



Abril 2020 - ISSN: 1988-7833

HACIA LA OBJETIVACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Carlos Franco-Castellanos*

Profesor e Investigador
Universidad Autónoma de Nuevo León
cfcastlegal@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Carlos Franco-Castellanos (2020): "Hacia la objetivación del interés superior de la niñez y la adolescencia", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril 2020). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/04/objetivacion-interes-superior.html>
<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss2004objetivacion-interes-superior>

Resumen. El presente artículo, titulado: "*Hacia la objetivación del interés superior de la niñez y la adolescencia*", se propone analizar el interés superior en cuestión a partir de las diversas posturas teóricas que se han asumido, así como las propuestas normativas que se han dictado. Todo ello tiene como finalidad que se concrete el contenido de un concepto indeterminado, de una noción marco, para que su interpretación y consiguiente aplicación resulte ajustada a Derecho, so pena de incurrir en una abusiva discrecionalidad por parte de la autoridad pública y/o privada. Se valoran los sistemas de objetivación, a saber: cláusula general y criterios normativos preestablecidos. Finalmente, valga resaltar que no han de asumirse de forma ingenua, sino que ambos sistemas deben complementarse en pos de alcanzar ese desarrollo holístico de la personalidad de niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: interés superior de la niñez y la adolescencia, sistemas de objetivación del interés superior de la niñez y la adolescencia, desarrollo holístico de la personalidad de niños, niñas y adolescentes

Clasificación JEL: K-Derecho y economía>K3-Otras áreas sustantivas del derecho>K36-Derecho de Familia y personal

Abstract. The following article, entitled: "*Through the concretion of the best interest of the child*", is proposed to analyze the best interest, taking into account different theoretical positions and legal norms. As the objective, it has to concrete the content of this undetermined concept, general notion, in order to guarantee that its interpretation and application become according to law and prevent the abusive discretion of public and/or private authorities. Systems of concretion are criticized, so it includes the general clause and the pre-established legal criteria. Finally, they must not be taken in a limited way, but as complements to reach a whole development of the personality of children.

Keywords: best interest of the child, systems of concretion of the best interest of children, whole development of the personality of children

JEL Classification: K-Law and Economics>K3-Other main areas of law>K36-Family and personal Law

* Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Máster Universitario en Bioética por la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir", España. Abogado. Profesor e Investigador en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Licenciado en Derecho por la Universidad Agraria de La Habana "Fructuoso Rodríguez Pérez", Mayabeque, Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7153-4868>.

1.- INTRODUCCIÓN

Múltiples han sido las posturas teóricas y la vasta jurisprudencia que han pretendido suplir la ausencia de una definición del interés superior de la niñez y la adolescencia. Incluso, se le ha regulado a través de cláusulas generales o mediante criterios normativos preestablecidos, lo que ha acentuado las dificultades ya presentes y dejado subsistentes las insuficiencias. No obstante, la doctrina mayoritaria coincide en que la controvertida noción, amén de su indeterminación, persigue la satisfacción y la plena realización de los derechos fundamentales de la infancia, así como el desarrollo y bienestar de niños, niñas y adolescentes en el marco de la doctrina de la protección integral.

Si bien resulta evidente la evolución operada con base en los criterios interpretativos, el interés superior de la niñez y la adolescencia continúa siendo un concepto jurídico indeterminado; lo que denota su inespecificidad y ello trasciende al ámbito de su aplicación al caso concreto. La ausencia de contenido que privilegia la forma a través de la casuística le resta preponderancia y seguridad jurídica como principio rector. De tal suerte, su interpretación y, consiguiente aplicación exige la adecuación de las necesidades e intereses de las personas menores de edad a las circunstancias concretas del caso, lo cual unido a la implementación e irrestricta observancia de los principios de indivisibilidad, interdependencia, mínima intervención estatal, necesidad, proporcionalidad e *in dubio pro homine* pudiera contribuir con la reversión de la situación actual.

A partir de los fundamentos anteriores, el objetivo que se persigue con el presente artículo es analizar el interés superior de la niñez y la adolescencia, teniendo en cuenta los sistemas de objetivación propuestos por la doctrina y la producción normativa. Asimismo, se valoran los aciertos y desaciertos que comporta la errónea asunción exclusiva de una única postura, obviando la riqueza teórica que de consuno pueden ofrecer al momento de la subsunción de la controvertida noción al caso concreto.

2.- METODOLOGÍA

Para la realización de este artículo científico, se siguió el enfoque cualitativo de investigación, a partir del cual se busca la aproximación al objeto de estudio, sus características y propiedades con la finalidad de develar su esencia (Hernández de la Guardia, 2013). El tipo de estudio califica como explicativo, en la medida en que se encamina hacia las causas que hacen del interés superior un concepto jurídico indeterminado y las vicisitudes que afronta el intérprete cuando ha de aplicarlo en el caso concreto sometido a su conocimiento.

Al respecto, entre los métodos de investigación empleados, destacan los siguientes: deductivo-inductivo, ya que se analizó el interés superior de la niñez y la adolescencia de forma general con el propósito de comprender el porqué de su indeterminación y si fuera posible alegar elementos que tributen a su concreción, en tanto, rige el principio de legalidad en todo ordenamiento jurídico; analítico-sintético, toda vez que fue necesario analizar y sintetizar la información recopilada acerca del interés superior de la niñez y la adolescencia, discriminando aquella que no guardaba vínculo directo con el tema objeto de estudio. Se utilizó el método dogmático, por cuanto se efectuó un recorrido cronológico por las diferentes posturas teóricas que han pretendido definir y/o desentrañar la esencia de la noción marco en examen, lo que permitió develar las falencias o insuficiencias de propuestas anteriores y marcar pautas o tendencias hacia qué elementos deben enfocarse su interpretación y aplicación en la actualidad. Finalmente, se empleó el método exegético-analítico para el análisis, interpretación y comprensión de algunas de las normativas que rigen la protección de los derechos fundamentales de la infancia y, así poder vincular las concepciones teórico-normativas imperantes con una propuesta válida.

En cuanto a la técnica de recolección de información, se siguió la revisión bibliográfica y/o documental. De tal suerte, la bibliografía citada en este artículo pertenece, en su mayoría, a bases de datos indexadas internacionalmente, tales como: *Dialnet*, *Google Scholar*, *Scopus*, *VLex*, entre otras. Ello tuvo como finalidad garantizar la confiabilidad y validez de la información que se brinda y el respaldo veraz de los datos que se aportan.

3.- EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El interés superior de la niñez y la adolescencia resulta ser una noción marco, que requiere que se le dote de contenido a partir de las circunstancias propias de la situación conflictual concreta y con base en elementos que varían de un sector a otro de la doctrina con efectos en la praxis jurídica. No obstante, valga destacar las funciones que está llamado a desplegar dentro del ordenamiento jurídico y su finalidad enrumada hacia el pleno desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes.

De tal suerte, se impone una compleja tarea, cual resulta ser el análisis de los sistemas de determinación del interés superior *in commento*, a saber: 1) cláusula general y 2) criterios normativos preestablecidos (Rivero, El interés del menor, 2007, págs. 101-136), con sus aciertos y/o desaciertos.

