



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE
COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN**

MARÍA FERNANDA CÁCERES ROJAS
ALONSO LAGOS SILVA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía:
MARÍA MAGDALENA BUSTOS

Santiago de Chile
2018

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
1. Presentación del problema.....	8
2. Metodología	14
3. Hipótesis	14
4. Objetivos	15
4.1 Objetivo general.....	15
4.2 Objetivos específicos	16
CAPÍTULO PRIMERO	17
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	17
1. Marco conceptual.	17
2. Jerarquía normativa.	24
2.1 Tratamiento convencional internacional.	25
2.1.1 Convención sobre los derechos del niño.	25
2.2 Tratamiento jurisprudencial internacional.....	32
2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	32
2.2.1.1 Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.	36
2.2.1.2 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México... 38	
2.2.1.3 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.....	40
2.2.1.4 Asunto L.M. respecto Paraguay.	42
2.2.1.5 Opinión consultiva de la CIDH de 27 de enero de 2009.....	44
3. Recepción nacional.....	47
3.1 Evolución de su tratamiento.....	48
3.1.1 La doctrina.....	48
CAPÍTULO SEGUNDO	54
PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	54
1. Ideas Preliminares.....	54
2. El rol de los principios en la resolución de conflictos.....	55
2.1. Los principios en el sistema jurídico.....	55

2.2. Diferencias entre reglas y principios.....	63
2.3 Criterios de diferenciación entre reglas y principios:	65
3. El principio de interés superior del niño como cláusula de consideración primordial.	70
CAPÍTULO TERCERO	81
ANÁLISIS JURISPRIDENCIAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	81
1. Ideas Preliminares.....	81
2. Modelo de ponderación de Robert Alexy.	83
2.1 Máximas de idoneidad y necesidad.....	85
2.2 Máxima de proporcionalidad en sentido estricto.	88
3. Análisis jurisprudencial del interés superior del niño.	93
3.1 Vera Urra con Álvarez y Pozo, causa rol número 17034-2013 de fecha 26 de agosto de 2014.	94
3.2 Masis Nazar con Sánchez Luengo, causa rol número 608-2010, sentencia de fecha 24 de junio 2010.	103
3.3 Sáez con Bizama, causa rol número 6352-2014, sentencia de fecha 9 de junio de 2014.	111
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	122

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CCch	Código Civil chileno.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CIDN	Convención Internacional de los Derechos del Niño.
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
DUDN	Declaración Universal de los Derechos del Niño.
OEA	Organización de Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

RESUMEN

El principio del interés superior del niño niña y adolescente¹ es estimado como una consideración primordial a la que debe sujetarse toda resolución o medida que afecte al niño, tal y como establece el artículo 3° de la CIDN. Sin embargo, esta consideración de “primordialidad” en la resolución de los asuntos –especialmente judiciales– que proyectan una o más consecuencias respecto del niño, constituye un enunciado normativo cuyo contenido, por el hecho de ser un principio, es de una textura abierta e indeterminada, que, consecuentemente, debe precisar el adjudicador para establecer los derechos y obligaciones pertinentes. Así, desde una perspectiva sustancial, el principio de interés superior del niño ha sido tradicionalmente subsumido como un criterio para resolver conflictos que obliga a otorgar especial peso a los intereses del niño y determinarlos en concordancia a las circunstancias relevantes.

A su vez, el interés superior del niño, debe considerarse como un mandato de optimización, cuyo contenido y alcance particular debe determinarse en un ejercicio ponderativo que ponga en evidencia todas las reglas y principio que son pertinentes en el conflicto jurídico a resolver por el adjudicador. Es decir, es necesario establecer un marco de evaluación claro que le sirva de guía al juez para dirimir asuntos en los que concurre el interés superior del niño y que no

¹ De aquí en adelante, el presente trabajo utilizará la denominación más simple de interés superior del niño para referirnos a este concepto.

ponga en riesgo otros principio y reglas relevantes que deban considerarse conjuntamente.

El presente estudio tiene por finalidad evidenciar que, siendo el principio de interés superior del niño un concepto de textura abierta e indeterminada, su aplicación por parte de los tribunales de justicia adolece de un incorrecto tratamiento atendido su carácter de principio normativo, no estableciéndose con claridad el razonamiento ponderativo o los principios en juego en la decisión del conflicto, haciendo difícil conciliar la actividad adjudicatoria con una teoría de la argumentación jurídica que no devenga en discrecionalidad judicial no reconducible a un modelo argumentativo.

INTRODUCCIÓN

1. Presentación del problema

En materia de derecho de familia, se ha sostenido por la dogmática jurídica que el principio de interés superior del niño se inserta dentro de la teoría de “Protección Integral de la infancia”, entendida como el conjunto de disposiciones, medidas, estrategias y políticas, dirigidas a tutelar íntegramente a los niños, individualmente considerados, de forma holista, y a los derechos y garantías que dimanen de las relaciones que mantienen entre sí, con la familia, con los adultos, con la comunidad y con el Estado².

Luego, desde una perspectiva constitucionalista, la doctrina ha sostenido que el principio de interés superior del niño tiene un rango constitucional implícito en la regulación de los derechos previstos en el artículo 1º inciso 2º y en el artículo 19 Nº 1, 2, 4, 5, 10 y 11 de la Constitución Política de la República. Como principio protector de los derechos de un grupo etario que requiere de la tutela estatal, concierne al Estado tenerlo como limitación en el ejercicio de la soberanía, respetarlo y promoverlo. En efecto, es deber del Estado, salvaguardar este principio a través de medidas reforzadas, máxime cuando se encuentran en la

² En este sentido, véase a DE ARMAS FONTICOBÁ, Tania. 2009. El principio del Interés superior del niño en el proceso relativo a los menores en conflicto con la Ley penal en Cuba. Revista Vlex Internacional (4): p. 2.

primera infancia, dada su especial vulnerabilidad³, como también es deber del Estado la salvaguarda de los derechos comprendidos en el principio protector de la infancia, lo que implica que el Estado garantice su protección, bajo una adecuada disponibilidad, suficiencia, accesibilidad y vigilancia.

Dentro del referido lineamiento, cabe apuntar que uno de los campos en donde el Estado está emplazado a cumplir con los fines tuitivos asignados a propósito de la protección integral de la infancia, es el ámbito del proceso judicial en donde se develan las acciones de familia que, directa o indirectamente, acercan al juzgador al principio de interés superior del niño.

No obstante lo anterior, la relación entre la adjudicación judicial y las funciones que el principio del interés del niño cumple respecto de ésta son un tanto problemáticas.

Primero, porque el principio del interés superior del niño constituye un concepto jurídico indeterminado. Lo anterior implica que el juez deba llenar el vacío conceptual que envuelve al principio en estudio, dentro del cual podrá acomodar la *ratio decidendi*. Lo anterior conlleva un peligro, en la medida en que

³ Juicio Ciudadano v. Estado de México (2010): Corte Suprema de Justicia de México, Sentencia ROL N° 1-2009, de 1 de noviembre de 2010.

representa, eventualmente, una disfunción y desnaturalización de otros principios de sustento iusfundamental, tales como el debido proceso.

En tal sentido, la doctrina trasandina ha puntualizado:

“(...) el superior interés de la infancia es un concepto abierto al que los jueces, en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico, están llamados a asignar unos contenidos precisos”⁴.

Es claro que la judicatura debe dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado según el cual está llamado a resolver. Sin embargo, el tribunal no tan sólo debe darle un contenido preciso al principio de interés superior del niño, sino que, además, debe determinar su extensión en relación a otros principios y/o intereses envueltos en el proceso.

En el citado contexto, los tribunales deberán ajustar las medidas adoptadas a la extensión con que se bonifique al principio de interés superior del niño. Es decir, el juez deberá considerar todos los derechos e intereses afectados con la decisión al caso *sublite* (además de los del niño) y, desde esa vereda, determinar la menor o mayor extensión del interés superior del niño.

⁴ MIZRAHI, Mauricio. 2011. Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte. Buenos Aires, Editorial La Ley, p. 1.

En la misma orientación, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que:

“Todos los órganos (...) judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”⁵.

Finalmente, ahí en la determinación de la extensión del principio de interés superior del niño es donde se producen las consecuencias más gravosas, ya que la discrecionalidad judicial⁶ ha venido flexibilizando los límites del proceso y los

⁵ Comité de los Derechos del Niño. 2003. Observación General N° 5: Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). En: 34º PERÍODO DE SESIONES: 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, Ginebra, p. 5.

⁶ Téngase presente que la palabra discreción puede adoptar dos grandes sentidos. El primero, referido a la toma de decisión “a discreción”, significa que la autoridad (judicial) adopta una decisión mediante el uso de su inteligencia individual o moral personal. Luego, la voz “discreción”, implica cierta clase de dirección de deliberación o sabiduría que envuelve la opción escogida por la autoridad (judicial). Es esta la acepción que utilizaremos en el presente estudio. La discreción no es, en ningún caso, la actividad jurisdiccional supeditada al mero capricho del juez o a motivaciones ajenas a la administración de justicia, sino que, por el contrario, no hay sitio para la discreción en tales casos. Con todo, en la utilización de la discreción tácita, como ocurre en el caso de las decisiones judiciales, deben ponderarse factores, tales como la coherencia entre las decisiones sentadas con anterioridad como con otras partes del sistema jurídico. La discreción judicial debe tener en consideración otras partes del sistema jurídico. Esto último tiene vital importancia para nuestra investigación, dado que la aplicación del principio de interés superior del niño debe considerar: a) derechos de terceros u otros principios (como el principio de solidaridad familiar), b) las normas legales que integran el sistema jurídico (normas del proceso judicial y normas constitucionales, como las del debido proceso.

propios límites del juzgador en gracia de la aplicación de dicho principio. Cuestión que no tiene un fundamento procesal, sino que uno de índole sustancial, mismo que deberá ser evidenciado en pos de fundamentar el actual estado de desarrollo jurisprudencial de nuestros tribunales.

El interés superior del niño conlleva el inherente derecho a ejercer las pretensiones procesales que pongan de manifiesto las verdaderas garantías que envuelve el referido principio, sea por parte del niño sea por parte de su representante legal. Debe tenerse presente que aun la CADH, en su artículo 25⁷, establece un derecho de protección judicial que, en el plano de la protección de los derechos de la infancia, también sujeta la eficacia de esos derechos al acceso a una jurisdicción especializada y agotamiento de las instancias y recursos procesales de que puede valerse el sujeto activo de la protección del interés superior del niño. Por tanto, un análisis jurisprudencial ejercido sobre ciertos casos judiciales, servirá de guía para identificar cómo ha sido el tratamiento que ha tenido el interés superior del niño como criterio de adjudicación, junto con evidenciar el riesgo que conlleva en una eventual subyugación, en su función

⁷ “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

atributiva de derechos y obligaciones, para con las normas y principios que también juegan un rol en materia de familia.

Con la finalidad de lograr los fines propuestos, la presente investigación constará de tres capítulos. El primero versará sobre el principio de interés superior del niño, desde una perspectiva conceptual, jerárquica y dogmática. Así las cosas, se integrará a partir de un marco conceptual, del tratamiento internacional del principio, tanto de carácter convencional como jurisprudencial, para abrir paso a su recepción nacional. El segundo capítulo contendrá un análisis del principio de interés superior del niño como criterio de resolución de conflictos, dando cuenta de las consecuencias de que éste, como principio, consista en un mandato de optimización que debe insertarse en un modelo de ponderación para operar de manera adecuada en un sistema jurídico. Finalmente, el tercer capítulo analizará el tratamiento jurisprudencial que ha tenido el interés superior del niño en los tribunales nacionales, análisis que nos permitirá determinar si existe una aplicación de éste conforme a una debida consideración de su condición de principio, y si los considerando que fundamentan la decisión jurisdiccional responden a una real ponderación de los factores normativos en juego.

2. Metodología

El presente estudio utilizará el método dogmático, principalmente en el capítulo primero y segundo, en donde se recogerá el tratamiento doctrinario que el principio de interés superior del niño ha tenido en la doctrina.

Al análisis dogmático se sumará el método empírico, a partir del análisis jurisprudencial que introduciremos a nuestro estudio, con la finalidad de sustenta nuestra hipótesis.

3. Hipótesis

Dado el desarrollo progresivo del principio de interés superior del niño, tanto en el plano nacional como internacional, esta tesis intentará probar que del principio de interés superior del niño, como criterio de adjudicación, se debe necesariamente establecer un marco de análisis y aplicación de su contenido que responda a una estructura ponderativa y no a una de aplicación disyuntiva de reglas. Este marco ponderativo no se encuentra explícitamente en las consideraciones de los procesos en donde se ventilan cuestiones relativas a los intereses del niño, en la medida en que los jueces no sólo lo aplican en el contexto de la cláusula de “primordialidad” -como un principio más-, sino que lo aplican como una suerte de “todo vale”, cumpliendo, en la práctica, un rol funcional que

morigera los defectos formales en la formulación de las pretensiones de tutela para dar paso a la prevalencia del régimen de protección integral de la infancia por sobre los vicios surgidos en la tramitación de dichas pretensiones, lo que conlleva un problema de inseguridad jurídica.

