

El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado

The Welfare of the Child Principle as an Undefined Legal Concept

Erika Liliana DÍAZ DÍAZ*

RESUMEN: El propósito de este artículo es clarificar cuál es el contenido del principio del “Interés Superior del Niño”, en cuanto concepto jurídico indeterminado, a fin de poder delimitar la zona de vaguedad que tiene, limitando de esta manera el arbitrio del Estado y aplicándolo eficazmente a los casos concretos. Para ello se analizarán los componentes clave de la zona de certeza del “Interés Superior del Niño” mediante un estudio de lo establecido por la doctrina e instrumentos internacionales.

PALABRAS CLAVE: Infancia; Derechos del Niño; Principio; Derecho de Familia; Concepto Jurídico Indeterminado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to clarify the contents of the “Welfare of the Child Principle” as an Undefined Legal Concept in order to limit its vagueness, prevent the arbitrary of the State and apply it effectively in particular cases. Therefore, it will be analyzed the Certainty Zone of the “Welfare of the

* Licenciatura en Filosofía en la Universidad Iberoamericana Licenciatura en Derecho en la Universidad Abierta de San Luis Potosí, Maestría en Bioética en la Universidad Anáhuac Norte y Doctorado en Derecho de la Empresa en Universidad Anáhuac Norte, actualmente labora en “Asesoría Jurídica Díaz Díaz”. Contacto: <liliana-diazd@gmail.com>. Fecha de recepción: 03/07/20. Fecha de aprobación: 07/10/20.

Child Principle” by studying the legal doctrine and the international documents.

KEYWORDS: Childhood; Children’s Right; Principle; Family Law; Undefined Legal Concepts.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el momento de la aparición del principio del “Interés Superior del Niño” en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, dicho concepto ha generado mucha confusión al respecto, pues ni la doctrina ni los instrumentos internacionales ni las leyes locales han podido dar una definición uniforme y clara sobre este principio. La mayor luz que se ha dado sobre este tema viene de la doctrina, donde se ha establecido, de manera general que es un concepto jurídico indeterminado. A fin de determinar lo que ello significa, en este trabajo se analizará si el principio del “Interés Superior del Niño” puede ser considerado un concepto jurídico indeterminado y, de serlo, cuáles serían las notas que los constituirían. Para ello, se analizarán tanto la zona de certeza positiva de este principio como la zona de certeza negativa, con la intención de delimitar la zona de vaguedad y poder clarificarlo sin quitarle la flexibilidad que le ha sido otorgada desde su creación, a fin de que deje de ser un concepto vago sujeto al arbitrio de cualquiera que desee usarlo para convertirlo una verdadera herramienta de protección a la niñez.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

En la doctrina encontramos múltiples opiniones sobre lo que se considera que es el interés superior del niño. Así, por ejemplo, autores como Tania de Armas considera que al interés superior del niños *se le han atribuido características de vaguedad, ambigüedad e indeterminación*, que se introdujo como una pauta para el Derecho y la sociedad y que debe considerar como un nuevo principio procesal rector y guía de todos los procedimientos, constituyendo una fórmula que determina otros principios procesales, pues los flexibiliza al ser superior jerárquicamente a ellos. Para la autora, es

un principio común a todos los procesos sin importar la materia u orden de qué se trate y el cimiento axiológico de interpretación, aplicación y ejecución de normas¹. Véase que se considera al interés superior como un principio procesal rector, que tiene una jerarquía superior a cualquier otro y que tiene la función de ser guía o pauta para interpretar, aplicar y ejecutar normas, además de que resalta la indeterminación y vaguedad que posee este principio.

Irene Ortega, por su parte, dice claramente que el interés superior toma la forma de concepto jurídico indeterminado, definiendo a estos conceptos como criterios de valor que se tienen que perfilar al momento de su aplicación, según la experiencia común. El concepto indeterminado, para la autora, ofrece criterios para valorar y tomar decisiones y, en el caso concreto, se llegue a soluciones que excluyan otras posibles².

Otros como Elba Cárdenas consideran que es tan amplia esta definición que se debería plantear que el interés superior es la satisfacción integral de los derechos fundamentales de los niños,³ dado que, en palabras de Fermín Torres, los niños gozan de una protección superior o complementaria de sus derechos que se funda en la protección jurídica general⁴. Con base en lo anterior, Elba Cárdenas concluye que el interés superior del niño no debe quedarse como una declaración sino como un principio, con base en el cual la autoridad administrativa o el Juez puede elegir entre opciones diferentes⁵.

¹ Cfr. DE ARMAS, Tania, “El Principio del Interés Superior del Niño en el Proceso Relativo a lo menores en conflicto con la Ley Penal en Cuba”, en *vLex Internacional*, núm. 4, enero 2009, pp. 8-9.

² ORTEGA, Irene, *op. cit.*, p. 89.

³ Cfr. CÁRDENAS, Elva, *op. cit.*, p. 7.

⁴ Cfr. TORRES, Fermín, *et. al.*, “El Interés Superior del Niño en la Perspectiva del garantismo jurídico en México”, en *Alegatos*, Universidad Autónoma de México, México, núm. 65, enero 2007, México, 2007, p. 98.

⁵ Cfr. CÁRDENAS, Elva, *op. cit.*, p. 6.

Fermín Torres, a su vez, manifiesta que la Convención de los Derechos del Niño elevó al interés superior al carácter de norma fundamental con proyección fuera del ordenamiento jurídico, pues irradia a las políticas públicas y es orientador de culturas más igualitarias y respetuosas de los Derechos Humanos. Esto es, es un principio supremo,⁶ un concepto flexible, dinámico que permite que se vaya adecuado o perfilando caso a caso⁷.