3.1.- Interés superior de la niñez y la adolescencia: la técnica de la cláusula general

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño consagra el interés superior de la niñez y la adolescencia como uno de sus principios rectores (Alegre, Hernández, & Roger, 2014, pág. 2). Ello sustenta la postura asumida por Cillero cuando considera que todo análisis relativo a este instrumento jurídico internacional necesariamente implica abordar el estudio de la noción en examen, ya que “quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el «interés superior del niño» deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de este Tratado Internacional” (Cillero, 1998).

A partir de lo antes expuesto, conviene destacar su abordaje en los diferentes sistemas jurídicos, sea romano-francés o continental, sea del *Common Law* o anglosajón, ya que en ellos siempre se le norma a través de la técnica de la cláusula general o mediante la técnica de los criterios normativos preestablecidos respectivamente. No obstante el tratamiento legislativo que se le dispense, la doctrina mayoritaria coincide en que se está ante un concepto jurídico indeterminado, una noción marco, que exige análisis de las circunstancias concurrentes para su ulterior aplicación al caso concreto previa interpretación, bien en el ámbito judicial o administrativo, bien en lo público o lo privado.

Pero, ¿en qué consiste la indeterminación de un concepto jurídico? ¿Qué beneficios y/o inconvenientes pudiera presentar? ¿Cómo pudiera resolverse la cuestión? Estas interrogantes serán respondidas a lo largo de estas líneas. Siguiendo a Ara (2004), los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos “(...) que deja voluntariamente indefinidos el legislador en orden a la consecución de la correspondiente adaptabilidad de la norma, que de otro modo entendería impracticable” (p. 112). En consecuencia, su finalidad estriba en la capacidad de adecuación de la norma jurídica a las circunstancias socioeconómicas y político-jurídicas imperantes, así como a las necesidades e intereses de sus destinatarios; lo cual torna a la flexibilidad en su nota distintiva.

De cualquier forma, cuando se habla del interés superior de la niñez y la adolescencia como un concepto jurídico indeterminado, se hace alusión a un criterio de valor, a una norma abierta, flexible y ponderable desde el punto de vista legislativo (De Bartolomé, 2012) que, al no estar precisado, urge su determinación y evaluación previa a su aplicación, “según los criterios de la experiencia común” (Díez-Picazo, 1993). Siendo así, su empleo lo convierte en parámetro para analizar, valorar y adoptar decisiones, de forma tal que cuando es aplicado a un caso en particular, permite su solución excluyendo cualquier otra alternativa en semejantes condiciones.

En consonancia con lo anterior, Linacero (2001) opina que solo el método casuístico puede perfilar el concepto jurídico indeterminado del «interés superior de la niñez y la adolescencia», para el cual sienta pautas de interpretación y aplicación. Así, partiendo del carácter abstracto y genérico de la noción en estudio, debe determinarse su contenido en relación con el resto de los principios y derechos fundamentales de la infancia regulados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Con todo ello, cabe sostener que el interés superior no solo garantiza el respeto de las facultades reconocidas a favor de las personas menores de edad, sino además actúa como un límite a la discrecionalidad del juzgador, concretándose en la racionalidad de los hechos estimados como probados, en evitar perjuicios al bienestar espiritual y/o material de la persona menor de edad involucrada y, en la protección efectiva de los derechos refrendados en la legislación nacional e internacional. No obstante, si el intérprete solo se pronuncia sobre hechos pretéritos, ¿de qué manera salvaguarda los derechos fundamentales de la infancia, entiéndase interés superior, con visión pro futuro? ¿Es realmente eficaz y determinante en esta labor?

Al respecto, ilustrativas son las palabras de Beloff (2004), quien manifiesta que:

(...) 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 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. (p. 15)

En consecuencia, se le ha catalogado además como un «Caballo de Troya» (Freedman, 2016), por cuanto confiere un amplio margen de discrecionalidad que se corresponde con los postulados de la doctrina de la situación irregular; lo cual redundo en la restricción de la autonomía personal y del resto de los derechos de la infancia como resultado de la relación autoritaria que se establece entre el Estado y la infancia.

Tales fundamentos lo ubican en un marco relativo, lo que provoca que sobre una situación similar puedan dictarse fallos o soluciones opuestas o contradictorias, según sea la jurisprudencia fuente formal del ordenamiento jurídico o no. Siendo así, se corre el riesgo de un “oscurantismo nacionalista” (García, 2004, pág. 538) o “nacionalismo judicial”, referido a aquellos supuestos legales en que la jurisprudencia ha optado por inclinarse a favor del progenitor que ostenta la nacionalidad del foro, valiéndose precisamente del margen de discrecionalidad que le confiere el interés superior de la niñez y la adolescencia como categoría abstracta e indeterminada. Con ello, da lugar a situaciones de discriminación que coartan el espíritu y la esencia de un genuino Estado de Derecho, todo lo cual merece revisión y estudio.

Es de señalar que la indeterminación teórica del interés superior de la niñez y la adolescencia comporta una trascendencia tal que ha irradiado hacia problemas prácticos que no siempre han sido resueltos con estricto ajuste a lo dispuesto en Derecho, viéndose afectados derechos fundamentales de la infancia sin posibilidades de ser restituidos a un estado de cosas anterior en casos extremos. Siguiendo a Guillén (2009, págs. 7-8), entre los principales problemas asociados a la indeterminación de la noción en examen, destaca fundamentar cualquier posición concerniente a los derechos de la niñez, debido a la multiplicidad de criterios y concepciones al respecto que dificultan la labor argumentativa.

Como es de apreciar, la falta de consenso básico acerca del interés superior mencionado *ut supra* entorpece la clara comprensión del significado, funciones, caracteres y alcances del principio. Añádase además la falta de coherencia en el desarrollo jurisprudencial sobre la materia familiar y, protección de la niñez en particular, como resultado de la subjetividad del intérprete quien —rara vez— podrá deshacerse de sus prejuicios y convicciones para adoptar un fallo objetivo que responda a lo más beneficioso para el/la infante. En cuanto a la elaboración de políticas públicas para la niñez y la adolescencia, se trata de un ámbito que no está exento de incongruencias, a raíz del factor humano que interviene y la multiplicidad de enfoques y perspectivas respecto a cuál ha de ser el contenido que aborde y mejor represente los intereses del Estado hacia la infancia. Finalmente, la supramentada indeterminación ha incidido —en muchas ocasiones de forma negativa— en la aplicación del interés superior en estudio, así como en qué mecanismos pudieran crearse para garantizar su adecuada concreción. Lo cierto es que «solo quien sepa interpretar, será capaz de aplicar la norma jurídica», de ahí que cualquier concepción relacionada con esta noción exija una rigurosa labor interpretativa que englobe el conjunto de circunstancias y el conglomerado de derechos fundamentales que rodean y se le reconocen al/la infante para determinar objetivamente aquello que más le beneficie.