4. Objetivos

4.1 Objetivo general

Dado el desarrollo progresivo del principio de interés superior del niño, tanto en el plano nacional como internacional, probar que del principio de interés superior del niño se sigue una discreción judicial en su aplicación dentro de los procesos en donde se ventilan cuestiones relativas a los intereses del niño, en la medida en que los jueces no sólo lo aplican en el contexto de la cláusula de “primordialidad” (como un principio más), sino que lo aplican como una suerte de “todo vale”, que no responde a una lógica de ponderación que impone la consideración del principio como un mandato de optimización, cumpliendo, en la práctica, un rol funcional que morigera los defectos formales en la formulación de las pretensiones de tutela para dar paso a la prevalencia del régimen de protección integral de la infancia por sobre los vicios surgidos en la tramitación de dichas pretensiones, lo que envuelve un problema de inseguridad jurídica.

4.2 Objetivos específicos

1. Sistematizar el tratamiento del principio de interés superior del niño, desde una perspectiva conceptual, jerárquica y dogmática.
2. Determinar el rol tradicional del principio de interés superior del niño como criterio de resolución de conflictos desde una perspectiva sustancial.
3. Revelar el principio de interés superior del niño desde su rol funcional, abarcando los tópicos de la dotación de su contenido y de la determinación de su extensión, con la finalidad de poner de relieve los riesgos que aquello envuelve.

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. Marco conceptual.

A partir del término de la II Guerra Mundial, la comunidad internacional ha experimentado una evolución progresiva tendiente a la protección de los derechos humanos y al derribamiento del dogma del Estado absoluto y soberano, especialmente impulsado por la creación de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1945⁸.

Dicho fenómeno mundial se manifestó en la positivización de normas y principios convencionales, en virtud de los cuales se pretendió tutelar los derechos humanos generales y sectoriales que, en definitiva, previnieran el quebrantamiento de la dignidad humana de que habían sido objeto miles de personas a propósito de las guerras mundiales y del holocausto nazi. Lo anterior porque, evidentemente, los intentos perpetrados por la Sociedad de las Naciones (organismo predecesor de la

⁸ Véase en DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc. 2007. La protección internacional de derechos humanos. Buenos Aires, Editora Platense.

ONU) fracasaron al tratar de instaurar un marco jurídico que estableciera mecanismos de vigilancia de ámbito internacional para proteger a las minorías⁹.

De esta manera, la positivización de los derechos humanos surge como respuesta al positivismo y que, con prescindencia de sus vertientes –normativas, sociológicas y psicológicas–¹⁰, advierten la necesidad de “legislar”, sea desde una concepción creadora del derecho o, desde el polo opuesto, desde una función de concreción y desarrollo. Lo cierto es que, la importancia de la positivización radica en la transformación o conversión de los derechos humanos, mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo, fundamentalmente al ordenamiento jurídico constitucional, en auténticos derechos subjetivos, desde el punto de vista técnico-jurídico, concretando y determinando su contenido, su alcance y sus límites, así como su régimen de garantías y tutela¹¹.

Así las cosas, existen tres estadios en los que se descompone el proceso de positivización de los derechos humanos, en general. Primero, mediante la etapa de la legitimación, los Estados suscriben Tratados Internacionales que representan el reconocimiento esencial y ontológico de los derechos naturales. En segundo término, el proceso de positivización adopta una fase de legalidad, en virtud de la cual los

⁹ Véase en ONU. 2012. El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto Informativo 1(30): 1-71.

¹⁰ Véase en MONTORO BALLESTERO, Alberto. 1984. Sobre el proceso de positivización de los derechos humanos. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* (11): 293-344.

¹¹ SALAMANCA SERRANO, Antonio. 2003. *Fundamento de los derechos humanos*. Madrid, Editorial Nueva Utopía, p. 276.

Estados incluyen los derechos humanos en sus Códigos Políticos. Finalmente, la positivización requiere de una fase de eficacia, consistente en el efectivo ejercicio de los mismos¹².

En el marco de los derechos humanos de los niños, la positivización en su faz de legitimidad tiene como primer antecedente la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño del año 1924, que establece el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; asistencia especial cuando están hambrientos, enfermos, discapacitados o han quedado huérfanos; preferencia en el socorro cuando se encuentran en dificultades; libertad contra la explotación económica; y crianza que les inculque un sentimiento de responsabilidad social. Luego, en 1948 la Asamblea General de la ONU, aprueba la DUDH, que en su artículo 25 expresa que la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especial. En 1959 la Asamblea General de ONU aprueba la DUDN, que reconoce derechos como la libertad contra la discriminación y el derecho a un nombre y a una nacionalidad. También consagra específicamente los derechos de los niños a la educación, la atención de la salud y a una protección especial. En 1966, se aprueban el PIDCP y el PIDESC que, si bien es cierto tienen como objeto el desarrollo generacional de los derechos humanos, promueven la protección de los niños y niñas contra la explotación y recogen el derecho a la educación. En 1973, la OIT aprueba el Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, que establece los 18 años como la edad mínima para realizar todo trabajo que pueda ser

¹² Op. cit. p. 309.

peligroso para la salud, la seguridad o la moral de un individuo. En 1979, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que protege los derechos humanos de las niñas y las mujeres¹³.

El siguiente paso en nuestra cronología evolutiva del desarrollo positivo de legitimidad de los derechos de los niños, constituye el centro axiomático del desarrollo interno del principio del interés superior del niño. Así, en 1989, la ONU aprueba unánimemente la Convención sobre los Derechos del Niño, que entra en vigor al año siguiente. Ese año (1990), la “Cumbre Mundial en Favor de la Infancia”, aprueba la “Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño”, junto a un plan de acción para ponerla en práctica en el decenio de 1990. Nueve años más tarde, la OIT retoma el tópico del trabajo infantil a través del Convenio N° 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. En el año 2000, la ONU aprueba dos protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño: uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. El 2002 la Asamblea General de la ONU celebra la “Sesión Especial en favor de la Infancia”, una reunión en la que se debaten por primera vez cuestiones específicas sobre la infancia. Los altos mandos se comprometen en un pacto sobre los derechos de la infancia,

¹³ En el mismo año, la Asamblea General de la ONU declara el año 1979, como el año internacional del Niño, a partir de donde se pone en marcha un grupo de trabajo para redactar una Convención sobre Derechos de los Niños, que fuera jurídicamente vinculante para los Estados.

denominado “Un mundo apropiado para los niños”. Finalmente, en el año 2007 se celebra una reunión para realizar un seguimiento cinco años después de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en favor de la Infancia, la que finaliza con una “Declaración sobre la Infancia”, aprobada por más de 140 gobiernos.

En suma, el nuevo derecho de los niños surgido a propósito de la vigencia de las declaraciones y convenciones internacionales de tutela, pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en dichos instrumentos, en tanto los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos humanos reconocidos a todas las personas, esencia que, por cierto, comparten.

Ahora bien, a propósito del análisis del estado de desarrollo de la doctrina internacional, es posible advertir que el interés superior del niño se posiciona dentro de un núcleo duro de los derechos de los niños. En tal sentido, los derechos humanos, dentro de los cuales se ubican los derechos que tienen por titulares a los niños, poseen un núcleo de coherencia común al conjunto de todos ellos.

En efecto, el interés superior del niño refunde los derechos más esenciales de los niños, proclamados como indisponibles e inderogables por parte de la dogmática extranjera¹⁴.

Sin embargo, el interés superior del niño tiene una dimensión indeterminada, por lo que lo que la doctrina especializada ha puesto de relieve la falta de uniformidad en su aplicación, lo que trae aparejado que las resoluciones judiciales basadas en dicho principio, no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

A mayor abundamiento, existen quienes lamentan que la operatividad del principio del interés superior del niño esté supeditado a la discrecionalidad judicial, dado que, en amparo de dicho principio, se permite un amplio margen a la judicatura que, eventualmente, debilita la tutela efectiva de los derechos que recoge la propia CIDN¹⁵.

En efecto, el interés superior del niño es un principio. Lo anterior significa que se trata de un estándar, distinto a una norma jurídica, que detenta una dimensión que

¹⁴ CARMONA LUQUE, María del Rosario. 2011. La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid, Editorial Dykinson, p. 259.

¹⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: XIV Curso de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño: 10 al 15 de octubre de 1999. Lima, Perú, Academia de la Magistratura, p. 2.

ésta última no tiene, es decir, el peso o importancia¹⁶ y que traducen, de modo proposicional, exigencias de justicia¹⁷.

Con todo, a diferencia del rol modelador y orientador los principios en el proceso de adjudicación (como fuentes decisorias en la resolución de casos difíciles en términos de Dworkin), el principio de interés superior del niño se instituye como consideración básica y esencial para los jueces. De allí que el artículo 3º N° 1 de la CIDN establezca:

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

En una segunda dimensión, el interés superior del niño constituye una garantía, entendida como un vínculo normativo idóneo para la seguridad de la efectividad del derecho subjetivo¹⁸.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A., p. 77.

¹⁷ Sobre la importancia de los principios de Derecho: *“Su valor no es sólo teórico, pues las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diversos campos. Por ejemplo, pueden servir como un elemento auxiliar de interpretación, como elemento de integrador de la analogía en los supuestos de laguna legal, o bien, pueden servir como marco teórico para las discusiones de leyes Ferenda”*, en REYES POBLETE, Miguel. 2008. Principios y reglas técnicas procesales. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Arcis (2): p. 1.

¹⁸ Véase en FERRAJOLI, Luigi. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta.

Es así como la utilización del principio de interés superior del niño como criterio de adjudicación, importa una alineación con la suma consideración que éste envuelve y, a la vez, una aplicación garantista y eficaz del núcleo central de los derechos humanos de los niños.

2. Jerarquía normativa.

Expondremos nuestros argumentos sobre la jerarquía normativa del principio de interés superior del niño desde la perspectiva del instrumento axiológico que lo codificó y, desde la arista relativa a la aplicación judicial que de dicha fuente han hecho los tribunales de la nación.

De igual manera, hemos de formular dos prevenciones preliminares. Lo primero es que, nuestra exposición en torno al tratamiento convencional internacional del principio de interés superior del niño estará radicado sobre bases descriptivas, las que resultan imprescindibles para el desarrollo y sustento del resto de nuestra investigación. Lo segundo, es que el análisis jurisprudencial recaerá en un campo limitado de fallos judiciales, especificando, por supuesto, la fuente desde donde se han extraído, por lo que el número tentativo de sentencias analizadas se evidenciará en el capítulo conclusivo de nuestro estudio.

2.1 Tratamiento convencional internacional.

2.1.1 Convención sobre los derechos del niño.

Tal y como habíamos adelantado, el eje central del desarrollo nacional y, en gran medida, de la evolución internacional del principio de interés superior del niño, se localiza en la entrada en rigor de la CIDN el año 1989.

Como instrumento internacional, la CIDN representa la aportación codificada más importante que la ONU ha hecho a la protección integral de la infancia. Doctrinariamente, ha sido categorizada como un mecanismo de protección progresiva de los derechos del niño¹⁹.

El contexto histórico que envuelve el proceso de creación de la CIDN, parte de la declaración de 1979, año el cual fue proclamado como internacional del niño, empero, desde el punto de vista jurídico, dicho instrumento tiene su origen inmediato en una iniciativa polaca del año 1978.

¹⁹ Véase en CARMONA LUQUE, María del Rosario. 2011. Op. cit. p. 35.

“El 17 de enero de 1978 el representante permanente de Polonia ante la Organización de las Naciones Unidas dirigió una carta al director de la División de derechos humanos de la Oficina de Ginebra proponiendo que la cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño fuera incluida en la agenda de la 34ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos. La delegación polaca presentó en la citada sesión un proyecto de resolución que incluía un proyecto de Convención basado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Esta resolución fue posteriormente revisada, añadiéndose dos artículos adicionales (XI y XII) a la versión final del proyecto que fue finalmente adoptado por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 20 (XXXIV) de 8 de Marzo de 1978. En esta última, el Secretario General solicitaba que la Comisión invitara a los Estados Miembros, las agencias especializadas, y a las organizaciones regionales, intergubernamentales y no gubernamentales a comunicar sus opiniones, observaciones y sugerencias en relación al proyecto de Convención presentado por Polonia”²⁰.

La CIDN es el tratado de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido, que a la fecha suman 193 países del orbe²¹. De igual manera, se reconoce como el instrumento internacional más complejo, dado que articula derechos económicos, sociales, culturales y políticos.

²⁰ CARMONA LUQUE Op. cit. p. 50.

