus derechos, o porque esos intereses o derechos se encuentran enfrentados a intereses o derechos, de terceros, igualmente legítimos; y no pueden ser satisfechos concurrentemente.

En segundo lugar, se debe considerar la idoneidad de la medida a tomarse,

627 Saravia González, A. M., *Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)*, publicado en *La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida*, Consejo General del Poder Judicial (Centro de Documentación Judicial), Estudios de Derecho Judicial No. 147, Madrid, 2007, p. 227.

es un juicio sobre la capacidad de la medida para alcanzar un cierto estado de cosas, su razonabilidad para cumplir con el fin.

Se entiende que los ámbitos del Derecho civil, en los que normativamente se debe aplicar el interés del niño, están al servicio del beneficio del menor de edad, pero debe resolverse su alcance caso a caso⁶²⁸: ejercicio de la patria potestad (corrección vs. maltrato, educación, suspensión, privación); acogimiento (familiar, residencial); adopción (asentimiento de los padres biológicos, nulidad de la adopción, criterios de selección de los adoptantes); guarda y custodia tras las crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho (asignación de guarda o custodia, custodia compartida, visitas, relacionamiento con los abuelos); y, capacidad natural y ejercicio de derechos fundamentales por parte del propio menor de edad.

Las dos primeras operaciones, idoneidad y necesidad, se encuentran en el terreno de lo fáctico (situaciones concretas, opciones a seleccionar), mientras que el tercero principio de proporcionalidad en sentido estricto, es la “optimización a la vista de las posibilidades jurídicas”, es decir la importancia de proteger, asegurar un estado de cosas que tenga la capacidad de contribuir al interés del niño, a su bienestar, que en el marco de este trabajo lo hemos identificado con la máxima satisfacción de sus derechos, sumado a la mínima restricción de los mismos, por el menor tiempo posible.

7. Objeciones a la racionalidad del principio de proporcionalidad

La aplicación del principio de proporcionalidad no se encuentra exento de críticas sobre su racionalidad. El profesor BERNAL PULIDO⁶²⁹ resume las objeciones principales : (i) la indeterminación de la ponderación, que son muy parecidas a las críticas que se formulan a la aplicación del principio materia de este trabajo, ya que se considera a esta una “fórmula retórica o una técnica de poder”, sin un concepto claro o estructura precisa, siendo una operación formal, que no tiene criterios claros que permitan el control de las decisiones del juez, que se basa en las “apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez”, siendo la subjetividad del juez la única balanza para decidir y no existiendo posibilidad de ofrecer una única respuesta a los casos en que se aplica; (ii) no es posible establecer patrones de comparación entre principios, es decir son inconmensurables porque no existe una medida de comparación, en todo caso en nuestro tema de estudio hay una asignación de peso normativa, existiendo el problema cuando la colisión es entre derechos del propio niño; y, (iii) no es posible predecir los

628 Los “grupos de casos” han sido tomados de Torres Perea, J.M., “Interés del Menor y...”, Ob. Cit., pp. 99.

629 Cfr., Bernal Pulido, C., La racionalidad de la ponderación, publicado en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Carbonell Miguel (editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, pp. 47-50.

resultados de la ponderación, esto lleva a que siempre el resultado de la ponderación sea específico y no se puedan establecer criterios de carácter general, lo que implica sacrificar la “certeza, la coherencia y generalidad del derecho”.

BERNAL rechaza estas críticas por considerar que provienen de expectativas “hiperracionales”, que no reconocen los límites de la racionalidad, especialmente de los sistemas jurídicos, que para asegurar una “perfecta objetividad” se requeriría que se establezca “explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva”⁶³⁰.

MASSIMO LA TORRE considera que la ponderación tiene una “apariencia de racionalidad”, su irracionalidad radica en que la determinación de la relevancia de los principios y las condiciones de procedencia de un principio, o un derecho, sobre otro queda en manos de la subjetividad de los jueces⁶³¹.

Las críticas más agudas han sido expresadas por JÜRGEN HABERMAS el que, además de criticar a la ponderación por considerar afecta la fuerza normativa de los derechos al rebajarlos a objetivos, políticas o valores, señala que la carencia de criterios racionales para la ponderación hace que la misma se aplique de forma discrecional o arbitraria:

*...faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado*⁶³².

La pretensión de racionalidad es algo que no se puede abandonar, dice BERNAL, y debe ser un valor a alcanzar, pero debe admitirse que no es posible siempre hacerlo⁶³³.

630 Ibid., p. 48.

631 Vid. nota 566.

632 Habermas, J., “Facticidad...”, Ob. Cit., p. 332.

633 Bernal considera que para establecer de qué manera se cumpliría esta pretensión de racionalidad por medio del juicio de ponderación, el concepto de racionalidad “El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo gracias que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial las teorías de razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones mediante las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser consideradas racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del racionamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que

Es claro que al aplicar el ISN requiere de exigencias de motivación similares a la justificación que se exige en la aplicación de la ponderación, esto es lo que puede contribuir a disminuir la incertidumbre.

ALEXY responde a los cuestionamientos de HABERMAS explicando la fórmula del peso, esta es según la propuesta del autor alemán, la forma de dotarle de racionalidad a la ponderación si esto no es posible, es decir la posibilidad de examinar la corrección y justificación racional del método, la consecuencia sería su exclusión del mundo de la argumentación jurídica⁶³⁴.

8. La aplicación del principio de proporcionalidad en el interés del niño

Con frecuencia, en la jurisprudencia y en la doctrina, se considera que el interés superior del niño cobra importancia cuando existen “intereses en conflicto”⁶³⁵, algo que parcialmente es correcto, como se ha referido a lo largo de este trabajo, muchas legislaciones, y en particular la CDN, determinan que el interés del niño es el principal objetivo a alcanzar cuando se toman decisiones, que tengan relación con una persona menor de edad.

De hecho, como se revisó previamente, el CRC considera un derecho sustantivo que se toma en cuenta el ISN en toda decisión que le afecte⁶³⁶. Con esta advertencia sobre el alcance del interés del niño, me parece importante establecer que la tesis adoptada en éste trabajo es que el interés de los niños, niñas y adolescentes son sus derechos y por tanto las decisiones que se sustentan en ese principio son adjudicativas de derechos, en todos los casos, punto de vista recogido en la Observación 14 del CRC.

Esta perspectiva de análisis no cierra el debate sobre la forma en que se concreta el interés del niño (sus derechos) en un caso específico, muchos derechos están formulados de forma igual de amplia y ambigua, lo que se presta a más de un interpretación sobre la forma de satisfacerlos; a esto debe añadirse que de forma permanente la CDN incorpora en sus textos

estas decisiones deben satisfacer. No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia”. *Ibíd.*, pp. 49-50. Se puede verificar que estas son las mismas exigencias planteadas para la justificación de las decisiones judiciales, de acuerdo a lo revisado en este trabajo. Vid. pp. 324 y ss.

634 Alexy, R., “La teoría del discurso y los...”, *Ob. Cit.*, p. 43.

635 La CCC lo califica de “relacional” (entre otras SSTCC T-408/95, T-477/97, T-260/12); la SSTC que se refieren a la existencia del conflicto, como referencia SSTC 260/1994, 114/1997, 141/2000, 71/2004, 75/2005. Algunos opiniones doctrinales: Torres Perea “Interés del Menor y Derecho de...”, *Ob. Cit.*, p. 29; Linacero de la Fuente, “Protección Jurídica del...”, *Ob. Cit.*, pág 67.

636 *Vid.*, párrafos 20 y ss.

la idea de la “costumbre local” o las tradiciones; en más de una ocasión se presentan colisiones derechos con los derechos del propio niño; o esos conflictos surgen a partir de disputas entre adultos, que involucran al niño, niña o adolescente; entre el niño, niña y adolescente y un adulto; y, en menor medida, con otro niño, niña o adolescente.

La CDN, instrumento central para la interpretación contemporánea de los derechos de la infancia, no deja duda que los menores de edad no gozan exclusivamente de derechos vinculados a la vida familiar, y al cuidado la familia les debe⁶³⁷, además le reconoce una serie de derechos ligados al desarrollo de su autonomía, derechos que al ejercerlos pueden entrar en colisión con los derechos, deseos e intereses de quienes son responsables cuidarlos, criarlos, educarlos y de impartirles “...en consonancia con la evaluación de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos”⁶³⁸ en la CDN, que entre otros, les reconoce el derecho a opinar en los asuntos que les afecte, que esas opiniones sean tomadas en cuenta de acuerdo a su edad y madurez⁶³⁹; a la libertad de expresión, que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir

637 Eekelaar, propone dividir los intereses de los niños en tres grupos: los básicos (basic interests), asociados los cuidados, a la alimentación; los de desarrollo personal (developmental interests) como salud, educación, las reglas sobre atribución de custodia luego de la separación de los padres; y, de autonomía personal (autonomy interests) que le permite actuar de acuerdo a sus propios deseos e intereses, de forma independiente de los encargados de su cuidado. El autor deja en claro que el ejercicio de los derechos de autonomía podrían entrar en conflicto sus intereses básicos y los de desarrollo, además de entrar en conflicto con los intereses de sus propios padres. Eekelaar explica los posibles conflictos de intereses (aunque se pregunta si a finales del siglo XX estos intereses podrían ya ser considerados derechos., lo que era una anticipación al reconocimiento de los mismos como derechos en el año 1989 con la aprobación de la CDN); así «The problem is that a child's autonomy interest may conflict with the developmental interest and even the basic interest. While it is possible that some adults retrospectively approve that they were, when children, allowed the exercise of their autonomy at the Price of putting them at a disadvantage as against other children in realizing their life-chances in adulthood, it seems improbable that this would be a common view. We may therefore Rank the autonomy interests subordinate to the basic and the developmental interests, the claim for their satisfaction must be high». La cita ha sido tomada de Eekelaar, J., *The emergence of children's rights*, publicado en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, 1986, p. 151.

638 “Art. 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”.

639 “Art. 12.- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

informaciones e ideas⁶⁴⁰; a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión⁶⁴¹; a la libertad de asociación y reunión⁶⁴²; a la vida privada⁶⁴³.

Una mirada paternalista de la infancia y sus derechos suele reducir al niño a un depositario de deseos de otros, por lo tanto, a la idea de que los conflictos son temas de terceros, donde todos los demás tienen capacidad y están autorizados a decidir en nombre de su interés sin considerar sus deseos, intereses y opiniones⁶⁴⁴.

No es posible olvidar que existe la presunción de que los progenitores se encuentran en mejor posición para decidir en nombre del niño por su función protectora y tuitiva, por tanto ellos estarían, en primer lugar, destinados a determinar que opción es la que mejor corresponde con los "intereses del niño"⁶⁴⁵.

Claro está que no puede perderse de vista el "desarrollo progresivo" del menor de edad, la "evolución de sus facultades" para el ejercicio de sus derechos, que entre otros aspectos, incluye que su opinión debe ser tomada en cuenta, siendo obligatorio consultarle en los asuntos que le afecten.

640 "Art. 13.- 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

641 Art. 14.- 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás."

642 "Art. 15.- 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás."

643 "Art. 16.- Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques"

644 Esta preocupación ha sido expresada recientemente por la profesora Navas Navarro, al considerar que existe una visión «adulto-paternalista» del «interés del menor» en el que se cuestiona que «la perspectiva que adopta tanto el legislador como la mayor parte de la doctrina española, que ha analizado cuestiones relacionadas con los menores, es la perspectiva del adulto (padre, madre, tutor, abuelos, allegados, juez, autoridad administrativa, cónyuge o pareja del progenitor...), no la perspectiva del menor», en "Los derechos del menor en las familias...", Ob. Cit., pp. 618-619.

645 A propósito de esto se puede revisar: Salter, E. K., Deciding for a child: a comprehensive analysis of the best interest standard, publicado en *Theor Med Bioeth*, No. 33, 2012, p. 180; Díaz Muñoz, Ó., El derecho constitucional de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos, Palestra, Lima, 2010, pp. 57-58;

En el caso del interés del niño lo que se pondera son derechos y la forma de hacerlos efectivos, considerando al menor de edad como un sujeto pleno de estos.

RIVERO HERNÁNDEZ en su influyente libro “El interés del menor” abordó el tema de la ponderación para establecer los límites de los principios de desarrollo integral y del interés superior, estableciendo que estos:

...pueden y deben ceder ante intereses jurídicamente (más) relevantes, siempre que la restricción o recorte del interés del menor se revele necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo, todo ello con una ponderación adecuada de los valores en juego; es decir, que haya una relación de razonable proporcionalidad entre los medios aprobados y el fin perseguido⁶⁴⁶.

Podría discutirse el alcance de esta afirmación y si la misma sería una forma de negar el carácter de “superior” del interés del niño y la reiterada jurisprudencia sobre la prevalencia del mismo, lo relevante es recoger dos ejemplos que pone el autor a propósito del tema que abren la puerta a sostener que debe actuarse en la aplicación del principio objeto de nuestro estudio de la misma en que el principio de proporcionalidad.

Un ejemplo es el parágrafo 1666 del BGB, en el que aparece expresamente el principio:

1666a Principio de la proporcionalidad: precedencia de la ayuda pública

- (1) *Las medidas que implican la separación del hijo de su familia sólo son admisibles si el peligro no puede ser prevenido de otro forma, tampoco mediante ayuda pública. Lo mismo rige si uno de los padres debe ser privado, transitoriamente o para un período indeterminado, del uso de la vivienda familiar. Si a uno de los padres o a un tercero se prohíbe el uso de la vivienda que está habitada también por el hijo, o de cualquier otra vivienda, en la determinación de la duración de tal medida se debe tomar en consideración si al padre o al tercero pertenece la propiedad, el derecho de superficie o el usufructo de la finca, en la que se encuentra la vivienda; se aplica por analogía a la propiedad horizontal, el derecho de habitación permanente, el derecho real de habitación, o si el padre o el tercero son arrendatarios de la vivienda.*

646 Rivero hernández, F., El interés del...”, Ob. Cit., 87-89.

- (2) *La guarda de la persona sólo puede ser privada totalmente cuando no han tenido éxito otras medidas o cuando se puede considerar que no son suficientes para evitar el peligro*⁶⁴⁷.

A propósito de este artículo, OLZEN explican el razonamiento que el juez debería desplegar al decidir sobre la separación del niño de su familia, me queda claro que esos mismos elementos deberían ser considerados por los jueces al tomar decisiones invocando el principio, sea que exista la necesidad de resolver conflictos de derechos del propio niño; conflictos de terceros que involucran al niño; y, conflictos que involucran los derechos del niño con terceros.

Un caso paradigmático de un conflicto entre derechos del propio niño, es la negativa de un menor de edad a recibir algún tipo de tratamiento médico. El supuesto es que el menor de edad tiene la edad, competencia y madurez para entender las implicaciones de la decisión que toma sobre el tratamiento, en el lenguaje que se ha venido usando en España, sería considerado un menor maduro; que debidamente informado y entendiendo las implicaciones de su decisión no da su consentimiento informado para el tratamiento médico⁶⁴⁸.

Si se entiende al interés superior como la garantía protección de los derechos es obvio el conflicto, por un lado el derecho a la salud o la vida se enfrenta al derecho a libertad de pensamiento, conciencia y religión, lo que obviamente incluye el organizar su vida de acuerdo a esas convicciones.

Es paradigmática, en España, la STC 154/2002 de 18 de julio⁶⁴⁹, en esta

647 Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), traducción dirigida por Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid, 2008.

648 A propósito de este tema he usado dos trabajos que tratan ampliamente este tema. El primero es el trabajo ya citado de Óscar Díaz Muñoz, *El Derecho constitucional de la libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos*, Ob. Cit.; y, Vázquez-Pastor Jiménez, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. En éste último libro se pueden encontrar otros supuestos en los que los derechos del propio niño estarían enfrentados: derecho del menor a recibir información (en el que existe varias hipótesis en las que se enfrenta los derechos del menor de edad con sus tutores o guardadores); derecho a la libertad ideológica del menor que incluye: libertad religiosa, oposición del menor a la educación conforme a las convicciones de sus progenitores o tutor, tratamientos médicos; derecho de asociación; y, derecho de participación política.

649 Este caso, un adolescente de 13 años luego de sufrir un accidente sangra de manera repetida, es trasladado a un hospital en el que deciden realizarle una transfusión sanguínea, urgente, por los riesgos de hemorragia. Los padres la rechazan por ser testigos de Jehová; se les informa que no existe otro tratamiento disponible y solicitan que se le de alta voluntaria para buscar otro hospital. Esto es negado por los riesgos asociados al traslado; el hospital solicita autorización judicial para realizar la transfusión debido a la gravedad de la urgencia, esta es concedida y los padres no la rechazan. El menor de edad la rechaza y los médicos deciden no forzarle debido a los riesgos de hemorragia cerebral y por considerar que sedarlo, o algo similar, era incorrecto médica y éticamente. Los médicos solicitan que los padres traten de convencer a su hijo que reciba el tratamiento, luego de fracasar en sus pedidos, lo padres no lo hacen alegando que va contra de las creencias religiosas. Debido a esto se les concede el alta voluntaria, en el nuevo centro hospitalario confirman que se requiere la transfusión sanguínea urgentemente (se le diagnóstica un síndrome de pancetopenia grave producto de una aplasia medular o una infiltración leucémica). En este centro el menor

se presenta, en la argumentación, el conflicto de derechos y realiza una ponderación, pese a que la misma no incide posteriormente en la decisión final, debido a que el Tribunal considero que no se estaba resolviendo sobre el derecho a la libertad religiosa y de culto del menor de edad, sino de sus padres; en los Fundamentos 10 y 11 se analizan el tema desde la perspectiva de los derechos del menor de edad y la relación de sus derechos.

El TSE analiza el tema a partir de tres extremos concretos, el primero, si un menor de edad es titular del derecho a libertad religiosa, a lo que contesta de forma afirmativa⁶⁵⁰, estableciendo fuera de toda duda de que los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa; el segundo tema, si la oposición del menor al tratamiento médico prescrito tiene significado constitucional, responde también de forma afirmativa:

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito⁶⁵¹.

Es en la tercera pregunta del TCE, al considerar la relevancia que pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito, es donde se desarrolla el juicio de proporcionalidad:

*Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de **determinados actos jurídicos, como los que***

de edad se niega nuevamente al tratamiento por lo que se les concede el alta voluntaria, siguen los padres buscando alternativas; en un centro médico privado les confirman la necesidad de la transfusión la que rechazan nuevamente, el menor murió.

Los progenitores son acusados del delito de homicidio por omisión (artículos 11 y 138 del Código Penal vigente en 1995). La Audiencia Provincial de Huesca les absuelve, el 20 noviembre de 1996, en primera instancia. Posteriormente el Tribunal Supremo –Sala Penal- dicta dos sentencias el 27 de junio de 1997, anulando la sentencia de la Audiencia Provincial, la segunda condenándoles como responsables del delito de homicidio por omisión (se consideró las atenuantes de obcecación o estado pasional), condenándoles a una pena de dos años y seis meses.

Presentaron un amparo ante el Tribunal Constitucional contra las dos sentencias, el TSE únicamente se pronunció sobre los derechos a la libertad religiosa de los padres, sin embargo realizó una amplia argumentación sobre la negativa del menor de edad a la transfusión.

650 STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9, reiterando lo decidido en STC 141/2000 (FJ 5) “desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)”.

651 STC 154/2002, FJ 9.

acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto — como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que **el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular:** el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, **es prevalente el interés del menor,** tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, **el valor de la vida,** en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: **tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.**

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, **tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.**

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica — descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, **no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos⁶⁵².** (Resaltado no consta en el original)

En este fallo el TCE reconoce el derecho del menor de edad la capacidad, excepcional, para realizar determinados actos jurídicos, sin embargo no le otorga eficacia jurídica por “afectar en sentido negativo a la vida”, que en las circunstancias del caso es “definitivo y, en consecuencia, irreparable”; el menor “ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era

652 *Ibíd.*, FJ 10.

titular”, considerando que “el valor de la vida”, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible; al ser un efecto previsible **la pérdida de la vida**, esta decisión no ligaba a los padres en cuanto a su decisión. Todo esto pese a que reconoce el Tribunal que el menor de edad expreso su rechazo a dicho tratamiento⁶⁵³.

En los argumentos siguientes el TSE se concentra en ponderar el derecho a la vida del menor con el derecho a la libertad religiosa y de creencias de sus padres, estableciendo que cuando se ordenó la realización de la transfusión se reconoció la prevalencia del primer derecho, recordando el “principio de concordancia práctica” y la preponderancia de los derechos del menor de edad.

*En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, **confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE)**. Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es **la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional**. Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de auto disposición sobre su propio ser.*

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las

653 En el contexto anglosajón se conoce como la “regla Guillick” o “Guillick competence” que se usa para determinar cuándo un adolescente tiene competencia para decidir un tratamiento médico. *Gillick v. West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority* [1986] AC 112 House of Lords.

necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 1999/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión.

13. Una vez realizada dicha ponderación no concurría ya ningún otro elemento definidor de los límites al ejercicio de la libertad religiosa. Concretamente, el art. 16.1 CE erige el orden público como límite de las manifestaciones de este derecho. Pues bien, entendido dicho límite en el plano constitucional, cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales su preservación se garantiza mediante la delimitación de éstos, tal y como se ha efectuado en este caso⁶⁵⁴. (Resaltado no consta en el original)

Como se puede ver, se otorga una importancia sustancial a la ponderación para determinar el interés de un menor en caso de conflictos de sus propios derechos y cuando se presenta conflictos con terceros.

De igual forma la jurisprudencia constitucional colombiana hace uso permanente del principio de proporcionalidad para determinar en los casos concretos que implica el interés superior del niño.

Así en el caso T-580A/2011 se determina que para decidir la intervención del Estado en el ámbito familiar, en nombre del interés superior del niño, de establecerse que esa intervención es “justificada y proporcional”⁶⁵⁵. En la citada T-557/11, al fijar los criterios para que una autoridad resuelva la custodia de un menor de edad valorando su interés superior, o cualquier decisión de autoridad competente en la que se quiera proteger ese interés, dice que debe considerar: la necesidad (gravedad y urgencia de la situación), proporcionalidad, razonabilidad, valoración de las consecuencias⁶⁵⁶.

En otros fallos la Corte considera que al interés superior del niño y al principio de proporcionalidad como diferentes⁶⁵⁷, sin embargo es claro

654 *Ibíd.*, FJ 11 y 12.

655 Consideración 4.2

656 Consideración 4.6.

657 La T-267/12 establece esta distinción, así en el 2.3.4 “En este mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido que el proceso de restablecimiento de derechos debe sujetarse a los principios constitucionales, como el

que el juicio que exige para considerar el interés del menor corresponde a los mismos pasos y criterios que el principios de proporcionalidad”.

La referencia al principio de proporcionalidad es permanente en las diferentes instancias judiciales del más alto nivel (nacional o internacional) encargadas de valorar en qué medida una decisión favorece, o no, al interés de un menor de edad, es por ello que debe considerarse que evaluación de ese interés, en aquellos casos en los que no está prefijado normativamente la solución, debe hacerse siguiendo el proceso de razonamiento del principio de proporcionalidad.

interés superior del niño, el debido proceso y la proporcionalidad, entre otros. En este sentido, en lo que respecta al trámite, esta Corporación ha resaltado que al interior de estos procesos (i) es obligación permitir la participación de los padres, en caso de que sean conocidos, o los miembros de la familia extendida, quienes tienen derecho a que el ICBF los escuche y a manifestar su consentimiento cuando la normativa lo exija, y (ii) se debe garantizarse el debido proceso” (segundo resaltado no consta en el original); contado, en su consideración 2.3.4.1, la T-572/09 reitera la distinción “...al revisar las decisiones adoptadas dentro del proceso de tutela iniciado por los padres de un niño contra un comisario de familia, debido a que este último había ordenado su ubicación en hogar sustituto, bajo el argumento de que había sido encontrado sólo en el hogar y con hambre, la Corte reiteró que la adopción de medidas de restablecimiento deben sujetarse a los principios de proporcionalidad e interés superior del niño. Por ello, pese a que el niño había sido reintegrado provisionalmente al núcleo familiar en el trámite de la tutela, la Corte concluyó que la autoridad demanda sí había vulnerado sus derechos fundamentales y los de sus padres, pues (i) decretó una diligencia de allanamiento y rescate del niño, sin que existiera evidencia que la justificara, y (ii) la medida de restablecimiento de ubicación en hogar sustituto había sido desproporcionada, ya que no estaba respaldada con evidencia, tuvo una duración exagerada (6 meses), no respondió a una lógica de graduación y se basó en un criterio arbitrario, este es, equiparar a un niño de cabello largo con un niño en abandono. Por estas razones, la Corte revocó el fallo de instancia y concedió la tutela.”.

CAPÍTULO 5

**El tratamiento normativo y
jurisprudencial del interés
superior en la Región
Andina y España**

CAPÍTULO 5

El tratamiento normativo y jurisprudencial del interés superior en la Región Andina y España

Como se explicó previamente todos los países de Sudamérica han reformado sus legislaciones nacionales debido a la aprobación de la CDN, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas. Algunos países (Colombia, Ecuador y Perú) lo han hecho dos ocasiones, en tanto que Bolivia lo ha hecho en tres ocasiones.

La primera generación de reformas (1989-1999) se afirma que respondió a una «transición de paradigmas», porque se aprobaron reformas que no introdujeron cambios sustanciales en la consideración jurídica de la infancia, limitándose en muchos casos a repetir los derechos de la CDN sin modificar los conceptos⁶⁵⁸. La segunda etapa de reforma se da entre el año 1999 (Perú) y el año 2006 (Colombia).

El estudio de los dos procesos reformativos cobra relevancia debido a que se produjeron cambios importantes en el tratamiento del interés superior.