Por otra parte, De Bartolomé (2012, págs. 46-59) ha referido que la cuestión de la indeterminación del interés superior de la niñez y la adolescencia tiene un efecto tanto positivo como negativo, moviéndose en una concepción dual y cuestionable. Así, en lo que al efecto positivo respecta, destaca lo referente a que permite adecuar el problema en cuestión al caso concreto que se pretende resolver, acentuando de esta manera la flexibilidad de los límites del proceso y los propios límites del juzgador en la aplicación del interés superior en examen (Martínez, 2002, pág. 101). Luego, como contrapartida frente a la ventaja que reporta la no-determinación específica del aducido interés superior, resalta el hecho cierto constatado en la práctica judicial que deja en manos del juez su interpretación sin reserva alguna, salvo la que impone la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Con ello, se coarta el enfoque garantista-objetivo y la seguridad jurídica que ha de predicar todo sistema jurídico.

No obstante, la normativa internacional sea omisa en cuanto a la forma en que ha de concretarse el interés superior de la niñez y la adolescencia, se ha propuesto que se abogue por la flexibilidad en la concreción de la controvertida noción caso a caso, pero con estricta observancia de los sistemas jurídicos positivos y los principios generales para determinar las medidas de protección, previo a la fijación de criterios jurídicos de ponderación fáctica. Tal cual es de apreciar, la postura de De Bartolomé va enrumada hacia una flexibilidad limitada por el propio ordenamiento jurídico; aunque obvia que el juez en el ejercicio de su función tuitiva si bien debe observar rígidos parámetros procesales, los fallos que dicte, con independencia de que se fundamenten en el interés superior, no siempre aseguran que este haya sido respetado durante el proceso de deliberación y toma de decisión. Ello se debe precisamente a la técnica de regulación empleada por el legislador familiar y la ausencia de criterios específicos a valorar y ponderar en los casos que involucran a niños, niñas y adolescentes, lo que merece estudio y revisión.

En estrecho vínculo con lo anterior, Sokolich (2013) sostiene que la indeterminación del interés superior de la niñez y la adolescencia genera consecuencias nocivas en su interpretación y ulterior aplicación vía judicial. Tal postura se fundamenta en que la no-determinación del interés superior *in commento* impide una interpretación uniforme por parte de quienes tienen encomendada su

aplicación en el sistema judicial; lo que puede conducir —y de hecho conduce— a que las resoluciones judiciales sustentadas en la controvertida noción no cumplan, en gran medida, con las exigencias de la seguridad jurídica (Simón, 2013, pág. 97). Esto se justifica porque, ante todo, se trata de una actividad subjetiva del intérprete, quien tiene la capacidad para determinar el contenido específico de la noción en cada caso sometido a su conocimiento, pero desde su propia óptica la que no es siempre congruente con las necesidades reales del/la infante. También, reafirma el amplio margen de discrecionalidad conferido a la autoridad judicial, con lo cual se debilita la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra, independientemente de que el fallo pudiera ser anulado por adolecer la resolución judicial de motivación.

Reforzando esta postura, Garibo (2017) advierte los efectos que, en el orden técnico-jurídico, produce la indeterminación del concepto jurídico del interés superior de la niñez y la adolescencia. Así, se refiere a la discrecionalidad que se confiere a quienes en cada caso les corresponde decidir, quienes no son asépticos ni neutrales, ya que aún actuando con la mejor intención difícilmente lograrán sustraerse de sus propias convicciones y prejuicios. De tal suerte, no podrán evitar enfrentar la cuestión desde su propia óptica e ideología. Además, valga resaltar que lo impredecible de las decisiones que se dictan puede derivar en arbitrariedad e inseguridad jurídica para sus destinatarios. Tales aspectos merecen ser valorados y analizados en pos de obtener soluciones viables que garanticen la adopción de decisiones ajustadas al mejor interés de la infancia.

La indeterminación del interés superior de la niñez y la adolescencia resulta ser un tópico controvertido y poco pacífico en el ámbito doctrinal y práctico. Tanto es así que se han elaborado diversas propuestas teóricas en pos de determinar cuál ha de ser el contenido del interés superior *in commento*, las que serán abordadas a continuación.

Theodor Viehweg y su método tópico jurídico (1964)

Dentro de las primeras propuestas teóricas encaminadas hacia la determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia, se encuentra el método tópico de Viehweg (1964, pág. 142), que considera que el razonamiento jurídico no ha de ser —en modo alguno— sistemático (espíritu deductivo-sistemático), sino sobre todo tópico (deducible a partir de problemas o casos). El autor se enfoca hacia las premisas de un concepto y, así construye una teoría de la argumentación jurídica. En este sentido, expone que la tónica jurídica contiene tres elementos esenciales, a saber: a) técnica del pensamiento problemático, b) noción de *topos* o lugar común y, c) búsqueda y examen de premisas.

Sobre esta base, Rivero (2007, págs. 8-85) ha señalado que urge indagar acerca de lineamientos metodológicos que tomen como punto de partida el método tópico jurídico. Ello lo plantea a partir de la importancia que le confiere en pos de establecer los elementos necesarios en la determinación de la noción del interés superior de la niñez y la adolescencia. Clavijo (2015) sostiene que este método

(...) 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. (párrafo 111)

Con ello, se centra en la estructuración de los conceptos, toda vez que los concibe como axiomas que permiten dar una mejor solución al conflicto. Entonces, el bienestar de las personas menores de edad se construye desde los axiomas o las premisas inferidas según sea el caso particular.

Este método no se centra en hallar un concepto global acerca del interés superior en examen, sino en un punto de vista para resolver el diferendo. Por tanto, su asunción implicaría abandonar el espíritu deductivo-sistemático para determinar cuáles son los elementos del interés superior a partir de problemas o casos concretos. Lo anterior, si bien resulta ser un fin válido, no puede obviarse que sus respuestas no son aplicables de igual forma en todos los asuntos, ya que pudieran formularse derechos con cierta indeterminación jurídica o, pudieran acaecer casos donde colisionen derechos de igual jerarquía y deberán ser resueltos a través de la ponderación.

Goldstein, Freud y Solnit: el principio de mínima intervención y la noción de continuidad (1973)

Es menester señalar que esta propuesta teórica toma como fundamento las obras de Goldstein, Freud y Solnit: *Beyond the Best Interest of the Child*¹ y *Before the Best Interest of the Child*², que datan de 1973 y 1979 respectivamente. Así, estos autores se sustentan en la teoría psicoanalítica y en la regla de que, con independencia de si los progenitores están casados o no, los/las hijos/as menores de edad habidos/as durante el vínculo amoroso deben ser cuidados y protegidos por ambos en igual medida. Ello se justifica porque es lo que responde a lo más beneficioso para su interés superior.

¹ Su traducción al español sería: "Más allá del interés superior del niño". N. del A.

² Su traducción al español sería: "Antes del interés superior del niño". N. del A.

En los trabajos referidos, los autores se proponen establecer pautas para la toma de decisiones en asuntos en los que se discute la guarda y cuidado de las personas menores de edad. Así, como resultado de este tipo de proceso y la necesidad de conservar el vínculo paterno-filial, elaboran la noción de pauta de continuidad, cuya finalidad es convertir la relación interpersonal erosionada por una situación de ruptura matrimonial o de pareja en una relación armoniosa por la existencia común, en muchos casos, de personas menores de edad.