²¹ Sólo Estados Unidos y Somalia no han ratificado dicha Convención.

Estructuralmente, está conformado por 54 artículos armonizados en base a 4 principios cardinales, cuales son, los de no discriminación, interés superior de la infancia, derecho a la vida y supervivencia y el de desarrollo y respeto desde las particularidades de la niñez.

La Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía²².

Particularmente en Chile, la jerarquía normativa de la precitada Convención, puede ser examinada desde dos perspectivas.

Primero, cabe señalar que nuestro país ratificó la CIDN el 14 de agosto de 1990, promulgándola como ley con rango constitucional, por aplicación de lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental²³.

²² FREITES BARROS, Luisa. 2008. La Convención Internacional de Derechos del Niño: Apuntes básicos. Revista Educere 12(42): p. 432.

²³ *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

Desde un segundo foco de examen y, a partir de la ratificación de la CIDN, el carácter de vinculante de dicha normativa, obliga al Estado chileno a adoptar todas las medidas tendientes a promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho con autonomía progresiva en su ejercicio, iguales ante la ley y con igual protección de ésta en el referido ejercicio.

Es así que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado al Estado de Chile (en los años 1997, 2002 y 2007) que se reforme la Ley N° 16.618, conocida como Ley de Menores, que data del año 1967, reemplazando dicho cuerpo normativo, basado en una visión tutelar de la infancia, por una auténtica ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el citado contexto, la recomendación del año 2002, rezaba:

“El Comité toma nota con preocupación de que aún está en vigor la Ley de menores de 1967, que tenía como fundamento el concepto de ‘situación irregular’ y, por tanto, no hace una distinción clara, desde el punto de vista de los procedimientos y el tratamiento judiciales, entre los niños que necesitan atención y protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley. Toma nota además de que los dos proyectos de ley que tienen por objeto reformar la Ley de menores, uno de ellos sobre la protección de los niños que necesitan

asistencia y el otro sobre los niños que se encuentran en conflicto con la ley, han estado en preparación desde 1994 pero aún no han sido presentados al Parlamento”²⁴.

Lamentablemente, Chile está en deuda porque aún se encuentra pendiente la derogación total de la Ley de Menores –cuyo espíritu y contenidos no se ajustan a la concepción de los niños como sujetos de derecho–, por lo que aún hoy no contamos con una ley de protección integral ni tenemos la institución del defensor del niño. Las previsiones anteriores, representan una forma de incorporar una nueva concepción jurídica de la infancia, que se sitúe en el marco de los derechos humanos de los niños y de los derechos humanos en general, lo cual es coincidente con un proceso de renovación de los sistemas legales desde la perspectiva de los derechos fundamentales²⁵.

Sin perjuicio de lo antes anotado, el CIDN constituye norma de la República y, en lo que respecta al interés superior del niño, cabe señalar que es recogido en 6 de sus 54 disposiciones, a saber, nuestro principio es tratado por la CIDN a propósito del derecho a la protección judicial (específicamente en el artículo 3º N° 1 que ya transcribimos), derecho a no ser separado de sus padres y a mantener relación

²⁴ ONU. 2002. Examen de informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Comité sobre los Derechos del Niño: 29º PERIODO DE SESIONES, 3 de abril de 2002, p. 2.

²⁵ En este sentido, Senado de Chile. 2015. Reforma Constitucional Num. 9153-07 de Senado, de 5 de Noviembre de 2013 (Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.). Primer trámite constitucional; Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Expediente N° 9153-07, p. 3.

personal con aquel padre con el que no vive (artículo 9º N° 1²⁶ y N° 3²⁷, respectivamente); principio de corresponsabilidad parental (artículo 18²⁸); derecho a la protección y asistencia especial del Estado (artículo 20 N° 1²⁹); derecho a la adopción, en el marco del derecho del niño a tener una familia (artículo 21 inciso 1³⁰); derechos de los niños privados de libertad (artículo 37 letra c)³¹ y ciertos derechos procesales (artículo 40 N° 2, letra b iii)³²

En nuestro país, la introducción interna de la CIDN y, esencialmente, de las precedentes disposiciones sobre el principio de interés superior del niño, se ha hecho de una forma directa, en donde la fuente ha sido aplicada directamente por la

²⁶ “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

²⁷ “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

²⁸ “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

²⁹ “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

³⁰ “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y (...)”.

³¹ “Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

³² “Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

jurisprudencia de nuestros tribunales. A diferencia de experiencias comparadas³³, no existe en nuestra Carta Fundamental mención alguna a dicho principio, como tampoco a los derechos especialmente reconocidos a los niños.

Por tanto, el desarrollo del interés superior del niño, como principio jurídico, ha sido entregado en gran medida, a la tutela judicial y, en menor medida, al desarrollo dogmático, produciéndose el efecto anotado por Carbonnier, en torno a aquellas nociones mágicas, evanescentes, que puede dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho³⁴.

Lo anterior significa, por tanto, que el principio del interés superior del niño constituye un axioma a través del cual se concreta el ejercicio de los derechos del niño. Así, según lo destaca Miguel Cillero Bruñol:

“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”³⁵.

³³ En el año 2001 Colombia incluyó en su Constitución los derechos del niño y el año 2008 lo hizo Ecuador.

³⁴ CARBONNIER, Jean. 1960. Comment. S. Cour d'Appel Paris, 10 de abril de 1959. París, Editorial Dalloz (Nº 1): p. 673.

³⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano “Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José de Costa Rica, p. 8.

En nuestro concepto, la importancia de avanzar hacia el desentrañamiento del principio de interés superior del niño como criterio de adjudicación, radica justamente, en su consideración esencial en el plano del ejercicio de los derechos de la niñez y de la infancia. Si constituye un mecanismo *sine qua non* para el ejercicio de dichos derechos, desde el ámbito sustancial implica un requisito modal necesario para el éxito de la pretensión y un límite para la discreción judicial.

2.2 Tratamiento jurisprudencial internacional.

2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH es el organismo jurisdiccional que imparte justicia internacional. El poder vinculante de sus resoluciones está condicionada a la concreción de ciertos factores. Con todo, desde el momento en que el Estado de Chile decide formar parte de la OEA, ratificar la CADH y reconocer competencia a la CIDH, limita su soberanía y se transforma en sujeto pasivo de un conjunto de obligaciones internacionales, “(...) *tales como las de promover, proteger y garantizar los derechos humanos, reconocidos tanto en su legislación interna como en la CADH; adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales*

*derechos y dar cumplimiento a las sentencias emanadas de la CIDH en todos los casos en que sea parte (art. 1.1, 2 y 63 de la CADH)*³⁶.

Lo anterior cobra particular importancia en el ámbito de la promoción y protección de los derechos del niño y del principio de interés superior del mismo, en la medida en que nuestro país está sujeto a la jurisdicción de la CIDH³⁷, cuya justicia es impartida mediante la aplicación de los instrumentos internacionales³⁸.

³⁶ IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara. 2013. Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile. *Revista Estudios Constitucionales* 11(1): p. 276.

³⁷ El artículo 33 de la CADH creó la CIDH y en el artículo 52 y siguientes del referido instrumento internacional, estableció su organización, composición y reglas procedimentales para el cumplimiento de su misión. Así mismo, se consagró que la Corte cumpliría funciones consultivas y también se le otorgó poderes jurisdiccionales para decidir casos que los Estados Partes y la Comisión Interamericana (conforme los artículos 34 y siguientes) pusieran en su conocimiento, por violación de derechos reconocidos en La Convención.

En Chile, la CADH fue aprobada mediante Decreto N° 873, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, de modo que el Estado no solo se ha comprometido a poner en marcha todo lo que sea necesario para garantizar los derechos contenidos en la Convención, sino que ha reconocido la jurisdicción de la Corte para determinar su vulneración y, de conformidad con el artículo 68.1 de la CADH, ha asumido la obligación de acatar sus decisiones cuando sea parte de un proceso.

³⁸ A mayor abundamiento, el artículo 26 de la CVDT, recoge el principio del *pacta sunt servanda*, estableciendo que “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Por su parte, el artículo 27 del mismo instrumento señala que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En tal sentido lo ha entendido la jurisprudencia colombiana, que ha expresado:

“(…) *las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo de su competencia judicial, obligan al Estado colombiano no sólo a un cumplimiento oportuno sino pleno, sin que sea admisible una potestad discrecional para escoger cuáles cumple y cuáles no; realizar equivalencias entre medidas, por ejemplo, cambiar la asignación de una vivienda por un subsidio para vivienda o la asistencia médica especializada que deben recibir en razón de su particular situación de indefensión, por una general que haga caso omiso de tal condición; y sin trasladar la responsabilidad del cumplimiento o del incumplimiento de las medidas a las víctimas, a sus familiares, a sus representantes o a todos ellos*”. Véase en Alba García Guevara v. Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Arauca (2015): Corte Constitucional de Colombia, Sentencia ROL N° 655-2015, de 14 de octubre de 2015.

En el citado contexto, se han difundido dentro del ámbito no vinculante de la CIDH, los criterios de protección de los derechos del niño, mediante las opiniones consultivas³⁹ que los Estados partes han solicitado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la CADH⁴⁰. Tratándose del ejercicio de la precitada facultad, en el año 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitó a la CIDH una consulta sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 CADH, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Para una mejor inteligencia, debemos apuntar que el contenido del artículo 8 de la CADH se refiere a las garantías judiciales y el artículo 25, se refiere a la protección judicial; ambos derechos que se encuentran tangencialmente vinculados al tratamiento judicial del principio del interés superior del niño. En el citado contexto, la CIDH sentenció en la opinión consultiva del año 2002, lo siguiente:

³⁹ La facultad consultiva de la CIDH consiste en la solicitud y acceso de pronunciamiento sobre un tópico relacionado con la aplicación y vigencia de los derechos humanos, formulados por alguno de los Estados miembros de la OEA, dentro de los cuales se encuentra nuestro país. De igual forma, tal como se desprende del artículo 64.2 de la CADH, la CIDH también está facultada para pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con los instrumentos internacionales concernientes a los derechos humanos en los Estados Americanos, a pedido del Estado interesado.

⁴⁰ Artículo 64.1 de la CADH: “*Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires*”.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños (...)”⁴¹.

Lo anterior implica que el principio del interés superior del niño, como un límite a la discrecionalidad judicial y no como una ventana al abuso de la misma, es una realidad que ha sido reconocida en el ámbito internacional por la referida judicatura supranacional.

Con todo, la fuerza de nuestras apreciaciones se ve consolidada por el ejercicio pleno de la jurisdicción internacional de la CIDH, en asuntos en donde, a partir de conflictos a los derechos del niño o del adolescente en el ámbito estatal, la Corte ha debido sentar bases y criterios aprehensibles para los Estados en la misión de tutelar eficazmente los derechos de la niñez, por lo que expondremos algunos casos jurisprudenciales desde donde es posible aterrizar el principio del interés superior del niño como criterio de adjudicación y realizar ciertas observaciones, a

⁴¹ CIDH. 2002. Opinión consultiva OC-17/2002: Condición jurídica y Derechos Humanos del niño [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta: 5 marzo 2016].

modo de muestra panorámica de la jurisprudencia internacional, reservando para los capítulos tercero, el examen de la aplicación del principio de interés superior del niño en el plano nacional o interno.

2.2.1.1 Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

La sentencia de 8 de julio de 2004 de la CIDH, se contextualiza en el marco del conflicto armado en el Perú⁴². Entre los años 1983 y 1993 se vivió una práctica sistemática de ejecuciones extrajudiciales, de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, prácticas realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales.

El 21 de junio de 1991, en el distrito de El Callao, los hermanos Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, de 17 y 14 años de edad respectivamente, se dirigían al trabajo de su madre cuando fueron interceptados y detenidos por agentes de la Policía Nacional Peruana que buscaban personas involucradas en supuestos actos terroristas. Luego de su detención, fueron golpeados e introducidos en la maletera de un patrullero.

⁴² Véase a THEIDON, Kimberly. 2004. Entre prójimos. El conflicto armado interno y la política de Reconciliación en el Perú. Lima, IEP Ediciones.

Posteriormente fueron trasladados, bajo custodia policial, hasta un lugar llamado “Pampa de los Perros”, donde fueron golpeados a culatazos de escopeta y posteriormente asesinados mediante disparos con armas de fuego en la cabeza, tórax y otras partes del cuerpo. Sus cadáveres fueron llevados a una morgue en calidad de no identificados y luego fueron reconocidos por sus familiares. Los tribunales peruanos investigaron los hechos y determinaron la responsabilidad individual de los autores materiales. Sin embargo, a pesar de identificarse al presunto autor intelectual, éste fue juzgado en juicio diverso.

