

El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México

Fermín Torres Zárate*
Francisco García Martínez**

El objetivo principal de esta reflexión responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica una concepción garantista que promueva la conciliación entre el interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos. Conceptualmente, por medio de una aproximación al llamado modelo garantista que privilegia la plena realización de los derechos fundamentales, aunado al análisis de las correspondencias de dicho modelo con la ciencia jurídica y la posibilidad de su aplicación en nuestro país, en particular en lo que toca a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes en el marco del nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina. Analizando a profundidad el concepto en cuanto a su incidencia en los ordenamientos jurídicos, políticas públicas e incluso en el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

The principal object of this reflection is a response to the need of contributing a Guarantee Conception to the hermeneutical discussion, which promotes the conciliation between the superior interest of the child and the effective protection of his rights. It is an approach to the so called Guarantee Model that favors the full execution of the fundamental rights, combined with the analysis of the correspondences of this model with the Juridical Science and the possibility of its implementation in our country, particularly in what is related to the fundamental rights of boys, girls and teenagers, within the frame of a New Law for childhood and adolescence arisen in Latin America. The incidence of the concept in the law codes, in the public policies and also in the development of a culture more egalitarian and respectful of the rights of all people is thoroughly analyzed herein.

SUMARIO: Introducción. / 1. El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo. / 2. Del garantismo penal al garantismo global. / 2.1 El garantismo, aspectos generales. / 2.2 Características del garantismo. / 2.3 La ley del más débil. / 3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso razonado. / 3.1 Los derechos de los niños en tanto derechos humanos. / 3.2 El interés superior del niño, perspectivas. / 3.3 El interés superior del niño como principio garantista. / 3.4 Conceptualización del interés superior del niño. / 3.5 Función del interés superior del niño. / 3.6 El interés superior del niño y el interés colectivo en las políticas del Estado. / 3.7 Aplicación del principio y la restricción de los derechos del niño. / Conclusiones. / Bibliografía.

*Profesor-Investigador de tiempo completo, UAM-A.

**Profesor asociado, UAM-A, e investigador/estudiante de posgrado, UNAM-Conacyt.

“Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la comprensión paradigmática de fondo del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige, sobre todo, contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas y, sobre todo, contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes”.

Jürgen Habermas “Facticidad y Validez”

Introducción

Los objetivos de estas reflexiones son, por una parte, aproximarnos conceptualmente al llamado modelo garantista que privilegia la plena realización de los derechos fundamentales de toda persona y, por otro lado, esbozar las correspondencias de dicho modelo con la ciencia jurídica y la posibilidad de su aplicación en nuestro país, particularmente, en lo que toca a los derechos de uno de los sectores sociales más vulnerables y necesitados de protección por su propia condición natural de desventaja en un mundo de adultos, nos referimos a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, centrando el análisis en particular hacia el discutido concepto del “interés superior del niño” y su asimilación en un modelo garantista.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Así, el nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina, pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el artículo 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Veremos que la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, para lograr una efectiva inserción de sus postulados, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas

sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco, que se propone analizar la noción del “interés superior del niño”; fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la multicitada Convención. Generalmente, se cree con error que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico, sin embargo, al analizar la profundidad del concepto, podemos apreciar que la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico, hacia las políticas públicas e incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este trabajo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica esta norma fundamental, una concepción garantista que promueva la conciliación entre el interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

1 . El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo

El orden socio-económico en el mundo globalizado de este siglo representa una seria dificultad o más bien, un serio atentado, a la vigencia y práctica de los derechos humanos en general y a los de los niños en particular. La vigencia social de los principios de efectividad, prioridad absoluta e interés superior del niño, parte sin duda de su vigencia en la estructura política del Estado, entendiendo que estos principios son orientadores para la refundación del mismo en las perspectivas que acá se han enunciado, es decir, pasar de un Estado diseñado para la práctica de la cultura de gestión pública sustitutiva/reactiva, que sólo obedece órdenes de restitución de derechos, o reacciona ante el evento de su propia negación o violación, a un Estado constructivo/activo de derechos que comience con la modelación de su propia estructura activadora de la efectividad y goce real de los derechos humanos. Se trata, en otros términos, de pasar de las instituciones contractivas a instituciones activas de derechos. Todo ello, sin duda, tiene que ver con la legitimidad de las democracias, no en términos de derecho constitucional, sino fundamentalmente en términos de legitimidad social.