Unido a lo anterior, es menester apuntar que para ello han de ser los propios progenitores los que deben arribar a acuerdos, evitando con ello la imposición coactiva de una resolución judicial, o sea, anteponiendo el principio de mínima intervención estatal. Se parte de la idea de que quien mejor puede resolver un conflicto familiar es la propia familia y, en su defecto, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. Como con acierto afirma Goldstein (2000) respecto a los fallos 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 sociológicos entre el niño y el progenitor" (p. 115).

Esta propuesta plantea dos nociones básicas, a saber: «continuidad» y «mínima intervención estatal»; lo que se traduce en la redistribución de los roles familiares y la intervención del Estado como vía de *ultima ratio* ante la imposibilidad de que los progenitores arriben a acuerdos que favorezcan y respeten el interés superior. Lo anterior, se justifica por el hecho de que el Estado está imposibilitado de velar por el desarrollo de los lazos parentales y las relaciones familiares o darles seguimiento y, en consecuencia, no puede sustituir el vínculo biológico y afectivo-emocional que se establece entre padres e hijos.

Los autores efectuaron una propuesta de directrices para determinar la ubicación y el proceso de ubicación de las personas menores de edad, cuya custodia es objeto de una acción legal. De tal suerte, pretendieron dotar de contenido la noción del interés superior, partiendo de que su finalidad no puede ser otra que preservar la familia, lo que resulta desacertado por cuanto subordina el interés de la infancia a los intereses de los progenitores y/o de la familia en su conjunto. En consecuencia, ignora la esencia o la naturaleza de la noción en examen, pero ello se debe al momento histórico-concreto en que asumieron su postura permeada por los cánones de una sociedad bondadosa y permisiva.

Fuertemente influenciados por la doctrina de la protección tutelar, consideran que los niños, las niñas y adolescentes se encuentran en situación de riesgo; son dependientes y carecen de capacidad para manifestar *per se* lo que les sea más beneficioso. En tal sentido, requieren de la representación de los progenitores, ya que ante su incapacidad manifiesta, quienes mejor pueden hacer prevalecer su interés son sus padres. Bajo los presupuestos de la autonomía paterna y la intimidad familiar, se configura la familia integrada como institución que representa y concreta el interés superior de la infancia.

Es incuestionable el valor teórico y metodológico de esta propuesta doctrinal. No obstante, sus presupuestos no son extrapolables a otros conflictos familiares en que también pudieran estar inmiscuidas personas menores de edad. Además, se rige por el apotegma «dejar hacer, dejar pasar» propio del momento histórico-concreto en que se explaya la propuesta en análisis. Asimismo, peca de ingenua, ya que entiende que las familias siempre actuarán en beneficio de las personas menores de edad, con lo cual obvian que quien mejor puede defender su interés, es el/la propio/a infante y, en su defecto, el órgano estatal encargado de salvaguardar los derechos fundamentales. Ahora bien, si la mínima intervención estatal se promueve para ventilar las cuestiones que les atañen en espacios neutros con la participación de un tercero que facilite la adopción del acuerdo, ello sería viable para futuras propuestas, pero —reitero— solo en este sentido que no es el que maneja esta propuesta teórica, a pesar de establecer algunas pautas aceptables.

Jon Elster y su criterio liberal-pluralista (1989)

Elster (1999, pág. 116) sostiene que siempre que se busque «una elección racional» vinculada con el interés superior de la niñez y la adolescencia deberán cumplirse los siguientes presupuestos o condiciones mínimas, a saber: a) conocer todo el abanico de opciones disponibles, b) conocer los resultados posibles o consecuencias probables de cada una de las opciones disponibles, c) conocer cuál es el nivel de probabilidad de que se den cada uno de los posibles resultados y, d) conocer cuál es el valor atribuido a cada resultado posible. Pero, tales presupuestos no son absolutos ni adjudican una solución válida y confiable en todos los casos que pudieran darse, pues fuerte influencia tendrá el componente subjetivo de quien deba juzgar el caso concreto.

Ante la insuficiencia de los presupuestos anteriores, enuncia el criterio «liberal y plural», sustentado en la protección de la oportunidad y aptitud de la persona menor de edad para realizar sus opciones. En consecuencia, esta propuesta teórica considera que la única forma «racional» para determinar cuál y qué es el interés superior de la niñez y la adolescencia es estimulando la participación de la

persona menor de edad en el proceso decisorio donde se debaten derechos que solo a él/ella le atañen. Claro está que busca promover y garantizar la autonomía progresiva de la persona menor de edad, fomentar su capacidad decisoria en su propio interés. Finalmente, al igual que la propuesta anterior, resulta limitada, ya que solo se ciñe a casos de custodia, de manera que sus postulados no son extrapolables al resto de los supuestos fácticos que pudieran darse. Sin embargo, bien pudiera servir de guía para solucionar litigios que involucren pretensiones sobre la guarda y cuidado de los/las hijos/as menores habidos/as.

John Eekelaar y su método del autodeterminismo dinámico (1994)

Conforme a esta propuesta teórica, se apuntan dos modelos para determinar el interés superior de la niñez y la adolescencia: a) objetivo y b) autodeterminismo dinámico (Eekelaar, 1994). Así, el modelo objetivo postula que, en la sociedad, existen condiciones mínimas óptimas que gozan de consenso e influyen o, han de ser tomadas en cuenta para el desarrollo del/la infante. Por otra parte, el modelo autodeterminista dinámico reconoce, admite y promueve el papel protagónico de las personas menores de edad. En este sentido, se inclina hacia la autonomía e intervención del niño, la niña o adolescente en la toma de decisiones vinculada con asuntos que le conciernen.

Al respecto, podrá esgrimirse la observancia del interés superior de la niñez y la adolescencia, siempre que en su determinación haya participado la persona menor de edad. Ello se justifica porque del espíritu del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se infiere que la escucha del/el infante es obligatoria en todos los asuntos donde se debaten sus derechos y deberá potenciarse su participación en la medida de lo posible, cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, según su edad y grado de madurez.

Si bien esta propuesta teórica resulta valiosa y enrumada hacia la defensa de los principios consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, no supera la «indeterminación» del interés superior de la niñez y la adolescencia. Fuertemente influenciado por el aporte de Elster, propugna que la solución al problema radica en otorgarle a la persona menor de edad facultades que propicien su autodeterminación, reforzando con ello el ejercicio de su autonomía. De esta manera, queda reservada la evaluación que pudiera hacer una persona adulta sobre las preferencias del/la infante para el caso en que no esté en condiciones de afrontar la situación debido a factores biológicos y/o físico-motrices. La Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2013) contempla, dentro de los parámetros para determinar el contenido del interés superior de la niñez y la adolescencia, la lista de criterios y la participación de la infancia, con lo cual acoge en parte la propuesta analizada.