En este contexto de vulneración, la Corte resolvió que:

[En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁴³]

En la especie, la Corte razonó en torno al principio del interés superior del niño como el vehículo a través del cual la dignidad del niño puede ser judicialmente tutelada⁴⁴. De cara a tal consideración, cabe apuntar que una consecuencia

⁴³ Hermanos Gómez Paquiyaurí Vs. Perú (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de julio de 2008.

⁴⁴ En este orden de ideas, la CIDH sostuvo: “En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda ‘en la dignidad misma del ser humano, en las características

provisoria: si consideramos que el principio del interés superior del niño representa el envoltorio de todos los derechos humanos de los niños, refundidos en el valor de la dignidad del mismo, debemos aceptar que, como criterio de adjudicación judicial, este principio gozará de las características que definen la interpretación de los derechos fundamentales⁴⁵.

2.2.1.2 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.

En el año 2009, la CIDH se pronunció sobre el caso fundamentado en los hechos acaecidos en la ciudad de Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Durante el año 2001 desaparecieron tres mujeres, una de las cuales tenía 17 años. Sus familiares presentaron las denuncias por desaparición. No obstante, las autoridades judiciales mexicanas no ejercieron mayores investigaciones, limitándose a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de la niña y de las dos adultas desaparecidas, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. Véase en Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, considerando N° 163.

⁴⁵ Véase a CARPIO MARCOS, Edgar. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. Revista Ius et Praxis 10(1): 409-417.

En el caso sub-lite, la Corte realizó una declaración que merece nuestra atención, dado los caracteres absolutistas de la misma. Así las cosas, la CIDH sentenció:

“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”.

Resulta interesante, en este caso, la extensión que la CIDH le otorga al principio del interés superior del niño en el proceso de adjudicación, señalando que en él radica la necesidad de dar satisfacción a “todos” los derechos de la infancia y de la adolescencia. Pues bien, utilizar términos generalizadores como los antes anotados nos parece peligroso, en la medida en que dicha fórmula no se hace cargo de la colisión de derechos fundamentales (entre niño y adulto o entre niños)⁴⁶, por lo que mal podría pretenderse que, el principio del interés superior de la niñez satisfaga

⁴⁶ Véase en ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. 2006. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 853-577.

todos y cada uno de los derechos humanos de los niños, cuando el mismo titular es sujeto activo de una serie de derechos fundamentales o cuando existe colisión de derechos de la infancia entre dos o más sujetos.

En el mismo sentido se pronunció en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en sentencia de 8 de septiembre de 2005⁴⁷.

2.2.1.3 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.

Los hechos del presente caso inician en el año 2002, cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas.

Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, pareja de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

⁴⁷ “Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.

En enero de 2003, el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva⁴⁸. A fecha 24 de noviembre de 2004 se hizo una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se pronunciara sobre el fallo de la Corte Suprema, petición que posteriormente se materializó en una demanda contra el Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fecha 17 de septiembre de 2010

En lo que a nuestro estudio respecta, cabe señalar que el principio del interés superior del niño fue caracterizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un criterio de adjudicación flexible en cuanto al sujeto activo del mismo. En otros términos, la CIDH señaló que el interés superior del niño debe ser considerado por el aplicador del Derecho, como un mecanismo de tuición de los derechos de la niñez que camina de la mano con el desarrollo mismo del niño. En tal sentido, expresó:

“Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía

⁴⁸ Para un examen más exhaustivo véase a LATHROP GÓMEZ, Fabiola. 2012. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras Vs. Chile. Revista de Derecho de la Universidad de Chile, Escuela de Posgrado (2): 151-210.

personal (...). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

2.2.1.4 Asunto L.M. respecto Paraguay.

Con fecha 1 de julio de 2011, la CIDH se pronunció sobre una solicitud de medidas provisionales, emanada de la CIDH, para la agilización de procesos internos y las decisiones sobre el mejor interés del niño L.M. –de un año y medio de edad– incluyendo, en el plazo más inmediato posible, las determinaciones que correspondan sobre un relacionamiento con su familia biológica.⁴⁹

⁴⁹ El menor de iniciales L.M. nació el 2 de agosto de 2009 en Asunción, Paraguay; donde a los días de haber nacido fue abandonado por su madre biológica de iniciales L.S. Encontrado por las autoridades, se inició un proceso de búsqueda de los padres biológicos, así como se otorgó la guardia provisoria de éste. El 16 de noviembre de 2009, habiéndose localizado los padres biológicos del menor, éstos registraron a L.M. como su hijo en la Dirección General del Registro del Estado Civil. De ahí en más, se inició, por una parte, un proceso de pérdida de la patria potestad contra los padres biológicos solicitada por la pareja guardadora, y, por otro lado, la pretensión tendiente a lograr la restitución de L.M por sus padres biológicos. Dicha situación se dilató, sin nunca haber una resolución jurisdiccional definitiva sobre la guarda, hasta el 17 de junio de 2010, donde se presenta una solicitud de medida cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, en definitiva, a fecha, 10 de noviembre de 2010 dispone medidas cautelares ante la falta de demora en los procesos y los efectos irreparables que las demoras podrían generar en L.M.

En el citado contexto, la CIDH señaló:

“Precisamente por lo anterior, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte”⁵⁰.

Al respecto es necesario subrayar la especial referencia que la CIDH realiza respecto de las resoluciones judiciales dictadas en procesos en donde está envuelto el principio de interés superior del niño. Así las cosas, la citada judicatura supranacional impone en forma expresa la exigencia de “utilidad” de las sentencias adoptadas en dichos conflictos.

⁵⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “Medidas provisionales respecto de Paraguay”, de 1 de julio de 2011, considerando quinto.

Con todo, la CIDH no precisó el contenido de la fórmula señalada, como tampoco contempló el alcance de la utilidad de las sentencias dictadas en procedimientos de familia frente a la existencia de normas jurídicas que resulten aplicables al caso sub-lite.

2.2.1.5 Opinión consultiva de la CIDH de 27 de enero de 2009.

Interesa en este punto traer a colación una de las opiniones de la CIDH en ejercicio de sus funciones consultivas, a partir de una solicitud realizada por la CoIDH sobre la compatibilidad del uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes con los artículos 1.1⁵¹, 2⁵², 5.1⁵³, 5.2⁵⁴ y 19⁵⁵ de la CADH y VII⁵⁶ de la DADDH, en concordancia con las disposiciones relevantes de la CIDN, de fecha 27 de enero de 2009.

⁵¹ Artículo 1.1 de la CADH: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

⁵² Artículo 2 de la CADH: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

⁵³ Artículo 5.1 de la CADH: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”.

⁵⁴ Artículo 5.2 de la CADH: “*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

⁵⁵ Artículo 19 de la CADH: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

⁵⁶ Artículo VII de la DADDH: “*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales*”.

En su resolución, la CIDH se refirió a dos cuestiones fundamentales para la inteligencia del alcance del principio de interés superior del niño en interferencia con otros valores o principios merecedores de tutela, tales como el derecho de los padres de educar y disciplinar a los hijos.

La primera de ellas fue si los Estados miembros de la OEA debían regular la patria potestad y la tutela de tal forma que aseguren la protección de las niñas y los niños frente a todas las formas de castigo corporal. Al respecto sindicó al interés superior del niño como elemento fundamental en la crianza y desarrollo de los niños, ya sea a cargo de sus padres o de sus representantes legales. Del mismo modo, hace extensiva tal obligación a la disciplina escolar para que la misma se administre de modo compatible a la dignidad humana. Aunado a lo anterior, la CIDN obliga a los Estados a velar para que ningún niño sea sometido tanto a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; ya sea bajo la custodia de sus padres, de su representante legal o cualquiera que lo tenga a su cargo.

La segunda de ellas fue si los miembros de la OEA se encuentran obligados a adoptar medidas legislativas y de otra índole con el fin de asegurar que las niñas y

los niños no sean sometidos a castigo corporal como método de disciplina ni en el ámbito familiar, ni en el escolar, ni en el institucional.

Lamentablemente, a pesar de establecer lineamientos generales, la CIDH omitió pronunciarse sobre ambos puntos contenidos en la consulta en comentario⁵⁷, señalando que “(...) *las respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión pueden extraerse del análisis e interpretación integral del corpus jurisprudencial del Tribunal sobre los derechos del niño en relación con otros criterios establecidos por éste, así como de las obligaciones emanadas por otros instrumentos internacionales, ratificados por los Estados de la región*”⁵⁸.

Finalmente, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 222 de nuestro Código Civil, que expresa:

⁵⁷ Téngase presente que nuestros tribunales también han omitido referirse al grado de compatibilidad de la disciplina ejercida por los padres o representantes legales de los niños y los castigos físicos. Sin perjuicio de lo anterior, en casos en donde el maltrato físico es evidente, ha otorgado el cuidado personal del niño a un tercero. En este sentido, véase: “*Que por ahora, entonces, la urgencia requerida existe, justificada de la manera dicha en los motivos anteriores, que dan cuenta siquiera de modo indiciario de malos tratos físicos y psicológicos serios y reiterados en contra de ambos niños de parte de su madre y de la pareja de esta, y es preciso decidir, como medida cautelar en beneficio del interés superior de los menores, su entrega en cuidado provisorio al padre, sin perjuicio de las demás medidas ya ordenadas por el Juzgado a quo*”. Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia ROL N° 200-2012, de 26 de octubre de 2012, considerando décimo primero.

Téngase presente además que el inciso 4° del artículo 225 del Código Civil autoriza al juez para otorgar el cuidado personal a uno de los padres cuando el principio de interés superior del niño lo haga conveniente.

⁵⁸ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2009, considerando décimo quinto.

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”.

Sin lugar a dudas, serán los tribunales de justicia los que determinen en el caso concreto cuándo un castigo físico tiene como fundamento la mayor realización espiritual y material posible de los niños.

3. Recepción nacional.

El presente apartado tiene por objeto abarcar el principio del interés superior del niño desde una perspectiva conceptual. Por tanto, se analizarán los contenidos que han sido atribuidos a dicho principio desde la perspectiva dogmática, teniendo presente que en los capítulos siguientes se examinará la aplicación y las aristas prácticas del citado principio.

3.1 Evolución de su tratamiento.

3.1.1 La doctrina.

Según el acertado espectro mostrado por G. Aguilar Cavallo, aun cuando, nominalmente el principio del interés superior del niño reciba diversas expresiones (así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’*intérêt supérieur de l’enfant*”), en todos los sistemas jurídicos forma parte integrante del marco de protección de los derechos del niño, “(...) *pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un ‘principio general de derecho’, de aquéllos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*”⁵⁹.

A partir de la vigencia de la CIDH, los esbozos por avanzar hacia la sistematización dogmática del principio del interés superior del niño fueron progresivos.

Principalmente a partir de la introducción de las Leyes N°19.585, N° 19.620; N° 19.947; N° 19.968 y N° 20.084; los autores nacionales comenzaron a explayarse sobre el interés superior del niño, en la medida en que era uno de los principios que

⁵⁹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales* 6(1): p. 226.

inspiraron dicha legislación⁶⁰, empero, sin aportar una noción conceptual. En este sentido, alguna doctrina apuntaba:

“¿Qué se entiende por interés superior del niño? No hay una definición dogmática ni en la Convención de los Derechos del Niño ni en las leyes señaladas. En cuanto a la doctrina, ésta hace referencia al interés del o la menor, sin definirlo. Puede decirse, entonces, que el concepto es una de las ‘nociones marco’ frecuentes en el Derecho de Familia”.

En el estado actual de desarrollo doctrinario, el interés superior del niño ha sido estudiado a propósito de otras instituciones del Derecho de Familia, pero que nos proporcionan lineamientos conceptuales claros. De esta manera, la profesora Marcela Acuña, en torno al principio de corresponsabilidad parental, explicaba:

“El interés superior del menor no ha sido recogido en la Constitución chilena, sin embargo, siguiendo la línea orientadora de los instrumentos internacionales, el artículo 222 del Código Civil al iniciar el Título referido a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos proclama que la preocupación

⁶⁰ “Este principio se ha ido incorporando en nuestra legislación de manera paulatina, para ser hoy el principio fundamental de la legislación que rige el derecho de los niños. Es así que, con fecha 27 de octubre de 1999, entraron en vigor las Leyes Nos 19.585 y 19.620, que modificaron el sistema filiativo y la adopción de menores, respectivamente.

Al analizar la Ley N° 19.585 se constata que acoge y establece, en forma explícita, el principio normativo del interés superior del niño al señalarlo en el artículo 242, inciso 2°, del Código Civil, ubicado en el Título IX “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, y en los artículos 222, inciso 2°; 225, inciso 3°; 229, inciso 3°; 234, inciso 3°; 240, inciso 2°; 244, inciso 3°; 245 inciso 2°; 268, inciso 2°, y 272, inciso 2°.