1. El interés superior en la *primera reforma post CDN (1989 a 1998)*

Se puede ver una tendencia mayoritaria en la primera reforma⁶⁵⁹ a regular el principio materia del estudio como una cláusula general, sin establecer criterios para la aplicación. Tampoco se encuentran casos en que normativamente se determine situaciones que sea consideradas como favorables al “interés superior”.

El Código del Menor⁶⁶⁰ de Colombia de 1989, en su artículo 20 (Principios Rectores), establecía “Las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor” (cursiva no consta en el original).

658 A propósito de éste tema se puede consultar García Méndez, E., Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina, publicado en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Tomo I, (c) Emilio García Méndez y Mary Beloff, Temis, Bogotá, Tercera Edición, 2004, pp. 9-25. Este autor considera que existen tres etapas en el proceso de adecuación normativa a la CDN en América Latina, la primera que se da entre 1989-1991, la segunda entre 1992-1997 y la tercera desde 1998 al 2004. En realidad en la región andina se da la primera etapa entre 1989 y 1999, la segunda desde el año 2000 al 2006.

659 O'Donnell, a propósito de esta primera reforma afirma que “Algunos de los primeros códigos de la niñez tenían lagunas importantes y, en algunos casos, fueron caracterizados por una incoherente mezcla de normas inspiradas en la Convención sobre los Derechos del Niño y normas represivas heredadas de la legislación tutelar. Con el desarrollo de la Doctrina de la Protección Integral, varios de ellos han sido sustituidos por códigos nuevos.” O'Donnell, D., “La Doctrina de la Protección Integral”, Ob. Cit., p. 121.

660 Decreto 2737 de noviembre de 1989.

El Código de Menores del Ecuador del año 1992⁶⁶¹, en sus Principios Rectores, lo contenía en los siguientes términos:

“En todas las medidas que conciernan a menores de edad, sean tomadas por las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las instituciones públicas o privadas o el legislativo, se atenderá primordialmente al interés superior del menor y el respeto de sus derechos” (cursiva no consta en el original).

En el Código del Menor de Bolivia⁶⁶², del año 1992, en su artículo 5 (Título Preliminar: Disposiciones Fundamentales), establecía la manera en que debe interpretarse su texto:

“El presente Código debe interpretarse velando por el interés superior del menor, de acuerdo con los objetivos y principios planteados y admitidos por la Constitución Política del Estado, las leyes nacionales, la Convención de los Derechos del Niño, otras convenciones y declaraciones internacionales” (cursiva no consta en el original).

El Código de los Niños y Adolescentes del Perú del año 1993⁶⁶³, en su título preliminar, Art.- VIII, lo trata así:

“En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del poder ejecutivo, legislativo y judicial, ministerio público, gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto de sus derechos” (cursivas no constan en el original).

Como se puede constatar, los cuatro cuerpos normativos consideraban al interés superior como principio general, optándose en todos los casos por la técnica de la cláusula general.

En Bolivia aparece como pauta de interpretación del cuerpo normativo que lo contiene.

En Colombia era una consideración – que primaba sobre las demás- que debe ser tomada en cuenta por quienes desarrollen programas o tengan responsabilidades en “asuntos de menores”, es decir, no era un principio para la decisión en casos concretos.

661 Ley 170 de julio de 1992.

662 Ley 1403 de diciembre de 1992.

663 Decreto-Ley 26.102 de diciembre de 1993.

En Ecuador se regula como un “elemento” al que se debe atender primordialmente, en todas “las medidas que conciernan a menores de edad”.

En el Perú es una consideración que debe estar presente en toda medida concerniente al niño y adolescente, al igual que el respeto a sus derechos.

2. El interés superior en la segunda reforma post CDN (1998 a 2006)

En el segundo proceso de reforma post CDN (1998-2006) se puede apreciar un cambio sustancial en el tratamiento del principio en Colombia y Ecuador, países en los que el legislador ha buscado reducir el margen de discrecionalidad por medio de la incorporación, en los cuerpos normativos, de criterios de aplicación del interés superior. En Perú y Bolivia (en la segunda reforma) se introdujeron cambios menores pero no se alteró la técnica de regulación; en tanto que Bolivia, en la tercera reforma, introdujo un cambio importante al establecer la identificación del principio con el “desarrollo integral” y cuatro criterios de interpretación.

De la información disponible se puede concluir que el objetivo de los cambios en la técnica jurídica de regulación del interés superior se dirige a la reducción de la discrecionalidad, siendo la legislación venezolana, por medio de la LOPNA, la que introdujo criterios normativos de determinación como estudiare en detalle más adelante

Se puede verificar que la nueva regulación se dirige a la corrección de interpretación y aplicación del principio⁶⁶⁴. Es llamativo el hecho de que las reformas legales de Bolivia (segunda reforma) y Perú (no introdujeron cambios sustanciales en la regulación del ISN), sus reformas fueron aprobadas antes de la entrada en vigor de la LOPNA de Venezuela⁶⁶⁵, cuerpo normativo que ha tenido una gran influencia en las legislaciones aprobadas posteriormente.

Una revisión del tratamiento normativo actual en los países del CAN permitirá determinar la técnica jurídica por la que se ha optado, además de las razones que se esgrimen para esto.

2.1 Bolivia

Bolivia ratificó la CDN el 8 de marzo de 1990⁶⁶⁶. El 18 de diciembre de

664 Parraguez L. y Simon, F., “Comentarios sobre la matriz...”, Ob. Cit., p. 593.

665 La LOPNA entró en vigor el 1 de abril del 2000, el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia en el año 1999 y el Código de la Niña, Niño y Adolescente en el 2014. Si bien el Código de los Niños y Adolescentes del Perú fue aprobado posteriormente, 13 de julio del 2000, se trabajó sobre propuestas ya existentes.

666 Ley No. 1152.

1992 se promulga el “nuevo” Código de Menores⁶⁶⁷ por Ley No. 1403 de 18 de diciembre. Este instrumento legal fue considerado -por la doctrina mayoritaria en ese país- como un avance legislativo⁶⁶⁸ al estimar que estaba inspirado en la CDN⁶⁶⁹. Se afirma que con este cuerpo legal Bolivia iniciaba una nueva y distinta consideración jurídica y social de la infancia⁶⁷⁰.

DÁVALOS da cuenta de que en el año 1994 se inicia una fuerte crítica a este cuerpo legal, porque se consideraba que tenía problemas de técnica jurídica, mantenía instituciones incompatibles con la CDN, presentaba “resabios” de la doctrina de situación irregular, deficiencias en la identificación del sujeto al que va dirigido, falta de garantías constitucionales, insuficiente protección jurídica y social, vacíos legales, y continuaba usando el concepto “menor”⁶⁷¹ y ⁶⁷².

A partir de estas críticas se dio inicio a una segunda reforma normativa, la que concluyó con la aprobación del vigente Código del Niño, Niña y Adolescente (CNNA) en año 1999⁶⁷³.

En relación al tema de nuestro estudio no se produjo una modificación sustancial; se mantuvo en líneas generales el texto del Código de 1992, es decir se regula el interés superior como una cláusula general.

Como ya se explicó el Código del Menor de año 1992 lo contenía en su artículo 5 entre las llamadas Disposiciones Fundamentales:

El presente Código debe interpretarse velando por el interés superior del menor, de acuerdo con los objetivos y principios planteados y admitidos por la Constitución Política del Estado, las leyes nacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, otras convenciones y declaraciones internacionales (cursivas no constan en el original).

667 Hasta ese momento había estado en vigor el Código de Menores de 1975 (Decreto Ley No. 12538 de 30 de mayo de 1975), que a su vez reemplazó al primer Código de Menores de ese país promulgado por Decreto Supremo D.S. 07760 de 1 de agosto de 1966.

668 Roca Serrano, E., Derecho de Menores Vs. Derecho de Niños y Adolescentes ¿Nueva rama del Derecho?, en Primer Curso de Especialización en Derechos de la Niñez y Adolescencia, Ministerio de Desarrollo Humano, La Paz, 1996, p. 89.

669 Soto, S., Impacto de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos jurídicos en nuestra legislación, el Código del Menor de 1992, en Primer Curso de Especialización en Derechos de la Niñez y Adolescencia, Ministerio de Desarrollo Humano, La Paz, 1996, p. 105. (pp. 99 a 118).

670 Dávalos Vela, G., “Comentario al proceso de reforma legislativa...”, Ob. Cit, p. 201

671 A propósito ver supra comentarios sobre el uso de esta categoría.

672 Previamente se han citado algunos trabajos en los que aparecen compendiadas las críticas, se puede revisar especialmente: Vásquez Villamor, L., “Comentario al proceso...”, Ob. Cit., pp. 128; Suxo Iturry, H., “Comentario a la Reforma legislativa...”, Ob. Cit., pp. 135-138; Dávalos Vela, G. y Egúez Vidal, R., “El proceso de reforma legislativa...” Ob. Cit, pp. 159 a 175; Dávalos Vela, G., “Comentario al proceso de reforma legislativa...”, Ob. Cit., pp. 204 a 206.

673 Ley No. 2026 de 27 de octubre de 1999.

En el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999 el principio se encontraba entre sus Disposiciones Fundamentales (artículo 6) con el siguiente contenido:

Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las convenciones, tratados internacionales vigentes, y las leyes de la República.

Si bien existen algunas diferencias puntuales, su sentido y alcance son similares: a) el interés superior –en él un caso del menor, en el otro de niño, niña y adolescente- son parte de las disposiciones fundamentales en los dos cuerpos normativos; b) se lo establece como un principio hermenéutico, es decir de interpretación de las normas de la ley; y, c) como “límite” a la interpretación del interés superior son las normas nacionales e internacionales.

Se puede señalar dos diferencias entre la primera y la segunda reforma, que están relacionadas al principio en sí mismo: en el texto del año 1992 se incluía a los instrumentos internacionales no vinculantes, estableciéndose que la interpretación del interés superior debía hacerse -no de acuerdo a las normas de los instrumentos citados como lo hace la ley del 2000, sino a los “objetivos y principios planteados y admitidos” en ellos.

No he encontrado fallos o doctrina boliviana que dé cuenta de la intencionalidad o razones para las modificaciones introducidas en los textos analizados.

La Constitución Política de Bolivia del 2009⁶⁷⁴, aprobada con posterioridad al Código del Niño, Niña y Adolescente, contempla el principio en los artículos 59.II, 60 y 65, siendo este texto el que introduce una verdadera modificación del tratamiento del principio. En el artículo 60 se encuentra su formulación general:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

El legislador constitucional boliviano, por medio de la norma citada, establece como un deber del Estado y los particulares, garantizar la

674 En vigor desde febrero del 2009.

prioridad del interés superior, determinando cuatro ámbitos en los que se concreta: a) preeminencia de los derechos de las personas menores de edad; b) primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia ;c) primacía en la atención de los servicios públicos y privados; y, d) acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

En tres de las dimensiones antes mencionadas se equipara interés superior con prioridad o primacía. En la última con condiciones del acceso a la justicia.

Las restantes normas constitucionales tratan temas específicos.

En el artículo 59.II el interés superior es un criterio para decidir la separación de un menor de edad de su familia, biológica o adoptiva:

Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.

En el artículo 65, norma que se encuentra en el capítulo sobre los Derechos de las Familias, el principio del interés superior y el derecho a la identidad son el sustento para establecer una presunción legal de filiación, a partir de la declaración del padre o la madre en relación al otro supuesto progenitor, aceptándose la validez de dicha presunción, a menos que exista negativa expresa sustentada en prueba alguna.

“En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”.

En julio del 2014, mediante la Ley 548, el Estado Plurinacional de Bolivia promulgó un nuevo Código de la Niña, Niño y Adolescente, un cuerpo normativo polémico por la autorización normativa para que los niños y niñas a partir de los diez años puedan trabajar por cuenta propia⁶⁷⁵. La edad mínima para el trabajo en relación de dependencia es de 14 años de acuerdo a lo previsto en el artículo 130.I.

En cuanto al tema de nuestro estudio existe una modificación sustancial en

⁶⁷⁵ Artículo 130. III.-“La actividad laboral o el trabajo por cuenta propia que desarrolle la niña, niño o adolescente de diez (10) a dieciocho (18) años, debe considerar la vigencia plena de sus derechos”.

la manera en que se regula el interés superior, se pasó de una técnica de cláusula abierta a una normativa que establece tanto la finalidad a alcanzar con el principio y algunos criterios para su determinación, no plenamente compatibles con las tendencias más recientes en la materia.

En el artículo 9 se establece que es un principio de interpretación de las de ese cuerpo legal, las que deben "...interpretarse velando por el interés superior de la niña, niño y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, cuando éstos sean más favorables".

Posteriormente se lo desarrolla como principio general de la ley, junto con otros 10 principios (Prioridad absoluta, igualdad y no discriminación, equidad de género, participación, diversidad cultural, desarrollo integral, corresponsabilidad, rol de la familia, ejercicio progresivo de derechos, especialidad).

El interés superior, el primer principio, se entiende a "toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías". Para su determinarlo en una situación concreta se establece cinco criterios: a) apreciar su opinión; b) la opinión de la madre, padre o ambos padres, guardadora, guardador, tutora o tutor; c) la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes (algo que se reitera en cuanto al equilibrio entre "derechos y garantías"); d) su condición específica como persona en desarrollo; y, d) los derechos de las demás personas.

En el mismo artículo, en la letra g, se establece que el desarrollo integral procura –dice el texto- el "desarrollo armónico de las capacidades físicas, cognitivas, afectivas, emocionales, espirituales y sociales de las niñas, niños y adolescentes, tomando en cuenta sus múltiples interrelaciones y la vinculación de éstas con las circunstancias que tienen que ver con su vida."

Como se podrá ver este es un caso único por dos razones: se considera al mismo nivel de la opinión de la niña, niño y adolescente con la de las personas encargadas de su cuidado; y no se lo coloca en una posición de jerarquía frente a otros intereses.

El interés superior consta en varias disposiciones del CNNA, por ejemplo es un criterio que debe examinarse en los casos de separación excepcional de las niñas, niños y adolescentes de su familia (art. 36); para impedir el contacto con uno de sus progenitores en caso de que vivan separados (art 40); como el único interés a considerar en la adopción (artículos 80,

81, 86); los programas de protección y las entidades de atención están obligados a garantizar el interés superior de NAS en su accionar (artículos 116.II y 173); como criterio de valoración de pruebas en los procesos que involucran a los menores de edad (art. 219).

El Código de Familia de 1988⁶⁷⁶, instrumento legal pre-CDN, contiene varias disposiciones que se refieren al interés del menor de edad. El sentido es diferente al del CNNA, ya que el criterio rector de ese cuerpo legal es el interés de la familia el que se establece como prevalente, prescribiendo que los jueces deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento dando "...prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros"⁶⁷⁷.

Se entiende que la parte final del artículo ha sido derogado tácitamente a raíz de la ratificación de la CDN por parte de Bolivia. Posteriormente esto se confirmó en las normas del CNNA y de la Constitución de la República, que como examinamos previamente, dan prioridad al interés de los menores de edad por sobre cualquier otro interés, a partir reconocimiento legal al rol fundamental que cumple la familia en la vida de la infancia y adolescencia⁶⁷⁸.

A continuación realizo un recuento de las disposiciones del Código de Familia que contienen referencias al interés del menor.

En el artículo 36 se establece el interés del menor como factor que el juez debe considerar para resolver el manejo del patrimonio familiar⁶⁷⁹ o su disolución, en los casos en que se distribuya la guarda del hijo -por separación o divorcio- entre los dos progenitores o entre uno de éstos y un tutor.

En el quinto numeral del artículo 130, norma en la que se establecen las causales de divorcio, se fija el interés de los hijos (a la par del interés de la sociedad) para admitir, o no, el divorcio cuando se configura la causal de

676 Ley No. 996 de 4 de abril de 4 de abril de 1988.

677 Artículo 2.- "Aplicación criterios rectores. Los jueces autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponda a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros".

678 De igual forma entiendo que se derogó tácitamente la disposición contenida en el artículo 100 de la misma ley en la que se establece que "El hijo de uno solo de los cónyuges vivirá en el hogar conyugal salvo el caso de mediar razones fundadas que lo desaconsejen, atendiendo al interés de la comunidad familiar".

679 El "patrimonio familiar comprende un inmueble o una parte del mismo destinado a la vivienda, pudiendo agregársele los muebles de uso ordinario". Se constituye por resolución judicial, a pedido de uno o más miembros de la familia o de acuerdo a leyes especiales. Este patrimonio se disuelve por muerte del último de los beneficiarios, cuando el más joven de los beneficiarios llegue a la mayoría de edad, cuando hay abandono o dejación de la vivienda, por expropiación, reivindicación o destrucción total del inmueble (artículo 30, 31 y 35 del Código de Familia).

“abandono malicioso del hogar” sin justa causa y por más de 6 meses⁶⁸⁰. El artículo 397 extiende éste criterio para que el juez admita la demanda que se sustente en cualquiera de las causas contenidas en ese artículo.

En las normas que regulan la atribución de la guarda -en caso de divorcio- (artículo 145) se incluye dos criterios para decidir a quién el juez la otorga, o para aprobar los acuerdos alcanzados por los progenitores: el mejor cuidado y el interés moral y material de los hijos.

La norma citada además contempla que por “razones de moralidad, salud o educación” el juez puede confiar la guarda a los abuelos paternos o maternos o a los hermanos de los cónyuges, prescindiendo de los padres⁶⁸¹. Es decir, se incorpora una doble discrecionalidad, el interés del menor y la “moralidad”. En cuanto al interés material el legislador –parece- se refiere al económico.

Del mismo modo el interés de los hijos es el factor que el juez debe considerar para modificar las decisiones tomadas sobre la guarda, mantenimiento⁶⁸² y la educación de los hijos (artículo 148).

En el artículo 245 se establece, como regla general, que el interés de los incapaces es el que debe primar en el ejercicio de la “autoridad de los padres” y la tutela, pero siempre en “armonía con los intereses de la familia y la sociedad”

Las disposiciones que desarrollan la figura de la “autoridad de los padres” se refieren al interés de los hijos ampliamente.

El ejercicio de la autoridad es conjunto respecto de los hijos matrimoniales comunes, cuando un acto es realizado por uno solo de los progenitores que

680 “Art. 130º.-Enumeración. El divorcio puede demandarse por las causas siguientes:

[...] 5º Por abandono malicioso del hogar que haga Por abandono malicioso del hogar que haga uno de los cónyuges y siempre que sin justa causa no se haya restituido a la vida común después de seis meses de haber sido requerido judicialmente a solicitud del otro. Cuando el esposo culpable vuelve al hogar sólo para no dejar vencer aquel término, se lo tendrá por cumplido si se produce un nuevo abandono por dos meses. El juez debe apreciar las pruebas y admitir el divorcio sólo cuando por la gravedad de ellas resulte profundamente comprometidas la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay, y el de la sociedad”.

681 “Art.145º.- Situación de los hijos. El juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho cuidado e interés y tengan bajo su patria potestad a todos los hijos.

Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale.

Por razones de moralidad, salud o educación, puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad.”.

682 En el ordenamiento boliviano la contribución económica para el mantenimiento y educación de los hijos se conoce como “pensión de asistencia” (artículo 149 Código de Familia).

se justifiquen en el interés del hijo, se presume cuentan con el asentimiento del otro (artículo 251 inciso 1).

En caso de existir desacuerdos entre los progenitores estos deben ser resueltos por el juez “teniendo en cuenta el interés del hijo” (artículo 251, inciso 3)⁶⁸³.

En caso de que el progenitor separado o divorciado, que tenía la guarda del hijo muera, el juez (a petición de parte interesada o del fiscal) debe disponer lo que “más convenga al interés de dichos hijos” (artículo 254).

En cuanto a los hijos reconocidos por sus padres –los no matrimoniales- la autoridad lo ejerce quien tiene la guarda. De acuerdo a lo dispuesto por la ley, esto le corresponde regularmente a la madre, siendo posible que el juez la modifique, entregando la guarda al padre, o la tutela a otra persona –prefiriendo a los familiares cercanos-, atento al interés del hijo (artículo 255).

Los acuerdos que celebren en esta materia -entre sí- los progenitores, “pueden aceptarse” siempre que no sean perjudiciales al interés de los hijos (artículo 255 in fine).

Los padres que no ejerzan la autoridad pueden conservar con sus hijos relaciones personales (que permitan las circunstancias dice la ley) y supervigilar su mantenimiento y educación, siempre que ello no se oponga al interés de los hijos (artículo 257).

Los padres deben administrar los bienes del hijo y representarlo “en los actos de la vida civil” como más convenga al interés de éste. El juez puede aprobar que cada uno de ellos asuma de manera separada la administración de ciertos bienes o intereses u otorgar la representación y administración a uno sólo si conviene a los intereses del hijo (artículo 265).

El interés del hijo es la base para que el juez conceda autorización a quienes ejercen la administración de sus bienes para: renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargos y condiciones, concertar divisiones o particiones, contraer préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de un año, ni realizar otros actos que excedan de los límites de la administración ordinaria (artículo 266).

Cuando los padres no quieran ,o no puedan, aceptar una herencia, legado

683 Estas disposiciones “pueden” aplicarse a las uniones conyugales libres, mientras tengan vida en común (artículo 253).

o donación, deben informar de esto al juez tutelar, quien podrá a petición de los mismo hijos, algún pariente, el ministerio público, o de oficio, puede autorizar la aceptación, siempre que no se vea perjudicado el interés de los hijos (artículo 270).

Del mismo modo las reglas relativas a la tutela utilizan el interés del menor en varias disposiciones como criterio para la toma de decisiones en situaciones específicas.

Cuando los padres no han designado una persona para que ejerza la tutela, o hay motivos graves para oponerse a la designación hecha, el juez tutelar puede elegir al tutor según convenga al interés del menor, entre los ascendientes paternos o maternos, entre los parientes colaterales o afines. También podría –en defecto de los anteriores- nombrar como tutor a un tercero allegado o amigo de la persona o de la familia del menor (artículos 291 y 292).

Los tutores, mientras no asuman su cargo, deben limitarse a los actos de mera protección de la persona del menor y de mera conservación de bienes, pero los actos que excedan estos límites pueden ser convalidados al asumir la tutela, si a criterio del juez, no sean perjudiciales al interés del menor (artículo 309).

Los tutores tienen la obligación de presentar anualmente, para que sea aprobado por el juez, un presupuesto de gastos de alimentación, educación del menor de edad y de administración de sus bienes. Este debe ajustarse a la condición económica y personal. El juez puede introducir modificaciones al mismo en interés del menor (artículo 312).

Cuando el menor de edad ha cumplido 16 años puede ser emancipado por sus progenitores. En caso de que uno de ellos exprese su oposición el juez debe decidir en función de lo que más convenga al interés del hijo (artículo 362).

El interés del menor es la base para que el juez conceda autorización para los actos de disposición o imposición de derechos reales (artículo 470)⁶⁸⁴. De las normas estudiadas se puede concluir que el interés de los menores o de los hijos, regulado en el Código de Familia, no es equivalente al interés superior de la niña, niño y adolescente contenido en el CNNA y en la Constitución, ya que en este cuerpo legal es un interés, entre otros, que el juez debe considerar al decidir cuando una persona menor de edad es parte de un proceso, y de acuerdo a esas normas este no es el factor más relevante al decidir, pudiendo ceder en función de otros intereses, como

684 Se debe consultar al menor de edad que ha llegado a los 16 años.

el interés social y el interés familiar, de hecho este último es considerado como el prevalente en el Código de Familia.

En la normativa boliviana las referencias al interés del niño son muy extensas y de la forma en que se encuentran redactadas pueden dar paso a una amplia discrecionalidad por parte de los jueces.

El Código de Familia, siendo un instrumento jurídico pre-CDN, es el cuerpo legal que lo contiene en el mayor número de supuestos, siendo inclusive un factor para que los jueces nieguen el divorcio.

En la jurisprudencia boliviana, especialmente la de la Corte Constitucional⁶⁸⁵, no es posible encontrar un desarrollo del contenido del interés superior, existiendo reiteradas referencias en las que los jueces se limitan a transcribir los textos de las normas nacionales⁶⁸⁶ o internacionales⁶⁸⁷ que lo contienen, sin realizar examen alguno de la pertinencia, las razones por las que se considera que decisión tomada es en el interés del niño, o se explora alguno de los criterios con los que se tomaron la decisión.

Los fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia se repiten en las referencias al principio, sin explicar su contenido, alcance o pertinencia⁶⁸⁸. Hay pocas excepciones a esta tendencia, siendo la ex Corte Constitucional quien ha modificado esta tendencia. En la Sentencia 1059/2004⁶⁸⁹ ha

685 Sentencias de la Corte Constitucional de Bolivia revisadas: 0882/2006-R, 0038/2010-R, 0287/2010-R, 1049/2004-R, 0977/2004-R, 058/2003, 0671/2007-R, 0033/2010-R, 1550/2005-R, 0209/2010-R, 0323/2007-R, 0762/2005-R, 0447/2007-R, 0223/2007-R, 0165/2010-R, 1285/2006-R, 1437/2004-R, 1393/2005-R, 0041/2007-R, 0280/2007-R, 0145/2010-R, 1049/2001-R, 0346/2010-R, 0565/2007-R, 0886/2004-R, 1015/2004-R, 0469/2010-R, 0039/2010-R, 1522/2005-R, 0108/2010-R, 1059/2004-R, 0796/2005-R, 0349/2007-R, 0630/2005-R, 1049-2001-R, 0001/2006-R, 182772003-R, 1825/2003-R, 0386/2007-R, 0427/2007-R, 1831/2004-R, 1026/2002-R, 0936/2005-R, 0252/2005, 080172006-R, 0530/2007-R, 0979/2001-R, 0335/2001-R.