Baeza 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”⁸.

Finalmente, para Aguilar Cavallo, el interés superior es uno de los principios rectores en materia de derechos del niño, que cuenta con reconocimiento universal y que tiene el carácter de norma de Derecho Internacional y Principio General del Derecho. Incluso describe que las denominaciones que tienen en los diferentes países son *best interest of the child*, *welfare of the child*, *l'intérêt supérieur de l'enfant* o interés superior del niño⁹.

Algunos otros autores conciben al interés superior del niño simplemente como un concepto jurídico indeterminado, como lo refiere el tratadista español Francisco Pérez-Martín. Esta idea es compartida por autores como Nuria González Martín, quien, en su libro *Adopción Internacional*, define al interés superior como un “término ambiguo y subjetivo, *un concepto jurídico indeterminado*

⁶ Cfr. TORRES, Fermín *et. al.*, *op. cit.*, p. 99.

⁷ Cfr. RATVELLAT, Isaac, *op. cit.*, p. 92.

⁸ BAEZA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, pág. 356 citado por GONZALO AGUILAR CAVALLO, *op. cit.*, p. 229.

⁹ Cfr. AGUILAR, Gonzalo, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, dirección de internet, p. 226. Consultado en: <[http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/El principio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/El%20principio11.pdf)> (15 de enero de 2014).

que debe irse perfilando en cada caso concreto que se presenten la práctica”¹⁰, así como por Elva L. Cárdenas Miranda, quien dice que “por tratarse de un *concepto jurídico indeterminado* dentro del ámbito de protección internacional... no resulta fácil arribar a una definición del mismo.”¹¹ A su vez, Irene Ortega, refiere que el interés superior del niño “toma, en ordenamientos jurídicos, la forma de concepto jurídico indeterminado”¹² Isaac Ratvellat Balleste sigue con esa tendencia pues define al interés superior del niño como una tarea compleja por ser un concepto jurídico indeterminado o cláusula general¹³. Así, vemos una consistencia doctrinal que considera que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado.

De lo expuesto se advierte que, si bien no existe una definición en la que la doctrina sea uniforme, sí existen algunos elementos o rasgos comunes. En primer lugar, en todas las definiciones se habla de que el interés superior es un concepto muy amplio y vago. En segundo lugar, hay un establecimiento de este principio como un principio supremo. Finalmente, también hay acuerdo en que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. Luego, se puede concluir que el interés superior es un principio y un concepto jurídico indeterminado.

¹⁰ GONZÁLEZ, Nuria, *Adopción Internacional*, México, UNAM, 2006, p. 44.

¹¹ CÁRDENAS, Elva L., “El Interés Superior del Niño”, en *Letras Jurídicas*, Universidad Veracruzana. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, México, núm. 23, enero 2011, p. 6.

¹² ORTEGA, Irene, “El Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea”, en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, España volumen 2, núm. 3, 2002, p. 89.

¹³ Cfr. RATVELLAT, Isaac, “El Interés Superior del Niño: Concepto y Delimitación del Término” en *Educatio Siglo XXI*, Universidad de Murcia, España, vol. 30, núm. 2, España, 2013 p. 92.

Respecto de este último punto, para que el Principio del Interés Superior pueda ser considerado un concepto jurídico indeterminado, debe cubrir ciertos elementos como son: flexibilidad, límite a la actuación estatal y vaguedad.

Por lo que respecta a la *flexibilidad*, en momentos históricos anteriores, los intereses de los niños no eran objeto de regulación pública sino que era un asunto privado. Después, empezó a surgir una gran preocupación por reconocer que sus intereses debían protegerse, ya que, si bien los Derechos Humanos se aplican a todas las personas sin importar su condición o particularidad, existía un grupo que necesitaba una mayor protección para gozar de sus derechos, que es la infancia y adolescencia, esto es, las personas que tienen entre 0 y 18 años de edad¹⁴. A partir de entonces, el Estado empezó a asumir responsabilidades en materia de niños, sea asumiendo la tutela de algunos o impartiendo órdenes para su educación. Mas, a pesar de la creación de leyes especializadas en niños, éstos seguían expuestos al abuso y a la indiferencia de los órganos estatales. Con la aparición del principio del interés del niño en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se dio un avance al considerar que el interés del niño debía ser un asunto público, lo que trajo, por paradoja, que se tuviera que limitar las facultades del Estado a fin de evitar una aplicación abierta o encubierta de mecanismos más punitivos hacia los niños¹⁵.

Ahora bien, hay que preguntarse ¿por qué el interés superior del niño es flexible? La razón estriba en que la Convención de los Derechos del Niño es un consenso de culturas y sistemas jurídicos diversos que tiene que adaptarse a los diferentes enfoques de cada país en materias de políticas públicas, límites a la intervención del Estado y sociedad y medidas que se pueden tomar para garantizar el ejercicio efectivo de los Derechos del Niño. Siendo tan diversos

¹⁴ Cfr. TORRES, Fermín *et. al.*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵ Cfr. CILLERO, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, p. 7. Consultado en: <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf> (15 de enero de 2014)

los países que suscribieron esta Convención, el principio del interés superior tiene que ser un punto de encuentro, un estándar jurídico común a todos, que permita interpretar las reglas de los derechos del niño y resolver conflictos, flexibilizándose y adecuándose a cada cultura particular y, en determinados casos, ir contra las reglas universales o prescindir de ellas para resguardar la pertenencia del niño a su cultura¹⁶.