En el marco de la relación entre la efectividad como principio, las garantías como obligación del Estado y las transformaciones institucionales como medio idóneo, el deber de prestación de los derechos sociales, económicos y culturales está obviamente vinculado a los mecanismos con que cuenta el Estado para su satisfacción, en donde no tiene cabida confiarlos a la discrecionalidad que ha funcionado de manera perversa para excusar la supresión progresiva (y sistemática), de estos derechos. Entenderlos como simples servicios sociales que se dejan a la discrecionalidad del Estado, o a los favores de asistencia social, o sacrificarlos por las situaciones de crisis que atraviesan los países, negociando estos derechos en el mercado, constituye otra perversión para justificar su negación sistemática. La afirmación de Ferrajoli es así un significativo aporte si queremos analizar las realidades institucionales de nuestro país desde una perspectiva crítica y propositiva, cuando expresa que “

...los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político: tanto porque estos derechos, a diferencia de otros, tienen un coste elevado, aunque seguramente no mayor que el de su tutela en las formas paternalistas y clientelares de prestación, como porque, de hecho, a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción ha quedado confiada en los sistemas de welfare a una onerosa y compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de discrecionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia”.¹

De los principios de prioridad absoluta y efectividad, se desprende a todas luces el carácter principal que asumen los derechos humanos de los niños en cualquier circunstancia, o ante cualquier otro interés del Estado tradicional positivista planteado por Kelsen, de sus funcionarios o de las personas que tienen a cargo decisiones trascendentales en la vida y el desarrollo de los niños. Aspectos sustanciales en las definiciones y estructura pública del Estado, como lo serían la política económica, no encuentran legitimidad si asumen el control de sus decisiones abstrayendo la consideración primordial de los derechos de la infancia. No obstante

“muchos gobiernos han justificado su contravención a los derechos como una medida necesaria para lograr un rápido desarrollo económico. La preocupación por la justicia social y la igualdad no es compatible con una aplicación estricta de las fuerzas del mercado. En este contexto, los derechos de los niños no son una excepción”.²

García Méndez ha expresado que “La verdadera revolución cultural de la CIDN radica precisamente en el hecho de haber alterado sensiblemente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación de los adultos y el Estado con la

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 125.

² Sheridan Bartlett, Roger Hart, David Satterthwait, Ximena de la Barra y Alfredo Missair. *Ciudades Para Los Niños*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España y Comité Español de UNICEF. 2001, p.183.

infancia: la discrecionalidad absoluta amparada en la idea de la incapacidad total.”³ Sobre esta afirmación es legítimo entender que la alteración de las relaciones del Estado respecto de la Infancia no se materializa sin los presupuestos de acción sobre la propia estructura del Estado, tomando como proyección programática los derechos de los niños, y desarrollando –desde la variedad de medidas que encierra cada derecho particular– las transformaciones necesarias para que el derecho sea efectivo.

Alterar el orden tradicional de la política de Estado, por ejemplo, en materia comunicacional, importa el establecimiento de protocolos y guías de actuación permanente en cada información, programación, actuación pública comunicacional de los personajes que le representan, fijar las condiciones de la programación dirigida a los niños, formar de manera crítica la actitud de todos los ciudadanos acerca de la educación informal de los medios de comunicación, entre otras medidas.

2. Del garantismo penal al garantismo global

Como lo señalamos, en este documento, tomamos como referente al profesor Luigi Ferrajoli para tratar de conceptualizar los derechos de la infancia y en particular el interés superior del niño en un ámbito garantista, sin menospreciar a otros autores, cuyos méritos no pueden soslayarse, como las teorías de Kelsen, Hart, Rawls y Dworkin, que son un referente obligado para este análisis.

Quizá pueda decirse, parafraseando a Robert Nozick, en su referencia a John Rawls, que quien quiera abreviar en la Teoría del Derecho y en la Teoría Derecho Penal, deberá trabajar dentro de los lineamientos de la teoría de Ferrajoli o en su defecto explicar por qué no lo hace.

Ferrajoli, al igual que Rawls, es tributario del pensamiento filosófico y jurídico ilustrado. Las posturas de Ferrajoli y de Rawls en cuanto a la protección de las libertades básicas de los individuos frente al poder estatal son similares, ya que, el modelo de racionalidad y razonabilidad de los principios de justicia que son el substrato de la estructura básica de una sociedad democrática para Rawls, es compartido por el filósofo italiano, tal como se deduce de su singular trabajo. Ferrajoli asume el positivismo como método de *approach* al derecho, aun cuando defiende una versión que llama positivismo crítico. Para Rawls, no hay excepción a la igualdad de derechos, defiende un concepto de *persona* como sujeto de derechos y libertades que, apoyándose en Rousseau y Kant, constituye el punto de nodal de su teoría.⁴

³ García Méndez Emilio. *Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, 2a. edición, Ed. Forum Pacis, 1997, p. 346.