686 Sentencia Constitucional 0038/2010-R, de 20 de abril del 2010, dictada dentro del Expediente 2007-16595-34-RHC. Es un caso en que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia ordenó el ingreso de una niña de 3 años en una institución debido a un supuesto maltrato cometido por los progenitores, denunciado por la tía. El recurso fue un habeas corpus por privación de la libertad. Se negó el recurso, afirmando la Corte Constitucional que las medidas se tomaron en función el interés superior pese a que las autoridades excedieron los plazos y el procedimiento contemplado en la ley: "...las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, deben velar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, presentar denuncias cuando se cometen infracciones o delitos en su contra, e intervenir cuando se encuentren en conflicto sus derechos con los padres, tutores, terceros, para hacer prevalecer su interés superior, conforme sucedió en el caso que se analiza".

687 Sentencia Constitucional 0202/2003-R, de 21 de febrero del 2003, dictada en el Expediente 2003-05896-12-RHC, que a su vez cita la Sentencia Constitucional 1049/2001-R, de 21 de septiembre del 2001. En el mismo sentido la Sentencia Constitucional 0223/2007-R, de 3 de abril del 2007, dictado dentro del Expediente 2006-13859-28-RAC.

688 Autos Supremos 481/2012, de 13 de diciembre; 242/2012, 13 de agosto; 0723/2012, de 13 agosto; 0202/2003, de 21 de febrero; 0282-R, de 11 de marzo; 1825/2003, de 8 de diciembre; 0252/2005-R, de 18 de marzo; 1550/2005-R, de 1 de diciembre; 1180/2010-R, de 6 de septiembre; 0674/2011, de 16 de mayo; 1868/2011, de 2 de noviembre; 1950/2011-R, de 28 de noviembre.

689 Sentencia de 6 de julio del 2004, dictada dentro del Expediente N.º 2004-09022-19-RAC. El caso se refiere a la entrega de la guarda temporal por parte de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia a su padre, sin que exista decisión judicial alguna.

dejado en claro que la invocación al interés superior del niño no justifica “un acto arbitrario que viola los derechos de la recurrente [la madre] a la seguridad jurídica así como la garantía del debido proceso en su vertiente del juez natural y del derecho a la defensa”, cuando una autoridad tomó la decisión sin tener competencia para ello.

La Sentencia Constitucional 0223/2007-R, de 3 de abril del 2007, dictado dentro del Expediente 2006-13859-28-RAC⁶⁹⁰, es una excepción a esta tendencia ya que no se limita a citar el principio, pues lo relaciona con el hecho de que al aplicarlo se debe favorecer el “desarrollo físico, psicológico, moral y social”⁶⁹¹. Un segundo elemento relevante del fallo es que se determina que en todo proceso, en el que se encuentra involucrado un menor de edad, debe permitírsele expresar su opinión aclarando que “esa opinión debe ser escuchada, examinada, para que en la decisión que se asuma ese punto de vista sea considerado, flexibilizando la decisión tomada de acuerdo al interés del niño”⁶⁹².

El actual Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia⁶⁹³ ha aplicado en varias ocasiones el principio. Son abundantes las sentencias en las se lo cita. El TCPB reitera, en la mayoría de sus sentencias, que la aplicación del interés superior se debe a que la niños, niñas y adolescentes son “grupo de atención prioritaria y especial vulnerabilidad”⁶⁹⁴.

En el fundamento III.4 de la Sentencia 0886/2012, de 20 de agosto, el TCPB establece que el interés superior es una norma de preferencia o prioridad, como garantía para asegurar el “vivir bien”, siendo un criterio de interpretación o aplicación –preferente- cuando se resuelven casos que los involucren.

Los niños, niñas y adolescentes conforme prevé el art. 58 de la CPE, son titulares de todos estos y otros derechos; es decir, el constituyente instituyó que con carácter preferente los menores sean

690 Se trata de un caso en contra del Juez Cuarto de Partido de Familia de la Paz, quien convocó, a petición del padre, a una audiencia para que la madre de cumplimiento a una resolución judicial previa por la cual se le había concedido judicialmente la guarda de sus hijos. En la audiencia hubo una serie de discusiones y los niños empezaron a llorar, el juez decidió suspender la entrega. Por esto se presentó el recurso.

691 “El principio del interés superior (art. 3[CDN]) que tiene que guiar todas las decisiones que tomen las instituciones públicas o privadas, en sentido que los derechos del niño deben prevalecer sobre los demás, favoreciendo su desarrollo físico, psicológico, moral y social”.

692 En igual sentido la sentencia Constitucional 0195/2006-R, de 21 de febrero.

693 La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia del año 2009, en vigencia desde el 7 de febrero del 2009, modificó la estructura institucional la Corte Constitucional fue reemplazada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; la Corte Suprema fue reemplazada por el Tribunal Supremo de Justicia.

694 Por todas SSTCPB 0789/2012, de 13 de agosto; 1104/2012, de 6 de septiembre; 1112/2012, de 6 de septiembre; 0886/2012, de 20 de agosto; 1003/2012, de 5 de septiembre; 0908/2012, de 22 de agosto; 0842/2012, de 20 de agosto; 0711/2012, de 13 de agosto; 0927/2012, de 22 de agosto; 0776/2012, de 13 de agosto.

*privilegiados en la aplicación de ellos, tal argumentación permite sostener que, principalmente los administradores de la justicia, al momento de aplicar e interpretar las normas -en aquellos casos donde estén comprometidos intereses de menores- deben hacerlo en la medida que les sea lo más favorable y menos gravoso posible para ellos; dicha comprensión se extrae de la misma Norma Suprema, cuando el art. 60, instituye: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del **interés superior** de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado” (las negrillas nos corresponden). En concreto, los valores, principios y derechos reconocidos en la Norma Suprema, deben aplicarse con preferencia en favor de los niños, niñas y adolescentes. El Estado debe tomar mecanismos apropiados que signifiquen una efectiva garantía para el “vivir bien” de los menores. En ese sentido, los administradores de la justicia inexcusablemente deben velar y proteger los intereses de los menores, ello significa que al momento de interpretar o aplicar la norma, deben inclinarse por lo más favorable para la garantía de los derechos reconocidos a favor de los niños, niñas y adolescentes.*

El fallo citado introduce algunos elementos del principio de proporcionalidad, sin utilizar esa denominación, el Tribunal establece: “...a momento de aplicar e interpretar las normas -en aquellos casos donde estén comprometidos intereses de menores- deben hacerlo en la medida que les sea lo más favorable y menos gravoso posible para ellos...”.

2.2 Colombia

El Código de la Infancia y Adolescencia del 2006⁶⁹⁵, que reemplazó al Código del Menor de 1989⁶⁹⁶, contiene el principio del interés superior en su artículo 8 en el capítulo correspondiente a sus definiciones y principios:

Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Como se puede concluir del texto de la norma, al interés superior se le equipara a la obligación de garantizar los derechos humanos sin establecer

695 Ley 1098 de 8 de noviembre del 2006.

696 Decreto 2737.

jerarquizaciones entre ellos, asignándoles una posición prevalente frente a los derechos de otras personas.

El equipar interés superior con la garantía de los derechos es una forma de darle un contenido, ya que su invocación al tomar una decisión impone a la persona o institución que demuestre la forma que esta contribuye a “garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos”. Pero se debe tomar en cuenta que el objeto de todo el cuerpo normativo analizado es “garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades” como lo establece el artículo 2:

El presente Código tiene por objeto establecer las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

El interés superior es de tal trascendencia que otros dos principios de la ley lo utilizan para su aplicación: protección integral (artículo 7) y prevalencia de los derechos (artículo 9).

En el primer caso, protección integral, se desarrolla de la siguiente manera en el CIA:

Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del interés superior (cursivas no constan en el original).

En cuanto a la prevalencia de los derechos, en el segundo párrafo del artículo 9, es un criterio para resolver conflictos entre normas “En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente (cursiva no consta en el original).

Complementariamente a esta disposición el CIA ,artículo 6 in fine del primer párrafo, incorpora como “parte integral” de ese cuerpo normativo a las disposiciones de la Constitución Política y los Tratados y Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹⁷. En caso de

697 La Sentencia C-1068 del 2002 recupera la noción de bloque de constitucionalidad en el tema de los derechos

presentarse un conflicto entre esas normas siempre debe aplicarse la norma que se considere más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente⁶⁹⁸.

LINARES recuerda que: El desarrollo constitucional que ha tenido este principio se aplica en caso de existir vacíos en las normas internas, dudas de aplicación o diversas interpretaciones de las citadas normas, lo que obliga a las autoridades a recurrir a textos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos⁶⁹⁹.

La redacción del artículo 8 es de tal amplitud que el principio del interés superior se convierte en un criterio aplicable –de manera imperativa- en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, sea en el campo público o en el privado, como criterio para decidir o para la determinación de la política pública para la actuación de autoridades y personas particulares en relación a niños, niñas y adolescentes. Los otros dos principios que contienen referencias al principio (desarrollo integral y prevalencia de derechos) reafirman este criterio.

Al tratar lo relativo a la protección integral (inciso segundo del artículo 7) se dice que ésta se materializa “...en el conjunto de políticas planes, programas y acciones que se ejecutan en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

En cuanto al artículo 9 (prevalencia de los derechos) se establece como criterio hermenéutico, cuando existe un conflicto “...entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

La CCC considera que el interés superior es un “...principio orientativo para la resolución de los conflictos que involucren a un menor”⁷⁰⁰.

En el auto citado se reitera el criterio de que el interés superior surge del hecho de considerar a los niños, las niñas y los adolescentes como “...

de la niñez y adolescencia en Colombia

698 La doctrina colombiana interpreta que esta norma es una concreción del mandato contenido en el artículo 93 de la Constitución Política, la misma que reza “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, a propósito revisar Linares Castillo, B., Código de la Infancia y Adolescencia: versión comentada, UNICEF, Bogotá, 2007, p. 11 (124 pp.).

699 *Ibíd.* p. 11.

700 Corte Constitucional de Colombia, Auto 102/10 dictado dentro del Expediente T-2418585, el 27 de mayo del 2010, considerando 6, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

acreedor[es] de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos..."⁷⁰¹, estableciendo que debe evaluarse "las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla", añadiéndose que el interés superior posee un contenido de naturaleza real y relacional, por tanto se exige:

*...una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad*⁷⁰².

En este interesante fallo se resumen los parámetros generales⁷⁰³ que la jurisprudencia constitucional colombiana ha establecido para el análisis de las situaciones específicas en las que se aplica el interés superior, recordando que existen condiciones fácticas y jurídicas que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. En las fácticas (1) "–las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–," y (2) las jurídicas prevén "–los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil."⁷⁰⁴.

701 *Ibíd.*

702 *Ibíd.*

703 *Ibíd.*, Este Auto considera como criterios -previamente aplicados- para evaluar el interés superior en casos similares "– El artículo 44 de la Constitución establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Según esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador ha establecido una serie de derechos más específicos y deberes concretos que deben ser garantizados por el Estado. En particular, para los efectos del presente caso, no sobra recordar que este deber compromete especialmente a los jueces constitucionales.

- Según el artículo 18 de la nueva Ley de Infancia, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Para los efectos del Código de la Infancia, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

- El artículo 20 del mismo estatuto, dispone que los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra el abandono físico, emocional y psico-afectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención; la explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad; el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad; la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria y en general de cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos."

704 *Ibíd.*, El auto cita a los siguientes fallos como precedentes: T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

Hay que recordar que en la Constitución de la República de Colombia no se encuentra expresamente regulado el principio del interés superior, pero la jurisprudencia de la CCC ha considerado que el mismo se encuentra contenido en el inciso segundo in fine del artículo 44 -de la norma fundamental- al establecer que el dicho principio en el contexto colombiano es la prevalencia de los derechos de los niños⁷⁰⁵. Para mayor ilustración cito la parte pertinente del fallo:

...En el contexto colombiano, el principio del interés superior del niño ha sido definido como la prevalencia jurídica que le es otorgada a los niños, con el fin de darles un tratamiento preferencial en comparación con que reciben los demás sujetos de derechos⁷⁰⁶.

La Sentencia No. T-408⁷⁰⁷, reitera la asimilación del interés superior a la prevalencia de los derechos:

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna puede desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

La misma Corte Constitucional ha contribuido al desarrollo del principio haciendo suyos los criterios –dice el tribunal- de la “más calificada doctrina”, que afirma que es un concepto real, independiente, relacional y garantista: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos, pero sin excluir esos

T-551/06 M.P. Marco Gerardo Monroy, T-189/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-864/05, M.P. Álvaro Tafúr Gálvis, T-041/96, M.P. Carlos Gaviria, y T-510/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-408/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-510/93, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Otros fallos recientes donde se recogen estos dos criterios para la determinación del interés superior del niño ([i] atender a los criterios jurídicos relevantes, y [ii] basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, son las sentencias de la Corte Constitucional: T-510 de 2003, T-397 de 2004 y T-808 del 2006.

705 “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores. Los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás”.

706 Aguirre Román, J. y Pabón Mantilla, A., Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. Un análisis constitucional y legal de la aplicación de este derecho, en Revista Prolegómenos: derechos y valores, Bogotá, 2008, Volumen XI, No. 21, pp. 126 y 127 (pp. 123 a 142).

707 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-477 del 23 de octubre de 1995, párrafo 16. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

otros intereses, ya que su interés no es excluyente o absoluto⁷⁰⁸; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor⁷⁰⁹; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor⁷¹⁰.

La Corte Constitucional ha influido de manera notable en la configuración normativa en ese país, éste fallo se dictó 11 años antes de la aprobación de la nueva ley, que recoge muchos de los elementos propuestos por la CCC.

En una decisión reciente la CCC compendia lo que ésta corporación considera lo más relevante del interés superior, reiterando el reconocimiento de que:

...Los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete.”⁷¹¹

Este tratamiento preferencial se deriva de su “situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo integral de la [infancia]”, teniendo como objetivo su “desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad”⁷¹².

Importante es, para el objetivo de este trabajo, es que el interés superior se determina de forma “independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependan de la voluntad o capricho de los padres o funcionarios públicos encargados de protegerlo”⁷¹³.

En varios fallos⁷¹⁴ la CCC ha fijado, y explicado, lo que considera “criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para determinar el interés

708 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-260/12 de 29 de marzo del 2012, Consideraciones y fundamentos. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

709 En el mismo sentido Sentencia No. T-260/12.

710 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-408 de 14 de septiembre de 1995, párrafo 6. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

711 *Ibíd.*, Sentencia No. T-260/12.

712 *Ibíd.*

713 *Ibíd.*

714 Por todas Sentencia T-580A/11, de 25 de julio. En igual sentido T-292 de 2004, T-510 de 2003, T-497 de 2005, T-466 de 2006, T-887 de 2009, T-968 de 2009, T-572 de 2010, T- 1042 de 2010, T-068 de 2011, T-557-11.

superior del menor y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales”:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. Se debe, asegurar el desarrollo armónico e integral de los menores, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

(ii) Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse siempre aplicando la norma más favorable a sus intereses.

(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar al menor de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Cuando el equilibrio entre los derechos del niño y los de sus parientes (biológicos o de hecho) se quiebre, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del niño. En relación con los intereses de los padres, estos pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y garantice la materialización de su interés superior.

(v) Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado. Al momento de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado, la autoridad competente debe abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión, según las características del cuidado que está recibiendo o que podría recibir un menor de edad, y a la forma en que éstas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales, independientemente de su nivel de ingresos.

En resumen, en Colombia se asimila al interés superior con los derechos humanos, siendo un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, considerando la existencia de intereses contrapuestos en casos concretos, en los que el interés del niño de edad prima porque se busca su desarrollo armónico e integral. Para determinar ese interés se requiere escuchar y

apreciar sus ideas, las que deben ser valoradas en conformidad a su edad y madurez.

Para apreciar el interés superior se debe considerar: (i) la garantía del desarrollo integral; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de sus derechos; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes. En este país se ha decidido utilizar una técnica mixta, por un lado se establece la cláusula general del interés superior, pero por otro lado la aplicación del mismo debe responder a un criterio específico: la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

2.3 Ecuador

El Ecuador es uno de los países que han constitucionalizado de manera directa el principio de nuestro estudio. El artículo 45, del texto constitucional aprobado en el año 2008⁷¹⁵ establece que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicará el principio de su interés superior, y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (la cursiva no consta en el original).

La normativa secundaria ecuatoriana es una clara evidencia de la evolución de la técnica de regulación del interés superior del niño.

En la primera reforma, del año 1992, el principio aparece como una cláusula general. El artículo 8 del Código de Menores de 1992, en su primera parte, es una copia casi textual del artículo 3 de la CDN. La segunda parte contiene una añadido sobre la consideración de la diversidad cultural en la toma de decisiones:

En todas las medidas que conciernen a menores de edad, sean tomadas por las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las instituciones públicas o privadas o el legislativo, se atenderá primordialmente al interés superior del menor y el respeto a sus derechos. Se deberá tomar en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbre propios del medio social y cultural en que el menor se

715 La Constitución Política de la República de 1998 ya incorporó el principio en su texto. El artículo 44 de ese instrumento establecía -en un texto parecido al del 2008- "Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás".

ha desenvuelto habitualmente, siempre que no estén en oposición a la ley.

En el CNA del 2003 se modifica sustancialmente la forma en que norma el principio. Los autores del proyecto de ley, posteriormente aprobado con modificaciones como CNA, explican que la técnica utilizada "...no sólo proclama su obligatoriedad y prevalencia, sino que se ocupa, además, de precisar lo esencial de su contenido para corregir las deficiencias de interpretación y aplicación que se han observado en la práctica judicial"⁷¹⁶.

Uno de los pocos estudios existentes en el Ecuador sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, bajo el Código de Menores de 1992, deja en claro la amplia discrecionalidad -en los temas de fondo- con la que actuaban los administradores de justicia, actuación apoyada por la formulación abierta del principio⁷¹⁷. A partir de esta consideración, por la discrecionalidad abusiva que se daba en su aplicación, es que se introducen los cambios que se explican más adelante. Pero como se verá esta situación no ha sido alterada por la reforma y los jueces siguen aplicando el principio sin argumentación alguna.

El vigente CNA establece que es un principio orientado a la "satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos", determinando dos funciones del mismo: (1) como límite y objetivo de las decisiones y acciones de las autoridades y de las instituciones públicas y privadas, (2) como principio de interpretación del CNA.

Adicionalmente se establecen criterios para "apreciar" e "invocar" dicho principio en casos concretos.

El texto del artículo 11 del CNA es el siguiente:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños,

⁷¹⁶ Parraguez Ruíz, L.S. y Simon Campaña, F., "Comentario sobre la matriz legislativa...", Ob. Cit., p. 593.

⁷¹⁷ Wray afirma que "La aplicación práctica de estos principios [prevalencia del interés superior y que los asuntos de menores sean tratados como problemas humanos y no como litigios] ha conducido a una peculiar combinación entre ritualismo civilista y discrecionalidad en el fondo. En efecto, tras la observancia de las formas externas típicas del proceso civil en cuanto la organización material del procedimiento (la citación, la forma de la prueba, el estilo curial), aparece un margen amplísimo de discrecionalidad en cuanto al fondo, es decir en cuanto al contenido mismo de las decisiones, por un lado, y crea, por otro, una situación proclive al desconocimiento de los principios del debido proceso". Wray, A., La Observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia, Projusticia-UNICEF, Quito, 1998, p. 92.

niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

La identificación del interés superior con la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes marca una clara orientación a las autoridades encargadas de valorarlo y aplicarlo. Se fijan 4 criterios para su aplicación a los casos concretos:

- a) La necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías;
- b) No puede ser invocado contra norma expresa;
- c) Se debe escuchar previamente la opinión del niño, niña y adolescente que esté en condiciones de expresarla; y,
- d) Prima sobre el principio de “diversidad cultural”.

Adicionalmente se estableció la obligatoriedad de escuchar la opinión del menor de edad involucrado: “Nadie podrá invocarlo [...] sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”.

Esta obligación es concordante con el artículo 60, del mismo cuerpo normativo, que establece como regla general que los niños, niñas y adolescentes debe ser consultados en todos los asuntos que les afecte, siendo una obligación del juez valorar esta opinión de acuerdo a la edad y madurez del involucrado. En el mismo artículo señala, como salvaguardia a su integridad personal y desarrollo, que en “Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión”.

En cuanto a la jerarquía del interés superior sobre el de diversidad étnica y cultural, considero que añade un tema adicional al debate en que el Ecuador se desarrolla sobre el la diversidad cultural y el pluralismo jurídico. Esta jerarquización automática no debería ser considerada, ya que como se conoce la aplicación de la regla a un caso particular exige una evaluación detallada del caso, y puede ser que en determinadas circunstancias la protección del mayor número de derechos pasa por la vida en comunidad de niños, niñas y adolescentes, es decir prevalecería la necesidad de respetar las prácticas y costumbres de crianza y de relacionamiento de la

nacionalidad indígena en particular, por ello es inaceptable el privilegiar la autonomía individual de niños, niñas y adolescentes por sobre la práctica cultural, pero al contrario, en determinadas circunstancias la práctica cultural no contribuye ni en forma actual, ni futura, al desarrollo integral del niño o niña o adolescente.

Es claro que el nuevo tratamiento normativo "...reduce la indeterminación del principio porque «satisfacción de derechos» puede ser entendida de distintas maneras y puede llevar a diversas soluciones, pero es innegable que restringe la discrecionalidad..."⁷¹⁸. Obliga a la autoridad competente a argumentar su decisión cuando se aplica el principio, ya que es su obligación demostrar que una decisión particular es la más adecuada para asegurar de mejor manera los derechos. La norma analizada permite reducir, no eliminar, la discrecionalidad y la posible aplicación abusiva del principio.

En la legislación ecuatoriana, además de ser un principio rector, el interés superior aparece también relacionado a ciertos derechos y situaciones específicas: como principio general en la norma que contiene la finalidad del Código (artículo 1⁷¹⁹); como regla de interpretación de normas, cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes (inciso segundo del artículo 14⁷²⁰); para resolver casos de separación del niño de su familia (artículo 22⁷²¹); como criterio para resolver

718 Simon Campaña, F, "Derechos de la Niñez...", Ob. Cit., p. 324.

719 "Art. 1. Finalidad. Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral."

720 "Art. 14. Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes."

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

721 "Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. "

los casos de disputa de patria potestad y tenencia (artículo 106⁷²²); como criterio para limitar el ejercicio de la patria potestad (artículo 111⁷²³).

La ex Corte Suprema de Justicia (en la actualidad Corte Nacional de la Justicia) ha aplicado el principio en varias ocasiones a propósito de la declaración judicial de paternidad, más recientemente sobre la acción de impugnación de la paternidad y en materia alimentaria, pero en ninguno de ellos lo analiza o desarrolla de forma alguna su sentido o razones para aplicarlo, limitándose a citarlo como referencia para la decisión.

En esos fallos se usa como fundamento de sus decisiones, sin otro análisis, únicamente citando el artículo 48 de la Constitución de 1998 (actualmente está contenido en el artículo 44):

Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de la paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad; el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de la relación eran los padres...Esta Sala considera que las disposiciones limitantes ... han quedado derogadas tácitamente por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado[En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás]⁷²⁴.

Posteriormente se ha citado expresamente el principio en varios fallos para fundamentar la resolución, como por ejemplo al tratar el reconocimiento

722 “Art. 106. Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...]”

723 “Art. 111. Limitación de la patria potestad. Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.”

724 Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-VIII-2000

del hijo de mujer casada⁷²⁵; respecto a quienes están legitimados para impugnar la paternidad mientras viva el marido⁷²⁶, y varios sobre el valor del examen de ADN en los juicios de declaración de paternidad: publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1, págs. 29 y ss., en las resoluciones Nos. 83 - 99, publicada en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999; 183 y ss., publicada en el Suplemento del R.O. 208 del 9 de junio de 1999; y, 480 y ss., publicada en el R.O. 333 de 7 de diciembre de 1999.

Del contenido de estas resoluciones se entiende que el principio del interés superior, en estos casos, ha sido considerado en la dimensión de “prevalencia” de los derechos de los niños frente a otros derechos. Pero como se puede colegir de las decisiones analizadas la práctica usual de los jueces es citar el principio sin explicar la pertinencia del mismo para el caso concreto, tampoco se explica la forma en que la decisión concreta contribuye a la protección y garantía de los derechos⁷²⁷.

En la práctica la invocación al interés superior del niño se traduce en un débil análisis del proceso para tomar la decisión⁷²⁸, no existiendo caso alguno entre los estudiados en que se haya considerado al aplicar la norma algunos de los criterios establecidos en la ley para ello.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en un reciente fallo, ha realizado algún esfuerzo de interpretación del alcance que tendría el principio del interés superior del niño en casos concretos; si bien los resultados son bastante limitados, deben recogerse porque significan una superación de la tendencia de los jueces ecuatorianos a citar el principio sin explicar la forma en que lo entienden o cómo, en el caso sujeto a su conocimiento, ha vulnerado o protegido dicho interés.

En un caso sobre tenencia (custodia) la Corte asume que no existe “una definición clara respecto a este principio” y considera que el mismo

725 “Es importante, además, recordar siempre lo preceptuado por el artículo 48 de la Constitución Política del Ecuador de que en todo caso se aplicará el interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás”. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2699.

726 Fallo de 13 de noviembre de 2003. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4516.

727 Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Manabí: Resolución dictada en el juicio de alimentos 1158-06 de 18 de julio del 2007; Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca: Resolución dictada en el juicio de alimentos No. 471-06 el 11 de enero del 2007

728 Juzgado Primero de Niñez y Adolescencia del Azuay: Resolución de alimentos dentro del juicio No. 0195120060846 de 2 de abril del 2007.