Respecto al segundo elemento, esto es a constituir un *límite para la discrecionalidad o poder del Estado*, se considera que este principio frena las facultades de la autoridad para intervenir en asuntos relacionados con la infancia¹⁷ ya que, al propiciar que los derechos del niño sean oponibles antes los padres y el Estado, se impusieron como límite u orientación,¹⁸ pues el Estado no puede actuar violándolos o yendo en contra de ellos. Asimismo, el principio del interés superior dispone una obligación, limitación o prescripción imperativa a las autoridades, consistente en adoptar siempre las medidas que promuevan y protejan los derechos de los niños, evitando aquellas que conculquen dichos derechos.¹⁹ Luego, al ser un principio de interés público, todos los actos en los que se involucran niños cayeron bajo la protección judicial²⁰.

Finalmente, respecto a la *vaguedad* o amplitud, la doctrina es uniforme en establecer que existe una amplitud o vaguedad en el interés superior del niño, como se observa de las definiciones citadas al principio de este apartado. Aunado a ello, se suman las visiones de autoras como Nuria González y Sonia Rodríguez quienes categorizan a este principio como vago, al considerar que el interés superior es indeterminado porque es necesario que se adecue a nuevas realidades que surgen como producto de las internacionalizaciones de las relaciones familiares en las que se in-

¹⁶ Cfr. TORRES, Fermín *et. al.*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁷ Cfr. TORRES, Fermín *et. al.*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 106.

¹⁹ Cfr. *Ibidem.*, p. 107.

²⁰ Cfr. *Ibidem.*, *op. cit.*, pág.106.

volucran menores²¹ y que es relativo porque se debe relacionar con las circunstancias particulares y concretas de cada niño, lo que genera múltiples soluciones²²

Por estas razones, se ha considerado que la indeterminación de este principio impide una interpretación uniforme y que, en muchas ocasiones, al amparo de este se permite un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad, lo que conlleva una falta de protección efectiva²³. Esto es, el interés superior del niño, en vez de ser un concepto pacífico, ha generado múltiples y diversas controversias, que han influido negativamente en su aplicación práctica. Rivero comenta que los que han intentado definirlo son representantes legales y jueces que no logran sustraerse de sus convicciones y prejuicios, lo que genera que, al valorar la situación, lo hagan desde la óptica de sus vivencias, experiencias e ideologías, de manera consciente o inconsciente y no se enfocan al niño de manera exclusiva²⁴. Esto es, al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados, como el interés superior, lo hacen usando convenciones aceptadas socialmente y, por ende, sus ideas y creencias son las que mayor peso tienen a la hora de tomar decisiones²⁵.

Algunos otros, como Bo y Caballero, consideran pertinente que el interés superior sea vago, pues creen que con ello se faculta al Juez a acercarse a la situación particular del niño y decidir lo más favorable para él²⁶. Ratvellat, por su parte, afirma que esa indeterminación ha generado discrecionalidad judicial, permitiendo la existencia de sentencias contradictorias,²⁷ pues nos encontramos ante una cláusula abstracta que justifica cualquier

²¹ Cfr. GONZÁLEZ, Nuria *et. al.*, *op. cit.*, p. 22.

²² Cfr. *Ibidem*, p. 23.

²³ Cfr. CILLERO, Miguel, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ Cfr. RATVELLAT, Isaac, *op. cit.*, p. 91.

²⁵ RIVERO, F, *El Interés Superior del Menor*, citado por IRENE ORTEGA, *op. cit.*, p. 89.

²⁶ Cfr. RATVELLAT, Isaac, *op. cit.*, p. 97.

²⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 97.

decisión²⁸, como ocurre en la práctica pues, dependiendo de la visión, experiencias u opiniones del Juez se dan sentencias completamente diversas y contrarias entre sí. Irene Ortega coincide en este punto, toda vez que considera que la indeterminación trae consigo el peligro de caer en estereotipos sociales y creencias individuales que ninguna relación tienen con los conocimientos que las ciencias han dado sobre las necesidades de los niños y modos de satisfacerlas²⁹.

Al parecer, el interés superior del niño puede actuar como un “Caballo de Troya”, pues permite que consideraciones personales y culturales entren en el área del Derecho de los Niños³⁰. Nadie se pone de acuerdo en quién es el indicado para determinarlo, pues el Tribunal Constitucional Español es tajante en establecer que el Tribunal de Amparo no es a quien corresponde determinar qué es el interés superior en un caso concreto sino que el competente es la autoridad judicial aunque utilizan este principio para legitimar a los padres o tutores para solicitar ante ellos el restablecimiento del derecho de custodia³¹.

Esta vaguedad o amplitud trae aparejadas ventajas y desventajas. Su gran ventaja es su capacidad de adaptación, de manera personalizada a las condiciones y necesidades cambiantes del menor³². Sin embargo, sus desventajas superan la ventaja. Una de ellas es la falta de delimitación del concepto que conlleva a la incertidumbre y amplios márgenes de discrecionalidad o actuación judicial, que acaban en un tipo de prueba-error³³; otra, la manipulación errónea del principio por parte de los operadores jurídicos

²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 92.

²⁹ Cfr. ORTEGA, Irene, *op. cit.*, p. 91.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 91.

³¹ Cfr. *Ibidem.*, p. 98.

³² Cfr. GONZÁLEZ, Nuria *et. al.*, *op. cit.*, p. 30.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

que desvirtúan por completo lo que se debe entender por interés superior³⁴.