Mariano Alonso Pérez y lo real-maravilloso en el interés superior de la niñez y la adolescencia (1997)

Esta propuesta teórica, formulada por Alonso (1997, pág. 24), considera que el interés superior de la niñez y la adolescencia es un principio cardinal, cuyos elementos han de ser expresión de lo vivencial, distinguiéndolos de las apetencias personales de los padres, tutores o cualquier otra persona vinculada con el/la infante. Así, entre los aspectos a considerar, cabe destacar: a) desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del niño, la niña o adolescente; b) hacer prevalecer lo más beneficioso para su persona, según su desarrollo físico, ético y cultural, salud corporal y mental, educación, convivencia, tolerancia y solidaridad hacia los demás sin discriminación por cualquier causa y, finalmente, c) salvaguardar su persona de situaciones que pudieran colocarla en estado de riesgo o vulnerabilidad.

En síntesis, esta propuesta permite observar que el interés superior de la niñez y la adolescencia no está sujeto a las preferencias de las personas que están llamadas a decidir o aquellas que deben cuidar del/la infante, sino que únicamente depende del niño, la niña o adolescente y de las circunstancias propias del caso concreto. Criterio limitativo que obvia otros elementos y cuestiones que deben ser atendidos, de ahí que se acoja con algunas reservas como podrá apreciarse más adelante.

Miguel Cillero Bruñol y el interés superior como principio garantista (1998)

Como ya ha quedado referido en líneas precedentes, Cillero (1998, págs. 86-87) estima que el interés superior de la niñez y la adolescencia es un principio que se identifica con la «plena satisfacción de sus derechos». A lo anterior, añádase que lo concibe como una garantía en la medida en que exige dispensar una consideración primordial a los derechos fundamentales que implica, a la vez que vincula a las autoridades públicas o privadas llamadas a resolver un asunto que involucra a niños, niñas y adolescentes y, a los padres para que lo observen.

La propuesta teórica de Cillero (1998) conjuga tres categorías, a saber: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción; lo que se justifica en la exigencia de un análisis integral de los derechos de la infancia que pudieran verse coartados por la decisión que eventualmente derive de la resolución de un conflicto. En este sentido, hace prevalecer o adoptar las medidas de protección que garanticen la suma satisfacción de los derechos posibles y, a su vez, la menor restricción de ellos.

Tal es la razón por la cual cabe afirmar que la propuesta *in commento* es una concreción de la ponderación como presupuesto esencial para determinar el interés superior de la niñez y la adolescencia en casos concretos —como apunta la Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2013)—, unido a su identificación con la realización de los derechos. Por tanto, quien suscribe acoge sus postulados, a partir de la utilidad práctica que comportan frente a la toma de decisiones relacionada con personas menores de edad.

Encarna Roca Trías y la protección de los derechos fundamentales (1999)

Según Roca, en los sistemas jurídicos que acogen la técnica de la cláusula general, el interés superior de la niñez y la adolescencia se enfoca hacia la protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, establece como su finalidad facilitar la formación de las personas menores de edad, a la vez que ha de propender al diseño de las líneas de su personalidad. Como resultado de lo anterior, delimita el contenido del interés superior mencionado *ut supra* al aseguramiento de “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” (Roca, 1999, pág. 220).

En pos de la protección de los derechos fundamentales, evidencia la necesidad de que se diseñe un sistema que prevenga violaciones y, en el supuesto de que acaezcan, establecer los mecanismos legales para que se restituya la laceración a un estado de cosas anterior. Similar visión es compartida por Ravetllat (2012), aunque con algunos matices. Al respecto, estima que tales consideraciones pudieran ser básicas para elaborar un concepto del interés superior de la niñez y la adolescencia que goce de aceptación unánime y convierta en ciudadano/a al/la infante.

También, como parte de su estudio, el interés superior en cuestión no puede limitarse solo a la protección de los derechos fundamentales vinculados con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, sino que además ha de abarcar otros componentes de la doctrina de la protección integral como, por ejemplo, la felicidad, el bienestar personal, lo emocional-afectivo. Lo anterior, lo fundamenta en que la personalidad jurídica es una realidad humana concreta que surge con el nacimiento, tal cual dispone la normativa civil sustantiva española.

Esta propuesta teórica tampoco logró suplir la necesidad de fijar criterios o elementos generales y aplicables a todos los casos en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes para determinar cuál es su interés específico. De tal suerte, solo se limita a entender que el concepto jurídico indeterminado que se estudia es un medio para proteger los derechos fundamentales de la infancia —similar a lo sostenido por Cillero (1998)—, a la vez que sirve de argumento para la restitución de las prerrogativas legales ante presuntas violaciones, confiriéndole un contenido eminentemente normativo.

Francisco Rivero Hernández y el método hermenéutico (2000)

Esta propuesta se sustenta en la necesidad de buscar criterios razonables —aunque relativos— de lo que sería el interés superior de la niñez y la adolescencia. Para ello, identifica los criterios, medios o procedimientos que pudieran fijar racionalmente en qué consiste la controvertida noción. Siendo así, su tesis expone que es posible encontrar una solución razonable y justa entre varias opciones al momento de aplicar el concepto indeterminado, para lo cual el intérprete ha de recurrir al valor o a la experiencia que deriva de la noción.

En aras de fundamentar su postura, analiza la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, los que están integrados por: a) «zona de certeza positiva», la que fija el contenido atribuible al concepto; b) «zona de certeza negativa», donde existen exclusiones de aspectos no vinculados con el contenido del concepto y, finalmente, c) «halo conceptual», que admite varias opciones razonables a partir de un contexto determinado (Rivero, 2000, págs. 1539-1544). Es en esta última clasificación donde se inserta la noción del interés superior de la niñez y la adolescencia, toda vez que su concreción depende de diversas condiciones no fijadas de antemano por el legislador, sino que han de ser establecidas por el intérprete al momento de su aplicación en el caso particular.

Siendo así, se vale de la interpretación finalista o teleológica para apuntar los fines que les son atribuibles al interés superior de la niñez y la adolescencia en los diferentes casos sometidos a conocimiento de la autoridad competente. Para ello, utiliza las máximas de la experiencia o juicios de valor, por cuanto tienen un carácter flexible y conjugan elementos objetivos y subjetivos que permiten concretar el interés superior en estudio. Finalmente, el interés superior de la infancia contempla dos exigencias, a saber: por un lado, la protección de los derechos fundamentales y, por el otro, el equilibrio emocional-afectivo.

Esta propuesta teórica acepta que el interés superior de la niñez y la adolescencia es un concepto jurídico de difícil definición, razón por la cual lo entiende como un «halo conceptual». Derivado de ello y para alcanzar sus fines, su determinación estará sujeta a las circunstancias propias del caso concreto y a las disímiles opciones disponibles que permitan la adopción de una solución razonable y

justa sobre la base de la protección de los derechos fundamentales de la infancia y la preservación del equilibrio emocional-afectivo del niño, la niña o adolescente.

Gilles Lebreton y su enfoque hiperindividualista del interés superior (2003)

La propuesta de Lebreton (2003) permite analizar los problemas prácticos que acarrea la comprensión y la aplicación del interés superior de la niñez y la adolescencia a partir de lo que considera una “visión hiperindividualista” (pp. 77-86). Así, como resultado del enfoque iusnaturalista de los derechos, muestra la transición del concepto del interés por el niño hacia el concepto del interés superior del niño. Al respecto, deja entrever la improcedencia práctica de anteponer la superioridad de la noción en estudio frente a otras consideraciones o intereses igualmente válidos.