A propósito de este tema un estudio sobre las resoluciones judiciales en materia de alimentos da cuenta con claridad de que el interés superior es usado con frecuencia para fijar pensión alimenticia cuando no cuentan en los procesos con pruebas que demuestren la capacidad del alimentante y la necesidad del alimentado “...el ‘interés superior del niño’ forma parte de un discurso que el juez utiliza como justificación para proceder en aquellos casos en los que no tiene elementos respecto de los dos asuntos [capacidad del alimentante y necesidad del alimentado] que, en rigor, deberían ser la base de su argumentación [...] . El CNYA atiende a los principios de protección integral e interés superior, principios que son mal utilizados por el juez al resolver”. Pásara, L. y Albuja Ponce, R., “La pensión de alimentos...” Ob. Cit., pp. 682 y 683.

incluye el “desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del /la niño /a”; haciendo énfasis en dos de sus funciones: (i) la de integración –sin decirlo de manera específica- al afirmar que es una “una provisión paraguas en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas”; (ii) la necesidad de que su interés deba ser evaluado en función de su “bienestar por sobre las diferencia existentes entre sus padres”; (iii) que para el caso de custodia, dice la Corte, “estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía”⁷²⁹. En una sentencia posterior, apenas 20 días más tarde, consideró al principio como una “garantía”, usando la definición de FERRAJOLI de “vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos”⁷³⁰.

No deja de llamar la atención que incluso las más recientes decisiones se aparten totalmente del texto del artículo que regula su aplicación en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el marco de la acción extraordinaria de protección⁷³¹ realiza un análisis pormenorizado de los derechos en juego.

En el contexto normativo ecuatoriano el principio del interés superior está regulado como una cláusula general al nivel constitucional. En la normativa secundaria, en el ya citado artículo 11 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, se lo define como un “principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos”, y se establecen una lista de criterios que debe satisfacer las autoridades para “apreciarlo” en un caso concreto. Los criterios escogidos por el legislador ecuatoriano son tres: a) no puede invocarse contra norma expresa, b) se debe escuchar la opinión del menor de edad y, c) mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

729 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Pleno No. 021-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011, publicada en el R.O. 572-S, de 10 de noviembre del 2011. Consideraciones y Fundamentos de la Corte Constitucional.

730 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Pleno No. 031-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011, publicada en el R.O. 572-S, de 10 de noviembre del 2011. Consideraciones y Fundamentos de la Corte Constitucional.

731 La acción extraordinaria de protección es una acción constitucional de reciente incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución de la República éste se tramita ante la Corte Constitucional y se tramita luego de que se han agotado los recursos ordinarios o extraordinarios, creándose una nueva instancia de revisión: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

2.4 El Salvador

En la legislación salvadoreña el ISN se encuentra regulado fundamentalmente en cuatro cuerpos normativos: Código de Familia, Ley Procesal de Familia, Ley Penal Juvenil y Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El Código de Familia⁷³², una normativa post CDN, se podía encontrar el IS como principio rector de sus disposiciones formulado como una cláusula general e identificándolo con un objetivo: su desarrollo integral⁷³³. Con la entrada en vigor de la LEPINA esas disposiciones fueron derogadas⁷³⁴, manteniéndose aquellas normas que se refieren a instituciones específicas reguladas por el Código de Familia:

- a) En la adopción el “interés superior menor” es el factor principal para concederla (art. 165, 168, 184)
- b) En cuanto al ejercicio de la autoridad parental es un criterio para que el juez otorgue algunas funciones al progenitor que se opuso a la determinación de su filiación (art. 207).
- c) El interés del hijo es el criterio principal para alejarse del acuerdo de los progenitores en cuanto al cuidado personal (art. 216); para regular aspectos de las “relaciones y trato” con el otro progenitor (art. 217).
- d) Para alejarse de la recomendación de un solo tutor para varios hermanos (art. 276); para decidir en caso de que el tutor se excuse de la tutela (art. 302).

Si bien el Código de Familia regula en forma de cláusula general el interés superior, su aplicación debe seguir los criterios establecidos en la LEPINA, que como veremos es de obligatorio cumplimiento, para todas las personas, cuando se trata de su determinación.

La LEPINA, vigente desde el año 2011, regula el interés superior del niño entre sus Principios Rectores, artículo 12, mediante una combinación de técnicas. En primer lugar se lo identifica con toda situación que favorezca su desarrollo integral (físico, espiritual, psicológico, moral y social) y el “armonioso desenvolvimiento de su personalidad”. Adicionalmente se determina que es de “obligatorio cumplimiento” en lo relativo a asegurar, además de su desarrollo integral, el disfrute de sus derechos y garantías en cuanto: a) la interpretación, aplicación e integración de toda norma; b) en la toma de decisiones judiciales y administrativas; y, c) en la implementación

732 Decreto Legislativo No. 677 de 11 de octubre de 1993.

733 El derogado artículo 350 establecía ““En la interpretación y aplicación de este régimen prevalecerá el interés superior del menor... Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad... Con base en ese interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia.”

734 Decreto Legislativo No, 839 de 26 de marzo de 2009; D.O. No 68, T. 383, 16 DE ABRIL DE 2009.

y evaluación de las políticas públicas. La consideración del principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.

De forma extraña en ese artículo se introduce la regla referida a la corresponsabilidad de los progenitores, vinculándola a un interés considerado fundamental: el interés superior. (“la madre y el padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niños o adolescente. Incumbe a la madre y al padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño y adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará”).

Además se introducen siete elementos (o criterios) para que se pondere el interés superior en situaciones concretas, a diferencia de las recomendaciones del CRC la LEPINA considera que estos deberán considerarse en forma concurrente: a) la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos; b) la afectación del contenido esencial de los derechos; c) las diferentes etapas de desarrollo evolutivo; d) el bienestar espiritual, psicológico, moral, material y social de las niñas, niños y adolescentes; la opinión del niño, niña y adolescentes; e) el parecer de la madre y padre o de quienes ejercen la representación; y, f) la decisión que se tome debe ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restrinja por el menor tiempo posible.

En los criterios se introduce la teoría del “contenido esencial de los derechos” y una forma de ponderación para aquellos casos en los que la decisión implique limitación de derechos.

El “contenido esencial” de los derechos fundamentales (Wesenshegalt) se introdujo en la Ley Fundamental alemana (19.2) y posteriormente en la Constitución Española (53.1), de acuerdo Rubén Sánchez Gil existen dos teorías⁷³⁵ la absoluta y la relativa. La primera considera que los derechos se pueden representar con dos círculos concéntricos, el primer (el interior) es el contenido fijo e inmutable del derecho, el segundo (el exterior) son los elementos contingentes o accesorios, estos son los que admiten restricciones.

La segunda perspectiva, la relativa, considera que el núcleo esencial no tiene un contenido determinado, este puede modificarse de forma casuística en cada caso, para ello se estima necesario aplicar la ponderación, los beneficios y perjuicios de los derechos de la decisión, es decir el último criterio del artículo 12 de la LEPINA es decir la decisión que se tome debe ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restrinja por el menor tiempo posible.

735 Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México D.F., 2007, pp. 111 y siguientes.

Esta teoría implica que el juez es el que determina en cada caso el núcleo esencial, pese a que en principio esta teoría o idea se estableció como una limitación a la acción del legislador.

Otros 18 artículos la LEPINA contienen el principio para tratar temas específicos, establecer criterios para el funcionamiento del sistema de protección o para la actuación de las autoridades en ámbitos específicos.

En varios artículos se establece el interés superior como excepción para ciertas medidas de protección: en el artículo 43 es un criterio para establecer que una niña, niño o adolescente trasladado o retenido ilícitamente no sea reintegrado a su medio familiar o no reciba visitas de sus progenitores y otros parientes; en el 45 como criterio para denegar la reunificación familiar; en el artículo 53 como excepción a la garantía de reserva de los expedientes; en el 78 como pauta para decidir que no conozca o sea criado por sus progenitores; en el 89 para considerar separar a una niña, niño o adolescente sea separado de su familia de origen.

En el artículo 94, a propósito del derecho a opinar y ser oído, el interés superior sirve como criterio para limitar el ejercicio personal de este derecho o regularlo en los procedimientos administrativos o judiciales.

También es un principio para orientar las decisiones estatales en la definición de políticas públicas, en particular la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (PNPNA), como lo dispone el artículo 110 y 112.

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes es un criterio prevalente en el trabajo de entidades y programas de atención, esta consideración prima sobre los intereses de la entidad de atención que ejecute un programa (artículo 118).

En cuanto al acogimiento familiar este es el criterio principal para decidirlo (art. 127.b); para resolver la opción prioritaria de adopción a favor de los escogientes (art. 128); y, para que juez decida dar por terminado el acogimiento familiar.

Como criterio de actuación del Consejo de la Niñez y de la Adolescencia para decidir el acceso a la información que se refiere a niños, niñas y adolescentes (artículo 135.15); de la actuación de la Red de Atención Compartida (artículo 169); como criterio para la ejecución de las medidas de protección por parte de los programas encargados de las mismas (art. 174); como criterio, relacionado al deber de confidencialidad, de las Asociaciones de Promoción y Asistencia a las niñas, niños y adolescentes (art. 198).

En cuanto a la Procuraduría General de la República, es el interés superior del niño, niña o adolescente (entre otros factores), un factor por el cual la entidad podría representar judicialmente a una persona menor de edad en reemplazo a la madre, el padre, representante o responsable (art. 220).

Finalmente este es un factor, para adoptar las medidas administrativas que sean necesarias por parte del juez, para la revisión de la situación de niñas, niños y adolescentes en internamiento (art. 248).

La Ley Penal Juvenil⁷³⁶ establece al “interés superior “como uno de sus principios rectores (art. 3); como un criterio de actuación de la Procuraduría General de la República; como criterio para autorizar –o no- la conciliación (art. 60); y, para limitar la comunicación y las visitas (en la ejecución de las medidas) con sus padres, tutores o responsables (art. 118)

2.5 Perú

Como anticipé en Perú también se dieron dos reformas importantes en la legislación referida a la infancia y adolescencia a raíz de la ratificación de ese país a la CDN, es a partir de ese momento en el cual que se incorpora –como principio de carácter general- el interés superior, existiendo referencias normativas previas en la legislación de familia.

La primera reforma legislativa data de año 1993, la segunda –vigente hasta la actualidad- desde el año 2000.

La Constitución Política del Perú⁷³⁷ no lo contiene de forma expresa. En el artículo 4 se establece que:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Sin embargo, la jurisprudencia ha interpretado el texto citado como si el mismo reconociera el principio del interés superior. En la Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional del día 7 de noviembre del 2008 se dice que:

...Un adolescente es aquella persona que se encuentra comprendida entre los doce y dieciocho años de edad [...], y que cuenta con una tutela específica y especial a partir del mandato constitucional

⁷³⁶ Decreto No. 863 de 27 de abril de 1994, publicado D.O. No. 106, Tomo 323 del 8 de junio de 1994.

⁷³⁷ De 31 de diciembre de 1993.

del 'interés superior' de su cuidado y protección [artículo 4 de la Constitución; de manera más directa en el ámbito nacional, artículo IX del Título Preliminar del CNA]⁷³⁸.

En un fallo posterior, de 2 de octubre del 2009, el Tribunal Constitucional, reitera este criterio afirmando que "este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4º de la Constitución"⁷³⁹.

El principio se encuentra en el artículo IX, del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁷⁴⁰ (CNA), con el siguiente texto:

"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 derechos".

De la norma citada se puede concluir que es un principio que debe ser considerado en toda medida del Estado y en toda acción de la sociedad, de manera conjunta al respeto de los derechos de la persona menor de edad, es decir no se lo considera equivalente a los derechos.

La jurisprudencia peruana lo ha interpretado en dos sentidos, (1) que es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor y (2) y que al ser un estándar jurídico debe estar en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente⁷⁴¹.

El artículo citado del CNA es el único que contiene el interés superior como principio general redactado como cláusula general, las restantes

738 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 05842-2006-PHC/TC, fallo de 7/11/2008, párrafo 132.

739 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 01817-2009-PHC/TC, fallo de 7/X/2009, apartado 3 numeral 8.

Otros fallos que reiteran esto son el párrafo 15 del Expediente N.º 06165-2005-HC/TC, fallo de 6/XII/2005, en el que se dice que "...se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4º, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño...". En igual sentido el fallo contenido en el Expediente N.º 4646-2007-PA-TC de 17/X/2007.

740 No existe cambio alguno en el tratamiento que los dos cuerpos normativos, el de 1993 y el del 2000, otorgan al interés superior, más allá de algunas modificaciones en la redacción. En el Código del año 1993 se encontraba en el artículo VIII del mismo Título Preliminar.

741 Caso N.º 1805-2000, Lima, publicado en El Peruano de 30/01/2001, página 6810. De igual forma lo ha declarado el Tribunal Constitucional en el fallo contenido en el Expediente N.º 4646-2007-PA/TC de 17/X/2007 que en la parte pertinente del párrafo 46 se afirma que "En consecuencia [...] ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, debe preferirse éste indudablemente ante cualquier otro...".

referencias están ligadas a situaciones concretas como criterios para decidir o para actuar⁷⁴².

En este sentido aparece vinculado a las obligaciones de las entidades encargadas de la protección de la infancia y adolescencia en el Perú. Por ejemplo, el artículo 45.b, que regula las funciones de la Defensoría de la Niñez, dice que esta instancia debe “Intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, para hacer prevalecer el principio del interés superior”. El artículo 101, que regula la actuación del Consejo de Familia, dice que estos se constituyen para velar por los intereses del niño o del adolescente.

En cuanto a la Patria Potestad⁷⁴³, el artículo 78, se lo instaura como criterio para que el juez decida la restitución a los padres a quienes se les hubiese suspendido en su ejercicio, con referencia a la cláusula general. Cito el texto completo de dicha norma:

Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Los jueces peruanos de forma permanente equiparan al interés superior con el beneficio del menor de edad⁷⁴⁴; el Código civil de ese país, instrumento jurídico pre-CDN, trata los dos conceptos de manera diferenciada. Siendo el interés superior “una consideración” como cualquier otra sin una posición de privilegio frente a las demás consideraciones; también se aplica el principio cuando los jueces deben decidir sobre el régimen de visitas al progenitor⁷⁴⁵ al que no se le encargó la guarda del menor de edad, cuando se ha dado separación o divorcio, como lo establece inciso 2^{do} del artículo 88:

El juez respetando, en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

742 Otros artículos que contienen referencias al interés superior son el 144.e y 171, los dos que tratan materias vinculadas a la responsabilidad penal de los adolescentes.

743 Institución jurídica regulada ampliamente en el Código Civil, como se verá más adelante.

744 Caso N.º 1009-2000-Ica, publicado en El Peruano, de 19/08/2000.

745 “El régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos”. Caso N.º 856-2000-Apurímac, El Peruano, 30/11/2000, página 6449.

En el artículo 90 del CNA el criterio a considerar para que el juez autorice la extensión del régimen de visitas a los parientes (en cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad) y terceros no parientes cuando el “...interés superior así lo justifique”.

En el artículo 118 el interés superior debe ser considerado por las autoridades, cuando se toma una decisión en relación a un proceso de adopción que no puede culminarse por “circunstancias imprevistas”.

La última reforma al CNA ,de 4 de octubre del 2008⁷⁴⁶, que introdujo en el Perú la tenencia (custodia) compartida hace mención expresa al principio en el reformado artículo 81 ,in fine, en el que se establece que «la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente»⁷⁴⁷ (cursivas no constan en el original y es el texto incorporado en la reforma).

El Código Civil peruano del año 1984⁷⁴⁸, a pesar de ser un instrumento pre-CDN, contiene el principio materia del presente estudio en varias disposiciones para que los jueces tomen decisiones en casos concretos.

Respecto a las disposiciones del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, que regulan el principio, únicamente me referiré a las contienen expresamente el interés superior o interés del hijo, ya que como explique en la legislación peruana hacer referencia al “bienestar del niño”. Estas disposiciones son las siguientes:

- a) El artículo 345 del CC establece que los “intereses de los hijos menores de edad” y de la familia deben ser considerados para asignar el ejercicio de patria potestad y los alimentos en los casos de separación (convencional o de hecho) de los cónyuges. Esta regla no pone en una situación de jerarquía –o prevalencia- los intereses de los menores de edad frente a los de la familia.
- b) El segundo inciso del artículo 426 del Código Civil, en concordancia del artículo 78 del CNA, utiliza como criterio exclusivo el interés del

746 Ley No. 29269, Ley que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida, de 4 de octubre del 2008. Al artículo se introdujo un nuevo inicio con el siguiente texto «En cualquiera de los supuestos el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor», además de incluir la palabra niña en el texto.

747 Existe alguna opinión que considera que «La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés Superior del Niño) es sólo un marco referencial, más no es una imposición al juez especializado». Conclusión un tanto extraña si se considera el texto del artículo que dice que la actuación del juez especializado, al dictaminar la tenencia compartida, se hará «salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente». Bermúdez Tapia, M., *Tenencia compartida en el Perú*, en Revista de Derecho de Familia, No. 41 de octubre-diciembre 2008, p. 258. 257-286.

748 Decreto Legislativo No. 295 de 24 de julio de 1984.

niño para la restitución de la patria potestad a los padres, cuando se les ha privado o limitado el ejercicio⁷⁴⁹.

- c) El artículo 421 del Código Civil, al regular la asignación de la patria potestad de los hijos extramatrimoniales establece que cuando los dos progenitores lo hayan reconocido el juez es que el que decide a quien le corresponderá "...atendiendo a la edad y sexo del hijo, a las circunstancias de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor".

La parte final del mismo artículo faculta al juez que confíe la guarda de la persona o de los bienes a terceros cuando "...así lo exige el interés del éste".

- d) El artículo 426 del CC que excluye a los padres de la obligación de brindar una garantía para la administración de los bienes de los hijos, utiliza el "interés del hijo" para que el Consejo de Familia solicite que se constituya una garantía.
- e) Los artículos 447 y 535 del CC peruano, que establecen como obligatoria la venta de los bienes de los hijos por medio de subasta, permite que el juez apruebe –excepcionalmente- que no se la haga, siempre con audiencia del Ministerio Público, cuando a su juicio el interés superior así lo requiera.
- f) El artículo 677 del Código de Procedimiento Civil establece que los jueces pueden permitir la ejecución anticipada de la futura decisión judicial cuando las demandas versen separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega del menor, tutela y curatela, atendiendo al interés del niño de edad afectados con ella.

Se puede concluir, de la revisión de la normativa y la jurisprudencia que en el Perú se regula al interés superior como una cláusula general, estableciendo su contenido y alcance caso por caso de acuerdo a la valoración de los jueces, sin establecer criterios normativos para decidir el alcance del mismo.

La jurisprudencia constitucional es la que considera que es un principio dirigido a "garantizar la satisfacción de los derechos" y que debe ser considerado en primer lugar al tomar cualquier decisión que afecte a las personas menores de 18 años.

⁷⁴⁹ En la jurisprudencia peruana se reafirma la importancia del interés superior para decidir la asignación de la patria potestad, debiendo ser evaluada caso por caso, pero dando preferencia a lo decidido por los progenitores: Caso No. 2096-97 de la Corte de Lima, publicado en el peruano de 16 de enero del 1999, considerando primero, página 2481.

2.6 La regulación del interés superior en España

Existe un cierto consenso de que el principio del interés de menor es de reciente incorporación al derecho privado y público español⁷⁵⁰.

Algunos autores sostienen que es un principio de relevancia constitucional⁷⁵¹ que vincula a los poderes públicos, protegiendo y actuando como un principio informador de las instituciones de protección de la infancia⁷⁵², además de considerar que es una directriz básica de toda la legislación de menores⁷⁵³. Como tal se dice está recogido en los capítulos II y III del título I de la Constitución Española (CE)⁷⁵⁴.

Existen autores que afirman que es un principio constitucional per se, incluso se lo considera como uno de sus principios rectores de la CE⁷⁵⁵, identificando a los numerales 1 y 2 del artículo 39⁷⁵⁶ como las normas constitucionales que lo contienen⁷⁵⁷.

No estoy de acuerdo con esta afirmación. Si bien es claro que la Constitución de 1978 introduce importantes consideraciones sobre la infancia y adolescencia, esto no implica que el interés superior haya sido constitucionalizado⁷⁵⁸, si bien, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo

750 Rivero Hernández, F., "El interés del menor"..., p. 27. En el mismo sentido: Lázaro González, I. (coordinadora), *Los Menores en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 103;

751 Torres Perea, J.M., "Interés del Menor y...", p. 21; Cabedo Mallol, V., "Marco constitucional de protección...", *Ob. Cit.*, p. 26.

752 La STS 605/2011 de 21 de febrero, F.1, considera que es de "relevancia constitucional".

753 Linacero de la Fuente, M., "Protección Jurídica del Menor", *Ob. Cit.*, p. 54.

754 No todos los trabajos de análisis de las disposiciones de la Constitución española en materia de los derechos del niño llegan a esta conclusión, a manera de ejemplo se puede revisar Calvo Blanco, E. B., *La protección de los derechos del niño en la Constitución española*, publicado en *Cuadernos Jurídicos*, Año 3, No. 34 de octubre de 1995, pp. 17-29.

755 Artículo 39: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad."

756 Linacero de la Fuente, M., *Protección jurídica...*, *Ob. Cit.*, p. 54; Ureña Martínez, M., *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, Cuadernos Aranzadi, Pamplona, 2008. p. 13.

757 Cabedo Mallol afirma que «El principio del libre desarrollo de la personalidad y, en especial, el valor de la dignidad de la persona, además de ser el fundamento, junto a los derechos que los son inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, del orden político y las paz social, determinarían el principio informador del sistema de protección de menores: el interés superior del menor o favor minoris» en "Marco constitucional de protección...", *Ob. Cit.*, p. 26. En sentido parecido Alegría Borrás «La protección del menor se articula sobre una noción abstracta, el valor jurídico indeterminado que es el "interés del menor", que aparece en el art. 39.4 de la Constitución española...», en "El «interés del menor» como factor de progreso y unificación...", *Ob. Cit.*, p. 55. Rivero Hernández, F., sostiene que "...ese principio general, recogido en diferentes normas de los cap. II y III, título I, de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos (art. 53.2 C.E., respecto de las del cap. II) e informará la práctica judicial", posteriormente complementa esta idea afirmando que "Cuando la Constitución proclama nuevos valores personales y, por lo que aquí concierne, el principio del interés del menor como prevalente (superior), exige que las normas sub-constitucionales respeten y regulen aquellos valores y este principio"; sin embargo el autor posteriormente distingue entre el «principio constitucional de protección integral» y el «principio (civil) del interés del menor»; Rivero, F. *Ob. Cit.*, pp. 41, 44 (para la primera afirmación) y 87 para la segunda.

758 STC 28/2001, de 1 de febrero.

39.4⁷⁵⁹ de la CE, se incorporó a la legislación española los instrumentos internacionales que lo contienen, obviamente el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989⁷⁶⁰.

RIGEL SÁNCHEZ⁷⁶¹ rechaza la “constitucionalización” del interés del menor, y sostiene que no existe forma de encontrar algún indicio de “preferencia” de los intereses de los hijos por sobre el de los padres, reflejándose esta interpretación en la reforma al Código Civil en 1981, pero reconoce que esta política legislativa se reafirmó con la ratificación por parte de España de la CDN⁷⁶².

Estoy de acuerdo con la opinión de que la Carta Magna española prefiguraba el interés del niño como un principio constitucional, por su manifiesta preocupación por la infancia, pero no considero que el mismo pueda considerarse como un principio de la Constitución española⁷⁶³.

Otros autores consideran que el principio del favor filii tiene un papel sustancial y transformador de la legislación de familia española, así FERNÁNDEZ DOMINGO sostiene que a este principio:

...se subordina casi toda la regulación del moderno derecho de familia. No hay figura que no ceda ante él [...]. En definitiva, con

759 “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

760 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, Ob. Cit., pp. 207 y ss. Esta autora considera que la “Convención ha provocado que la mayoría de las legislaciones europeas hayan recogido el principio del interés del menor”.

761 Rigel Sánchez, L. F., Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales, publicado en Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 4893 y ss.

762 «Entonces se extraen del cajón de la Constitución y el Código Civil y se pone de manifiesto que el artículo 39.3 de la Carta Magna declara que “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»». De este párrafo de la Constitución, unido al anterior (“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos”) se ha querido inferir por un sector de la doctrina y la jurisprudencia menor un principio general, el favor filii, en virtud del cual, en “todo conflicto familiar, cuando estén en colisión con los intereses protegibles de más de una persona, debe atenderse preferentemente el interés del hijo menor”.

Después de leer una y otra vez los dos apartados del precepto constitucional mencionado, no hemos vislumbrado por ninguna parte que configuren la preferencia del interés del hijo menor sobre el de los padres, aislada o conjuntamente considerados. Se limitan a ordenar que los hijos estén protegidos desde todos los puntos de vista, material y moral, pero no expresan que esa protección tenga un rango superior a cualquier otra consideración.

Los autores de la reforma [del Código Civil] de 1981 fueron más allá de lo que plasmaba la Constitución e hicieron depender la decisión del juez de la preferencia del interés del hijo sobre los demás que puedan confluir, con lo que vinieron a consagrar legalmente algunas manifestaciones del principio favor filii. Esta política legislativa fue posteriormente reafirmada a consecuencia de la ratificación por el Estado español el 30 de noviembre de 1990 en la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989». Rigel Sánchez, L. F., “Reflexiones sobre...”, Ob. Cit., p. 4893.

763 En este sentido se pronuncia Zumaquero Gil quien considera que con la aprobación de la CDN es “... cuando se dispone de un texto que permite la introducción de este principio en nuestro ordenamiento, al ser una fuente directa de obligaciones para los Estados Partes. Aunque ciertamente nuestra Carta Magna configuraba ya el interés del menor como un auténtico principios constitucional”. Zumaquero Gil, L., *El interés del menor en los tribunales españoles*, publicado en 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, Directores Aldecoa Luzárraga, F., Forner Delaygua, J. y coordinado por González Bou, E., González Viada N., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 39.

*mejor o peor criterio, no podemos hacer otra cosa que reconocer que el favor filii es el principio cardinal del ordenamiento, que ha transformado los antiguos derechos-deberes del derecho familiar en casi exclusivos deberes, inherentes a la responsabilidad derivada de la generación*⁷⁶⁴.