En resumen, el “Principio del Interés Superior del Niño” cumple con las características de vaguedad o indeterminación, flexibilidad y limitación a la actuación estatal, por lo que se puede concluir que, efectivamente, se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Ahora bien, una vez determinado su concepto, se debe analizar su composición.

III. CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la doctrina es difícil encontrar autores que nos hablen del contenido o los elementos que constituyen el interés superior. La mayoría simplemente alude a las notas de vaguedad e indeterminación.

Sin embargo, partiendo del punto de que los conceptos jurídicos indeterminados se componen de zonas de certeza, zona de certeza negativa y zonas de incertidumbre, a partir de las zonas de certeza es posible encontrar parámetros, reglas y límites que nos ayuden a concretizar ese interés superior en los casos particulares, es decir, que iluminen o delimiten la zona de incertidumbre. Por tanto, si bien parte del contenido del interés superior queda en la zona de incertidumbre, se deben describir los parámetros que nos ayuden a concretizar dicha zona. Para lograrlo, hay que hacer un análisis de los elementos que componen las zonas de certeza de este principio, a fin de poderlos descubrir.

Se puede decir, en un primer momento que el bienestar, equilibrio emocional y afectivo, así como el desarrollo pleno de la personalidad son los elementos constitutivos de la zona de certeza positiva. No obstante, Ratvellat agrega que el interés superior abarca todos los derechos fundamentales con miras a permitir el libre desarrollo de la personalidad³⁵.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

³⁵ Cfr. *Ibidem*., p. 93.

Por tanto, se podría resumir que la zona de certeza positiva se compone del bienestar, equilibrio emocional y afectivo y desarrollo pleno de la personalidad- elementos que devendrán en los llamados principios rectores- y derechos fundamentales. Pero, ¿cuáles son los derechos que se incluyen como parte de esta zona de certeza? Es lo que se hay que ver ahora.

A) NÚCLEO DURO DE DERECHOS

Si bien todos los Derechos del Niño son importantes, para autores como Diego Freedman, existe un “núcleo duro” de derechos del niño dentro de la propia Convención, esto es, unos derechos que van a quedar siempre intocados sin importar las circunstancias y que, por ende, tienen superioridad jerárquica respecto de los demás. Estos derechos son los que forman parte de la zona de certeza, pues son derechos que no cambian y no pueden ser violados, en ningún momento. Luego, son parte de la esencia del interés superior. Mas, ¿cuáles son esos derechos intocables? Freedman considera que son el Derecho a la vida, nacionalidad e identidad, pensamiento y conciencia, salud, educación, nivel de vida adecuado y realizar actividades propias de su edad y las garantías penales y de proceso penal porque constituyen un verdadero límite para el estado al impedir que la autoridad puede tener discrecionalidad³⁶. Esta visión es compartida por Aguilar Cavallo, quien coincide en que todos los derechos antes citados forman parte del núcleo duro.³⁷ No obstante, se considera que falta incluir dentro de esos derechos el de la integridad. La razón es que si lo que se busca es el bienestar del niño y su desarrollo pleno, una de las formas de promoverlo y garantizarlo es mediante la protección contra la mutilación, violencia, golpes o heridas de tal gravedad que importen una pérdida en alguna parte del cuerpo, de la psique o de la autoestima. Además, tener un cuerpo y mente completa es lo que

³⁶ Cfr. FREEDMAN, Diego, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ Cfr. AGUILAR, Gonzalo, *op. cit.*, p. 230.

permite, a su vez, un desarrollo pleno, pues se posibilita el uso de todas sus facultades.

B) PRINCIPIOS RECTORES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

No todas las normatividades y Derechos de los países proporcionan principios rectores, esto es, normas o reglas que nos ayudan a concretizar el interés superior en la realidad. Si se analiza de manera global, podemos ver que el interés superior se regula mediante dos técnicas legislativas: la del derecho anglosajón y la del derecho continental. El primero combina las cláusulas generales con criterios normativos que compensan la indeterminación; la segunda, solo utiliza cláusulas generales. En países como España, Francia, Noruega, Italia o México predomina el sistema continental y, por tanto, existen realmente pocos criterios que ayudan a dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados, lo que genera que el legislador remita al juzgador o a la Administración el concepto para que sea éste el que se encargue de determinar tal interés en los casos concretos. Sin embargo, en la práctica, eso genera soluciones muy dispares entre sí porque, en la determinación del concepto, las ideas, creencias y perspectiva del juez tienen un papel dominante³⁸.

La doctrina es coincidente en esta necesidad de establecer y/o encontrar dichos parámetros. Baste ver a Sonia Rodríguez, quien concluyó lo siguiente:

[deben existir] “unos parámetros mínimos dentro de los cuales se puede mover el concepto de interés superior del niño; entre estos es factible indicar la *estabilidad emocional y afectiva* del niño, el *respeto a su centro de vida*, a sus decisiones cuando se le presupone cierto grado de madurez, el *evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar*

³⁸ Cfr. ORTEGA, Irene, *op. cit.*, pág. 89.

y amistoso, o el mantener un nivel de vida parecido al que el menor tenía.”³⁹

Esta visión es compartida por Aguilar Cavallo, quien establece que el interés superior del niño es un principio comprensivo y multifactorial que contiene una serie de criterios que amparan el desarrollo y total autorrealización del niño en su entorno. Además, protegen y garantizan que el niño pueda contribuir a la sociedad⁴⁰.