Por su parte, la Ley N° 19.620 lo establece explícitamente, al señalar en el artículo 1°: ‘la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado’ y reiterarlo en los artículos 3° y 15, inciso 3°”. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. 2007. El sistema filiativo chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 35.

fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. La norma no solo sugiere, sino que impera el actuar de los padres, de ambos, respecto de sus hijos, estableciendo responsabilidades comunes: procurar su mayor realización; guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales; considerar la evolución de sus facultades. Si atendemos a la esfera de las responsabilidades de los padres, pero mirado desde la óptica de los hijos, hablar de su interés superior es, en definitiva, postular el prevalente amparo del sujeto infantil que corresponde primero, como no podía ser en naturaleza de otro modo, a sus propios padres”⁶¹.

Desde la perspectiva de la cita transcrita, el principio del interés superior del niño tiene como objetivo primordial el prevalente amparo del sujeto infantil. Dicho amparo tiene como sujetos pasivos principales, a los padres, pero también se trata de un deber que recae sobre el Estado y sobre los tribunales.

Tal y como mencionábamos con antelación, la Ley de Adopción también motivó el tratamiento doctrinario del principio de interés superior del niño. Así las cosas, algunos autores lo examinaron a propósito de los derechos fundamentales del adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. Es este tópico el que examinó la

⁶¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(2): p. 31.

doctora J. Bernal Crespo, integrando una interesante alusión a la legislación colombiana, expresando:

“A nivel interno el Código de la Infancia y adolescencia (Ley N° 1.098 de 2006), define en su artículo 8 (...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Este principio se encuentra íntimamente ligado con el derecho que tienen a ser escuchados. La Convención de los Derechos del Niño lo establece en su artículo 12, cuando consagra la obligación de los Estado Partes de garantizar al niño que está en condiciones de expresar un juicio propio, el derecho de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que los afecten, y en particular en todo procedimiento judicial o administrativo”⁶².

Por su parte H. Corral aborda el tópico desde el punto de vista de las técnicas de reproducción asistida, señalando que el mandato contenido en la CIDH en cuanto a la necesidad de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias para dar protección eficaz a los niños, contiene dos vertientes: “(...) *primero la de identificar cuál sea el interés superior del niño, y segundo resolver o adoptar las*

⁶² BERNAL CRESPO, Julia. 2013. Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. Revista Estudios Constitucionales 11(1): p. 606.

*medidas atendiendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma, privilegiada*⁶³.

Otros civilistas estrecharon el lazo entre el principio de interés superior del niño con los derechos y deberes de los padres en el plano interno y en el campo del derecho comparado⁶⁴.

Ahora bien, desde la perspectiva funcional, la doctrina comenzó a reconocer la importancia práctica del principio del interés superior del niño en la adjudicación judicial, declarando la vinculación del juez de familia para con dicho principio, en la medida en que debe tenerlo como especial consideración en la resolución del asunto sometido a su decisión⁶⁵.

Lo anterior abre paso al capítulo segundo de nuestro estudio, donde develaremos la circunstancia particular que envuelve al interés superior del niño, esto es, su categorización como principio jurídico. Esto hace necesario traer a colación

⁶³ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2010. Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y el donante de gametos. *Revista Lus et Praxis* 16(2): p. 64.

⁶⁴ Véase en BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2013. Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 20(1): 21-60. El autor también dedica estudios a la manifestación del principio de interés superior del niño con el derecho a ejercer progresivamente los derechos de la niñez y de la infancia. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2013. La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Lus et Praxis* 19(2): 3-51.

⁶⁵ Véase en SILVA MONTES, Rodrigo. 2009. *Manual de tribunales de familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 24.

consideraciones de orden teórico que son útiles cuando hablamos del interés superior del niño como criterio de adjudicación.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Ideas Preliminares.

Hemos tratado de dar cuenta de cómo ha sido el desarrollo histórico del principio del interés superior de niño y su paulatina recepción en convenciones internacionales y sistemas jurídicos nacionales. Lo anterior, a nuestro modo de ver, es una materialización de un cambio de paradigma respecto de la consideración jurídica del menor, que transitan desde la doctrina de la situación irregular a una de protección integral, conceptualizándose al niño y adolescente como sujeto portador de derechos de manera plena.

Sin perjuicio de lo anterior, e independientemente de la manera en que formalmente se ha recepcionado el principio del interés superior del niño en los sistemas jurídicos, nos parece clave el hacernos cargo de cómo opera este principio en relación a la estructura propia a la que responde, es decir, y estableciendo una caracterización en el sentido planteado por Dworkin⁶⁶, como el interés superior del niño, en su calidad de principio, opera en un sistema definido por la existencia de diversos enunciados normativos como reglas y principios, y

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A.

como esto impone, en la eventualidad de la resolución de un conflicto, un diverso tratamiento dependiendo de los intereses en juego⁶⁷.

Es en esta dirección que el presente capítulo abordará el interés superior del niño, mostrando como éste, atendiendo su conceptualización como principio, se ubica dentro de la dinámica normativa y como, en consecuencia, interactúa con los demás enunciados normativos que entran en juego en caso de conflicto de relevancia jurídica.

2. El rol de los principios en la resolución de conflictos.

2.1. Los principios en el sistema jurídico.

En la evolución que ha tenido la teoría general del derecho, uno de los aportes más importantes que se han llevado a cabo para que ésta dé cuenta de manera más cabal de su propia fenomenología, es el que ha hecho sobre este respecto Ronald Dworkin en sus trabajos académicos, en los cuales se entregan nuevas categorías conceptuales que sofistican el análisis normativo y que, sobre

⁶⁷ En este capítulo se utilizarán frecuentemente los conceptos de normas, principios y reglas. A modo de precisar el lenguaje a utilizar en este capítulo, el vocablo **norma** se utilizará como concepto genérico que incluye a reglas y principios, caracterizándose por contener un enunciado que manda prohíbe o permite, es decir, que establece derechos y obligaciones. Los conceptos de reglas y principios, como especies dentro del vocablo norma, se diferenciarán de acuerdo a los planteamientos que se desarrollen en este capítulo. En este sentido véase DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A, p. 72; ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 81.

todo para un trabajo que se ocupa de un tema como el presente, revisten de fundamental importancia para la clarificación y eventual solución del problema que insinúan⁶⁸.

Dworkin, tomando como punto de partida la versión que considera más elocuente del positivismo jurídico, sostiene que ésta no puede dar respuesta en su sistemática a los problemas jurisprudenciales cuando se presentan en los llamados casos difíciles (*hard cases*), toda vez que en estos, el juez, al encontrarse ante un caso en los que no existe una regla jurídica aplicable o una en que el estándar formal de solución no cubre un vacío de regulación y, por consiguiente, al decidir sobre el asunto controvertido en este contexto de anomia o incertidumbre, se transforma, en los hechos, en un creador de una regla jurídica que previamente no existía, importando una contradicción con las conceptualizaciones democrática-constitucionales que tiene éste y de contravenir el rol que con recelo el positivismo jurídico ha sostenido que el juez se debe atener, esto es, a la mera aplicación de las normas jurídicas⁶⁹.

Desde la formulación que hace John Austin⁷⁰ hasta los aportes realizados por H.L.A Hart⁷¹, el positivismo sostiene que en la arquitectura de un sistema jurídico intervienen un conjunto de normas que comparten una naturaleza en

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Op.cit.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Op.cit p. 82

⁷⁰ AUSTIN, John. 1832. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge Texts in the History of the Political Thought.

⁷¹ HART, H.L.A. 1963. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

particular – distintas de las reglas morales o religiosas por ejemplo- que las hacen propiamente jurídicas, es decir, prescriptivas de conductas que aparecen como obligatorias a los sujetos de un determinado cuerpo social por la sola naturaleza de su enunciado, sin depender, como se consideraba antiguamente, del respaldo de la coerción para que ésta fuera tenida como obligatoria, es decir, el solo mandato aparece como razón suficiente para su cumplimiento.

Así, se dibuja un panorama jurídico, según la versión positivista de Hart, en la que el derecho parece como un conjunto de reglas especiales con las cuales los cuerpos sociales determinan que conductas son prohibidas y castigadas con la coerción pública. Sin embargo, e introduciendo una diferencia con Austin, Hart sostiene que dentro del conjunto normativo es posible identificar dos tipos de reglas, por un lado, las que se ocupan de establecer derechos y obligaciones para los sujetos, y por el otro lado, las que se ocupan de estipular cómo y por quienes se pueden crear, modificar, reconocer o extinguir estas normas que establecen derechos y obligaciones. Las primeras se denominan reglas primarias y las segundas reglas secundarias. Es mediante el uso de las reglas secundarias –por ejemplo las normas que establecen la actividad legislativa o la formación de los contratos-, es que los ciudadanos y oficiales de la jurisdicción identifican cuales son las normas que deben observar y aplicar⁷².

⁷² HART, H.L.A. Op.cit p. 99

La caracterización que aparece de un sistema jurídico compuesta por normas primarias y secundarias aparece como relativamente sencillo en su estructura. La relación entre este tipo de normas es clara e inmediata. Las normas secundarias establecen criterios de validez para que las normas primarias se tengan por obligatorias en una comunidad jurídica determinada. Lo anterior, conlleva que, en un sistema jerarquizado de normas –propio de la lógica de sistemas- se construya una cadena de legitimación y validación de lo que se tiene por norma jurídica que culmina en la llamada regla de reconocimiento, norma secundaria cúlmine en la que descansa la legitimidad del conjunto normativo y que se establece por ser una norma social cuya aceptación se da por una práctica indiscutida y efectiva por la comunidad⁷³. Así, cualquier persona tiene a su disposición un criterio accesible para saber cuáles son las reglas que establecen derechos y obligaciones y que debe observar y respetar.

Ahora bien, dentro de esta teoría, en materia de adjudicación el juez se encuentra ante enunciados jurídicos que por el hecho de ser concretos y precisos actúan de manera disyuntiva entre sí, donde, en caso de controversia, la solución apegada a derecho sería la aplicación de la regla que de manera más exacta se ajustara a los hechos materia del caso en análisis, previniendo, por ende, la aplicación de cualquier otra regla en éste. En este sentido, en el contexto de la certeza lingüística de los enunciados de autoridad, la deliberación es relativamente sencilla, siendo el reconocimiento de un derecho u obligación una actividad que se

⁷³ HART, H.L.A. Op.cit p. 117

esencializa en el redescubrimiento que realizaría el juez de los derechos y obligaciones en juego previamente establecidos en las normas jurídicas pertinentes⁷⁴. Tómese por ejemplo las normas que regulan la manifestación de la voluntad en los contratos solemnes, o las que regulan los trámites constitucionales de formación de la ley, todos ellas son aplicables a los hechos que ellas describen y la función del juez se limitaría a realizar un silogismo para obtener el resultado lógico-formal pertinente.

En este punto es que Dworkin se pregunta⁷⁵: Si nos encontramos en un contexto normativo unidimensional en el que sólo existen reglas que se relacionan de manera jerarquizada, en los casos en que el criterio de adjudicación no existe o no puede esclarecerse en los términos propios de una norma jurídica en el ejercicio de la función jurisdiccional, ¿qué es lo que esencialmente realiza el juez al fallar en estos casos? Si en los sistemas legales existe una obligación de resolver un conflicto de relevancia jurídica sin excusarse en la falta de una regla legal disponible, ¿cómo debe operar la adjudicación de derechos y obligaciones? Hart responde esta pregunta sosteniendo que pese a la falta de una norma que expresamente regula los hechos de la controversia, o enfrentado a la realidad de que las reglas son de una textura lingüísticamente abierta que conllevan implícitamente esta situación de incertidumbre, y ante la imposibilidad de soslayar

⁷⁴ Esto corresponde al presupuesto de la teoría de la discreción en su sentido fuerte, en los casos en que no existe ambigüedad semántica en una regla o un criterio de solución claro, el ejercicio adjudicatorio se resuelve de manera silogística. Sobre este punto véase DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A. p. 65.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Op. cit p. 83.

el ejercicio adjudicatorio, el juez debe ejercer su discrecionalidad en su sentido más fuerte, es decir, valerse de su propio criterio para decidir sobre el caso, toda vez que se ve imposibilitado de recurrir alguna razón que no sea estrictamente una regla en los términos que plantea las reglas de reconocimiento del sistema jurídico⁷⁶. En los hechos, el juez muta su función - en la versión de Hart del positivismo jurídico- en la de un legislador respecto del caso particular que se somete a su conocimiento y en el que existe una laguna legal, normando retroactivamente y de manera extra-jurídica un hecho de relevancia social controvertido⁷⁷.

Para Dworkin, lo recientemente expuesto no sería aceptable, una teoría de la adjudicación realmente comprometida con los derechos políticos de los individuos, así como las exigencias que impone las configuraciones políticas de las sociedades modernas, no puede ser compatible con una que considera que el juez ejerce la discrecionalidad en un sentido fuerte en los casos difíciles y, por ende, en los hechos legisla una situación puesta a su conocimiento. Según Dworkin, existe como condición necesaria de un litigio la presunción de que una

⁷⁶ HART, H.L.A. Op.cit p. 168-169.