Las diferencias entre el favor filii y el interés del menor son claras en la legislación española, ahora los dos tienen que común que se las regula como una cláusula abierta o general⁷⁶⁵, en el caso del interés del menor se pueden encontrar como excepción una legislación autonómica⁷⁶⁶ que no regula este principio usando esa técnica.

En la legislación se impone la obligación de actuar en interés del menor pero no se define o predetermina el contenido del principio⁷⁶⁷ y al ser un concepto jurídico indeterminado no se predetermina normativamente cómo se debe aplicar a un caso concreto⁷⁶⁸ dejando a la casuística la labor de perfilar el concepto⁷⁶⁹.

764 Fernández Domingo, J. I., El principio del “favor filii” en el derecho familiar español, en Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 164.

765 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, Ob. Cit., p. 212

766 Como se explicó antes, en la legislación catalana se optó por establecer algunos criterios para determinar que se considera el interés superior en casos concretos, esto por medio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Posteriormente se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, normativa en se considera al “interés del menor”. En el preámbulo de la Ley se explica la importancia del principio en los siguientes términos: “El presente libro recoge y refuerza el principio del interés superior del menor en relación con el conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o su patrimonio pueden verse afectados por decisiones que otros toman en su nombre. La nueva normativa proporciona, además, criterios con los que puede perfilarse mejor este interés en relación con las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando es preciso establecer cómo se ejercen las responsabilidades parentales sobre los hijos menores después de la ruptura matrimonial o de la convivencia estable en pareja, pero también en el desarrollo de la potestad parental o de la tutela”. En artículo 211-6 se señala que el “interés del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte”. En el misma norma se integra el derecho de los menores de edad a ser informados y escuchados antes de tomar una decisión que afecte “directamente” su esfera persona o patrimonial. Para los menores de edad mayores de 18 años, esto es obligatorio en todo caso, debajo de esa edad depende de su “capacidad natural”, de acuerdo a la norma citada. De igual forma se establece que cualquier acto del representante legal que implique una prestación personal debe ser autorizado por el mayor de 12 años de edad, o si teniendo menor, tiene “suficiente juicio”. Una fuerte crítica realiza Susana Navas Navarro a la forma en que se redacta el art. 211-6.1, en su opinión esa norma –al igual que las restantes nacionales e internacionales- permitirían al adulto que toma decisiones en relación al menor desatenderlo «ya que no es el principio en el que deba fundamentarse la decisión, sino que es el principio en el que debe inspirarse. El hecho de que se emplee, en las normas catalanas, el artículo determinado “el” (principio), implica que debe ser el principio que debe guiar la decisión, pero sin impedir que el “adulto”, que toma la decisión, tenga en cuenta otros principios u otras consideraciones, puesto que, en última instancia, dependerá de sus valores y principios personales en cuanto a formas de actuación la concreción del interés del menor.». Navas Navarro, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas...”, Ob. Cit., pp. 620-621.

767 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, Ob. Cit., p. 211; Torres Perea, J.M., “Interés...”, p. 24.

768 Torres Sánchez, J.M, La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, Arazandi, Navarra, 2009, p. 87.

769 Linacero de la Fuente, M., Protección jurídica...”, Ob. Cit., p. 60.

Se atribuye a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁷⁷⁰ (Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil) haber generalizado el interés del menor como principio que rige todas las actuaciones que tienen relación con él⁷⁷¹ y ser la normativa que ha establecido al interés del menor⁷⁷² como central en el conjunto de la legislación española⁷⁷³.

En el artículo 2 (Principios generales) de dicha Ley, determina que en su aplicación «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiese concurrir». A partir de esto se le ha considerado un principio general del derecho, informador de todo el ordenamiento jurídico⁷⁷⁴, en los términos de lo prescrito en el artículo 1.4 del Código Civil⁷⁷⁵. RIVERO HERNÁNDEZ lo considera como un principio informador de las instituciones de protección de menores⁷⁷⁶.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre⁷⁷⁷ (Adopción internacional) establece que sus disposiciones deben ser interpretadas con arreglo al principio del interés superior de los menores, el que se declara, en el mismo sentido del artículo 2 de la LOPM, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo⁷⁷⁸.

El objeto de dicha Ley (art. 2.1) es «garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración del interés superior del menor».

Para alcanzar este propósito, por ejemplo, en el artículo 4.1.c determina que no se tramitará las solicitudes de adopción de «menores nacionales

770 BOE núm. 15 de 17 de enero [RCL 1996, 145].

771 Cabedo Mallol, V., Marco constitucional de protección de menores, segunda edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 39.

772 De recordarse en qué materia penal se establece que el interés del menor debe ser un criterio básico en los temas de responsabilidad penal de acuerdo a la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo, párrafo 7: "...en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia". Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

773 Torres Perea, J.M., "Interés...", Ob.Cit. p. 51.

774 Torres Sánchez, J.M, La Seguridad...", p. 85. Para Rivero es "...un principio general de Derecho privado", Ob. Cit., p. 81-82 "El interés...".

775 Artículo 1.4 "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre o sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

776 Rivero Hernández, Ob. Cit, p. 81 (primera edición)

777 BOE núm. 312, de 29 de diciembre [RCL 2007, 2383].

778 Un estudio sobre la nueva regulación española sobre adopción internacional se puede ver en Durán Ayago, A., La Nueva regulación de la adopción internacional, en Nuevos conflictos del Derecho de Familia, Llamas Pombo, E. (c), editorial la Ley, Madrid, 2009, pp. 543-566.

de otro país o con residencia habitual en otro Estado en que no se respete el interés del menor, y se lo incluye al tratar las reglas sobre el orden público internacional español (art. 23 y 31).

En el Código Civil existen varias disposiciones que lo incorpora en los supuestos de necesidad de protección o amparo⁷⁷⁹ (en este sentido algunos autores consideran que la legislación española regula al principio como una garantía⁷⁸⁰). También en los temas relacionados a la patria potestad, a la tutela, a la guarda y custodia, etc., a continuación una revisión de las principales normas del Código Civil que lo contienen⁷⁸¹:

- a) En el art. 20.2.a⁷⁸² se establece (a propósito de la nacionalidad española) que el encargado del Registro Civil -previo dictamen del fiscal- podrá conceder la autorización para que el representante legal del menor de 14 años opte en su nombre a la nacionalidad española.

779 Lázaro González, Ob. Cit., p. 104.

780 Navas Navarro, sostiene esta posición al diferenciar bienestar del menor e interés del menor, afirma que "Las normas que aluden a «se tendrá en cuenta el interés del menor» o que «el interés del menor prevalecerá frente a otro interés», lo hacen en la adopción de diferentes medidas o en la regulación de instituciones que, de una forma u otra, afectan a los menores. El hecho de que prevalezca en la adopción de aquéllas el interés del menor significa que los legisladores quieren «garantizar», ante situaciones que pueden perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, «el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales». Esa garantía viene constituida por el principio del interés del menor [...] A mi modo de ver, no cabe otra interpretación según la metodología de la que se hace aplicación. Así, no basta que se presente la protección de los menores, en las Constituciones, en un principio rector o en un fin social, sino que debe garantizarse dicha protección mediante el principio del interés del menor, es decir, la garantía del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de sus derechos fundamentales (83). Se puede observar que la relevancia en la aplicación del principio del interés del menor se da cuando un derecho del menor aparece enfrentado o contrapuesto a otro derecho, normalmente, al de sus padres o al de otro guardador. En este caso, la solución debe plantearse en términos de prevalencia: ¿debe prevalecer el derecho del menor o el del titular del oficio protector? El criterio de solución del conflicto es el interés del menor, lo que determina que cuando el derecho del menor enfrentado sea un derecho fundamental, prevalecerá sobre el derecho del padre (art. 2.1 LOPJM). En cambio, cuando no esté en juego un derecho fundamental del menor habrá que ver el caso en concreto y no siempre será preferente el derecho del menor, sobre todo cuando se enfrenta a un derecho fundamental del padre o al denominado interés familiar". Navas Navarro, S., pp. 707 y 708. En un trabajo más reciente la autora sostiene la misma posición «Como punto de partida, hay que distinguir dos conceptos que, a menudo, suelen identificarse, pero que, sin embargo, a nuestro entender, pueden (y deben) diferenciarse: el "interés" del menor y el "bienestar" del menor. La CRC [CDN] también traza esta distinción. En efecto, el art. 3.1 alude al interés del menor; mientras que el 3.2 se centra en el bienestar del menor [...]. El segundo concepto es la premisa para que exista el primero». "Los derechos del menor en las familias reconstituidas...", Ob. Cit., pp. 623-624.

No existe unanimidad al considerar al interés superior y al bienestar del menor como diferentes, podemos citar como ejemplo de uso como sinónimos a Caballero Lozano que al referirse a la capacidad asociativa de los menores de edad dice que "...existe otro principio más importante si cabe, tratándose de menores de edad, como es el del superior interés del menor (art. 2.1 LM) o del beneficio del menor (art. 154.11 CC)..." Caballero Lozano, J. M., La capacidad asociativa del menor de edad, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 308.

781 Llamas Pombo llama la atención respecto del hecho de en la legislación se "han acentuado aquellos [aspectos] que atañen a su bienestar personal, como principio rector de las instituciones de guarda, clave del nuevo régimen de protección de menores (tutela automática, acogimiento, adopción). La relación paterno-filial se despatrimonializa, al perder la patria potestad el carácter de potestas, desaparecer el usufructo sobre los bienes del hijo y consagrarse la idea de officium...". Llamas Pombo, E., Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 109.

782 Artículo 20.2.a.- "La declaración de opción se formulará: a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapaz. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz".

- La autorización se concede en «interés del menor».
- b) El art. 92, que regula las medidas a tomarse en relación a los hijos en caso de separación, divorcio⁷⁸³ y nulidad del matrimonio de sus padres, estipula en su numeral 4⁷⁸⁴, que estos podrán acordar en el convenio regulador, o el juez aprobar, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En el numeral 8⁷⁸⁵ se determina que el Juez, a instancia de una de las partes, y cuando se den los supuestos del numeral 5⁷⁸⁶, «podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».
- c) En el artículo 103.1⁷⁸⁷ (que regula las medidas provisionales una vez admitida la demanda de nulidad, separación y divorcio⁷⁸⁸ y no existiendo acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente) se establece que el Juez determinará en «interés de los hijos» con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo al mismo Código, y «la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos cumplirá el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.»
- d) El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección: satisfacerlos, pagar la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su casa,

783 Para una revisión de las medidas relativas a los hijos en caso de nulidad, separación y divorcio se puede revisar: Llamas Pombo, E., *Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión*, en *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Llamas Pombo, E. (c), editorial la Ley, Madrid, 2009, pp. 238-254.

784 Artículo 92.4.- “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.”

785 Artículo 92.8.-“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente al interés superior del menor.”

786 “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”

787 Artículo 103.1.-“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo a lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo autoridad del juez. [...]”

788 Torrelles Torrea en el estudio que realiza de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil, explica que en la reforma «si se es libre para contraer matrimonio sin otra causa que la voluntad individual, también se debe ser libre para ponerle fin por la misma voluntad individual. Ahora bien, eso con la condición que en ningún caso se dejen de regular las consecuencias jurídicas de la ruptura, poniendo en primer lugar la defensa del interés de los menores, si los hubiere, y la situación del cónyuge más desprotegido.» (cursivas no consta en el original). Torrelles Torrea, E., *La Ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce y los principios del Derecho europeo de familia*, en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Llamas Pombo, E. (c), editorial la Ley, Madrid, 2009, p. 206.

- no obstante esto no se autorizará cuando «concurra justa causa o perjudique el interés del menor de edad» (art. 149⁷⁸⁹).
- e) La patria potestad debe ser ejercida «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica»^{790 y 791} (art. 154⁷⁹²); en los casos en caso de que los padres vivan separados, y no alcanzaran un acuerdo con quien de ellos se quedará el hijo menor, el Juez es el que lo decidirá tomando la decisión siempre en beneficio de los hijos (art. 159⁷⁹³). En caso de que los padres vivan separados la patria potestad la ejerce quien conviva con el hijo menor, sin embargo el Juez a petición del otro progenitor podrá otorgar el ejercicio conjunto con el otro progenitor o distribuirla entre el padre y la madre, la decisión podrá ser tomada en interés del hijo (in fine del artículo 156⁷⁹⁴).
- f) En el artículo 161⁷⁹⁵, a propósito del acogimiento familiar faculta al Juez a regular o suspender, atendiendo las circunstancias e interés del menor, el derecho que tienen sus padres, abuelos y demás parientes a visitarle y relacionarse con el menor acogido.

789 Artículo 149.-“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique al interés del alimentista menor de edad.”

790 Al respecto de éste artículo Ruiz Rico, Fuente Nuñez de Castro y Luque Jiménez afirman, al referirse a la patria potestad, que «Lo único que sucede es que el ejercicio de esas facultades [de la patria potestad] ha de hacerse con un límite tan fuerte (el supremo interés del menor) que se llega a crear la apariencia de ser mayor la faceta vinculante que el ámbito de poder de los padres. Pero en todo caso se trata de una afirmación técnicamente inexacta. No son cuantitativamente parangonables los deberes con los derechos derivados de la potestad paterna, ya que operan en campos diferentes, los primeros en las relaciones entre padres e hijo, los segundos, entre padres y terceros (con el límite citado del interés del menor», vid. Ruiz-Rico Ruiz, J.M., De la Fuente Núñez de Castro y Luque Jiménez, M.C., “Reflexiones sobre la protección...”, p. 64.

791 Hay autores que consideran que éste texto ha establecido un parámetro para valorar el interés superior, al afirmar que el artículo 154, concreta ese interés «en el respeto a la personalidad del menor y a su integridad física y psicológica», concluye afirmando que « Las consecuencias jurídicas que pueden extraerse de la reforma son dos, por un lado, el respeto a la integridad física y psicológica del menor se ha convertido en un parámetro interpretativo, junto con el de la personalidad del menor , para la determinación del interés del menor en el ejercicio de la patria potestad y tutela; por otro, la derogación del derecho de corrección a los hijos y a los pupilos en el ejercicio de la patria potestad y tutela.»Vid. Ureña Martínez, M., “Malos tratos a menores...”, Ob. Cit. pp. 13, 15, 29.

792 Artículo 154.-“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.”

793 Artículo 159.-“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”

794 Artículo 156.-“[...] Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

795 Artículo 161.-“Tratándose del menor acogido, el derecho a que sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.

- g) El párrafo segundo del art. 170⁷⁹⁶ determina que, en los supuestos de privación parcial o total de la patria potestad, «Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.».
- h) Las normas del Código Civil que regulan otras instituciones de protección a los menores de edad establecen como parámetro de decisión al interés del menor. En el artículo 172 numeral 4 se establece que con el acogimiento se «buscará siempre el interés del menor y se procurará cuando no sea contrario a ese interés su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona».
- En el numeral 8 se estipula que «La entidad pública, de oficio, o a instancias del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.».
- i) El art. 173, que regula el acogimiento familiar, establece en su numeral tercero que «Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor...», siendo posible que la entidad pública pueda «acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial».
- j) En el art. 173 bis, que trata sobre el acogimiento familiar permanente, se dispone que la «entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor».
- k) En el art. 179.1 se faculta al Juez a decidir la extinción de la adopción siempre que esta « no perjudique gravemente al menor».
- l) El artículo 216⁷⁹⁷ que se regula las funciones tutelares, habilita al Juez a que, de oficio o a instancia de cualquier interesado, tome las medidas y disposiciones del art. 158 del C. c., cuando lo requiera el interés de los menor.

796 Artículo 170.-“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.
Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”.

797 Artículo 216.-“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.
Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o d derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés superior de éstos.”.

- m) Se permite al Juez, en el artículo 224⁷⁹⁸, que constituya la tutela, no aplicar las medidas del artículo 223⁷⁹⁹ cuando lo considere en “beneficio del menor”, en cuyo caso deberá motivar la decisión.

Este breve repaso de las principales normas españolas que contienen el interés del menor reafirma que la técnica de regulación por la que se ha optado es la de un concepto jurídico indeterminado, que se presenta por medio de una cláusula abierta o general.

Son varias opiniones que resaltan las ventajas de esta técnica, por ejemplo ROCA TRÍAS⁸⁰⁰ considera que de esta forma no se deja por fuera situaciones que no podrían ser anticipadas, siendo –en sus palabras– «válvulas de escape» para enfrentar precisamente la imprevisibilidad de estas situaciones.

Un sector de la doctrina evalúa esto como arriesgado, ya que es un concepto «absolutamente indeterminado en cuanto su contenido “Es fácilmente manipulable según los intereses que estén en juego en un supuesto concreto»⁸⁰¹. ROCA TRÍAS se refiere a esas críticas desde una consideración global: “Si no hay criterios objetivos, cualquier sistema jurídico se convierte en inseguro, caprichoso e incluso arbitrario.”⁸⁰².

2.7 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional español ha sido muy claro al advertir que no es de su competencia efectuar «la ponderación de cuál sea el interés superior» en un caso concreto, recordando que la determinación casuística del interés superior es una cuestión de legalidad ordinaria⁸⁰³, siendo de su competencia examinar si la motivación y la fundamentación de la

798 Artículo 224.-“Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.”.

799 Artículo 223.-“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de un tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.”.

800 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, Ob. Cit., p. 217 y 218.

801 Jiménez-Yábar, I., Dialogo sobre el principio del interés superior del menor, publicado en Comisión Organizadora del Congreso General de la Familia, en La Familia, protagonista, Pamplona, 2003, p. 488; Ruiz-Rico Ruiz, J.M., De la Fuente Núñez de Castro y Luque Jiménez, M.C., “Reflexiones sobre la protección...”, p. 66 y 67.

802 Roca Trias, E., “Familia y cambio...”, Ob. Cit., p. 216.

803 ATC 28/2001, de 1 de febrero; STC 71/2004, de 19 de abril; STC 221/2002 de, 25 de noviembre, F. 4.

motivación se ha sustentado en el principio del interés superior y si no se han lesionado derechos fundamentales⁸⁰⁴.

Para el Tribunal una motivación podrá ser considerada en «“Derecho”, naturalmente, si se sustenta en la ponderación del interés superior del menor” estableciendo que «tanto la Ley Orgánica 1/1996, como, sobre todo, los textos internacionales sobre la materia (en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990-, y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo -Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio-), con expreso apoyo en lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, han elevado [al interés del menor], en último término a norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español»⁸⁰⁵, dejando claro que es un principio rector de actuación de los poderes públicos⁸⁰⁶.

Cuando existe un conflicto entre los derechos y libertades del menor con otras personas (en particular sus padres) se considera prevalente el interés superior de los menores de edad⁸⁰⁷ -dice el TC- pero recuerda que no se puede perder de vista, cuando están en juego otros intereses, que estos deben ser ponderados⁸⁰⁸, por ejemplo «con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable»⁸⁰⁹.

Ha señalado al alto Tribunal que su competencia es la de evaluar sí la ponderación de derechos (efectuado por la justicia ordinaria) resulta «manifiestamente incorrecta o errónea» o si es restrictiva de un derecho fundamental y en ese caso puede controlar:

...en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de la resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales.⁸¹⁰

804 STC 71/2004, de 19 de abril, F. 8.

805 STC 28/2001, de 1 de febrero.

806 STC 124/2002, de 20 de mayo, F.6; STC 221/2002, de 25 de noviembre, F. 2.

807 STC 260/1994, de 3 de octubre; STC 114/1997, de 16 de junio; STC 141/2000, de 29 de mayo; STC 71/2004, de 19 de abril; STC 75/2005, de 4 de abril, F. 6.

808 STC 298/1993, F. 3; STC 114/1997, F. 6.

809 STC 71/2004, de 19 de abril.

810 STC 71/2004 de 19 de abril, reproduciendo lo dispuesto en STC 7/1998, de 13 de enero.

Por esto, es posible examinar las medidas tomadas de acuerdo a los fines de la tutela del interés del menor⁸¹¹.

En los procedimientos del Derecho de familia en los que se encuentran involucrados menores de edad -ha dejado claro el TC-, no pueden ser tratados jurisdiccionalmente:

...como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor⁸¹².

Para proteger a los hijos, dice el TCE, el juez tiene una actuación discrecional, debido a que:

Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos⁸¹³.

El Tribunal señala la importancia de que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal, o familiar, de un menor que goza ya de juicio sea oído como un medio para dar efectividad al derecho a ser escuchado como se establece el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor, norma en la que se reconoce el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte su esfera personal, familiar o social⁸¹⁴.

Como estableció en su jurisprudencia el TC no tiene competencia para evaluar lo que implica el interés de un menor de edad, además debe tener un caso concreto, pero en varios fallos se puede verificar que ha dispuesto lo que debería considerarse como favorable al interés del menor de edad, que además del interés superior, el principio de “preferencia de la familia

811 STC 71/2004, de 19 de abril, F. 8.

812 STC 4/2001 de 15 de enero, F. 4; STC 124/2002 F. 4, STC 75/2005 de 4 de abril, F. 3.

813 STC 185/2012 de 17 de octubre, FJ 4.

814 STC 221/2002 de 25 de noviembre, F. 5; STC 71/2004 de 19 de abril, F. 7; STC 75/2005 de 4 de abril, F. 3; 17/2006 de 30 de enero, F. 5; STC 183/2008 de 22 de diciembre, F. 3.

natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores”⁸¹⁵.

Estima que al realizar «la ponderación de intereses en juego para decidir acerca del otorgamiento o denegación» de una medida, debe actuarse con extremo cuidado y subordinarse «en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados», para esto, por ejemplo, señala que «la protección de los derechos e intereses de los menores queda [...] mejor garantizada por el mantenimiento y no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual...». Para el Tribunal «...los sucesivos cambios de su entorno afectivo y de convivencia podrían causarles graves perjuicios en su personalidad en formación»⁸¹⁶.

Del mismo modo ha señalado que es favorable a su interés superior, “evitar cualquier situación de desvalimiento material...”⁸¹⁷.

En el marco de éste estudio es relevante la jurisprudencia del TC que examina la motivación de las resoluciones judiciales en las que se aplica el interés superior como un principio jurídico indeterminado.

Por ejemplo, ha concluido que no se satisface las exigencias constitucionales de motivación (art. 24 CE en relación al 120.3), el que en un fallo se haga únicamente mención a que la decisión se toma en interés del menor, cuando en caso estudiado el Juez justificaba su decisión afirmando que «en este caso el interés del menor justifica la constitución del acogimiento»⁸¹⁸. Señala el Tribunal que esto «no permite conocer al justiciable las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Juzgador a concluir que el mencionado interés prevalente pasa en el caso enjuiciado por ordenar el acogimiento».

Es obligación del juzgador:

*...apoyar su decisión sobre razones y hechos concretos relacionados con el caso enjuiciado, mediante remisiones específicas a los testimonios obrantes en autos...sobre la situación de desamparo del menor con sus padres biológicos y la conveniencia para el mismo de acordar el acogimiento pre adoptivo*⁸¹⁹.

815 STC 71/2004, de 19 de abril, F. 8.

816 ATC 206/2000; ATC 21/2002, de 25 de febrero, F. 3; ATC 148/2002 de 23 de julio, F. 3; ATC 273/2003, de 22 de julio, F. 3; ATC 198/2004, de 26 de mayo, F. 1; ATC 461/2007, de 17 de diciembre, F. 1

817 STC 71/2004 de 19 de abril.

818 STC 75/2005 de 4 de abril, F.5

819 *Ibíd.*, F.5

Para satisfacer la necesidad de motivación, el TC considera que no es necesario que el:

...órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior⁸²⁰.

Es decir, la indeterminación del principio del interés superior requiere de las autoridades una motivación precisa esto como único medio de dotar contenido al principio y no caer en la arbitrariedad en nombre de la discrecionalidad.

La motivación, dice el TC, « [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones»⁸²¹.

Concluyendo,

La motivación de las Sentencias, como exigencia constitucional (art. 120.3 CE) que se integra sin violencia conceptual alguna con el derecho a una efectiva tutela judicial, ofrece, por tanto, una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen un fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan...⁸²².

En el año 2012⁸²³ el TCE se pronunció sobre la constitucionalidad la palabra “favorable” del número 8 del artículo 92 del Código civil⁸²⁴, que supeditaba la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, en los casos de separación y divorcio en que no existía acuerdo de los padres, al informe favorable del Ministerio Fiscal.

El TCE decidió declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del art. 92.8 del Código civil, al considerar que esa disposición vulnera el artículo 117.3 de la CE «...pues corresponde exclusivamente al Juez o

820 Ibid., F.5.

821 STC 77/2000, de 27 de marzo, F. 2.

822 Ibid., F. 1.

823 STC 185/2012, de 17 de octubre del 2012. BOE, Núm. 274, de 14 de noviembre de 2012.

824 Artículo 92.8 «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.»

Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida»⁸²⁵; y, el 24.1 CE sobre la tutela judicial efectiva por «... condicionarse –a juicio de la Sala- el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo el requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión»⁸²⁶.

Esta Sentencia recuerda algunas decisiones previas sobre la materia, las que podría considerarse un resumen de los aspectos principales de la doctrina del Constitucional español en relación al interés superior:

- 1) Existe un interés público evidente en la protección de la familia y la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos⁸²⁷;
- 2) Cuando está en juego el interés de los menores, dice el TCE, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y tienen una consideración más cercana a los elementos de ius cogenes⁸²⁸.
- 3) El criterio que debe presidir la decisión judicial en materia de relaciones paterno-filiales es, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango –recuerda el TCE- no resulta desdeñable⁸²⁹.

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta las relaciones filiales, y podría repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores nunca es preferente⁸³⁰.

- 4) El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia⁸³¹.
- 5) El derecho que tienen los menores de edad, que estén en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado⁸³².

825 STC 185/2012, FJ 6.

826 *Ibíd.*, FJ 7, en el que se recoge la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2.