Consecuentemente, se deben encontrar estos parámetros mínimos. Como el Interés Superior del Niño es un Principio General de aplicación universal, se debe acudir a la normatividad internacional y a la doctrina para encontrarlos. Del análisis de ambas, se obtienen los siguientes principios:

Bienestar

Para Jean Zermatten, uno de los principios que componen el interés superior es el bienestar, dado que asegura que el objetivo de este principio es asegurar el bienestar físico, psíquico y social de niño⁴¹. A ello se unen los instrumentos internacionales, en los cuales, de manera reiterada, se habla consistentemente del bienestar como elemento clave de este principio, lo cual nos hace preguntar qué es bienestar.

³⁹ RODRÍGUEZ, Sonia, *La Protección de los menores en el Derecho Internacional*, págs. 31 y 32, citado por CÁRDENAS MIRANDA, Elva L, “El Interés Superior del Niño”, en *Letras Jurídicas*, Universidad Veracruzana. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, México, núm. 23, enero 2011, p. 6.

⁴⁰ Cfr. AGUILAR, Gonzalo, *op. cit.*, p. 238.

⁴¹ ZERMATTEN, Jean, “El interés superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”. en *Informe de Trabajo*, pág. 15 citado por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 230.

La *Children Act* de 1989, al hacer referencia a los elementos a considerar en todo asunto en que estén involucrados menores, nos deja entrever algunos elementos que constituyen al bienestar, como son la *satisfacción de necesidades físicas, emocionales y educativas, protección contra el daño, relación padres-hijos, edad, sexo y circunstancias*⁴². Estos elementos fueron detallados, con mayor amplitud, en la *Children Act* de 2004, la cual en su Parte 1, artículo 2 fracción 3 y Parte 2 artículo 10 fracción 2 son claros y consistentes en que los aspectos que conforman el bienestar son: *equilibrio emocional y salud mental y física, protección contra el daño y negligencia, educación y recreación, comodidad social y económica*⁴³ con miras a que el niño pueda hacer una contribución a la sociedad. Esto es, desde 1989, Inglaterra ha establecido que el bienestar se refiere a la consideración del niño en su conjunto, esto es, enfocándose en todas sus áreas de vida, como es la parte física, psicológica, emocional, educativa, pero también en su edad, misma que nos determina el nivel de desarrollo y crecimiento, las necesidades que deben satisfacerse y sus circunstancias personales, como es el nivel socioeconómico, cultural, moral, etc.

A ello se suman voces de autores como Bromley, para quien el término bienestar, o su equivalente inglés *welfare* implica *dinero, comodidad física, pero también vínculos de afecto y bienestar moral y religioso*.⁴⁴

Esto es, la corriente anglosajona ha sido consistente en considerar que el bienestar se refiere al niño como un todo, es decir, a procurar que el niño esté bien en todas las áreas de su vida, tanto en la satisfacción de sus necesidades, como en su aspecto físico, emocional, psicológico, educativo. Pero la relación familiar y su aspecto cultural y de vida cuentan de igual manera. Estas ideas han sido aceptados en los instrumentos internacionales. Baste ver la Convención de los Derechos del Niño, la cual, en su Preámbulo,

⁴² Cfr. Part I, 1 (3) de la *Children Act* 1989, p. 1.

⁴³ Cfr. Part 1 2 (3) y Part 2 10 (2) de la *Children Act* 2004, pp. 1-8.

44 BROMLEY, P.M., *Bromley's Family Law*, citado por RATVELLAT, Isaac, *op. cit.*, p. 95.

considera que el ambiente familiar y el clima de felicidad, amor y comprensión son los elementos que propician el desarrollo armónico de la personalidad.⁴⁵

De todo lo antes expuesto, podemos concluir que el bienestar se compone de los siguientes elementos:

1. Condiciones materiales que permitan la satisfacción de necesidades físicas, educativas y emocionales y que se traducen en el establecimiento de una forma de vida agradable y cómoda.
2. Estabilidad y seguridad física, psicológica y emocional.
3. Relación familiar cálida, cariñosa, comprensiva y compasiva.
4. Felicidad.
5. Ausencia de violencia o daño hacia el niño.

Luego, bienestar no es otra que el aseguramiento de condiciones materiales y la preservación de la estabilidad, felicidad y tranquilidad familiar. Así, es evidente que aplicar el bienestar no es otra cosa que procurar que los elementos antes descritos estén satisfechos de la menor manera posible.

No dilación

Este principio, propuesto por Inglaterra en la *Children Act* con el nombre de *No Delay Principle*, hace referencia a que la toma de decisiones respecto de menores debe ser rápida, no debe tardar, pues “cualquier retraso va en perjuicio del menor”. Esta agilidad es una buena práctica que no se contempla en otros países como España⁴⁶ y México pues, si bien se dice que lo que se busca es acortar tiempos y hacer los trámites expeditos, en la realidad, cada ley genera mayor burocratización, trámites y procesos cada vez más largos que, por las cargas de trabajo de los tribunales nunca generan tiempos breves sino que llevan un tiempo considerable su resolución.

⁴⁵ Cfr. Preámbulo de la CDN, p. 7.

⁴⁶ Cfr. ORTEGA, Irene, *op. cit.*, p. 90.

En Inglaterra, desde 1989, ha tenido la visión de que a un niño no se le puede sacar de su vida familiar, estilo de vida o estabilidad más que cuando no exista otra alternativa. En caso de que tenga que ser removido de la familia con quien habita, el Juez tiene un tiempo brevísimo para poder determinar la situación del menor, sea reincorporándolo o resignando la custodia a otro miembro de la familia extensa. Esto es, la No Dilación de la determinación, pues las autoridades judiciales no pueden tardarse en resolver las situaciones de menores sino que debe tomar medidas de manera rápida.