⁷⁷ Esta discrecionalidad se caracteriza como fuerte (en el sentido planteado por Dworkin) en razón que abandona criterios de solución que pertenezcan a la esfera jurídica (estándares normativos de reglas o principios), siendo, en ningún caso, el vocablo discrecionalidad uno que exprese la adopción de una decisión acorde a los meros deseos o caprichos del sujeto que debe resolver el conflicto. Para Hart, la discreción se ubica en un lugar intermedio entre decisiones dictadas por mero capricho y las realizadas a la luz de métodos claros para alcanzar objetivos igualmente claros, es decir, decisiones susceptibles de crítica y cuyo proceso deliberativo puede ser reproducido racionalmente por un agente externo al que adjudica en el caso particular. En el ejercicio discrecional de Hart, operan diversos tipos de justificaciones para la decisión en concreto, del orden de cómo se tomaron todos los factores en juegos para arribar a dicha solución (*justification*), como la de exponer los resultados favorables o adversos para la evaluación pertinente (*vindication*). Véase HART, H.L.A. 2013. Discretion. The Harvard Law Review Vol.127.652.

de las partes tiene un derecho a ganar la controversia, y que dicha afirmación se basa necesariamente en la preexistencia de una prerrogativa que se relaciona de manera específica con el litigio. Es decir, el juez, en concreto, no regula una situación post-facto o actúa en diputación del poder legislativo, sino que, al contrario, no existiendo una regla jurídica directamente aplicable al caso, es mediante la ponderación de los principios del sistema jurídico que intervienen en la controversia, que éste puede esclarecer cuales son los derechos y obligaciones que tienen las partes y quien en definitiva, desde un punto de vista de la argumentación jurídica, se impone en sus pretensiones⁷⁸.

Los principios aparecerían como parámetros de decisión que son propios de una postura concreta en materia de teoría política, en tanto defiende la función del juez como un funcionario público abocado a la aplicación del derecho y no a su creación; como una postura en relación a una teoría de la discrecionalidad judicial que se define en un sentido débil en contraposición a los sostenido por Hart, es decir, una que considera que el juez al enfrentarse a los casos difíciles o límites donde el parámetro de solución no se encuentra claro, o por lo menos no aparece del examen de reglas en el sentido contenido en las reglas de reconocimiento, su discrecionalidad implica la utilización de un discernimiento que se circunscribe

⁷⁸ En este sentido las diferencias expuestas entre Hart y Dworkin pueden ser reconducidas a las preguntas que cada teoría busca responder de manera satisfactoria. En el caso de Hart, la búsqueda supone entender qué es el Derecho, en el caso de Dworkin, este trata de dar cuenta de cómo efectivamente opera el Derecho, y como de ésta observación nos vemos forzados a aceptar ciertas características del éste que necesariamente deben estar contenidas en su concepto.

dentro de parámetros establecidos por la autoridad que vinculan su decisión y que en ningún caso hacen que el acto adjudicatorio sea uno extra-jurídico o arbitrario.

Es así como Dworkin puede sostener que existe otro nivel de *ratio* que es constitutiva del concepto de derecho, y que hace que este se transforme en uno que se caracteriza como una convivencia entre un conjunto de reglas –en el sentido clásico que nos aporta la regla de reconocimiento- y principios, estos últimos como mandatos que también influyen en la determinación de los derechos y obligaciones que se establecen en el ordenamiento, y que responden a una naturaleza que no tiene cabida en una formulación meramente positivista del derecho⁷⁹.

Teniendo en cuenta el panorama descrito por Dworkin, y ahora, relacionándolo con las características propias que son constitutivas del interés superior del niño y que han sido consignadas en la primera parte de este trabajo, siendo, fundamentalmente su consideración como concepto jurídico abierto que somete su operatividad a las circunstancias que determinan el grado de posibilidad de su realización, aparece claro, que principio del interés superior del niño se enmarca en este tipo especial de normas, las cuales no se agotan en el concepto de regla de reconocimiento, sino que su eficacia y validez opera bajo una naturaleza distinta a la de las reglas del sistema jurídico, y cuya importancia,

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A. pp. 150-152.

sobre todo en el ámbito adjudicatorio, sirve para establecer de manera adecuada los derechos y obligaciones en juego.

2.2. Diferencias entre reglas y principios.

Hemos establecido que, para una descripción acabada de la fenomenología de un sistema jurídico, es necesario reconocer que dentro de éste intervienen otro tipo de enunciados normativos que son distintos a la formulación de norma que tradicionalmente la ciencia jurídica ha tenido como objeto de estudio y elemento fundacional de la teoría legal, esto, siendo especialmente cierto en el caso de positivismo jurídico. Si en los hechos identificamos que nuestro ordenamiento reconoce como principios diversos mandatos –ya sea en materias constitucionales o para efectos meramente exegéticos-, y que día a día los tribunales de justicia basan sus decisiones, sobre todo en los casos difíciles, en criterios no sancionados explícitamente mediante la legislación o manifestaciones de voluntad de los particulares, es menester reconocer que los conceptos de regla de reconocimiento, así como una teoría de la argumentación jurídica basada en una discrecionalidad fuerte en caso de falta de estándar resolutivo, son insuficientes en su capacidad explicativa, debiéndose avanzar en formulaciones que den cuenta de mejor manera esta realidad jurídica. Es esto a lo que Dworkin apunta cuando acusa insuficiencia por parte del positivismo para dar cuenta de la realidad jurídica a la que se enfrentan diariamente los tribunales encargados de dispensar justicia, los cuales, sobre todos en los casos difíciles, echan mano de estándares de

adjudicación que no tienen cabida en una lectura positivista clásica de los sistemas legales⁸⁰. Lo anterior, esto es, establecer una descripción fenomenológicamente más completa de los sistemas jurídicos, se realiza de manera plena una vez que introducimos a los principios como elementos fundamentales en la ecuación jurídica de enunciados.

Así, establecida la existencia de los principios tanto por su utilización práctica como realidad constitutiva de los sistemas jurídicos, el siguiente paso es identificar cuáles son las diferencias entre una regla y un principio, y, cómo, al adoptar un criterio que logre captar sus diferencias, se puede observar con mayor precisión una dinámica entre éstos que sirva de guía para la actividad adjudicatoria y la argumentación jurídica en general y determina, en concreto para este trabajo, la comprensión que tenemos del interés superior del niño.

En este punto seguiremos principalmente la argumentación de Dworkin en relación a las ideas ya desarrolladas así como los aportes realizados por Robert Alexy en este mismo sentido⁸¹.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A. pp. 72-80.

⁸¹ ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

2.3 Criterios de diferenciación entre reglas y principios:

Las posturas⁸² que existen para diferenciar reglas y principios discurren entre sostener una completa distinción lógica entre estos enunciados o el afirmar que solo existe una diferencia de grado o énfasis entre los dos. Es decir, la doctrina ha elaborado un criterio cualitativo como uno cuantitativo para entender la coexistencia de razones jurídicas que aparecen como distintas pero interrelacionadas –patentemente en la adjudicación- y que entran en juego en un sistema que teleológicamente tiende a la regulación de las relaciones sociales y la solución de las controversias.

A este respecto, de manera sumaria podemos exponer las principales posiciones:

- a) **Teoría cuantitativa:** Esta posición sostiene que las reglas y principios no tienen una naturaleza jurídica diferente, sino que la diferencia entre estas normas sería de grado en la determinación de los supuestos de aplicación de éstas, por tanto, a mayor generalidad de una norma nos encontraríamos con un principio, así como, en caso contrario, a mayor especificidad en sus proposiciones nos encontraríamos con una regla. Este criterio toma la

⁸² A este respecto véase PRIETO SANCHÍS, Luis. 1997. "La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas". Madrid. en Lecciones de Teoría del Derecho. A.A.V.V. Mc Graw Hill / Interamericana de España., ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. 1996. Las piezas del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A

distinción de las reglas y principios como una cuestión que no podría establecerse a priori, sino que sólo en la aplicación de una norma en concreto, en razón del grado de generalidad en su enunciación.⁸³

- b) **Teoría cualitativa:** Ésta afirma que las reglas y principios responden a una naturaleza jurídica distinta, y que, analíticamente, la imperatividad de éstos-ambos son normas, y por ende obligatorio - se desenvuelve de distinta manera en el sistema jurídico. En este punto, y reconociendo siempre la categoría normativa distinta que reglas y principios tienen, se pueden efectuar matices en razón del criterio para sostener esta diferencia⁸⁴.

En primer lugar, Dworkin sostiene que la diferencia fundamental entre las reglas y los principios es que en su desempeño inter-normativo pueden operar en una dinámica del “todo o nada” o hacerlo de manera totalmente distinta, estableciéndose una decisión particular en torno a una obligación jurídica como una cuestión de aplicación disyuntiva en el caso de las reglas, o de ponderación del peso o importancia en el caso de los principios⁸⁵.

⁸³ En este sentido, véase PRIETO SANCHÍS, Luis. 1998. Ley, principios, derechos. Madrid, Editorial Dykinson., p. 61

⁸⁴ ALEXY, Robert. 2001. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353> pp. 140-141.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A. pp. 74- 80.

Así, los enunciados de las reglas se jerarquizan de tal manera que en caso de conflicto entre ellas el sistema asegura, mediante la disyuntividad de las reglas en su aplicación, la prevalencia total de una regla por sobre la que la contradice en su enunciado, estableciéndose la unidad del sistema en torno a la supremacía de un criterio en casos de adjudicación por reglas. En el caso de los principios, estos aparecen como una razón que opera en cierto sentido pero que no aseguran en ningún caso un resultado en particular en el ámbito adjudicatorio, es decir, que los funcionarios de la administración de justicia deben tener a la vista el principio como criterio de validación de una toma de decisión con ocasión de una colisión en razón del peso o importancia que tiene el principio en los hechos que son materia de conocimiento. Para Dworkin, el criterio para establecer la diferencia entre las reglas y los principios radica en identificar si una norma tiene o no una dimensión en particular, siendo ésta un principio si se verifica en su aplicación una ponderación de su importancia o peso específico; en caso contrario, y si su aplicación solamente responde a la determinar cuál es la norma que mejor se subsume a los hechos -y por tanto válida-, excluyendo de manera absoluta a las demás -que por ende son inválidas-, nos encontramos frente a una regla.

Introduciendo un matiz en la tesis cualitativa, Robert Alexy sostiene en su teoría de los derechos fundamentales⁸⁶, que la distinción lógica entre las reglas y los principios radica en que por una parte las reglas son normas que exigen un realizamiento pleno y que solo pueden ser cumplidas o incumplidas en ese

⁸⁶ ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. p. 83.

respecto. En cambio, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la medida de lo posible, y, por ende, toman la forma de mandatos de optimización. Las reglas, en caso de ser pertinente su aplicación, serían razones definitivas en la adjudicación que establecen un deber de manera directa, en cambio, los principios serían considerados como razones *prima facie* en las que su precedencia respecto a otros principios solo se establecería una vez consideradas las condiciones de aplicación. Si uno quisiera explicar el porqué de la pertinencia o idoneidad explicativa del criterio descrito, uno tendría que describir la relación propositiva de cada enunciado normativo, regla o principio, con las condiciones de realización de éstos y la determinación que poseen estas condiciones, es decir, cómo la distinta naturaleza de las condiciones de realización de los enunciados que derivan de reglas y principios determinan la forma en que éstos se relacionan en el sistema jurídico. Si analizamos las reglas, éstas contienen determinación en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible, en el caso de verificarse ambas, la regla es válida y por tanto su cumplimiento debe ser pleno, excluyendo cualquier intento de gradualidad en su aplicación. En el caso de los principios, sus posibilidades de cumplimiento fácticas y jurídicas se determinan teniendo como contradictores a otras reglas o principios que pueden ser igual o más atendibles que el primer principio que se tuvo a vista, lo que hace que su cumplimiento deba realizarse en términos de escala de realización o gradualidad, ejercicio que por lo tanto no declarará como inválidos a otras reglas o principios en juego, sino que los hace retroceder en razón de una ponderación y equilibrio de las razones pertinentes para la decisión⁸⁷.

⁸⁷ A este respecto, véase ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid,

En nuestra opinión, la posición correcta para abordar los desafíos que conlleva el afirmar la existencia de un sistema jurídico con una diversidad normativa dada por la existencia de reglas y principios, es la que aborda su diferenciación como uno de índole cualitativo, es decir, uno que se puede establecer *a priori* y de manera analítica. Si solamente atendemos a la mayor o menor determinación lingüística de un mandato para establecer la distinción, es decir, nos atenemos a una valoración cuantitativa, nos es imposible dar cuenta de manera adecuada del funcionamiento de reglas y principios en caso de colisión. En efecto, el saber la mayor generalidad o no de una norma, no nos entrega información adicional de cómo en abstracto ésta interactúa con una regla o principio, es solo un análisis de la proposición del mandato con las condiciones fácticas y jurídicas implícitas en su cumplimiento en términos del grado de especificación de éstas. Si queremos saber cómo reglas y principios se relacionan en caso de colisión, necesariamente debemos adoptar un enfoque cualitativo que nos señale, en atención a la distinta naturaleza jurídica de estas normas, las interacciones particulares de cada categoría.