De tal suerte, su propuesta queda circunscrita al derecho positivo francés y defiende que no es correcto hablar de superioridad, sino de equilibrio o inferioridad, por cuanto son las categorías que mejor representan la realidad en torno a la aplicación de este concepto jurídico indeterminado (Zermatten, 2003, pág. 7). Además, su empleo no siempre obedece a que la decisión de autoridad que haya sido tomada responda al beneficio del niño, la niña o adolescente, ya que bajo igual fundamento pudieran estarse solapando afectaciones o restricciones a los derechos de la infancia en un caso concreto, lo que resulta acertado y requiere análisis.

Susana Navas Navarro y Jean Zermatten: hacia un concepto del interés superior de la infancia (2003)

En esta propuesta, Navas (2003, págs. 693-694) sostiene que el interés superior de la niñez y la adolescencia es una garantía que debe observarse en los asuntos en que hayan personas menores de edad involucradas, imponiendo a quien le corresponde decidir el deber de garantizar su bienestar. Así, señala la existencia de tres tipos de bienestar, a saber: físico, psíquico y social, cuyo propósito es el óptimo desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, mediante el ejercicio de los derechos fundamentales de los que son titulares.

Por otra parte, Zermatten (2003) se muestra conteste con la clasificación que del bienestar efectúa Navas, aunque critica que —al no ser posible su determinación objetiva— tal concepción ha de ser sustituida por la búsqueda del «menor mal». A su juicio, ello implica adoptar la decisión que menos daño le pueda ocasionar a una persona menor de edad dentro de un caso concreto a partir del cúmulo de opciones disponibles para su solución.

Como es de apreciar, esta propuesta no aporta mayores fundamentos en cuanto a la determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia se refiere. No obstante, ambas posturas coinciden en que se trata de una garantía que ha de ser observada y aplicada por las autoridades en todos los asuntos en que puedan resultar afectados derechos de la infancia; lo cual resulta acertado y se defiende en este artículo.

María Linacero de la Fuente y su método casuístico (2006)

En esta propuesta, Linacero (2001, págs. 60-65), siguiendo la postura ya abordada de Roca, considera que el interés superior de la niñez y la adolescencia solo puede realizarse si se le interpreta en relación con el resto de los derechos fundamentales de la infancia. Para garantizar la efectividad de tal cometido y evitar al mínimo los márgenes conferidos al juez, plantea la concurrencia de tres límites, los que fueron mencionados en líneas anteriores³.

Lo novedoso de esta propuesta teórica radica en la forma de concebir los derechos de la infancia. Al respecto, en la valoración de lo más beneficioso para el/la infante, se tomará como guía el conglomerado facultativo que refrenda la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el que fungirá como límite y objetivo para adoptar la decisión a que haya lugar. He ahí su valor teórico.

Son indudables los puntos de conexión que guarda además con las propuestas de Cillero (1998) y su concepción del interés superior como principio rector-guía y, de Rivero (2000) quien concibe la noción en estudio como fundamento para la defensa de los derechos fundamentales de la infancia y el logro de su protección integral.

José Manuel de Torres Perea: enfoque multidisciplinar y método de casos (2009)

Desde un enfoque multidisciplinar, De Torres (2006, pág. 22) propone sistematizar los diferentes elementos que han de tomarse en cuenta al momento de determinar el interés superior de la niñez y la adolescencia. Para ello, se vale de la tipificación de los grupos de casos, identificando los siguientes: patria potestad, acogimiento, adopción, guarda y custodia y, además algunos supuestos vinculados con el ejercicio de ciertos derechos.

En este sentido, propone fijar criterios objetivos que muestran las condiciones de evolución de las personas menores de edad, prestando especial atención a las exigencias básicas comunes a toda cultura, a todo grupo humano en aras de promover su desarrollo integral. Su estudio lo conduce a afirmar que el interés superior de la infancia puede apreciarse en el contexto conflictual y solo se

³ Al respecto, véase el segundo párrafo de la página 3.

configura bajo el método casuístico. No obstante, es importante observar el factor humano y, por ello, De Torres (2006), acogiendo la propuesta de Wiecker, sostiene que deben tipificarse grupos de casos y sistematizarlos para obtener sus características y, la forma en que son subsumidos en los supuestos tipificados. De tal suerte, solo esta vía posibilitará dotar de contenido concreto el interés superior de la niñez y la adolescencia, o sea, solo esta vía permite suplir el vacío conceptual de las cláusulas generales.

Sin dudas, esta propuesta tiene un valor teórico-práctico indiscutible, aunque hace recaer el contenido del interés superior de la niñez y la adolescencia en las circunstancias concretas del caso sometido a examen y cómo se aplicó la cláusula general a través de la actividad interpretativa de la autoridad judicial; lo que hace retornar al «halo conceptual» de Rivero (2000). Ello estará siempre sustentado sobre casos anteriores, sobre la interpretación que realizó el juez en un caso anterior con similares características, una suerte de «jurisprudencia» y, así extraer los elementos que le sirvieron de base para determinar el contenido del concepto jurídico tantas veces mencionado.

3.2.- Interés superior de la niñez y la adolescencia: la técnica de los criterios normativos preestablecidos

En aras de dotar de contenido el interés superior de la niñez y la adolescencia, es propio de los sistemas jurídicos anglosajones que utilicen la técnica de los criterios normativos preestablecidos. Al respecto, en ocasiones, se constata una mixtura, por cuanto cláusula general y criterios preestablecidos se combinan dentro de un mismo ordenamiento jurídico, con independencia del sistema legal que acoja; lo cual obedece a la definición casuística de la noción en examen. Como consecuencia de lo anterior, se pone en manos del juez una lista de indicadores que vendrá obligado a observar dentro del proceso judicial, con la finalidad de garantizar el bienestar de la persona menor de edad involucrada y la protección de sus derechos fundamentales.

Siendo así, el primero de los ejemplos que se trae a colación es *The Children Act* (Houses of Parliament, 1989) —vigente en Inglaterra y Gales— que establece los principios generales que han de atenderse en asuntos donde estén involucradas personas menores de edad y, respecto a las cuales deba tomarse una decisión⁴. Adviértase que, en tales principios, es donde se encuentra el contenido del interés superior de la niñez y la adolescencia y, que se traducen en buenas prácticas, ahora con rango legal. Así, postula además que cualquier retraso en la toma de decisiones respecto a la situación de niños, niñas y adolescentes puede redundar en contra de su interés superior. Interesa sobremanera cómo concibe el *no order principle* o regla de mínima intervención estatal, a partir de la cual los órganos judiciales adoptarán medidas tendentes a la protección de los derechos de la infancia, siempre que demuestren que las mismas beneficiarán más a sus destinatarios que la omisión de pronunciamiento en el caso concreto. En la práctica, esto se evidencia en el hecho de que el órgano judicial no resuelve aquellas cuestiones respecto a las cuales las partes ya han arribado a acuerdos; lo que resulta factible y viable.