En otras palabras, uno de los grandes factores a considerar dentro de las reglas que involucra el interés superior es el tiempo⁴⁷, pues para un niño el tiempo es el puede generar los mayores traumas y perjuicios y puede ser vital para permitirle salir de una situación compleja y desastrosa para él. A diferencia de cualquier otra etapa de vida, para los niños el desarrollo y maduración es un proceso continuo y, entre mayor tiempo pase un niño en una situación desfavorable, violenta, de abandono, de malnutrición, etc., mayores serán las consecuencias a largo plazo y mayor será el tratamiento para poder superar esas situaciones traumáticas de vida. Además, los procesos de maduración de desarrollo no se suspenden ni se hacen más lentos en los que se decide la situación de un niño sino que permanecen y continúan y, en caso de tomar medidas extraordinarias, el mayor tiempo en que un niño quede sin estabilidad, genera mayores efectos en su desarrollo y crecimiento. Por ello, se creó la regla de celeridad, para evitar que el tiempo sea un factor que vaya contra los niños.

Mínima intervención

Este principio, también de la doctrina anglosajona, implica que la autoridad o juez sólo actúa cuando es estrictamente necesario.

⁴⁷ Cfr. PELLEGRINI, M., *op. cit.*, p. 175.

Esta regla implica disminuir al mínimo posible⁴⁸ las intervenciones, lo que genera que toda medida que se tome respecto a los menores sea extraordinaria y se limite al menor cambio posible en la vida del niño. Al respecto, la legislación inglesa fue la primera en contemplar las medidas de urgencia en la Parte V, artículos 43 y 44 de la *Children Act* de 1989, lo que muestra la visión de este país de que a un niño no se le puede sacar de su vida familiar, estilo de vida o estabilidad más que cuando no exista otra alternativa.

En otras palabras, el espíritu de dichas medidas radica en que ser tomadas sólo en casos muy específicos, donde el menor esté en riesgo, sea sanitario o que viole su integridad, vida o libertad.

Autonomía Progresiva

Otro de los parámetros lo constituye el principio de autonomía progresiva del niño, a partir del cual, conforme transcurre el tiempo y la edad, el niño adquiere mayor autonomía y capacidad para ejercer sus derechos y participar en los asuntos que le afecten⁴⁹. Entonces, las medidas y decisiones que se tomen deben depender de la edad del menor y no pueden ser estáticos sino que deben permitir márgenes de cambio.

Este autonomía que se va adquiriendo de manera progresiva también implica que el juicio del niño está en desarrollo y, por ende, no tiene ni la madurez cognitiva ni los elementos de discernimiento necesarios para tomar decisiones responsables, lo que hace cuestionar si los menores deben ser los actores principales en sus decisiones hasta en tanto su cerebro tenga el desarrollo y maduración suficiente que le permita tomar decisiones maduras y responsables.

⁴⁸ Cfr. TORRES, Fermín, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 108.

Estabilidad

Estabilidad significa que para tomar cualquier medida siempre se debe ver cómo afecta al niño. La tendencia inglesa, es “no variar la situación del niño -lugar de residencia, colegio, actividades, etc.- salvo que sea necesario para evitar un perjuicio o procurar un bien, en aras al principio del interés superior del menor”. Los tribunales españoles se refieren reiteradamente a la conveniencia de no alterar el entorno familiar, social, cultural y económico en que viven los niños.⁵⁰ Al respecto, en nuestro país, la Corte ha sentado un criterio en el que establece la importancia de la estabilidad, pues considera que para determinar el interés superior en casos concretos se debe recurrir a tres criterios: satisfacción de necesidades materiales, espirituales, afectivas y educativas del niño, deseos, opiniones y sentimiento del niño y estabilidad del niño.

Existe un criterio consistente a nivel internacional y nacional respecto a que la estabilidad es un elemento clave del interés superior. Esta estabilidad se refiere, pues, a la no alteración de la vida que tiene el niño, tanto a nivel material o físico como a nivel emocional. Dicho en otros términos, se deben hacer los menores cambio de vida posible al menor.

Primacía

Otro parámetro para la aplicación es el de reserva judicial y la exigencia de resolver en primacía sobre los derechos del niño cuando sea imposible la satisfacción conjunta de derechos⁵¹. Esto es, el interés superior es lo que prima al momento de tomar decisiones sobre cuestiones que le afectan⁵²; también implica que siempre se debe poner atención preferente a las necesidades y derechos bá-

⁵⁰ Cfr. ORTEGA, Irene, *op. cit.*, p. 96.

⁵¹ Cfr. TORRES, Fermín, *op. cit.*, p. 109.

⁵² Cfr. AGUILAR, Gonzalo, *op. cit.*, p. 230.

sicos de los niños, tanto para desarrollar políticas estatales como para resolver conflictos penales⁵³.

Este principio de prioridad absoluta también es reconocido por Gatica y Chaimovic, quienes hablan de que el interés superior “prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña... ni el interés de los padres ni el de la sociedad ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”⁵⁴. Así, los derechos del niño tiene supremacía no sólo sobre los del adulto sino sobre el Estado mismo, al que se le impone y lo obliga a actuar a su favor. Y prima no sólo para resolver conflictos sino, incluso, para crear leyes y políticas públicas.