Así, adoptando un enfoque cualitativo para establecer un criterio para diferenciar a las reglas de los principios como para determinar de manera eficiente las interacciones en caso de colisión entre reglas y principios, debemos tener en

cuenta todos estos insumos doctrinarios para contextualizar y sopesar la realidad jurídica del principio del interés superior del niño. Si aceptamos que éste es un principio, ¿es verdaderamente problemático que sea un concepto jurídico indeterminado o esto es propio de categorización como principio? O, si nos atenemos a la redacción del artículo 3° de la convención de los derechos del niño, ¿qué efecto le otorgamos a la primordialidad que ahí se dispone del interés superior del niño? ¿Es ésta perentoria y se configura como una posibilidad de excepcionar a otras normas o aún se deber ponderar el peso específico del principio? En el siguiente apartado abordaremos estas cuestiones.

3. El principio de interés superior del niño como cláusula de consideración primordial.

Se ha señalado que el principio del interés superior del niño es uno de concepto jurídico indeterminado y que sus alcances reales se perciben en concreto y teniendo a la vista todos los intereses en juego. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina⁸⁸ ha arribado al consenso que sobre el principio en comento es posible sostener que éste tiene como eje la mayor realización espiritual como material de los menores y la protección y aseguramiento de todos sus derechos fundamentales en concordancia con la evolución de las facultades. Si los objetivos perseguidos por el interés superior del niño son claros, la indeterminación de su

⁸⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 2007. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Santiago de Chile. Justicia y Derechos del Niño, núm 9.

concepto no puede ser una de orden teleológica, toda vez que, siguiendo a Cillero Bruñol⁸⁹, el interés supone la satisfacción de todos los derechos del niño contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y, por ende, la indeterminación debe buscarse en otra área de su desempeño. La indeterminación que se le imputa es una que no está relacionada con los derechos y obligaciones que de manera general el principio busca establecer como criterio de resolución, sino que, más bien, con la estructura propia de éste como una norma que opera como un principio, esto es, como criterio de precedencia en concreto en el ejercicio adjudicatorio⁹⁰. Esto quiere decir, en relación con las ideas que hemos venido desarrollando, que las consecuencias jurídicas de la aplicación del interés superior del niño sólo pueden ser determinadas una vez analizado el peso específico que tiene éste en relación a las condiciones fácticas y jurídicas que se encuentran en juego, radicando el problema del debido ejercicio discrecional en su aplicación por tribunales, en sede de una teoría de argumentación jurídica que tenga en su núcleo una consideración a las reglas y principios como normas que difieren en su desempeño normativo y que toman a los principios como mandatos de optimización.

Así las cosas, la dilucidación del problema adjudicatorio en general, y la aplicación del principio del interés superior del niño en particular, es uno que debe tratarse a la luz de la consideración de que las normas pueden consistir en reglas

⁸⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 2007. Op.cit. Pp. 125-141

⁹⁰ ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. p. 91

y principios, y ya que la naturaleza jurídica de éstos son distintos, la utilización de éstos como criterios de adjudicación varía en atención a dicha diferencia. Así, por ejemplo, el considerar al interés superior del niño como una regla, y por ende, que en su aplicación en materias de familia se relacione de manera disyuntiva con otras normas en juego, desplaza del ejercicio adjudicatorio la ponderación de su peso específico en relación a las circunstancias jurídicas y fácticas que se ventilan, poniendo en riesgo otras reglas y principios de igual o mayor importancia en consideración del sistema legal como un todo, como por de pronto, reglas ligadas al principio del debido proceso. Sobre este punto volveremos en el siguiente capítulo.

Lo que nos queda realizar, una vez tratado el marco teórico que nos sirve de análisis, es el tratamiento específico del principio del interés superior del niño en razón de su formulación, es decir, tomando en cuenta la propiedad que se le imputa como cláusula de primordialidad en su aplicación.

Como ya hemos mencionado, la convención de los derechos del niño establece en su artículo tercero inciso primero que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de niño”*.

El comité de los Derechos del Niño, como órgano de expertos independientes encargados de supervisar la aplicación e interpretar las cláusulas de la convención, realiza observaciones de cuestiones temáticas sobre la materia. A este respecto, nos es especialmente útil el traer a colación la observación general número 14 “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, en la cual se trata de resolver las dificultades aparejadas a la determinación conceptual del principio⁹¹.

Uno de los aspectos más relevantes que se señalan en la observación del Comité, es sobre la triple funcionalidad que tiene el interés superior del niño, siendo estas funcionalidades, que las transcribimos a continuación:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1,

⁹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N°14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013.

establece una obligación intrínseca para los Estados, de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y que puede invocarse ante tribunales.

- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos Facultativos establecen el marco interpretativo.

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

Vale la pena detenerse sobre estas observaciones y contemplarlas a la luz de las características que detentan los principios en una teoría de la argumentación jurídica.

Que se señale en primer lugar que en su calidad de derecho sustantivo actúe como una consideración para establecer un juicio de deber en una situación controvertida, nos remite, en tanto su calificación como consideración, a la función propia que encontramos en los principios, esto es, como razones *prima facie* que operan en cierto sentido al establecer obligaciones que son dependientes de sus posibilidades de realización tanto jurídicas como fácticas. Sobre esto, en tanto la observación se refiere al interés superior de niño como consideración dentro de la toma de decisión, y por ende ponderable, sigue la teoría de los principios fielmente.

Lo mismo se puede decir de su función como principio jurídico interpretativo fundamental o como norma de procedimiento; el interés superior del niño, en su determinación puede dar lugar a reglas –que nacen de la precedencia de éste a otros intereses- que pueden afectar a otras reglas atinentes, ya sea en la interpretación de éstas, como en las normas que substancian un proceso de tutela del menor.

Ahora bien, la observación realizada por el Comité, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, califica al interés superior del niño como una consideración primordial, lo cual obliga a plantear dicho principio dentro de un contexto que admite, al menos, un grado de jerarquización de los mandatos en juego. A este respecto, podemos considerar el principio de distintas maneras:

- a) Como un principio absoluto: Si lo consideramos como un principio absoluto – como frecuentemente se considera al principio de la dignidad de la persona- estaríamos frente a un mandato que siempre precede a otro en caso de conflicto y que derrota la idea de ponderación en caso de colisión. Siguiendo a Robert Alexy en este punto⁹², la idea de principios absolutos no es conciliable con la de otros derechos individuales estatuidos por otros principios, debido a que la falta de límite jurídico en su aplicación versus otros principios en colisión no es coherente con la determinación propia de estos mandatos que sólo se realiza en la ponderación, y destruye la posibilidad de aplicación de los demás principios de manera absoluta. Por ejemplo, en el caso del principio de la dignidad de la persona, éste se considera absoluto cuando se pregunta sobre si éste ha sido violado o no, no en relación si este precede absolutamente a otras normas, donde si eventualmente podría verse limitado –tómese en cuenta el caso de escuchas telefónicas aprobadas judicialmente- por lo que la pregunta no es

⁹² ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. pp. 105-109.

formulada en la dimensión de colisión de principios, sino que se pregunta sobre la vigencia de la dignidad de la persona en el sistema en su faceta como regla, y por tanto, transformándose la respuesta al dilema presentado en uno radicado en la dimensión del conflicto reglas, es decir, en un problema de validez normativa del orden de “todo o nada”. Esto, hace concluir que la cláusula de consideración primordial no puede transformar al principio del interés superior del niño en uno de precedencia absoluta, sino que debe operar en otro sentido.

- b) Como una regla en su aplicación: Si a la proposición del principio del interés superior del niño se le agrega el elemento de primordialidad en su aplicación, algunos podrían sostener, replicando el efecto producido en el punto de arriba sobre los principios absolutos, que el establecimiento de los derechos y obligaciones que de éste emanan se aplican por sobre cualquier interés en juego y con prioridad a estos si es que el interés superior del niño aparece como pertinente en la resolución del conflicto. Esta solución no es aceptable, toda vez que agrava el problema de indeterminación de este criterio de resolución e invita al ejercicio adjudicatorio la inseguridad jurídica, no sujetando la aplicación del principio a controles racionales de decisión judicial, sino que, a la mera invalidación de cualquier otro criterio de solución invocado, y, por tanto, deformando la naturaleza jurídica del interés superior del niño.

c) Como un principio favorecido con una carga de argumentación: Alexy sostiene que se puede reforzar el carácter *prima facie* de los principios introduciendo una carga argumentativa a su favor⁹³. Se pueden configurar relaciones de precedencia generales –no invencibles- que de manera preliminar decidan el establecimiento de derechos y obligaciones en el sentido enunciado por el principio favorecido. En este caso, la consideración de primordialidad puede ser entendida en este sentido, como una razón argumentativamente potente sobre la pertinencia y observancia que deben tener los derechos del menor en una colisión de principios en los que éstos se ventilan.

En nuestra opinión, es aquí donde radica la problemática en torno a la aplicación del interés superior del niño por parte de los tribunales, toda vez, que como veremos más adelante, el sentenciador ha tomado esta primordialidad en su consideración como un elemento que deforma la naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño, transformando la cuestión de su aplicación no en una de ponderación de principios en la adjudicación de derechos y obligaciones, sino como un conflicto de reglas en el que se ventila la validez/invalidéz de éstos en la decisión judicial. No creemos que este proceso es hecho de manera consciente y con apego a una teoría de la argumentación jurídica y de los principios, sino que la falta de observancia de éstas en la actividad adjudicatoria traen las consecuencias deformatorias de la naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño.

⁹³ ALEXY, Robert. Op. cit. pp. 98-101.

Creemos que sostener que este principio es una consideración primordial, debe tomarse como un elemento a favor de la carga ponderativa de éste, en el sentido de una carga argumentativa favorable a su aplicación, pudiendo, a lo más, establecerse condiciones de precedencia generales del interés superior del niño sobre otras reglas o principios, pero, aun así, no soslayando algo propio a su determinación, que es el ejercicio de la ponderación en circunstancias de colisión. Sobre este punto volveremos en un análisis más detallado sobre los razonamientos de los tribunales sobre la aplicación del principio en nuestro sistema jurídico.

A modo de ejemplo sobre lo que estimados un adecuado tratamiento en abstracto de los principios en materia de aplicación del interés superior del niño, nos remitimos a lo sostenido por la Corte Suprema “... *en todo caso, la primacía del interés superior del niño en el ámbito de la **solución de los conflictos no puede desconocer los derechos de quienes, ejercitándolos, intentan hacer valer aquellos que emanan de su vinculación con los mismos, pues de primar el criterio sustentado en el recurso, la condición de bienestar actual de un menor en relación con su entorno importaría que, por aplicación de éste, se negaría el acceso a obtener el reconocimiento de otros, lo cual se contrapone a principios constitucionales que ilustran el sistema y que se encuentran en pie de igualdad, ya que la finalidad del mismo, es rescatar, en el análisis, el bienestar general tanto presente como futuro y que tal como lo recoge el artículo 222 del Código Civil, buscando en su primer aspecto, la mayor***

*realización espiritual y material del niño, que no se advierte pueda verse afectada en el hecho del reconocimiento de la existencia de su padre biológico, atento, además, a las vinculaciones que la propia madre del menor estableció entre padre e hijo*⁹⁴

En la sentencia se reconoce la relativa igualdad en abstracto que detentan los principios, lo que obliga a que la decisión judicial tome en cuenta los intereses en juego y considere el peso relativo de cada uno de ellos en orden a arribar a un establecimiento de deber jurídico concordante con los derechos que el sistema jurídico asegura a las partes. Esta postura es coherente con una teoría de los principios que detenta en su núcleo el ejercicio ponderatorio como método único de realización y determinación de las normas que se identifican como principios jurídicos.

⁹⁴ Muñoz Méndez con Enest Webb y otros (2006): Corte Suprema de Chile sentencia ROL N° 6553-2005, de fecha 2 de noviembre de 2006, considerando noveno.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS JURISPRIDENCIAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. Ideas Preliminares.

En el capítulo anterior se sentaron las bases conceptuales que configuran al interés superior del niño como un tipo especial de enunciado normativo que se caracteriza por ser un mandato de optimización, esto es, como un principio de los sistemas jurídicos que tanto analíticamente como funcionalmente se diferencia de los enunciados que identificamos como reglas, las cuales, se caracterizan por tener una aplicación binaria, es decir, una dinámica del “todo o nada” y que mandan prohíben o permiten una conducta de manera total.