Otro de los ejemplos que pueden citarse acerca del interés superior de la niñez y la adolescencia, así como la necesidad de fijar criterios de análisis y valoración es el contenido en el proyecto de modificación del *Divorce Act* (Federal Parliament, 1986) de Canadá. En este documento, se proponen un grupo de consideraciones que han de ser observadas en aquellos asuntos donde estén involucradas personas menores de edad. A continuación, se muestran los puntos que refrenda:

- a.- la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y cada una de las personas concernidas en el procedimiento;
- b.- la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y los otros miembros de la familia con los que este reside o, con las personas implicadas en los cuidados o en la educación del niño;
- c.- las ocupaciones del niño;
- d.- la capacidad de cada persona de ofrecer un marco de vida, educación y todos los cuidados necesarios al niño;
- e.- los lazos culturales y religiosos del niño;
- f.- la importancia y las ventajas de una patria potestad conjunta, asegurando una implicación activa de los dos padres después de la separación;
- g.- la importancia de las relaciones del niño con sus abuelos o con otros miembros de la familia;

⁴ Obsérvense los siguientes principios: a) deseos y sentimientos ciertos del niño, según edad y entendimiento (madurez), b) necesidades físicas, emocionales y educacionales, c) efecto probable en él/ella de cualquier cambio en sus circunstancias, d) edad, sexo, personalidad y cualquier características de él o ella que el juez considere relevante, e) cualquier daño que el niño o la niña ha sufrido o que está en riesgo de sufrir, f) qué tan capaces son sus padres y, cualquier otra persona en relación a quien el juez considere la cuestión ser relevante para satisfacer sus necesidades, g) rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión. CHILDREN ACT (1989) Part I (Welfare of the Child) 1 (3).

- h.- las propuestas de los padres;
- i.- la capacidad del niño para adaptarse a los puntos de vista de los padres;
- j.- la capacidad de los padres para facilitar y para asegurar el mantenimiento de una relación con otros miembros de la familia;
- k.- cualquier antecedente que muestre violencia realizada por uno de los padres hacia el niño;
- l.- la exclusión de preferencia ligada al sexo de uno de los padres;
- m.- la voluntad demostrada de cada padre para tomar parte a las sesiones educativas;
- n.- cualquier otro factor que pueda influir en la toma de decisión.

Es de resaltar que este ordenamiento jurídico ha fijado tales criterios, a partir de las concepciones sociales imperantes en un momento dado. Sin embargo, no se encuentra lejos de algunas limitaciones que pudieran alegarse, por cuanto se corre el riesgo de caer en una rigidez excesiva. Lo anterior, se justifica por el hecho de que las situaciones que involucran a niños, niñas y adolescentes pueden ser de diversa naturaleza, difícilmente previstas por el legislador *a priori*, pudiendo dejar escapar algún supuesto fáctico. No obstante, ello queda salvado como en el presente, siempre que se prevea una cláusula de cierre abierta (inciso n) que permita la introducción de otra circunstancia que pudiera acaecer en la realidad social.

En lo que a la determinación objetiva del interés superior de la niñez y la adolescencia se refiere, destaca además el *Child Care and Protection Act* (House of Parliament, 2004). Esta normativa contempla seis aspectos a valorar para fijar cuál es el contenido del interés superior en un caso concreto, a saber:

- a.- seguridad del niño;
- b.- nivel de desarrollo y necesidades materiales y afectivas;
- c.- calidad de la relación entre el niño y su padre, madre o cualquier otra persona, así como consecuencias de la continuación de la relación;
- d.- importancia de la continuidad en la crianza del niño;
- e.- religión y valores espirituales del niño;
- f.- opiniones del niño, habida cuenta de su edad y madurez.

Contrario sensu a la normativa anterior, este documento legal establece un grupo de parámetros a observar dentro del proceso judicial que involucra a niños, niñas y adolescentes bajo el sistema *numerus clausus* o cerrado, ya que no admite la incorporación de nuevos supuestos o aspectos a atender. Aunque no por ello carece de valor teórico-práctico, sino que constituye uno de los tantos enfoques que han pretendido con ánimo de exhaustividad objetivar el supramentado interés superior de la infancia, sin éxito alguno.

En este orden, valga mencionar el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012). En este documento, se enlistan un grupo de derechos de la infancia que generan obligaciones para el Estado Mexicano, tales como respetar y adoptar las medidas de protección requeridas y garantizar los derechos fundamentales contenidos en los Tratados Internacionales de los que es Estado parte, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, sistematiza una serie de prácticas que han sido consideradas como necesarias para salvaguardar los derechos de la niñez, principalmente aquellos que van encaminados a respaldar el acceso a la justicia y su interés superior. En tal sentido, recoge bajo los rubros de reglas de actuación, bien generales, bien específicas, aquellas condiciones mínimas que no deben omitirse cuando niños, niñas y adolescentes están involucrados en un proceso judicial.

No obstante, ello no resulta suficiente, toda vez que prima una visión adultocéntrica y parterernalista sobre la infancia, obviando que son seres humanos plenamente capaces, sujetos de derecho y que como tal, se les ha de tratar⁵. En este sentido, debe abogarse por un cambio en el discurso y las formas, si ciertamente se quiere una justicia al alcance de todos y todas, incluyendo a las personas menores de edad.

⁵ En este sentido, ilustrativa resulta la CONTRADICCIÓN DE TESIS 256/2014 resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, Tomo I, México, 2015, p. 347. Al respecto, se cuestiona lo referente al derecho de las personas menores de edad a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, el cual no puede estar predeterminado por una regla fija en razón de su edad, aunque no siempre el juzgador lo estimara así; además de si la decisión en torno a ello implica una valoración del juez o resulta obligatoria. Lo anterior, se produjo a raíz de que los órganos jurisdiccionales si bien admitían en algunos casos y, en otros no, la intervención de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales donde se debatían derechos atinentes a su persona, lo hacían bajo el fundamento del interés superior de la infancia, el que en consecuencia resultaba lacerado, sin embargo he ahí un ejemplo de cómo no siempre el que un fallo judicial se sustente en lo más beneficioso para el /la infante, resguarda y protege sus derechos fundamentales.

Luego, se encuentra la Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2013), titulada: “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, donde señala que el objetivo del interés superior es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. En este sentido, apunta que los elementos que habrá de considerar la autoridad pública o privada que conozca de un asunto en que esté involucrada cualquier persona menor de edad son: a) la opinión del niño; b) la identidad del niño; c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) cuidado, protección y seguridad del niño; e) situación de vulnerabilidad; f) el derecho del niño a la salud y, finalmente, f) el derecho del niño a la educación. Es importante destacar que el máximo intérprete de la Convención ha sostenido que los elementos antes referidos no constituyen un sistema *numerus clausus*, sino por lo contrario existe la posibilidad de incorporar cualquier otro que estime pertinente quien deba resolver el asunto, pero sin perder de vista la naturaleza, el alcance y el fin último del interés superior de la infancia.