⁴ El problema de *la desigualdad* es, sin duda, uno de los problemas fundamentales que Rawls plantea en su teoría, siguiendo a Rousseau. Prueba de ello es que la igualdad constituye uno de los principios básicos de su teoría. Al explorar la cara negativa de la sociedad de los años 50 y 60, años de gestación de *Theory of*

2. 1. *El garantismo, aspectos generales*

Esta nueva corriente del constitucionalismo coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías, para hacer eficaces los derechos fundamentales. Algunas concepciones de garantía, a la luz de la lengua española⁵ son: efecto de afianzar lo estipulado; fianza, prenda; cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. Ya en el terreno del derecho constitucional, garantías son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos.

En este sentido, tenemos que la expresión garantismo se emplea desde tres ópticas: 1) Como modelo normativo de Derecho, 2) Como teoría jurídica, y 3) Como filosofía política. El jurista florentino, puntualiza los alcances del garantismo de la siguiente manera:

[...] el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba.⁶

Como se aprecia, en esta cita Ferrajoli, define magistralmente los derechos fundamentales de los ciudadanos como una garantía que poseen frente a los poderes del Estado, como la primacía de los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, y precisamente dentro de esas minorías marginadas es que se encuentran posicionados los niños, aún en el proceso de reconocimiento de que son sujetos de derechos, más que de tutela en calidad de objetos.

Justice, podemos observar que las formas de la desigualdad (injusta desigualdad) señaladas por John Rawls son entre otras, la desigualdad económica o la injusta distribución de la riqueza, la desigualdad política o la diferencia estructural de estatus entre ciudadanos y minorías marginadas.

⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Madrid, Real Academia Española, 22a. edición, 2001, p. 1117.

⁶ Ferrajoli L. *Derecho y razón*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 846.

2.2 Características del garantismo⁷

Los rasgos fundamentales del garantismo son:

1. En primer término, es “una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ‘ser’ y ‘deber ser’, entre efectividad y normatividad...”⁸
2. Esta tesis es aplicable en los siguientes ámbitos del análisis jurídico:
El meta-jurídico del enjuiciamiento moral del derecho.
El jurídico del enjuiciamiento interno del derecho.
El sociológico de la relación entre el derecho y su práctica social efectiva.
3. Desde la perspectiva del garantismo, el Estado es un mero instrumento y la dignidad personal la finalidad principal.
4. Para el garantismo resulta relevante la distinción entre “ser” y “deber ser” en el derecho: la validez y la eficacia de las normas son categorías diferentes entre sí, al igual que son diversas de la vigencia o existencia. Lo anterior influye en el modelo de juez y jurista: el garantismo les exige una posición crítica frente a la ley con el objetivo de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento.⁹

2.3. La ley del más débil

El papel que históricamente han jugado los derechos fundamentales ha consistido en ser limitaciones a los abusos del poder público. En un primer momento fueron los derechos civiles y de libertad que pusieron freno al absolutismo, más tarde, los derechos laborales que permitieron transitar de un Estado liberal a un Estado de bienestar social. Hoy se reivindican nuevos derechos (medio ambiente, paz, entre otros) todavía de difícil cumplimiento. “...Los derechos fundamentales se afirman siempre –sentencia Ferrajoli– como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.¹⁰

⁷ Para mayor abundamiento, véase el trabajo de Marina Gascón Abellán intitulado “La teoría general del garantismo: rasgos principales” en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta/IIJ de la UNAM, 2005, pp. 21-39.

⁸ *Ibidem*, p. 22

⁹ Este postulado es completamente distinto al sostenido por Kelsen, para quien la validez de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia, o sea, con su pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción, y que también pertenecen al mismo. Se trataba, como se puede apreciar, de una concepción puramente formal de la validez, incompatible con la complejidad de la legalidad en el Estado Constitucional de derecho.

¹⁰ Ferrajoli L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 54. También puede verse “Garantismo y poderes salvajes” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externa-

3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso razonado

Hechas las precisiones señaladas, acerca del garantismo jurídico, ahora trataremos sobre las diversas perspectivas culturales y la dificultad que aborda la Convención como instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social. Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

3.1 Los derechos del niño en tanto derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. “Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite

do de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 15, 1a. edición, 1a. reimpresión, 2001, pp. 120-190.

infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social”.¹¹

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que éste considera. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal, al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América Latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos:

- Reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas;

¹¹ Bidart-Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993, p. 407.

- Especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños;
- Establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación–;
- Regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos y;
- Orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas con relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, por medio del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

3.2 El interés superior del niño, perspectivas

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en el proceso de considerar al interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención, en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

3.3. *El interés superior del niño como “Principio Garantista”*

La Convención contiene “principios” –que a falta de otro nombre, denominamos “estructurantes”– entre los que destacan: el de no discriminación (artículo 2), de efectividad (artículo 4), de autonomía y participación (artículos 5 y 12) y de protección (artículo 3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Si entendemos de este modo la idea de “principios”, la teoría presume que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades, no, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

De esta manera, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquéllas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”.¹² Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

¹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 234.

3.4. Conceptualización del interés superior del niño

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

En cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia, dando paso a un derecho garantista en este rubro.

3.5 Función del interés superior del niño

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños, sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se debe orientar y limitar por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (Arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo es necesario establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del “interés superior del niño” que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad, el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley, lo que significa, que permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no exista norma expresa.

3.6. El interés superior del niño y el interés colectivo en las políticas del Estado

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –sus derechos– no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser superado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

3.7 Aplicación del principio y la restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta

protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (artículo 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención mediante recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (artículo 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo, por tanto se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, por su interés superior.

Se insiste, en que la autonomía de los sistemas de protección de la niñez, no les abstrae de su naturaleza y responsabilidad pública, pero tampoco les hace parte absoluta, suficiente y total en la protección de los derechos de los niños, menos aún en su absoluta garantía.

Los sistemas de protección funcionan como estructura integrada al Estado, para el control de éste en el cumplimiento y restitución de los derechos, en tanto en el terreno del derecho constitucional, garantías son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos, en virtud de que desde la óptica de Ferrajoli y de Rawls, en cuanto a la protección de las libertades básicas de los individuos frente al poder estatal son similares, en tanto que el garantismo, como dice Ferrajoli, se emplea desde tres ópticas: 1) Como modelo normativo de derecho, 2) Como teoría jurídica, y 3) Como filosofía política.

Conclusiones

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos.

También es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, que permiten orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuye al perfeccionamiento de la vida democrática.

Ante las premisas planteadas con antelación, surgen las interrogantes siguientes: ¿Basta un sistema de protección de la niñez por sí solo para garantizar el dominio de estos factores? ¿Es el sistema de protección de los niños un persecutor del bien y del mal del Estado? o ¿Es el Estado el sistema de Protección de los Niños? Si nuestras respuestas las ceñimos y enfocamos exclusivamente a los sistemas de protección como representativos absolutos de las transformaciones institucionales, incurrimos en el grave error de creerlo autosuficiente para la garantía de los derechos humanos de los niños y de las familias. Si, por el contrario, ampliando nuestro entendimiento acerca de la protección integral, la visión abarca lo ancho, largo y hondo del asunto, las transformaciones institucionales imponen la transformación política del Estado.

Resulta pues, imprescindible, como se debe haber observado de este modesto análisis, que el Estado constitutivo/activo de derechos supere también las prácticas de

“restitución” de derechos individuales por vía de la acción forzada de órganos administrativos o judiciales, según sean los casos.

El Estado, garante social de derechos, debe ser capaz de avizorar por sí mismo estas situaciones e impedir su materialización. Ello es posible en la concepción de la política pública de protección especial como elemento integrante de la política general de protección integral, partiendo de los presupuestos del garantismo jurídico.

Bibliografía

- BIDART-CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile”, en Pilotti, Francisco, *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, págs. 75-138.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 2a. ed., 1989.
- Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid 1995.
- . *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo: rasgos principales” en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta/IIJ-UNAM, 2005.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- LARRAÍN, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Andrés Bello, Santiago, 1996.
- LYOTARD, J.F. *La Condición Postmoderna*. Ed. Cátedra, Madrid, 1994.
- O’DONNEL, D. “La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido”. Revista *Infancia*, núm. 230, tomo 63, julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, 1990.
- PECES-BARBA, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- SHERIDAN BARTLETT, Roger Hart, David Satterthwait, Ximena de la Barra y Alfredo Missair. *Ciudades para los niños*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España y Comité Español de UNICEF, Madrid, 2001.