827 *Ibíd.*, FJ 4.

828 *Ibíd.*, FJ 4.

829 *Ibíd.*, FJ 4, recogiendo las SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

830 *Ibíd.*, FJ 4.

831 *Ibíd.*, FJ 4.

832 *Ibíd.*, FJ 9. Recogiendo la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3.

2.8 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

De la numerosa jurisprudencia del TSE que trata el tema del interés del menor, voy a referirme a la más reciente en la que se recoge los aspectos centrales del tratamiento dado a este tema por el Tribunal y refleja la evolución dada en esta materia.

Esta jurisprudencia reafirma que el interés superior del menor es «el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores...»⁸³³; debiendo considerarse al principio un componente «axiológico que informa la tutela del interés superior del menor»⁸³⁴.

Anteriormente el TSE, al analizar la relación del interés superior con el principio de reinserción en la propia familia, había establecido la obligación que tienen los jueces de adecuar sus decisiones al interés del menor porque es «el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores», reconociendo que este un «principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores», por ello las medidas a ser adoptadas deben ser las «más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor»⁸³⁵.

La STS 26/2013 de 5 de febrero⁸³⁶, al analizar una relación comercial en la que se encuentra involucrada un menor de edad, establece dos dimensiones en las que el interés del menor debe considerarse (i) como elemento de interpretación del negocio jurídico y, (ii) como criterio de asignación de prioridad, al dar preferencia al interés del menor en el caso concreto⁸³⁷.

El TS considera que, establecido el interés superior del menor como ámbito axiológico de la disputa, esto lleva a examinar al contrato más allá de sus aspectos patrimoniales, por lo que no puede limitarse en estos casos a un análisis del “carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma”, siendo necesario examinar los límites a la autonomía privada, la libertad contractual, en particular

833 STS 26/2013 de 5 de febrero, F. 3.2.

834 *Ibid.*, F.3.2.

835 Todas las citas se refieren a la STS 5817/2009 de 31 de julio, F. 6.

836 En esta sentencia se analiza la «Práctica de contratación respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador de fútbol mediante una relación comercial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo, propiamente dicho...» F. 1.1.

837 *Ibid.*, F.3.1.

la representación de los hijos, todos supeditados al principio del interés superior del menor, que viene a ser una norma de orden público⁸³⁸.

En el caso concreto se relaciona al desarrollo de su libre personalidad (por la posibilidad de decidir sobre su futuro), por tanto el poder de representación de los padres no puede extenderse a “aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo...”⁸³⁹.

Existiendo aspectos patrimoniales del derecho a la imagen, el TSE deja en claro que se encuentra íntima e indisolublemente a un “ámbito personal”, ya que el derecho a la propia imagen:

*...es en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro de elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho a la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento*⁸⁴⁰.

A partir de estas consideraciones el Tribunal declaró nulo un precontrato de trabajo⁸⁴¹, y obviamente su cláusula penal, por considerar que el mismo resulta:

*...contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a la tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad*⁸⁴².

El TSE no duda en calificar a éste principio como “piedra angular e

838 «Dicho concepto refiere a los principios fundamentales y rectores que informan la organización general de la comunidad, particularmente de aquellas materias o ámbitos comprendidos dentro del orden constitucional y que no pueden quedar impedidos o vulnerados por pactos o contrato de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (...), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que puede verse impedida o menoscabada...». F 3.2.

839 *Ibíd.*, F 3.3.

840 *Ibíd.*, F. 3.5.

841 Uno de los temas que aborda es el alcance de la representación legal de los padres, a propósito de este tema se puede revisar el trabajo de los profesores Ruiz-Rico Ruiz y García Alguacil “Representación legal de menores y abuso de poder...”, *Ob. Cit.*, pp. 4935-4972.

842 *Ibíd.*, F. 3.6.

informadora de la reglamentación en su conjunto...”⁸⁴³; un principio que, considerado en abstracto, constituye un principio de fin o directriz, por tanto no impone soluciones determinadas al ser un mandato no por el objeto, sino en razón del fin que persigue, esto implica que se lo aplique (i) mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, (ii) que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras a conseguirlos⁸⁴⁴ es decir, las soluciones que se adopten debe ser las más beneficiosas para el menor de edad. En caso de contradicción de dos principios o directrices, dice el TSE que se:

...impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella cuando no sea contrario a su interés⁸⁴⁵.

Parece clara la forma de valoración del interés superior en relación a otros derechos o principios, considerando que en el caso del principio de reinserción de la propia familia las medidas deben tender a la consecución de la reinserción, pero –claramente expresa el Supremo–, la superior jerarquía que le asigna el legislador a la directriz del interés del menor que «se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con un carácter relativo («se procurará»)⁸⁴⁶.

El TSE estima que en todas las medidas que se acuerden en relación a un menor de edad «deben adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño»⁸⁴⁷, reiterando la importancia y vigencia de las normas nacionales e internacionales que lo estipulan, y que dice “no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del Art. 39.4 CE”⁸⁴⁸.

Esta primacía se ha reiterado de forma permanente, así, como ya se citó, cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción

843 *Ibíd.*, F. 3.6.

844 STS 5817/2009 de 31 de julio, F. 6.

845 *Ibíd.* En el mismo sentido SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6.; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

846 STS 5817/2009 de 31 de julio, FJ 6.

847 STS 3419/2000 de 24 de abril, FJ 1.

848 STS 605/2011 de 21 de febrero, FJ 3.

familiar⁸⁴⁹, debe tenerse en cuenta “[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [...]”⁸⁵⁰; o dejando en claro que el derecho de los padres biológicos no es absoluto, y que «no tiene un [...] carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor»⁸⁵¹.

Este el principio rector que rige todos los procesos de protección de menores, en los que existe la «...necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo»⁸⁵², por ellos al tomar las medidas de protección: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) debe ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia; y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés⁸⁵³.

El TS ha puesto de relieve que el interés del menor de edad tiene varias formas de expresarse, una de ellas, es la referida a la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad en los casos de separación de dos personas que no han contraído matrimonio (en el mismo sentido sí existe matrimonio), y de la posterior decisión sobre la asignación de guarda y custodia⁸⁵⁴.

849 Por ejemplo en SSTs 605/2011 de 21 de febrero, FJ 4 y STS 5817/2009 de 31 de julio, FJ 6 se reitera que “hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia”.

850 STS 605/2011 de 21 de febrero, FJ 3.

851 En este sentido la STS 605/2011 de 21 de febrero, FJ 3, recuerda que el interés superior se encuentra «recogido en el Art. 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta norma ha sido recogida en el Art. 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que “En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el Art. 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el Art. 31.1 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la ley autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del Art. 39.4 CE, que establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos”. En consecuencia, el Art. 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: “a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social”». En el mismo sentido STS 5817/2009 de 31 julio, FJ 6

852 STS 5817/2009 de 31 de julio, FJ 5.

853 STS 605/2011 de 21 de febrero, FJ 3; STS 5817/2009 de 31 julio, FJ 6.

854 STS 2053/2011 de 1 de abril, FJ 4.

El Tribunal Supremo consideró que al existir un menor de edad involucrado ya no se trata de una discusión sobre los efectos económicos de la extinción de la convivencia, se trata de la atribución del uso de la vivienda al hijo menor de edad, y por tanto el caso debe resolverse «fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño». En base a este razonamiento ha establecido como doctrina que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC»⁸⁵⁵.

Es interesante el razonamiento, expuesto en el número 2 del fundamento tercero del fallo citado, al explicar las razones para la aplicación analógica de las normas de atribución de la vivienda en caso de separación o divorcio, el Supremo español argumenta que la “... semejanza de la situación no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”⁸⁵⁶.

La Sala Civil del TSE, en la STS 5969/2009 de 8 de octubre, en un caso de guarda y custodia compartida, recuerda que el Código civil contiene una «cláusula abierta» como el interés del menor que –dice- «resulta muy difícil de concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos»⁸⁵⁷, y anula una sentencia por “infracción procesal”, debido a que la decisión tomada en segunda instancia no basó la «argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado»⁸⁵⁸ y

855 STS 2053/2011 de 1 de abril, FJ. 3 y 5, punto 2 del fallo.

856 STS 2053/2011 de 1 de abril.

857 STS 5969/2009 de 8 de octubre del 2009, F. 5.

858 STS 5969/2009 de 8 de octubre del 2009, F. 5. En el segundo y tercer párrafo del F. 5 se citan los diferentes sistemas de asignación de guarda y custodia compartida, y señala los criterios que son utilizadas en otras legislaciones para ello: « Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Código de Familia de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act. 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de

⁸⁵⁹. La doctrina de la Sala Civil del TSE interpreta el art. 92 del CC en el sentido de que la guarda o custodia compartida debe ser aprobada en dos supuestos "...a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesa de no existir esta circunstancia se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal..."⁸⁶⁰.

En otro supuesto el Supremo reitera que "el juez puede pedir informes técnicos de acuerdo a lo previsto en el art. 92.9 CC, los que deben ser valorados para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de adoptar la custodia compartida, o cualquier otra, siempre en beneficio del menor"⁸⁶¹.

Es importante, para efectos de la valoración de las medidas que contribuyen a que se concrete el principio del interés superior por parte de los jueces, el hecho de que los informes técnicos no son vinculantes⁸⁶² «y que el Juez debe valorar[los] a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor [...].[L]a decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta Sala cuando sea arbitraria (...) o bien llegue a conclusiones erróneas (...), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad."⁸⁶³.

Reconoce la jurisprudencia al «Juez una amplia facultad discrecional de apreciación [para decidir sobre el incumplimiento de los deberes de la patria potestad] que como tal, tiene igualmente difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés

los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.» A propósito de este fallo existe un amplio e interesante comentario de Lauroba Lacasa, M. E., Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), publicada en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, No. 84, septiembre-diciembre 2010, pp. 1477-1519.

⁸⁵⁹ En el mismo sentido la STZ 962/2010, de 10 de marzo del 2010, F. 4.

⁸⁶⁰ STS 5707/2009, de 28 de septiembre, FD 4; STS 628/2012, de 10 de enero, FD 3. La STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró la nulidad parcial del precepto del Código Civil (art. 92.8) que supeditaba a la aprobación de un régimen de guarda y custodia compartida, cuando no existía acuerdo entre los padres, al informe favorable del Ministerio Fiscal.

⁸⁶¹ STS 2005/2011 de 7 de abril, F. 4. En el fallo se cita a las sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009 que deciden en el mismo sentido.

⁸⁶² STS 48611/2010 de 1 de octubre del 2010, F. 6.

⁸⁶³ STS 2005/2011, de 7 de abril, F. 4. Se cita sobre la revisión de fallos arbitrarios por parte del TSE la STS de 1 octubre 2010, y sobre conclusiones erróneas las SSTS de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009.

del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento...»⁸⁶⁴.

En algunas decisiones el Supremo ha establecido, criterios para la determinación del interés del menor. Por ejemplo, sentó como doctrina para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, que no es suficiente una evolución positiva de los padres biológicos, ni su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.⁸⁶⁵

En fallo STS 4861/2010 de 1 de octubre, que recoge las decisiones de 10 de septiembre y 8 de octubre de 2009, establece los criterios⁸⁶⁶ que deberían ser utilizados al decidir sobre la “custodia compartida” en interés del menor cuando «existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta».

El Tribunal considera que deben tomarse en cuenta criterios como:

...la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores

864 STS de 5 de marzo de 1998, F.1.

865 STS 5817/2009 de 31 de julio, FJ 6. Criterio reiterado en STS 605/2011 de 21 de febrero, FJ 3.

866 Se debe recordar que en la STS 5969/2009 de 8 de octubre del 2009, F. 5, se hace un recuento de los criterios utilizados en otras legislaciones y no una “decisión” sobre los criterios a seguir para determinar la custodia compartida.

*una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*⁸⁶⁷ y ⁸⁶⁸.

Al resolver casos sobre el derecho de visitas el TS ha considerado por analogía las decisiones sobre guarda y custodia, y ha dejado sentado el criterio de que la revisión, por vía de casacional, se puede hacer en los casos en que se ha aplicado erróneamente el principio del interés del menor⁸⁶⁹.

El fallo STS 4861/2010 estableció un criterio de extremo interés para este trabajo, siempre que se tome una decisión en interés del menor, este “criterio...es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas”⁸⁷⁰.

Como se puede colegir existe un consenso sobre la jerarquía del interés superior y que otorga da un amplio margen de “discreción” a quien lo aplica, que esto no significa que puede actuar con arbitrariedad o que debe decidir en base de sus convicciones personales, siendo necesario la argumentación de sus decisiones, lo que debe demostrar como la medida o decisión tomada contribuye a la consecución del objetivo que busca el interés superior: la satisfacción de derechos.

En cuanto los informes técnicos se reconocen su relevancia para la toma de decisiones, pero en ningún caso pueden ser considerados como obligatorios.

La tendencia más reciente de la jurisprudencia es la de establecer criterios para que se evalúe el interés superior, al que se lo considera un principio de fin o directriz, que de estar en contradicción con otro principio, o derechos de otras personas es de superior jerarquía.

Pese a los múltiples fallos que se refieren al interés superior no existe criterios jurisprudenciales uniformes que permitan concluir que los tribunales españoles hayan establecido que debe entenderse por interés superior de forma general, sin embargo de la jurisprudencia puede colegirse lo siguiente:

1) El interés superior es “punto de partida y de llegada” de toda protección

867 STS 4861/2010 de 1 de octubre del 2010, FD. 5.

868 STS 628/2012 de 10 de enero, FD 3.

869 STS 4732/2012 de 29 de junio, FD. 4.

870 STS 4861/2010 de 1 de octubre del 2010, FD. 6.

- a los derechos de los menores de edad.
- 2) Este principio es el “ámbito axiológico” de toda disputa en la que se encuentre involucrado un menor de edad.
 - 3) El interés del menor de edad es una norma de orden público, por tanto es un (i) límite a la autonomía privada y la libertad de contratación; (ii) es un elemento de interpretación de toda situación o negocio jurídico en el que se encuentre involucrado un menor de edad; (iii) es un criterio de asignación de prioridad, por el que se le debe otorgar siempre preferencia al interés del menor; y, (iv) es una “piedra angular e informadora” de toda reglamentación que afecte a un menor de edad.
 - 4) Se considera al interés del menor como un principio de fin o directriz, por tanto exige una técnica de “adecuación a los fines impuestos”. No existe un criterio único en la jurisprudencia sobre cuales sería esos fines pero el TSE ha señalado algunos, los más relevantes: (i) proteger o salvaguardar los derechos fundamentales del niño⁸⁷¹; (ii) el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor⁸⁷²
 - 5) La prevalencia que le asignan los tribunales al interés superior como principio por ello, en caso de conflicto con otros principios por ejemplo el interés familiar o el de reinserción en la familia, prima el interés superior, por considerar que la protección del menor “constituye una cuestión de orden público”⁸⁷³;
 - 6) Cuando el interés de los menores de edad se enfrentan a otros interés o libertades estos último deben ser ponderados, pero prima el interés de los menores al ser los otros de menor rango, aunque, como se ha citado previamente, los restantes intereses no son “desdeñable”, de hecho se explica en la jurisprudencia, en relación al derecho de los padres, que “se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre») mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con un carácter relativo («se procurará»)⁸⁷⁴, esto implica que debe realizarse un juicio de ponderación expreso en la resolución judicial para establecer la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada⁸⁷⁵, pero siempre recordando que es un “límite infranqueable” en ciertos casos⁸⁷⁶;

871 SSTS 2666/2011 de 25 de abril FJ 5 y 2676/2011 de 12 de mayo FJ 5.

872 SSTS 4911/2011 de 13 de junio FJ 4; 7319/2011 de 14 de noviembre FJ 4; 2676/2011 de 12 mayo FJ 5.

873 STS 2666/2011 de 25 de abril, FJ 5

874 SSTS 5817/2009 de 31 de julio del 2009, FJ 6; 2676/2011 de 12 de mayo, FJ 5.

875 STC 172/2008 de 22 de diciembre, FJ 7.

876 Esto a propósito del interés del menor y la libertad de información SSTS 5814/2001 de 29 de julio, FJ 6; 704/2004 de 30 de junio FJ 2; 6239/2011 de 6 de septiembre, FJ 5. A manera de ejemplo en esta última sentencia se establece “La doctrina del TC en esta materia, así como la de esta Sala, en consonancia con

- 7) Es indispensable que el interés del menor, formulado normativamente como una cláusula abierta⁸⁷⁷, se determine en cada caso en base a las pruebas e informes que se aporten, en base a parámetros, que el Tribunal Supremo ha ido estableciendo casuísticamente⁸⁷⁸, para que ese interés sea determinado objetivamente, en caso contrario no se cumple con el deber de motivación de las decisiones⁸⁷⁹.

3. Técnicas mixtas: ¿la opción de la Región Andina?

Algunas legislaciones del área andina han tratado de limitar la discrecionalidad de los jueces (en general de las autoridades responsables de decidir en nombre del interés superior) combinando las técnicas de regulación de cláusula abierta, identificando al interés superior con la satisfacción de los derechos o su desarrollo integral, y estableciendo ciertos criterios que deben ser considerados al aplicar el principio.

El primer país de América Latina que incorporó criterios para la determinación del interés superior fue Venezuela⁸⁸⁰ por medio de la Ley

la normativa interna e internacional prima el interés del menor, interés que se superpone al derecho a la información, sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sea razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos.

Así, como ejemplo en relación con el interés informativo, esta Sala en sentencia de 7 de julio de 2004 (RC. 4364/1999) confirmó la condena a una cadena televisiva por incluir en un programa imágenes de una menor ingresada en un centro hospitalario por maltrato, cuyo interés se consideró primordial aunque en la información no existiera ánimo de lucro y fuera socialmente relevante. La STC de 29 de junio de 2009, anteriormente citada, también considera intrascendente en la valoración el interés que pudiera tener la noticia o su finalidad.”

877 STS 5969/2009 de 8 de octubre, FJ 5: “«Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.»

878 Por ejemplo la STS 5817/2009 de 31 de julio, FJ 6, para las decisiones referentes a retorno del menor a su familia biológica; la SSTS 4924/2011 de 22 de julio, FJ 4, 5969/2009 de 8 de octubre, FJ 5, 4824/2011 de 7 de julio, FJ 7, STS 1845/2012 de 9 de marzo, FJ 3, para la atribución de la guarda y custodia compartida; la STS 4911/2011 de 22 de julio, FJ 4, para decidir el acogimiento familiar cuando existe familia biológica

879 SSTS 5873/2011 de 3 de octubre, FJ 5; 6941/2011 de 20 de octubre, FJ 4; 4924/2011 de 22 de julio, FJ 5; 5969/2009 de 8 de octubre, FJ 5. En este último fallo claramente se establece “[...] La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia”.

880 El primer cuerpo normativo, en América Latina, que se aprobó con pretensión de adecuar la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño es el Estatuto da Criança e do Adolescente de Brasil aprobado mediante Ley No. 8069 de 13 de julio de 1990. Sin embargo una lectura de su texto da cuenta de que éste cuerpo normativo no contiene el principio del interés superior formulado como tal. En el artículo 4, de las Disposições Preliminares se establece el principio de la prioridade absoluta en los siguiente términos “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Párrafo único – A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública,

Orgánica de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia (LOPNA) aprobada el 13 de septiembre de 1998⁸⁸¹.

En la Exposición de Motivos de dicha Ley se pone en evidencia éste objetivo. Al explicar el artículo 8, que contiene el principio del interés superior, se dice:

Es importante advertir que uno de los objetivos de esta disposición es limitar la amplísima discrecionalidad que existe en la Ley Tutelar de Menores en materia de toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, sin llegar al extremo de impedir la posibilidad de adecuar la toma de decisiones a las circunstancias específicas de los niños y adolescentes en los casos concretos⁸⁸².

Para ello, de acuerdo a la explicación del legislador venezolano, en la citada Exposición de Motivos, se "...ha logrado una definición que obedece a su naturaleza" (cursivas del autor), estableciendo que es un principio de interpretación y aplicación de la ley, de imperativo cumplimiento para el Estado, la familia y la sociedad en la toma de decisiones relacionadas con niños y adolescentes⁸⁸³.

La forma de limitar esa amplísima discrecionalidad, por el texto de la norma, sería (a) fijando el objetivo a alcanzar con el interés superior y, (b) por medio de un conjunto de elementos que deben apreciarse obligatoriamente para la determinación del interés superior del niño en los casos concretos⁸⁸⁴.

El texto del artículo 8 de la LOPNA, como lo explica CORNIELES PERRET -uno de los correductores del anteproyecto de la LOPNA- es:

"...una forma de "asegurar la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de los niños y adolescentes es necesario que se conviertan en centro de la vida familiar, de la sociedad y del Estado, que sean el norte de sus actuaciones, que las decisiones que tomen sean las más convenientes para su desarrollo integral. El Interés

c)preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas:

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude"

En muchas legislaciones de la región latinoamericana aparece reflejado como principio diferenciado, o como parte del interés superior, el principio de la prioridad absoluta.

881 Entró en vigor en abril del 2000.

882 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección para la Protección del Niño y Adolescente, Congreso de la República de Venezuela, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Año CXXV, mes XII, Caracas, 2 de octubre de 1998, No. 5266 extraordinario, p. 13.

883 *Ibíd.*, p. 13.

884 *Ibíd.*

*Superior del Niño es un [...] 'principio garantista' muy parecido a la Prioridad Absoluta*⁸⁸⁵.

El artículo 8 erige al Interés Superior del Niño como un principio de interpretación y aplicación de la LOPNA de “obligatorio” cumplimiento en todas las decisiones que conciernan a los niños, niñas y adolescentes⁸⁸⁶, está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El legislador venezolano ha establecido cinco criterios que deben ser apreciados para determinar el Interés Superior del niño en una situación concreta: a) la opinión de los niños y adolescentes; b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes; c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; y, e) la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.

Queda claro que el objetivo al fijar estos criterios es evitar lo que CORNIELES llama, la “amplísima discrecionalidad de jueces y funcionarios públicos, que les permitía tomar decisiones sobre niños y adolescentes, que en ocasiones violaban el ordenamiento jurídico e, inclusive, sus propios derechos o deberes”⁸⁸⁷.

En el marco de la LOPNA el interés superior se considera una garantía⁸⁸⁸, un *principio garantista*⁸⁸⁹.

Como se anticipó, en América Latina la aprobación de la CDN implicó el

885 Cornieles Perret, C., Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica de la Protección del Niño y del Adolescente, en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, María Morais (coordinadora), UCAB, Caracas, 2001, p. 39 (pp. 39 a 64).

886 Los comentarios realizados a la norma coinciden en que obliga en el ámbito público y privado. En éste sentido el trabajo citado de Cornieles Perret, C., *Ibíd.*, p. 60. Otros trabajos relevantes sobre el tema son los de Morales, G., El interés superior del niño en materia de instituciones familiares, en Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Terceras Jornadas sobre la LOPNA), Cornieles, C. y Morais, M., (coordinadores), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 397 a 440; y, Reyna de Roché, C. L., Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en Primer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Segunda Jornadas sobre la LOPNA), Cornieles, C., (coordinador), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 53 a 81.

887 Cornieles Perret, C., “Los principios de la...”, *Ob. Cit.*, p. 60.

888 En un sentido parecido se pronuncia Navas Navarro, S., quien -al estudiar las diferencias entre bienestar del niño e interés superior, afirma que “...no basta que se presente la protección de los menores, en las Constituciones, en un principio rector o en un fin social, sino que debe garantizarse, dicha protección mediante el principio del interés del menor, es decir, la garantía del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de sus derechos fundamentales.”. Navas Navarro, S., “El bienestar y el interés...”, p. 708.

889 Cillero Buñol, “El interés superior...”. *Ob. Cit.*, primera edición, pp. 77 y 78.

inicio de un importante proceso de reformas legales⁸⁹⁰, que en particular en los países de la CAN supuso hasta tres modificaciones significativas en un lapso de 17 años⁸⁹¹.

La influencia de la LOPNA se refleja en el hecho, ya anticipado, que las legislaciones redactadas y aprobadas con posterioridad a su vigencia asumen la identificación del interés superior con una finalidad y establecen pautas o criterios para su valoración.

Por ella las legislaciones boliviana (1999) y peruana (2000), aprobadas o redactadas con anterioridad a la LOPNA, regulan al interés superior del niño usando exclusivamente la técnica de cláusula general; lo que se corrige en la reforma del 2014 en Bolivia.

En el caso boliviano se considera un principio de interpretación de todas las normas del Código de la Niña, Niño y Adolescente, estableciéndose como límite de esta labor hermenéutica la normativa nacional e internacional.

Esto parece que es una medida pensada para que los encargados de decidir no lo hagan en contra de normas expresas del ordenamiento jurídico. La reforma de 2014 introdujo cambios significativos en la regulación general del principio al establecer criterios de aplicación y equipararle al logro de su desarrollo integral.

La Constitución boliviana del 2009 modificó en algo el tratamiento del principio. Establece que es un deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente. Esta prioridad se expresa en cuatro dimensiones⁸⁹², siendo importante para este trabajo resaltar sólo una de esas dimensiones: la preeminencia de sus derechos.

890 El proceso de reformas se halla detallado en las tres ediciones de la obra colectiva *Infancia, ley y democracia en América Latina*, ya citada varias veces en éste trabajo.