Finalmente, a guisa ilustrativa es de resaltar la Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017). Este documento —basado en la Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2013)— incluye los elementos ya abordados, además de los siguientes: a) la edad y madurez del niño; b) la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación; c) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional puede ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales y, finalmente, f) aquellos otros elementos de ponderación que en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños. Como es de observar, introduce otros aspectos no contenidos en la Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2013) ya analizada, con la finalidad de garantizar esa protección integral a que se aspira, en tanto, fin último del interés superior de la niñez y la adolescencia y, que bien pudieran tomarse en futuras propuestas de ley o al momento de aplicar vía judicial el mencionado principio.

A partir de las líneas precedentes, cabe concluir que el principal problema de la indeterminación del interés superior de la niñez y la adolescencia, tanto en los sistemas continentales como anglosajones, se manifiesta en el riesgo de caer en estigmatismos sociales, estereotipos y concepciones subjetivas personales que se alejan de la evidencia científica acerca de las necesidades infantiles y la forma en que han de satisfacerse (López, 2008).

4.- CONCLUSIONES

Tal cual es de apreciar, las propuestas teóricas ya esbozadas y comentadas, en modo alguno, lograron establecer qué elementos o cuál ha de ser el contenido propio del interés superior de la niñez y la adolescencia. No obstante, la doctrina mayoritaria —ya citada— está conteste en que el interés superior *in commento* es un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser interpretado como cauce o medio para alcanzar otros fines primordiales que contribuyen con la efectividad y la realización de la protección integral de la infancia. Entonces, los derechos fundamentales de las personas menores de edad no se interpretan a través del interés superior —como erróneamente pudiera pensarse—, sino por lo contrario conforme al interés superior y las circunstancias propias del caso concreto. Pero, en esta labor interpretativa, ha de seguirse lo expuesto por Cillero (1998), en cuanto a adoptar las medidas de protección que permitan asegurar el ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles en un caso concreto para potenciar su efectividad/realización y restringir aquellas que pudieran coartarlos. Si a ello se suma la mínima intervención estatal para facilitar la adopción de acuerdos con participación de terceros que, a través del diálogo, estimulen la comunicación y favorezcan la intervención de las personas menores de edad para ejercer *per se* sus derechos, entonces se estaría ante un modelo ideal en pos de la salvaguarda de las prerrogativas reconocidas a favor de la infancia.

Tanto *Divorce Act* (1986), *The Children Act* (1989) como *Child Care and Protection Act* (2004) contienen elementos que si bien buscan potenciar la salvaguarda del interés superior de la niñez y la adolescencia, solo se enfocan hacia el niño y la situación objetiva por la que está transitando. Por otra parte, el Protocolo de Actuación (2012) ya analizado se centra en la defensa de los derechos fundamentales de la infancia a través de la instrumentación de garantías procesales para su realización vía judicial, pero nada contempla respecto al ámbito familiar, el componente emocional-afecto-familiar, o sea, la unidad familiar, lo subjetivo. De tal suerte, resulta extremadamente centrado hacia lo jurídico, con lo cual sesga esa visión holística que la Observación General No. 14 (2013)

exige considerar en la determinación objetiva de lo más beneficioso para el/la infante. De novedosa puede catalogarse la Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño (2017), por cuanto no solo conjuga los elementos a tomar en cuenta frente a la intervención de las personas menores de edad en cualquier proceso judicial, sino además las garantías procesales para el aseguramiento de sus derechos fundamentales y su necesaria valoración conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad al momento de adoptar las medidas de protección que procedan. Bien pudieran acogerse sus lineamientos metodológicos para futuras propuestas de reformas.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. *Cuaderno*, 2-30.
- Alonso, M. (1997). 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. *Actualidad Civil*, 17-40.
- Ara, I. (2004). Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 107-124.
- Beloff, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García, & M. Beloff, *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* (págs. 77-94). Colombia: Temis/Depalma.
- Clavijo, J. H. (12 de Septiembre de 2015). *El interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares*. Obtenido de PorticoLegal: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306
- Comité de los Derechos del Niño. (29 de Mayo de 2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. *CRC/C/GC 14*. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica: ONU.
- De Bartolomé, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 46-59.
- De Torres, J. M. (2006). Tratamiento del interés superior del menor en el Derecho alemán. *Revista Anuario de Derecho Civil*, 675-742.
- Díez-Picaso, L. (1993). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Eekelaar, J. (1994). The Role of Dynamic Self-Determinism. En P. Alston, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights* (págs. 42-61). Oxford: Clarendon Press.
- Elster, J. (1999). *Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa.
- Federal Parliament. (13 de Febrero de 1986). Divorce Act (last amended on June 21, 2019). Canadá.
- Freedman, D. (10 de Agosto de 2016). *Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el "Caballo de Troya" de la Convención*. Obtenido de Derechos Humanos: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/imag/LOS20%RIESGOS%20DEL%20INTERESES%20SUPERIOR%20DEL%20NINO.%20Diego%Freedman.pdf>
- García, S. (2004). La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor. *Revista de Derecho*, 519-558.
- Garibo, A.-P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 245-259.
- Goldstein, J. I. (2000). ¿En el interés superior de quién? En M. Beloff, *Derecho, infancia y familia* (págs. 115-130). Barcelona: Gedisa.
- Guillén, G. (2009). El Interés Superior del Menor. Especial referencia al Sistema de Justicia Integral para Menores. *Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, 1-10.
- Hernández de la Guardia, D. (2013). Investigación científica y ciencia jurídica. En M. De Armas Alonso, D. Hernández de la Guardia, C. Navarrete Calderón, S. E. García Méndez, M. S. Sónora Cabaleiro, & C. Gallego Rodríguez, *Metodología e Investigación al servicio del Derecho* (págs. 13-31). La Habana: Ministerio de Justicia.
- House of Parliament. (2004). Child Care and Protection Act. Jamaica.
- Houses of Parliament. (16 de Noviembre de 1989). Children Act 1989. Reino Unido.
- Lebreton, G. (2003). Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. *Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français*, 77-86.
- Linacero, M. A. (2001). *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Montecorvo.

- López, F. (2008). *Necesidades en la infancia y en la adolescencia: respuesta familiar, escolar y social*. Madrid: Pirámide.
- Martínez, A. (2002). Interés Superior. En I. M. Weinberg, *Convención sobre los Derechos del Niño* (págs. 98-122). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. (2017). Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. España: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.
- Navas, S. (2003). El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada. En A. Cabanillas, *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (págs. 689-714). Madrid: Civitas.
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 89-108.
- Rivero, F. (2000). El interés del menor. En R. Herrera, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (págs. 1539-1544). Almería: Universidad de Almería.
- Rivero, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.
- Roca, E. (1999). *Familia y cambio social: De la 'casa' a la persona*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Simón, F. (Agosto de 2013). Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. *Tesis para optar por el Título de Doctor en Derecho*. España: Universidad de Salamanca.
- Sokolich, M. I. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema jurídico peruano. *Vox Juris*, 81-90.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. México: Poder Judicial.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Zermatten, J. (2003). El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. *Informe de Trabajo*, 1-30.