En la resolución de conflictos, el interés superior actúa como pauta interpretativa, de acuerdo a un criterio sistemático de interpretación, es decir, por el interés superior se privilegian derechos, entendidos como superiores en la Convención, a fin de resolver conflictos⁵⁵, que no es otra cosa que preferir garantizar al núcleo duro de derecho frente al resto de los derechos del niño, en caso de pugna. Por eso Freedman considera al interés superior como “un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente situaciones conflictivas en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos”⁵⁶. Pero, ¿qué ocurre en caso de conflicto de derecho del núcleo duro? En este caso, predominarán los derechos de mayor jerarquía como

⁵³ Cfr. DE ARMAS, Tania, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴ GATICA, Nora y CLAUDIA CHAIMOVIC, “La Justicia no entra a la Escuela.” *Análisis de los Principales Principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*, citado por GONZALO AGUILAR CAVALLO, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 230. Consultado en <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/El_principio11.pdf>, (15 de enero de 2014)

⁵⁵ Cfr. FREEDMAN, Diego, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 15.

son la Vida, Integridad, Educación, Identidad y Procesales. Los demás quedarán supeditados a estos.

Así, prioridad significa:

1. El niño debe recibir antes que un adulto atención, protección y socorro.
2. Los Derechos del niño y sus necesidades tienen mayor importancia o valor que las de un adulto. Están arriba jerárquicamente.
3. Jerarquía de derechos. Esto es, los derechos del niño no tienen el mismo valor sino que existen uno que tienen un valor superior, como son los derechos del núcleo duro. Ello implica que ante colisión de derechos, los que priman son los del núcleo duro y los otros dejan de ser aplicados.

Mayor satisfacción y menor restricción

También debe observarse la regla de mayor satisfacción y menor restricción, que consiste en analizar los derechos afectados y de posible afectación, valorando el número de derechos afectados y su importancia y optando siempre por la medida que permita una mayor satisfacción de derechos y que los limite lo menos posible⁵⁷. A este respecto, Miguel Cillero considera que una forma de aplicar correctamente este principio consiste en analizar los derechos afectados y los que se pueden afectar en cada decisión y tomar siempre la medida que asegure una mayor satisfacción de los derechos y menor restricción de los mismos⁵⁸.

Legislación más benéfica

Este principio implica que, en materia de niños, se debe aplicar la ley más benéfica para el menor. Esto se encuentra contemplado en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, a la letra, dice:

⁵⁷ Cfr. TORRES, Fermín, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁸ Cfr. CILLERO, Miguel, *op. cit.*, p. 12.

Art. 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que pueden estar recogidas en:

- a) el Derecho de un Estado Parte; o
- b) el Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado.⁵⁹

Es importante notar cómo este artículo refiere que la Convención no afectará otras disposiciones. Con ello, se hace una referencia clara a que no existe una jerarquía de derechos en materia de niños, puesto que la Convención no quita valor ni aplicabilidad a normatividades que puedan ser mejores para proteger los derechos del niño. Además, establece que pueden existir normas más benéficas que la propia Convención y que permitan una mayor protección de los derechos del niño, aunque sean de orden inferior, como es el derecho de un Estado Parte u otro instrumento internacional. Así, se abre la puerta para entender que si una norma o artículo no protege, de manera efectiva, los derechos del niño, se pueden no aplicar o aplicar, a su vez, alguna otra norma de orden jerárquico superior o inferior. Dado que este principio establecido en la Convención de los Derechos del Niño tiene en nuestro país el mismo nivel jerárquico que la Constitución, pues así lo establece el artículo 133 de nuestra Carta Magna, incluso nuestro Tribunales se deben sujetar y aplicar la ley más benéfica o que mejor proteja los derechos del menor. Esto es, los Jueces y autoridades no se encuentran restringidos ni sujetos a una legislación específica sino que, cuando tengan que lidiar o fallar sobre cuestiones que afecten los derechos de los niños, las autoridades judiciales deben basarse en la legislación o normatividad que mejor proteja los derechos de los niños sin importar que sea local, federal o general.

⁵⁹ Art. 41 de la CDN, p. 21.

Conveniencia

Este principio fue propuesto por Pellegrini quien considera como reglas para la concretización del principio del interés superior la del mayor beneficio para el niño, la de prioridad y *conveniencia*⁶⁰, esto es, toda decisión que se tome debe generar un enorme beneficio al niño y sus derechos siempre estarán por encima de los del adulto, de tal manera que ante un conflicto de intereses, prevalecen los intereses del niño. Respecto a la conveniencia, ésta deviene del reconocimiento del niño como persona y bajo la luz de sus derechos fundamentales. En otras palabras, la conveniencia, no es otra cosa que tomar decisiones acordes con los derechos del niño que generen sólo beneficios y no perjuicios. Esto no se traduce simplemente en beneficios económicos, morales y sociales para el menor sino que, incluso, implica un análisis de las consecuencias de la decisión en el desarrollo de la personalidad del niño⁶¹. Si bien ya se esbozaba la conveniencia en el principio del máximo beneficio y menor perjuicio, este principio va más allá. Es buscar alternativas o soluciones que únicamente generen beneficios. En otras palabras, antes de adoptar cualquier medida se debe analizar si le beneficia o conviene al niño, si le genera beneficio. En caso contrario, no se aplicaría la solución.