891 En Bolivia tres: la primera reforma es del año 1992, la segunda de 1997 (en vigencia desde 1999) y la tercera del 2014; en Colombia la primera en 1989, la segunda en el 2006; en Ecuador la primera en 1992, la segunda en el 2003; y, en Perú la primera en el año 1992, la segunda en el año 2000. Se ha caracterizado a las reformas legales que se dieron a finales del siglo pasado como un proceso que siguió tres “camino: “1) Países donde la CI [Convención sobre los Derechos del Niño] no ha tenido prácticamente ningún tipo de efecto concreto o por lo menos no ha trascendido del nivel de una repercusión política superficial. 2) Países que han realizado una adecuación puramente eufemística y formal a la CI. 3) Países que han emprendido un difícil y complicado proceso de adecuación sustancial a la CI. En este caso los resultados han sido dispares respecto de la calidad técnica del texto legislativo. Sin embargo, estos países poseen en común el hecho que la riqueza del propio proceso desatado por la CI, ha sido extremadamente útil para reabrir el debate de las políticas para la infancia. UNICEF, Informe Final de la reunión de punto focales del Área Derechos del Niño de UNICEF de diciembre de 1993 (Paíta, Colombia), en *Derecho a tener Derecho: Infancia, Derecho y Políticas Públicas*, UNICEF (Oficina Regional para América Latina), Tomo II, Caracas, s/f, p. 71 a 72, pp. 59 a 84.

892 Artículo 60 de la CPB. Las otras tres dimensiones en que se expresa el interés superior son: la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

Se entendería que la preeminencia de los derechos se refiere a los derechos de terceros, pero no existe ninguna aclaración adicional.

Las dos referencias restantes al interés superior tratan situaciones específicas: a) como sustento para decidir la separación de su familia biológica⁸⁹³ y b) como sustento para introducir la presunción de filiación por declaración del padre o madre en relación al otro supuesto progenitor⁸⁹⁴.

El Código de Familia, como se explicó previamente, es un cuerpo normativo aprobado antes de la CDN, sin embargo lo contempla de manera amplia a lo largo de su texto, pero declara como regla general –que debería considerarse tácitamente derogada por las normas constitucionales– la prevalencia del interés de la familia sobre los miembros de la misma. Fundamentalmente se contempla el principio en los temas relacionados a la llamada autoridad de los padres, para resolver sobre la guarda, mantenimiento y educación de los hijos, para regular la tutela, la disposición de los derechos reales de los hijos.

La poca jurisprudencia que identifique que va más allá de mencionar al principio ha dejado en claro que su invocación (i) no justifica actos arbitrarios contrarios a la seguridad jurídica, (ii) que debe permitirse que el menor de edad exprese su opinión y que esta sea examinada, y (iii) que al considerar el interés se debe favorecer el desarrollo físico, psicológico, moral y social.

En el Perú también se regula el interés del niño usando la técnica de la cláusula general. El CNiA, en vigencia desde el año 2000, establece que es un principio que debe ser considerado en toda medida que tome el Estado, y en toda acción de la sociedad. De manera clara diferencia interés superior de los derechos⁸⁹⁵.

Las restantes referencias al principio en el CNiA se establecen como criterio para decidir, pero siempre como cláusula abierta. Aparece en la regulación para la restitución del ejercicio de la Patria Potestad, para decidir sobre el régimen de tenencia compartida, de visitas (así como la extensión a personas que no sean sus progenitores), y en la adopción.

En el Código Civil peruano no aparece el concepto interés del niño, en este se usa la noción “bienestar del niño” o “interés del hijo”.

893 Artículo 59. II.

894 Artículo 65.

895 Artículo IX.

La jurisprudencia peruana, como se refirió más arriba, considera que el interés superior está constitucionalizado en el artículo 4 de la Constitución peruana, además de considerar que la finalidad del principio es la satisfacción de derechos y considera que como estándar jurídico debe ser considerado en toda decisión que afecte a los menores.

En el Ecuador y Colombia se da un tratamiento mixto del principio, se lo incorpora como cláusula general, se establecen criterios para su consideración y se establece como finalidad la satisfacción de los derechos del menor de edad.

El CIA es el de más reciente aprobación en la Región Andina (2006). En él se establece claramente que la finalidad del interés superior es “garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos”⁸⁹⁶, y en desarrollo éste se debe asegurar la protección integral de niños, niñas y adolescentes, que implica la prevención de la amenaza o vulneración de los derechos, y el restablecimiento inmediato de los mismos⁸⁹⁷.

También aparece en el CIA como criterio de resolución de antinomias, debiendo aplicarse siempre la más favorable al interés superior del niño (es decir la satisfacción integral de los derechos, la prevención su vulneración o inmediata restitución de los mismos).

La CCC ha desarrollado el principio estableciendo que implica un “trato preferente”, que su aplicación en casos concretos requiere que se verifiquen condiciones fácticas y jurídicas que pueden contribuir al determinar el grado de bienestar del menor, esto implica una evaluación concreta que debe considerar aspectos “emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad”. Es decir se combina una interpretación finalista e intersubjetiva. Deja claro este Tribunal que su aplicación es independiente del criterio arbitrario de quien lo aplica o de los caprichos o voluntad de los padres, porque existen como interés jurídicamente autónomo.

La CCo no contiene el principio de manera expresa, pero al igual que en Perú y España, la Corte Constitucional lo considera incorporado en su texto como prevalencia jurídica de los derechos que se encuentran en el artículo 44.

En Ecuador es donde se evidenció con más claridad la influencia de la LOPNA en la configuración del principio. En este país aparece como una cláusula general a nivel constitucional, y en la normativa secundaria –

896 Artículo 8.

897 Artículo 7.

el CNA-estableciendo que el mismo está orientado a la satisfacción del ejercicio conjunto de los derechos y se establecen criterios para su aplicación⁸⁹⁸.

Se establece como criterios para apreciar el interés superior (i) la necesidad de mantener un justo equilibrio entre derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías, (ii) no puede ser invocado en contra de norma expresa, y (iii) no puede ser invocado sí no se ha escuchado previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado. Un criterio adicional es el de su prevalencia frente al principio de “diversidad cultural”.

En el CNA aparecen otras referencias al interés superior: como regla de interpretación de normas, actos y contratos, para resolver casos de separación del niño de su familia, como criterio de limitación de la patria potestad.

En el Ecuador es necesario destacar –como algo negativo- la pobreza de la jurisprudencia, la que únicamente se limita a citar el principio y no ha contribuido en forma alguna a su configuración y a aclarar su aplicación.

En España existe el consenso de que el interés superior se regula como cláusula general, existiendo un caso en la legislación autonómica (Cataluña) en la que se ha regulado criterios de aplicación. Así mismo la doctrina está de acuerdo en que el interés del niño «se proyecta en un conflicto de intereses»⁸⁹⁹, por lo que debe evaluárselo en relación a cada menor edad y en relación a cada uno de los conflictos en que un menor de edad se encuentra involucrado.

La LOPJM de 1996 lo introduce en la legislación española como un principio general. De igual forma lo considera la Ley 54/2007 sobre la Adopción internacional. En el caso del Código Civil son varias las normas que se refieren al principio, como criterio para decidir, en temas como la patria potestad, la tutela, la guarda, la custodia, etc., como ya se ha visto.

En la jurisprudencia española se ha perfilado algunos criterios a considerar en la aplicación del interés superior. La ponderación que deben realizar los tribunales ordinarios para su aplicación, el dar efectividad al derecho a opinar en los asuntos que le afecten, el valor de la estabilidad al tomar las decisiones, la necesidad de sustentar la decisión en razones y hechos concretos, etc.

898 Artículo 11.

899 Torres Perea, J.M., “Interés del Menor y Derecho de...”, Ob. Cit., p. 29.

La más reciente jurisprudencia del TSE ha establecido algunos criterios sobre los aspectos que las autoridades deberían considerar al aplicar el interés del menor. Por ejemplo en los casos en que se toma una medida de protección que la decisión debe ser la más favorable al desarrollo físico, intelectual, a la integración social, el retorno a su familia natural –cuando ha sido separado de esta-, valora la importancia de los informes técnicos para que el Juez decida, pero reitera que no está obligado a seguirlos, pero siempre está obligado a motivar la decisión, dentro del amplio margen de discreción con el que cuenta, como lo estableció, por ejemplo, la citada STS 5969/2009, de 8 de octubre del 2009 (Fundamento 5).

En los casos de “custodia compartida” se han fijado los criterios que el Juez debería considerar al aplicarlos, entre otros: la práctica anterior de los progenitores, los deseos del menor de edad, el cumplimiento de los deberes por parte de los progenitores, los acuerdos adoptados, la ubicación de los domicilios, etc.

Como vimos en España⁹⁰⁰ no se encuentra recogido expresamente en la CE de 1978, sin embargo algunos autores, incluso la jurisprudencia, consideran que el interés del menor es un desarrollo del artículo 39.4.

900 A propósito del tema vid. el análisis desarrollado en el capítulo 1 de este trabajo.

A manera de conclusión

El interés superior del niño ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con este grupo de edad y sus relaciones de familia; no obstante esta importancia existen grandes discrepancias sobre el contenido concreto que presenta, su alcance y forma de aplicación a casos específicos. Se sostiene que esto se debe su condición de concepto jurídico indeterminado y por tanto su formulación “abierta”.

Varios autores miran a la indeterminación como una ventaja al permitir encarar la diversidad de casos que se presentan, la multiplicidad circunstancias y contextos, muchos relacionados con la comprensión cultural del papel y necesidades de la infancia en general y de cada niño, niña o adolescente en concreto.

Algunos autores sostienen que la indeterminación es resultado de que el interés del niño es un principio del moderno Derecho de familia, por tanto no se encuentra formulado como una regla con una estructura típica con un(os) supuesto(s) y una consecuencia(s) normativa(s), dejando al interprete un margen de libertad para decidir cómo se concretaría el ISN a los casos sujetos a su conocimiento.

Una preocupación recurrente en una buena parte de la doctrina latinoamericana y anglosajona (en España también existen algunas voces en el mismo sentido) es que el ISN entregue a los jueces, y a cualquier autoridad encargada de su valoración, la posibilidad de imponer sus opciones y valoraciones, sin llegar a una actuación arbitraria (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado para imponer preferencias, y en los casos más graves restricciones o limitaciones ilegítimas a los derechos en nombre del interés del niño, lo que en el marco de este trabajo he denominado discrecionalidad abusiva, con los costes que esto tiene para la seguridad jurídica.

Esfuerzos recientes proponen entender al ISN en una dimensión triple: como derecho sustantivo, que le otorga al niño el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”; como un principio jurídico interpretativo fundamental, a ser

aplicado en aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, teniendo los derechos contenidos en la CDN y sus protocolos adicionales el “marco interpretativo”; y, como una norma de procedimiento, que se concreta como garantía que se aplica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general.

De las normativa y jurisprudencia, estudiada es posible concluir que interés superior en el ámbito del Derecho civil -en el que se desarrolla este trabajo- tiene cinco manifestaciones normativas: criterio de prioridad, como garantía (dimensión garantista), como elemento informador, como principio de integración y, elemento de interpretación.

Como criterio de prioridad interna o externa; la primera se aplica cuando existe una tensión entre los derechos del propio niño; la otra es su dimensión externa, que se manifiesta en la prioridad que tiene el interés del niño frente a cualquier otro interés, por legítimos que estos sean. Como garantía (dimensión garantista), como un medio para asegurar la vigencia de los derechos de los niños y su desarrollo integral u holístico. Como elemento informador, contribuye a la interpretación de ciertas normas y como criterio resolutorio de determinados conflictos, asume un papel clave para dotar a las normas de derecho de familia con unidad y lógica interna, contribuyendo a sus sistematicidad y coherencia. Como principio de integración, para encarar los casos en que se presentan lagunas o deficiencias del ordenamiento jurídico. Como elemento de interpretación, auxiliando a la fijación del auténtico sentido de las normas aplicables a los casos en los que se encuentre involucrado un menor de edad, asegurando que con su aplicación se alcance lo más conveniente para el niño (la vigencia de sus derechos y su desarrollo).

Se identificaron varias técnicas que podrían aplicarse para reducir la discrecionalidad abusiva. Algunas se encuentran vinculadas a la actividad legislativa y/o técnica de regulación del principio, cláusula abierta; definiéndole o asociándolo al cumplimiento de ciertos fines como su bienestar, desarrollo integral o sus derechos; estableciendo criterios normativos para su determinación o –en menor medida- predeterminando normativa las situaciones consideradas más favorables al interés del niño.

Otras se dirigen a la aplicación del principio a casos concretos por parte las autoridades competentes, las que establecen exigencias muy específicas de argumentación –justificación- jurídica, que de acuerdo al estudio realizado toma una forma similar a la estructura del razonamiento judicial

que se despliega cuando se efectúa el llamado test de proporcionalidad (aplicación del principio de proporcionalidad), al que debería considerarse un proceso adjudicativo de derechos; y, finalmente los esfuerzos hechos desde la doctrina jurídica para encontrar la mejor técnica (grupo de casos, tesis de la “única respuesta correcta”, técnica de adecuación a los fines impuestos, etc.), esto en busca de asegurar la racionalidad de las decisiones que se sustentan en la aplicación del interés del niño.

La respuesta, para reducir la discrecionalidad, parece ser una combinación de varias técnicas, en particular deberían establecerse especiales exigencias de motivación/justificación de decisiones judiciales, implica explicar las razones por las que se toma una decisión, ponderando las diversas opciones en juego y explicando de que forma la opción asumida contribuye a garantizar los derechos y promover al desarrollo integral, esto porque el ISM, en términos generales, no establece de forma predeterminada un curso de acción.

Asumir que el interés del niño es la garantía y satisfacción de sus derechos, implicaría que esta es una categoría dogmática, por tanto libera al encargado de su aplicación de justificar esta perspectiva en cada caso, no obstante no puede perderse de vista que siendo coherente esta interpretación, es una interpretación de la doctrina y no puede ser considerada como un criterio universalizable, además se enfrenta a la dificultad de que muchos derechos también son indeterminados, por tanto queda librado al encargado de la aplicación en qué forma se podría satisfacer el derecho.

Quienes afirman que el interés superior del niño debe ser entendido como la plena satisfacción de los derechos consideran que este no es vago o impreciso, sino polisémico cuando se lo aplica, ya que al estar recogido en un instrumento de derechos humanos como la CDN su interés únicamente puede ser un derecho y la más amplia satisfacción de los mismos. Esto podría llevar a la idea que no es lo mismo indeterminación que incertidumbre. El ISN en esta lectura no sería indeterminado porque tiene un sentido concreto, satisfacer derechos, sino existiría incertidumbre en relación a decisión que debe tomarse en un caso concreto.

Esto implica al aplicar el interés superior del niño se está frente a un concepto “vago como estándar de decisión”, ya que la equiparación con los derechos debe ser considerada un categoría dogmática por parte del juez y asignarle una función específica: la de descarga, por tanto no debe justificarse nuevamente la asimilación del interés superior a la satisfacción de derechos.

En esta perspectiva de la argumentación jurídica el respetar el interés

del niño, en su versión adjudicativa de derechos, para por la “correcta explicitación del argumento justificatorio de la decisión judicial y, en consecuencia, de la satisfacción de criterios de corrección argumental”

En el caso de que el interés superior sea aplicado como un principios en sentido estricto la ponderación se desarrollaría de la siguiente forma: se determina que en un caso concreto existen varios principios en contradicción (en el caso de los menores de edad el principio a vivir en familia y el interés del niño) y que no pueden satisfacerse simultáneamente; se debe establecer cuál de los dos tienen preeminencia o primacía de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y a las razones que se expresen (el interés del niño es interés prevalente) ; y, a partir de este último ejercicio, se elabora una regla de acción, que implica un deber determinado y se realiza la subsunción correspondiente (al prevalecer en interés del niño sobre otros intereses, se debe resolver a favor del primero que podría significar la separación de su familia, atentos a las circunstancias del caso.

La fundamentación de las decisiones judiciales deberían encararse, al aplicar el interés superior como principio, de forma similar a la argumentación que realizan los jueces al aplicar el principio de proporcionalidad, es decir, deben considerarse como aspectos fácticos de la decisión la adecuación, necesidad; y, el llamado proporcionalidad en sentido estricto, que implica la “optimización a la vista de las posibilidades jurídicas”, es decir la importancia de proteger, asegurar un estado de cosas que tenga la capacidad de contribuir al interés del niño, a su bienestar, que en el marco de este trabajo lo hemos identificado con la máxima satisfacción de sus derechos, sumado a la mínima restricción de los mismos, por el menor tiempo posible

Bibliografía

LIBROS

- ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM, Toward a cross-cultural approach to define international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman or degrading treatment of punishment, en *Human rights in cross-cultural perspectives. A quest for consensus*, University of Pennsylvania Press, 1992.
- AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de la fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2012.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I (Volumen Primero)*, Editorial Bosch, Duodécima Edición, Barcelona, 1991.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición (Traducción de Carlos Bernal Pulido), Madrid, 2007.
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 2007.
- ALSTON, P., y GILMOUR-WALSH, B., *El interés superior del niño: hacía una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales*, UNICEF-Centro Inocenti, Florencia, 1996.
- ANGARITA GÓMEZ, J., *Derecho Civil: parte general y personas, tomo I, segunda edición*, Temis, Bogotá, 1998.
- ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*, Escuela Judicial, San José C. R., 2002.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Segunda reimpresión, UNAM, México D.F., 2005
- ATIENZA, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BAINHAM, A., *Children: the modern law*, Jordan Publishing, Bristol, 2005.
- BASCUÑÁN VALDEZ, A., *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección de Apuntes de clase, núm. 8, Santiago, 1960.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, Madrid, 2007.
- BETTI, E., *La interpretación jurídica*, LegalPublishing (Abeledo Perrot), Santiago de Chile, 2009.
- BONIFAZ ALONSO, L., *El problema de la eficacia en el Derecho*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1999.
- BREEN, C., *The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002.
- CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de protección de menores*, segunda edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, segunda edición, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Documento OEA/Ser.L/V/II.133 Doc. 34, de 29 de octubre del 2008.

- CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- D'ANTONIO, H. A., *Convención sobre los Derechos del Niño: comentada y anotada exegéticamente*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.
- DIEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 171 a 177. (El principio de protección integral de los hijos («Tout por l'enfant»). Intervención en las Jornadas de Derecho del Menor habidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba los días 29 a 31 de marzo de 1984).
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen I, Undécima Edición*, Tecnos, 2003, Madrid.
- DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del Menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, lustel, Madrid, 2009.
- DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Editorial COLEX, Madrid, 2004.
- DUCCI CLARO, C., *Interpretación jurídica*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona. 1999.
- ECHAVE, D. T., URQUIJO, M. E. y GUIBOURG, R. A., *Lógica, proposición y norma*, Editorial Astrea, séptima reimpresión, Buenos Aires, 2008.
- ELSTER, J., *Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, Barcelona, 1999.
- España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Infancia, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 120-121, consultado en www.msc.es/politicaSocial/.../docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf , el 17 de mayo del 2011.
- FELLMETH, R. *Child Rights & Remedies*, Clarity Press, Second edition, Atlanta, 2006.
- FROSINI, V., *Teoría de la interpretación jurídica*, Temis, Bogotá, 1991
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, reimpresión de la 7ª. Edición, Madrid, 1996.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, Cuadragésimo novena edición, México, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN, M., y GARCÍA FIGUEROA, A. J., *La argumentación en el Derecho*, Palestra, Segunda edición corregida, Lima, 2005.
- GUASTINI, R., *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*, Communitas, Lima, 2010.
- GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación judicial*, UNAM/Trotta, Madrid, 2008.
- GÓMEZ, A., BRUERA, O. M., *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial de Belgrano, Cuarta reimpresión, Buenos Aires, 1998.
- HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, traducción de GENARO CARRIÓ (con prólogo de HART a la edición española, título original *The concept of law*, Oxford University Press, 1961), Buenos Aires, reimpresión de 1998 correspondiente a la primera edición de 1963
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

- HIMES, R. J. (edit.), *implementing the Convention on the rights of the child: resource mobilization in low-income countries*, UNICEF-Martinus NIJHOFF, London, 1995
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra-Temis, Lima, 2009.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE-OEA, *Políticas Públicas y Derechos Humanos del Niño*, Montevideo, 2007
- LACRUZ BERDEJO J. L., et altri, *Parte general del Derecho civil, Volumen Primero: Introducción*, cuarta Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- LANSDOWNM, G, *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF-Save the Children: Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia, 2005.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª edición en español de la 4ª edición en alemán, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- LARREA HOLGUÍN, J., *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta edición actualizada, Quito, 1998.
- LASARTE, C., *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho Civil, T I*, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coordinadora), *Los menores en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección Jurídica del Menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*, Editorial Complutense, Madrid, 2009.
- LINARES CASTILLO, B., *Código de la Infancia y Adolescencia: versión comentada*, UNICEF, Bogotá, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- MUÑOZ ROCHA, C., *Teoría del derecho*, Oxford, México, 2007
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Taurus, Madrid, 2005.
- PUIG I FERROL, L., et altri, *Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona, T I*, tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español, Tomo I: Parte General*, tercera edición, Editorial Pirámide, Madrid, 1976.
- QUINTANA, F., *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- REIS MONTEIRO, A., *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid, 2008.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, segunda edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- RIVERA, J.C., *Instituciones de Derecho Civil: parte general (Tomo I)*, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires, 2007.
- ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ BOTERO, E., *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira: decisiones interculturales*

- e interés superior del niño, GENTE NUEVA Editores, Bogotá, 2006.
- SIMON CAMPANA, F., Derechos de la Niñez y la Adolescencia: de la Convención de los Derechos del Niño a las legislaciones integrales, Tomo I, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2008.
- STANDLEY, K., Family Law, fifth edition, Palgrave Macmillan Law Masters, Hampshire, 2006
- UREÑA MARTÍNEZ, M., Malos tratos a menores en el ámbito familiar, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- VALENCIA ZEA, A., y ORTÍZ MONSALVE, A., Derecho Civil. Parte general y personas, T I, Decimoquinta edición, Temis, Bogotá, 2000.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., La construcción de la ciudadanía del menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VEERMAN, P. E., The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood, Dordrecht, 1992.
- VIEWING, T., Tópica y jurisprudencia, (traducción de LUIS DIEZ-PICAZO), Editorial Taurus, Madrid, 1964.
- VILLÁN DURÁN, C., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta, Madrid, 2002.
- VILLORO TORANZO, M., Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Decimoquinta Edición, México D.F., 2000.
- WRAY, A., La Observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia, Projusticia-UNICEF, Quito, 1998.
- WRÓBLEWSKI, J., Creación del derecho e interpretación, publicado El lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro Carri), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983 (traducción de EUGENIO BULYGIN).
- WRÓBLEWSKY, J., Sentido y hecho en el derecho, Fontamara, México D.F., 2001.
- ZACCARIA, G., Razón jurídica e interpretación (trabajos compilados por ANA MESSUTI), Thomson Civitas. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- ZAGREBELSKY, G., El derecho dúctil, Editorial Trotta, Séptima edición en español, traducción de Marina Gascón, Madrid, 2007.

CAPÍTULOS DE LIBRO

- ALEXY, R., La teoría del discurso y los derechos fundamentales, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 41 y ss.
- ATIENZA, M., Contribución para una teoría de la legislación, publicado en "Elementos de Técnica Legislativa", (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, páginas 19-38.
- ATIENZA, M., Argumentación y Constitución, publicado en Interpretación jurídica y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales, (c) Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, páginas 79-114.
- BARATTA ALESSANDRO, Infancia y Democracia, publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), Tomo I, Editorial Temis, 2004, tercera edición, páginas 27 a 53.
- BERNAL PULIDO, C., La racionalidad de la ponderación, publicado en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, CARBONELL MIGUEL (editor),

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, pp.43-68.
- CAMPS MIRABET, N., El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno, publicado en Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y adolescencia, PADIAL ALBÁS, A.M. y TOLDRÁ ROCA, M.D. (coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CILLERO BUÑOL, M., La responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?, publicado en Infancia y Democracia en la Argentina, GARCÍA MÉNDEZ, E., (compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 35-41.
- CILLERO BRUÑOL, M., El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, GARCÍA MÉNDEZ, E., y BELOFF, M., (compiladores), tercera edición, Temis, Bogota. 2004, pp. 77-93.
- DÁVALOS VELA, G. y EGUEZ VIDAL, R., El proceso de reforma legislativa en Bolivia, publicado en la tercera edición de la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), Tomo I, Editorial Temis, 2004, páginas 159-175.
- DÁVALOS VELA, G., Comentario al proceso de reforma legislativa en Bolivia, publicado en la obra colectiva: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, páginas 201-211.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., Menor de Edad, Madurez e Información en Anticoncepción de Emergencia, publicado en la obra Responsabilidad Civil y su Problemática actual”, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1141-1158.
- LA TORRE, M., Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 77-96.
- EKELAAR, J., The Role of Dynamic Self Determinism, en The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 42-61.
- ESPÍN ALBA, I., La mediación familiar en Galicia, publicado en Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Díez-Picazo, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4591-4592.
- FANLO CÓRTEZ, I., Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos, algunas notas introductorias, publicado en “Los Derechos de los Niños: una contribución teórica”, FANLO, I. (compiladora), Fontamara, primera reimpresión, México D.F., 2008, pp. 7-37.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., El principio del “favor filli” en el derecho familiar español, en Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 163-178.
- GOLDSTEIN, J., ¿En el interés superior de quién?, publicado en Derecho, infancia y familia de la Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos (Mary Beloff compiladora), Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 115-130.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Puntos de vista sobre las normas de protección jurídica de menor y su aplicación por los tribunales de justicia, publicado en el libro

- de homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, HERRERA CAMPOS, R. (E) V. II, publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 717 a 730.
- GARCÍA MÉNDEZ, E., Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina, publicado en el libro *Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos*, GARCÍA MÉNDEZ, E., BIANCHI, M. (compiladores), Editorial Galerna, Buenos Aires, 1991, pp 14-20.
- GAYA SICILIA, R., Inmigración, matrimonio y derecho, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Díez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4631-4656.
- HERNÁNDEZ, C., Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Díez-Picazo", Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, páginas 951-974.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., El niño y los derechos humanos, publicado en el libro *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA, I., (ed.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-36.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I., Dialogo sobre el principio del interés superior del menor, publicado en *Comisión Organizadora del Congreso General de la Familia, en La Familia, protagonista*, Pamplona, 2003, pp. 483-499.
- LLÁCER MATAÇAS, M. R, La constitución heterónoma de las relaciones privadas: en torno a la adopción en el Código de Familia catalán, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Díez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, páginas 4707-4726.
- LLAMAS POMBO, E., Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión, en *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, LLAMAS POMBO, E. (c), editorial la Ley, Madrid, 2009, pp. 209-268.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MARCILLA CORDOBA, G., Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación, publicado en "Elementos de Técnica Legislativa", (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, páginas 90-115.
- MARTÍ J. M., La situación jurídica del menor y su formación, publicado en "Evolución del Derecho de Familia en Occidente", (c) Santiago Catalá Rubio, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, Serie Estudios, No. 103, páginas 157 - 220.
- MARTÍNEZ RUÍZ, A., Interés Superior, publicado en *Convención sobre los Derechos del Niño*, WEINBERG, I. M. (directora), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 98 -122.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J., Reconocimiento y garantías de los derechos del niño, publicado en "50 Aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos su influencia en la evolución de los derechos del niño". (c) Rosario Carmona Luque, Universidad de Cádiz-UNICEF, Jerez, 1999, páginas 19-30.
- NAVAS NAVARRO, S., El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada, publicado en libro *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 689 a 713.
- Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts.

236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia, publicado en libro Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, REYES BARRADA ORELLANA, MARTÍN GARRIDO MELERO Y SERGIO NASARRE AZNAR (COORDINADORES), Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 617-686.

PARRAGUEZ RUÍZ, L.S. y SIMON CAMPAÑA, F., Comentario sobre la matriz legislativa del nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, GARCÍA MÉNDEZ, E. Y BELOFF, M. (compiladores), Tomo I, Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Segunda Edición, 1999, pp. 587 a 603.

PÁSARA, L. y ALBUJA PONCE, R., La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas, publicado en Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacía la consolidación de la doctrina de la protección integral, ÁVILA, R., y CORREDORES, M.(e), Ministerio de Justicia del Ecuador, UNICEF y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2010 PÉREZ PINZÓN, A.O. y MUÑOZ GÓMEZ, J.A., Desarrollo de los tribunales de menores en Colombia: tendencias y perspectivas, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (eds.), Del revés al Derecho, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 155-186.

PEDROZA DE LA LLAVE, S. T., Introducción a la técnica legislativa en México, publicado en "Elementos de Técnica Legislativa", (c) MIGUEL CARBONELL y SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, páginas 39-78.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C., Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del Siglo XXI, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, páginas 4859-4886.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4859-4886.

RAMOS CHAPARRO, E., La inconstitucionalidad sobrevenida del desconocimiento materno, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4901-4913.

ROCA GULLAMÓN, J., Los procesos matrimoniales y de menores en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4915-4934.

ROCA SERRANO, E., Derecho de Menores Vs. Derecho de Niños y Adolescentes ¿Nueva rama del Derecho?, en Primer Curso de Especialización en Derechos de la Niñez y Adolescencia, Ministerio de Desarrollo Humano, La Paz, 1996, pp. 83 a 96.

RUIZ-RICO, J. M., GARCÍA ALGUACIL, M. J., Representación legal de menores y abuso de poder representativo, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Diez-Picazo", Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4935-4972.

SALADO OSUNA, A., Los derechos del niño ante la administración de justicia, publicado en "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", ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y

FORNER DELAYGUA, J. (Directores); GONZÁLEZ BOU, E., y GONZÁLEZ VIADA, N. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010, páginas 73-102.

SÁNCHEZ COBO, F. y otros, Comentario al proceso de reforma legislativa en Ecuador, publicado en la obra colectiva: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, págs. 473 a 490.

SARAVIA GONZÁLEZ, A. M., *Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)*, publicado en *La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida*, Consejo General del Poder Judicial (Centro de Documentación Judicial), Estudios de Derecho Judicial No. 147, Madrid, 2007, pp. 193-248.

SOTO, S., *Impacto de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos jurídicos en nuestra legislación, el Código del Menor de 1992*, en *Primer Curso de Especialización en Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Ministerio de Desarrollo Humano, La Paz, 1996, páginas 99-118.

TEJEIRO LÓPEZ, C.E, Comentario al proceso de reforma legislativa en Colombia, publicado en la obra colectiva: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), Editoriales Temis y Depalma, Bogotá, Primera Edición, 1998, pp. 267 a 282.

TORRELLES TOREA, E., *La Ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce y los principios del Derecho europeo de familia*, en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Llamas Pombo, E. (c), editorial la Ley, Madrid, 2009, pp. 177-207.

TENA PIAZUELO, I., *Primeros pasos legislativos de la mediación familiar en España*, publicado en "Estudios Jurídicos en Honor al profesor Luís Díez-Picazo", Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, páginas 951-974.

VÁSQUEZ, G. y LÓPEZ, V., *El proceso de reforma legislativa en Perú*, publicado en la tercera edición de la obra colectiva: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), Tomo II, Editorial Temis, 2004, pp. 1317-1359.

WOLF, J., *The Concept of the "Best Interest" in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child*, publicado en *The Ideologies of Children's Rights*, FREEMAN, M. y VEERMAN, P. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 124- 131

REVISTAS

ADROHER BIOSCA S., *La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, 28 de diciembre, de los «santos inocentes»*, publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 711, enero-febrero 2009, págs. 13 a 55.

AGUILAR CAVALLO, G., *El principio del interés del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicado en *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Año 6, No. 1, 2008, págs. 223 a 247.

AGUIRRE ROMÁN, J. y PABÓN MANTILLA, A., *Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. Un análisis constitucional y legal de la aplicación de este derecho*, en *Revista Prolegómenos: derechos y valores*, Bogotá, 2008, Volumen XI, No. 21, págs. 123 a 142.

ALONSO PÉREZ, M., *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código*

Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras, en Revista Actualidad civil, No. 1, 1997, pp. 17-40.

ARA PINILLA, I., Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, publicado en Anuario de Filosofía del Derecho, No. XXI, enero 2004, págs. 107 a 124.

ATIENZA, M., RUIZ MANERO J., Sobre principios y reglas, publicado en Revista Doxa Cuadernos de Filosofía, No. 10, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, páginas 101-120.

BAEZA CONCHA, G., El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia, publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, No. 22, 2001, páginas 355-362.

BALA, N., The Best Interests of the Child in The Post-Modern Era: A central but Padoxical Concept, revised version of paper presented at Law Society of Upper Canada Special Lectures 200: Family Law, Colloquium on "Best Interest of the Child", Toronto, December 13, 1999. Consultado en internet <http://law.queensu.ca/faculty/bala/papers/paradox2000.htm> , el 6 de mayo del 2009, pp. 1-58.

BELOFF, M., Los Derechos del Niño como derechos fundamentales, en Revista Justicia y Derechos del Niño, No. 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, pp. 9 a 22.

BERMÚDEZ TAPIÁ, M., Tenencia compartida en el Perú, en Revista de Derecho de Familia, No. 41 de octubre-diciembre 2008, pp. 257-286.

BORRÀS, A., El "interés del menor" como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado, en Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1994, Número 4, pp. 47 a 99.

BOSCH, A., Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial, Ponència a Les XIII Jornades de Dret Català A Tossa, consultado el 24 de abril del 2009 en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm> .

BOTANA GARCÍA, E. A., Derecho de visita de los abuelos, publicado en Actualidad civil, N° 1, 2004, pp. 548-560.

CALVO BLANCO, E. B., La protección de los derechos del niño en la Constitución española, publicado en Cuadernos Jurídicos, Año 3, No. 34 de octubre de 1995, pp. 17-29.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, publicado en Actualidad Civil, No. 15, Septiembre 2007, Tomo 2, pp. 1738-1769.

CANO, M. E., y KAWON, J, El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, publicado en Revista Aequitas Virtual, Universidad del Salvador.

CARBONNIER, J, Note sous Paris, 30 avril 1959, Dalloz, 1960.

CÓRDOBA, M. M., Última y próxima evolución del derecho de familia, Conferencia presentada en la ceremonia de entrega del Premio Academia, 16 de septiembre del 2008 (ver datos).

CORRAL GARCÍA, E., El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos, en Revista General de Derecho, Año LVII, No. 682-683,

julio-agosto 2001, pp. 6709-6742.

CORREA BASCUÑAN, M., El interés superior del niño en el Derecho chileno, revisado el 24 de abril del 2009 en

<http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html> .

DEBELE, G. A., Custody and parenting by persons other than biological parents: when non-traditional family law collides with the Constitution, publicado en *North Dakota Law Review*, Vol. 83, 2007, pp. 1227-1272.

DE DIEGO, F., Técnica Legislativa Codificada, *Revista de Derecho Privado*, Año XXI, No. 246, enero-diciembre de 1934, pp. 65-81.

DE TORRES PEREA, J. M., Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán, publicado en la *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, Abril-Junio 2006, Madrid, pp. 675-742.

DURAN AYANGO, A., El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional, publicado en *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 18, 2000, pp. 355-366.

EKELAAR, J., The emergence of children's rights, publicado en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, 1986, pp.161-182.

FREEMAN, M.D.A., Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention, publicado en el *Journal of Social Welfare Law*, 1983, pp. 70-91.

FREEDMAN, D., Funciones normativas del interés superior del niño, *Revista Jura Gentium*, Vol. I, No. 1, 2005, consultado el 24 de abril del 2009 en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> .

GARCÍA SALGADO, M. J., Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean, publicado en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 20, 2003, pp. 105-130.

GIL CANTERO, F., El debate del paternalismo entre los 'Child Savers' y los 'Kiddy liberals' respecto a los derechos de los niños, publicado en el *Primer Congreso Internacional sobre Infancia y Sociedad*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, pp. 1112-1124.

GUERRA HERNÁNDEZ, V. H., El sistema venezolano de Derecho Internacional Privado y el interés superior del niño: el caso de Elián González, *Repertorio hispánico*, febrero de 2000, consultado el 24 de abril del 2009 en <http://www.analitica.com/va/hispanica/5331189.asp> .

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Comentario a la Sentencia del TC de 4 de abril del 2005 (RTC 2005, 75), publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Thomson-Civitas, No. 70, enero-abril 2006, pp. 324-372.

HOWE, W. J. Y MCISAAC, H., Findig the balance: ethical challenges and best practices for lawyers representing parents when the interests of children are at stake, publicado en *Family Court Review*, No. 46, No. 1, Enero 2008, pp. 69-80.

LAUROBA LACASA, M. E., Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), publicada en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 84, septiembre-diciembre 2010, pp. 1477-1519.

LEBRETON, G., Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, publicado en *CDRF*, No. 2, 2003, pp. 77-86.

LEGUINA VILLA, J., Principios generales del Derecho y Constitución, publicado en

- Revista de Administración Pública, No. 114, septiembre-diciembre 1987, pp. 1-32.
- MACCORMICK, N., *The Artificial Reason and Judgement of Law*, publicado en *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 1981, pág. 113.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M., El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos, publicado en *Revista de Administración Pública*, No. 54, 1967, pp. 197-294
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo IV, octubre-diciembre 1992, Madrid, pp. 1391-1493.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I., El interés del menor y la privación de la patria potestad, en *Aranzadi Civil*, 2004-II, pp. 2003-2007.
- MCGINNIS, S., *You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail To Protect) the Best Interests of Children*, publicado en *Journal of Gender, Social Policy and Law*, Volumen 16, Numero 2, 2007.
- MOLONEY, L. The elusive pursuit of Solomon: faltering stops Howard the Rights of the child, publicado en *Family Court Review*, Vol. 46, No. 1 January, 2008, pp. 39-52.
- O'DONNELL, D., La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido, en *Infancia*, Boletín del IIN, No. 230, t. 63, julio, Montevideo, 1990, pp. 11 a 25.
- PASTOR ÁLVAREZ, M., El interés del menor en la leyes civiles que regulan su protección jurídica, en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, No. 15, 1997, pp. 181-202.
- PUGLIESE, C. B., "Interesse del minori: potestà dei genitori e poteri del giudece nella nuova disciplina dell'affidamento dei figli (L. 8 febbraio 2006, N. 54)" publicado en *Familia*, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa, Giuffrè Editore, Milán, 2006, No. 6, pp. 1053-1090.
- PRESNO LINERA, M.A., Derecho europeo de familia, publicado en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, No. 22, Pamplona, 2008. pág. 14, consultado en http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf, ultimo acceso el 2 de julio del 2012.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., ¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo I, enero-marzo 1997, Madrid, pp. 6-96.
- ROCA TRIAS, E., Familia, familias y de la familia, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fascículo IV, octubre- diciembre 1990, pp. 1055-1091.
- RUBIO TORRANO, E., Adopción y homosexualidad, publicado en *Aranzadi Civil*, No. 1, 2002, consultado en base de datos Aranzadi-Westlaw el 15 de mayo del 2009.
- RUIZ-RICO Ruiz, J.M., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO y LUQUE JIMÉNEZ, M.C., Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español, publicado en *Revista Derecho de Familia*, No. 17 de octubre 2002, pp. 53-86.
- SANTOS BELANDRO, R., El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado, consultado el 24 de abril del 2008 en <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28>.
- SCALA, J., Justo fallo, poco fundamentado, publicado en *Revista Ius Publicum*, Universidad Santo Tomas, No. 15, 2005, Santiago de Chile, pp. 247-258.

SNOW, R. Y COVELL, K., Adoption and the Best Interests of the Child: The Dilemma of Cultural Interpretations, publicado en Journal of Children's Rights, No. 14, 2006, pp. 109 a 117.

SOLETO MUÑOZ, H., El interés público en los procesos de familia, publicado en Revista de Derecho de Familia, No. 18 de enero del 2003, pp. 23-53.

SOTO MOYA, M. Tráfico Intracomunitario: un modelo de relación entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho de Extranjería, tesis presentada en la Universidad de Granada, 2006. Págs. 563.

STRAUSS P. L., y STRAUSS J. B., Review of Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit "Beyond the Best Interest of the Child", publicado en Columbia Law Review, Vol. 74, No. 5, 1974, pp. 996-1015.

TAMAYO HAYA, S., La custodia compartida como alternativa legal, publicada en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año 1997, Marzo-Abril, Núm. 700, págs. 667 a709.

VALERO HEREDIA, A, Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2002 de 18 de julio, en el Caso de los Testigos de Jehová, publicado en el Anuario Parlamento y Constitución, Año 2002, No. 6, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 273-310.

VARELA GARCÍA, C., Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, publicado en Actualidad Civil, No. 1, marzo 1997, pp. 261-282.

VARGAS CABRERA, B., El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, Fascículo II, Abril-Junio 1991, pp.611-696.

VELA SÁNCHEZ, A.J., "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", publicado en Diario La Ley, No. 8162, sección doctrina, de 3 de octubre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley 5167/2013.

VINTIMILLA, J., Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz de lus Novus ecuatoriano, publicado en Revista Iuris Dictionis del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, No. 13, Año X, Septiembre 2010, páginas 47-58.

WALLACE, S. R. Y SILVERBERG KOERNER S., Influence of Child and Family Factors on Judicial Decisions in Contested Custody Cases, publicado en Family Relations, Vol. 52, No. 2, abril 2003, pp. 180-188.

WILLS, M. S., Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention, publicado en The Review of Litigation, Vol. 25, No. 2, 2006, pp. 424-458.

ZAMBRANO, V., Interesse del minore ad affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto, publicado en Rivista Il Diritto di Famiglia e Delle Persone, Giuffrè Editore, No. 3-4, Vol. XXIX, Luglio-Dicembre 2000, pp. 1382-1400.

OTROS SOPORTES

ADMINISTRATION FOR CHILDREN & FAMILIES, Child Welfare Information Gateway,

Determining the Best Interests of the Child: Summary of State Laws, 2010, http://childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/best_interest.cfm, último acceso el 20 de junio de 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, National Child Welfare Center, <http://apps.americanbar.org/abanet/child/catmaterials/allcip.cfm#c16>, último acceso el 20 de junio del 2012.

BUITRAGO, S., Convención sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido, consultado en www.salvador.edu.ar/buitrafo.htm, consultado el 16 de junio del 2012.

CLAVIJO SUNTURA, H., El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, consultado en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306, último acceso el 27 de mayo del 2012.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN), <http://www.comunidadandina.org> , consultado el 8 de junio del 2010.

DE LAMA AYMÁ, A., La protección de los derechos de la personalidad del menor, tesis doctoral leída en la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004.

GARRIDO ÁLVAREZ, R., El interés superior del niño y el razonamiento jurídico, publicado en el IV Curso de Curso de Protección jurisdiccional de los derechos del niño, Lima, septiembre 2011, organizado por UNICEF/ Universidad Diego Portales, disponible en

<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/curso-de-proteccion-jurisdiccional-de-los-derechos-del-ninoa>, último acceso el 23 de junio del 2012.

HERRERA, M., Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción, documento preparado en el marco de las IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción. Mendoza, 7 y 8 de septiembre de 2006, mimeo.

LÓPEZ JACOISTE, J.J., El complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero, tesis doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

PLÁCIDO, A. F., El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional [del Perú], publicado en Cuadernos Jurisprudenciales, Número 62, agosto 2006, Lima. Consultado en: <http://lawiuris.wordpress.com/2007/11/04/el-interes-superior-del-nino/> , último acceso el 30 de junio del 2012.

SALTER, E. K., Deciding for a child: a comprehensive analysis of the best interest standard, publicado en Theor Med Bioeth, consultado en línea en Springer , ultimo acceso el 17 de abril del 2012, pp. 179-198.

ZERMATTEN, J., El interés superior del niño: del análisis al alcance filosófico, Informe de Trabajo del Institut International des droits de l'enfant, marzo del 2003, disponible en www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf , consultado por última vez el 30 de junio del 2012.

JURISPRUDENCIA: Corte Interamericana de Derechos Humanos

OC-1/82 del 24 de Septiembre de 1982, Otros tratados: objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134.

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 130.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 152.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 146.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre del 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 211).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero del 2011 (Fondo y Reparaciones), Serie C No. 221.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algononero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija Vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril del 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 242.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto del 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 246.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 248.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algononero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH caso Hokkanen c. Finlandia, sentencia de 23 de septiembre de 1994.

STEDH caso Johansen c. Noruega, sentencia de 7 de agosto de 1996.

STEDH caso E. P. c. Italia, sentencia de 16 de noviembre de 1999.

STEDH caso Gnahoré c. Francia, sentencia de 19 de septiembre del 2000.

STEDH caso Tiemann c. Francia y Alemania, sentencia de 27 de abril del 2000.

STEDH caso Ignaccolo-Zenide v. Rumania, sentencia de 25 de enero del 2000.

STEDH caso Sommerfeld c. Alemania, sentencia de 8 de julio del 2003.

STEDH caso Maumousseau and Washington C. France, sentencia de 6 de diciembre 2006.

STEDH caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, sentencia de 6 de julio del 2010.

STEDH caso Veljkov c. Serbia, sentencia de 19 de abril del 2011.

Bolivia

Corte Constitucional

Sentencias:

| | |
|--------------|--------------|
| 0979/2001-R. | 0882/2006-R, |
| 0335/2001-R. | 1285/2006-R, |
| 1049/2001-R. | 0671/2007-R. |
| 1026/2002-R. | 0323/2007-R. |
| 1058/2003-R. | 0447/2007-R. |
| 1825/2003-R. | 0223/2007-R. |
| 1827/2003-R. | 0041/2007/R. |
| 1049/2004-R. | 0280/2007-R. |
| 0977/2004-R. | 0565/2007-R. |
| 0886/2004-R. | 0349/2007-R. |
| 0831/2004-R. | 0530/2007-R. |
| 1015/2004-R. | 0038/2010-R. |
| 1437/2004-R. | 0287/2010-R. |
| 1059/2004-R. | 0033/2010-R. |
| 0796/2005-R. | 0469/2010-R. |
| 1393/2005-R. | 0039/2010-R. |
| 1522/2005-R. | 0346/2010-R. |
| 1550/2005-R. | 0209/2010-R. |
| 0762/2005-R. | 0165/2010-R. |
| 0936/2005-R. | 0108/2010-R. |
| 0252/2005-R. | 0145/2010-R. |
| 8017/2006-R. | |

Colombia

Corte Constitucional

Sentencias:

| | |
|--------------|-------------|
| T-510/1993. | C-534/2005 |
| T-477/1995. | T-864/2005. |
| T-408/1995. | T-466-2006 |
| T-041/1996. | T-551/2006. |
| C-1068/2002 | T-808/2006. |
| C-1068/2002. | T-887-2009 |
| T-510/2003. | T-572-2010 |
| T-189/2003. | T-1042-2010 |
| T 292/2004 | T-580A/2011 |
| C-507/2004. | T-068-2011 |
| T-397/2004. | T-260/2012. |
| T-497-2005 | T-267/2012 |

Chile

Corte Suprema de Justicia

Cuarta Sala, Caso tuición menores López Atala, de 31 de mayo del 2004

Ecuador

Corte Nacional de Justicia (Ex Corte Suprema de Justicia)

Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-VIII-2000

Fallo de 13 de noviembre de 2003. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14
Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Manabí, juicio de alimentos
1158-06 de 18 de julio del 2007.

Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, juicio No. 471-06
de 11 de enero del 2007.

Juzgado Primero de Niñez y Adolescencia del Azuay: Resolución de alimentos
dentro del juicio No. 0195120060846 de 2 de abril del 2007.

Corte Constitucional (Ex Tribunal Constitucional)

Sentencia del Pleno No. 021-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011, publicada
en el R.O. 572-S, de 10 de noviembre del 2011.

Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional del día 7 de noviembre
del 2008

Sentencia del Pleno No. 031-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011, publicada
en el R.O. 572-S, de 10 de noviembre del 2011.

España

Tribunal Constitucional

STC 260/1994, de 3 de octubre.

STC 114/1997, de 16 de junio.

STC 134/1999, de 29 de junio.

STC 77/2000, de 27 de marzo.

STC 141/2000, de 29 de mayo.

STC 4/2001, de 15 de enero.

STC 28/2001, de 1 de febrero.

ATC 28/2001, de 1 de febrero.

ATC 21/2002, de 25 de febrero.

STC 124/2002, de 20 de mayo.

ATC 148/2002 de 23 de julio.

STC 221/2002 de, 25 de noviembre.

STC 127/2003, de 30 de junio.

ATC 273/2003, de 22 de julio.

STC 71/2004, de 19 de abril.

ATC 198/2004, de 26 de mayo.

STC 75/2005, de 4 de abril.

ATC 461/2007, de 17 de diciembre.

STC 183/2008, de 22 de diciembre.

STC 158/2009, de 29 de junio.

STC 185/2012, de 17 de octubre.

Tribunal Supremo

STS 4673/1984, de 13 de julio.

STS 1495/1998, de 5 de marzo.

STS 3419/2000, de 24 de abril (Id Cendoj: 28079110012000101471).

STS 2676/2001, de 12 de mayo (Id Cendoj: 28079110012011100281).
STS 653/2004, de 12 de julio.
STS 3272/2005, de 23 de mayo (Id Cendoj: 280799110012005100349).
STS 943/2009, de 12 de marzo (Id Cendoj: 28079110012009100143).
STS 3069/2009, de 14 de mayo (Id Cendoj: 28079110012009100349).
STS 5382/2009, de 27 de julio (Id Cendoj: 28079110012009100562).
STS 5817/2009, de 31 de julio (Id Cendoj: 28079110012009100603).
STS 5707/2009, de 28 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012009100588).
STS 5969/2009, de 8 de octubre (Id Cendoj: 28079110012009100624).
ATS 14287/2009, de 27 de octubre (Id Cendoj: 28079110012009205249).
STS 962/2010, de 10 de marzo (Id Cendoj: 28079110012010100107).
STS 4705/2010, de 8 de julio (Id Cendoj: 28079110012010100545).
STS 4861/2010, de 1 de octubre (Id Cendoj: 28079110012010100567).
ATS 2063/2011, de 8 de febrero (Id Cendoj: 2807911001201120158).
STS 505/2011, de 11 de febrero (Id Cendoj: 28079110012011100035).
STS 605/2011, de 21 de febrero (Id Cendoj: 28079110012011100066).
ATS 2040/2011, de 8 de marzo (Id Cendoj: 28079110012011201035).
STS 1657/2011, de 29 de marzo (Id Cendoj: 28079110012011100145).
STS 2053/2011, de 1 de abril (Id Cendoj: 28079110012011100217).
STS 2005/2011, de 7 de abril (Id Cendoj: 28079110012011100189).
STS 2666/2011, de 25 de abril (Id Cendoj: 28079110012011100271).
STS 6239/2011, de 6 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012011100638).
STS 5873/2011, de 3 de octubre (Id Cendoj: 28079110012011100597).
STS 628/2012, de 10 de enero (Id Cendoj: 28079119912012100058).
STS 4723/2012, de 29 de junio (Id Cendoj: 28079100120121004014).
STS 5674/2012, de 13 de julio (Id Cendoj: 2807910012012100447).
STS 26/2013, de 5 de febrero (Id Cendoj: 2807910012013100019).

Perú

Tribunal Constitucional

Expediente N. ° 01817-2009-PHC/TC, fallo de 7/X/2009

Expediente N. ° 4646-2007-PA-TC de 17/X/2007.

Expediente N° 06165-2005-HC/TC, fallo de 6/XII/2005

Expediente N. ° 4646-2007-PA/TC de 17/X/2007

Justicia Civil

Caso No. 2096-97 de la Corte de Lima.

Caso N. ° 1009-2000 de la Corte de Ica.

Caso N° 856-2000 de la Corte Apurímac.



IMPRESO EN
EL SALVADOR, C.A.

por: Asociación Institución
Salesiana

IMPRESA Y OFFSET RICADDONE

Final Av. Hno. Julio Gaitán,
Santa Tecla Telefax: 2229-0308
900 Ejemplares
c.41808 / Enero 2016