Predictibilidad

Este principio, muy acorde con la legislación española, es la capacidad de visualizar los posibles daños o perjuicios que tiene el niño, como las posibles consecuencias que una decisión le acarrea al menor. Para Zermatten, es una toma de conciencia del niño, tanto al momento de valorar lo que previsiblemente es y será la situación de las partes, como tomar una decisión atendiendo, siempre, al proyecto de vida del niño, lo que implica sentar bases para que

⁶⁰ Cfr. PELLEGRINI, María, op. cit., p. 171.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 171.

la personalidad del niño se desarrollo amplia, armoniosamente y se prevea una contribución a la sociedad.⁶² Dicho en otros términos, para que se pueda dar la predictibilidad, es necesario que se valoren tres elementos: los derechos del niño, el proyecto de vida y la situación de vida actual.

Es decir, toda medida debe proteger los derechos del núcleo duro, continuar con la estabilidad en la vida que lleva actualmente y ver qué esperamos que ese niño pueda llegar a ser.

Capacidad parental

En Inglaterra tiene un gran peso la capacidad del progenitor, de tal manera que enfermedades o discapacidades tienen fuerte peso a la hora de calificar la capacidad de los padres pues, si de las mismas se derivan consecuencias en la relación padre-hijo puede servir de base para dictar medidas⁶³. En este punto, parecía aconsejable considerar no sólo las discapacidades o enfermedades sino, incluso, la psique de algunos progenitores que puede estar tan dañada por sus experiencias de infancia que pueden lastimar o lesionar física o psicológicamente a los niños al entablar relación con ellos, como son los casos de padres misóginos, psicóticos, con problemas de ira, alcoholismo o drogadicción, entre otros, pues ello puede mermar su capacidad para tener un rol adecuado. En otras palabras, no todos lo que engendran tiene la capacidad para ser padres.

Multidisciplinarietà

Los conflictos en los que se ven afectos menores, llámese controversias familiares, educativas o de ambiente social del menor no se enfocan a un área del conocimiento determinada sino que involucran diferentes áreas de estudio; por ejemplo, en un divor-

⁶² Cfr. AGUILAR, Gonzalo, *op. cit.*, p. 243.

⁶³ Cfr. ORTEGA, Ortega, *op. cit.*, p. 99.

cio no sólo se involucra la parte legal, sino que tiene estragos en la psique, vida afectiva, vida social, educativa y nivel de vida del menor. Dado que ningún abogado es conocedor de todas las áreas del conocimiento, para poder entender la vida y circunstancias de un niño, no basta con analizar sólo la parte jurídica sino que los jueces y autoridades se deben auxiliar de los conocimientos de otras áreas como Medicina, Psicología, Educación, entre otras, a fin de poder tener un panorama completo de la vida concreta de cada menor. Esto es, el interés superior requiere el uso de diversas ciencias para poder entender a un menor y determinar lo mejor para él. Por tanto, es indispensable el auxilio de otras tareas del saber para poder hacer este análisis, pues hacerlo desde el ámbito jurídico exclusivamente es un enfoque limitativo que perjudica más que beneficia al menor.

De todo lo expuesto con anterioridad, se puede concluir que la zona de certeza positiva del Principio del Interés Superior se compone de un núcleo duro de derecho que no se pueden tocar y de unos principios rectores, que permiten su aplicación práctica y que se traduce en los elementos que la doctrina aporta como parte del Interés Superior. Ahora bien, una vez conocida esta zona de certeza positiva falta por analizar la zona de certeza negativa, como se hará a continuación.

IV. LÍMITES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Así como el principio del interés superior del niño tiene principio rectores, también generan obligaciones, límites y prescripciones de carácter imperativo a las autoridades⁶⁴, padres y sociedad, que es lo que conforma la zona de certeza negativa de este principio. Esto es, hasta donde llega este Principio y qué actuaciones podrían ir contra el mismo,

⁶⁴ Cfr. CILLERO, Miguel, *op. cit.*, p. 8.

Actualmente, el interés superior vincula a jueces y tribunales, a todos los padres públicos, padres y sociedad⁶⁵. Por tanto, podemos decir que el interés superior genera tres límites:

1. Al actuar estatal.
2. A los tribunales
3. A los propios padres

Ahora bien, como se decía con anterioridad, cuando la sociedad tenía un enfoque paternalista, tanto el Estado como los jueces eran los únicos legos en el tema de la niñez y, por tanto, los legitimados para poder tomar decisiones en materia de menores. Su intervención era tan amplia que no importaban los deseos del menor o lo que otras ciencias dijeran. De tal manera que su actuar dependía de los intereses de cada autoridad. Con el cambio a la cultura paidocéntrica, se empiezan a generar límites a este actuar estatal, lo que se traduce en cambio en la relación entre el Estado y la Familia.

V. CONCLUSIONES

Primera. Para la doctrina, el “Interés Superior del Niño” es un concepto jurídico indeterminado porque posee las características de estos conceptos como son flexibilidad, movilidad y limitación del poder o arbitrio estatal. Por tanto, al ser un concepto jurídico indeterminado cuenta con una zona de certeza, una de certeza negativa y una zona de incertidumbre.

Segunda. La zona de certeza positiva se compone por los Derechos de Núcleo Duro de la Infancia y por Principios Rectores

Tercera. La zona de certeza negativa son los límites que tiene el “Interés Superior del Niño” y que se imponen al Estado y a la familia.

Cuarta. A la luz de este principio, las figuras de Derecho Familiar como la patria potestad cambian desde la visión paidocéntrica que la Declaración y la Convención de los Derechos del Niño han creado.

⁶⁵ Cfr. RATVELLAT, Isaac, *op. cit.*, p. 102.