A través de los aportes realizados por la doctrina, siendo los principales insumos los entregados por Dworkin y Alexy⁹⁵, intentamos delinear conceptualmente las implicancias de considerar al interés superior del niño un principio, y como éste, en materia de teoría de la argumentación jurídica, se ve ligado al ejercicio ponderativo para necesariamente establecer su contenido en razón de su aplicación.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A; ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales

Si lo anterior es cierto, aparece como insoslayable un análisis jurisprudencial del principio del interés superior del niño para establecer su real peso y debido tratamiento en el sistema legal nacional, toda vez que si sostenemos que la realización de este principio se produce solo bajo el ejercicio ponderativo, es en la explicitación del conflicto del interés superior del niño con otras reglas y principios de nuestro ordenamiento que podremos apreciar de manera correcta la funcionalidad que en concreto éste despliega.

Ahora bien, y antes de pasar al análisis concreto del tratamiento que ha tenido el principio de interés superior del niño en la jurisprudencia, es necesario establecer a que nos referimos exactamente cuando hablamos de “ponderación de principios”. En efecto, si la teoría de los principios tiene un vínculo directo con una teoría de la discrecionalidad en su sentido débil –en la cual el juez no ejerce la adjudicación en base a criterios extrajurídicos-, la ponderación no puede ser una mera exposición de razones sujetas al capricho del juez que falla, sino que necesariamente debe corresponderse con un modelo de resolución de conflictos que esté sujeto tanto a una racionalidad discursiva como jurídica (bajo el supuesto de ser una categoría especial de discurso práctico general). Si lo que se quiere es salvaguardar la racionalidad de la resolución de conflictos en un sistema jurídico integrado por reglas y principios, es necesario proveer de un modelo de conciliación de éstos que opera con máximas generales y que tienda a la corrección de sus resultados.

A continuación, y en razón de lo recientemente expuesto, pasaremos a explicar el modelo de ponderación de Robert Alexy⁹⁶, que nos servirá como marco de análisis para establecer el desempeño jurídico que en particular despliega el interés superior del niño en nuestro sistema legal.

2. Modelo de ponderación de Robert Alexy.

La teoría de los principios supone a éstos ligados a la máxima de proporcionalidad en la medida que analíticamente dichos conceptos se implican el uno al otro como condición de existencia.⁹⁷ Si los principios son definidos como mandatos de optimización, el conectar su apreciación en términos de un óptimo a lo que la máxima de proporcionalidad implica, aparece como una acción insoslayable desde el punto de vista conceptual. Si, por ejemplo, habláramos de un principio en particular, como el derecho al libre tránsito, sabemos que, por el hecho de ser un mandato de optimización, no podemos estar al tanto de su total contenido en abstracto, sino que debiéramos traer al análisis una serie de factores normativos que determinen en concreto su contenido. Si introducimos en el análisis, por ejemplo, la prohibición de transitar por recintos militares generalmente observada en los sistemas jurídicos, el razonamiento que relaciona estas dos

⁹⁶ ALEXY, Robert. 2002. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre

⁹⁷ ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. pp 111-115

normas – el derecho al libre tránsito y la prohibición de transitar por recintos militares- es uno que los confronta y obliga a establecer importancias concretas de las normas en conflicto, constituyendo una relación caracterizada por la existencia de pesos determinados por las circunstancias relevantes. El resultado de la confrontación de estas dos normas en el nivel de los principios lleva a morigerar las consecuencias del derecho a transitar libremente que, a *prima facie*, parecieran absolutas, y, por razones de seguridad nacional, éste cede y retrocede en términos de un óptimo. Lo anterior, que es describir el proceso de la determinación de contenido y aplicación de un principio, necesariamente conlleva ponerlo en contexto de otras normas jurídicas que se aplican en la coyuntura que da contexto al conflicto, es decir, obliga a realizar un razonamiento ponderativo o de peso. Así, aparece claro como una teoría de los principios implica máximas ponderativas o de proporcionalidad que ayuden a determinar en concreto los principios, en el sentido que conceptualmente una y otra son necesarias para su realización.

La máxima de proporcionalidad está compuesta de tres máximas parciales; máxima de la idoneidad, de la necesidad, y de la proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras máximas o subprincipios de la proporcionalidad (idoneidad y necesidad) dicen relación con las posibilidades fácticas en tanto consideramos a los principios como mandatos de realización. El subprincipio de proporcionalidad, que es el postulado de ponderación propiamente tal, dice relación con las posibilidades jurídicas de realización de los principios.

2.1 Máximas de idoneidad y necesidad.

Las máximas de necesidad e idoneidad responden a una optimización de los principios en razón de los elementos fácticos que conforman su realización. Las dos responden a una optimización paretiana de los principios en conflicto, donde lo que se busca es mejorar una posición (principio) sin empeorar la otra, realizando un examen de eficacia sobre una constelación de acciones que tiendan a alcanzar los objetivos planteados por los mandatos de optimización y que en conjunto, permita discernir los cursos de acción que no lesionen la totalidad de principios involucrados, de los que de implementarse los lesionarían⁹⁸.

A modo de ejemplo, Alexy⁹⁹ nos plantea casos donde es posible distinguir la consideración relativa a los elementos fácticos en cuanto medida de realización de los principios.

En el caso de la idoneidad, Alexy menciona el caso de un peluquero al que se le impuso una multa por instalar una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con el permiso para ello. La administración confiere dichos permisos mediante la demostración del solicitante de “conocimientos técnicos profesional

⁹⁸ ALEXY, Robert. 2002. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Consitucional. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. pp 27-31.

⁹⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. pp 27-31.

indispensable”, verificable a través de la prueba de formación comercial, práctica prolongada como comerciante, o la rendición de un examen donde se dé cuenta de estos conocimientos. El peluquero, afectado por la sanción administrativa, recurre a tribunales en busca de impugnar la multa, donde, en instancias superiores, la judicatura se ocupa del examen de constitucionalidad del requisito de probar conocimientos técnico comerciales para la instalación de una máquina de tabaco. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, halla inconstitucional la norma que establece el requisito técnico-comercial en cuanto viola la libertad de oficio y no tiene impacto real en la consecución de los fines del principio que la inspira, esto es, la protección de daños a la salud de los consumidores.¹⁰⁰ En palabras de Alexy:

“Esta argumentación expresa la idea de optimización. Hay dos principios en juego: el de libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad del medio aportado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costos ni para P2 ni para P1, y, en cambio, si se adopta M sí resultan costos para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas”¹⁰¹.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p 27.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p 27.

En el caso de la máxima de necesidad, Alexy expone el caso de una norma emitida por la autoridad que prohibía la comercialización de dulces que, si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos de arroz inflado y, por ende, no cumplieran con los requisitos exigidos para los productos de chocolate. En esta oportunidad, los fines buscados por una norma de estas características es proteger a los consumidores de posibles errores en la compra de este tipo de productos. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, analizando la constitucionalidad de la norma, sostiene que siendo en los hechos ésta una norma idónea en razón de la realización de los fines perseguidos, no es, sin embargo, necesaria como medida para la consecución de dichos fines, toda vez que existiendo otras medidas igualmente idóneas, éstas son menos lesivas en la realización de otros principios.¹⁰²

En efecto, el examen que se realiza bajo la máxima de necesidad es uno que se efectúa con cursos de acción igualmente idóneos para alcanzar los fines perseguidos por el principio que las inspira, exigiendo la elección del medio menos lesivos para el principio afectado en los hechos. En el ejemplo, tenemos dos principios en conflicto, el de la libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección a los consumidores (P2). El medio escogido por la autoridad para intermediar en la colisión expuesta asume la forma de prohibición de comercialización (M2) en contraste a otros medios disponibles e igualmente idóneos como la obligación de marcar y etiquetar los productos (M1). Para P2 es indiferente si optamos por M1 o

¹⁰² ALEXY, Robert. Op. Cit. p 28.

M2, toda vez que ambos cursos de acción son igualmente efectivos en razón de los fines, sin embargo, P1 no es indiferente a esta elección de medios, en razón de que M2 afecta de manera más intensa a éste en sus posibilidades fácticas. La máxima de necesidad impone que se opte por M1, teniendo en cuenta que M2 es sustancialmente más gravosa que la primera, y, por ende, siendo innecesaria como medio para resolver el conflicto de principios en comento.¹⁰³

Como se ha podido observar, tanto la máxima de idoneidad y necesidad se encuentran relacionadas con el ámbito fáctico en las posibilidades de realización de los principios, en donde se adopta una idea de optimización paretiana en orden posibilitar una elección entre los cursos de acción disponibles que satisfaga de manera eficiente los imperativos normativos en juego.

2.2 Máxima de proporcionalidad en sentido estricto.

El tercer subprincipio del sistema de ponderación es el de proporcionalidad en sentido estricto. Éste dice relación con las posibilidades de realización jurídica de los principios. Que en la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se aboque a los elementos jurídicos significa que la optimización a que esta máxima propende es una que se obtiene a través de la consideración de los principios o mandatos de optimización que juegan en sentido contrario.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 29.

La proporcionalidad de los principios nos entrega una pauta para establecer un modelo de fundamentación de solución de colisión de principios que resuelve la contradicción normativa de éstos cuando, una vez agotadas las posibilidades fácticas en las máximas de idoneidad y necesidad, dos principios se afectan jurídicamente en sus elementos propositivos.¹⁰⁴

El subprincipio de proporcionalidad establece una máxima idéntica a la ley de ponderación¹⁰⁵, la que dispone que:

“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.”

En palabras de Alexy; *“La ley de ponderación muestra que la ponderación se divide en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la*

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit. p 31.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. p 161

*satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro*¹⁰⁶.

Esta formulación de la ponderación se hace cargo de la posibilidad de establecer enunciados racionales sobre mandatos de optimización que puedan consistir en juicios sobre la intensidad e importancia de la afectación o satisfacción de los principios involucrados, y que, una vez establecidos estos juicios, éstos se relacionen entre sí a manera arribar a una solución de la contradicción.

La propuesta de Alexy cimienta la posibilidad de categorizar los juicios de intensidad en grados que pueden relacionarse entre sí y que responden a una lógica de niveles valorativos. Una medida puede afectar un principio, o la importancia del principio que juega en contrario, puede ser catalogado como leve (*l*), medio (*m*) o grave (*g*). Esta categorización no es absoluta, en el sentido de ser la única posibilidad analítica que admite la ponderación de principios, sino que aparece como la más conveniente en razón de la simplicidad de los términos utilizados y explicitación de una escala diversas de intensidades a las cuales pueden estar afectos los principios.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. 2002. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. p 32.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. P 37.

Si la posibilidad de categorización triádica (*grave, medio y leve*) de las intensidades es posible, entonces, a su vez, la posibilidad de establecer pesos concretos a los principios dados en un conflicto particular por medio de un sistema relacional también aparece como cierta. Para esta empresa, es necesario asignar valores en las fases que configuran la ley de ponderación, siendo éstos:

- 1) Al grado de intensidad de la intervención en el principio <P1> se le puede denotar como <IP1>. A esto se le debe agregar las circunstancias del caso <C> que son relevantes para arribar a una decisión. Por tanto, esta magnitud quedaría conformada por <IP1C>. Consecuentemente, en razón del valor que le asignamos a ésta en un sistema de niveles de intensidad, se debe asignar un valor el que podrá ser leve (*l*), medio (*m*) o grave (*g*).¹⁰⁸
- 2) La importancia de la satisfacción del otro principio <P2> se puede denotar como <WP2>, lo que, sumada a las circunstancias relevantes del caso, nuestra magnitud quedaría conformada como <WP2C>. A su vez, esta magnitud igualmente deberá asignársele un valor que podrá ser leve (*l*), medio (*m*) o grave (*g*).¹⁰⁹
- 3) El tercer paso consiste en poner en relación las magnitudes que hemos venido desarrollando. Las constelaciones posibles del modelo

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. P 37.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. P 38.

propuesto posibilitan nueve combinaciones entre los principios y los niveles de intensidad de las intervenciones e importancias de protección. Tres combinaciones en las que <IP1C> tiene precedencia sobre <WP2C> (<IP1C> :g/<WP2C> :l; <IP1C> :g/<WP2C> :m; <IP1C> :m/<WP2C> :l); tres combinaciones en las que predomina <WP2C> sobre <IP1C> (<IP1C> :l/<WP2C> :g; <IP1C> :m/<WP2C> :g; <IP1C> :l/<WP2C> :m); y tres empates (<IP1C> :g/<WP2C> :g; <IP1C> :m/<WP2C> :m; <IP1C> :l/<WP2C> :l).¹¹⁰

Estas tres fases denotan las posibilidades en los resultados que puede tener el ejercicio ponderativo si se establece un sistema de magnitudes triádicas.¹¹¹

Todo lo anterior constituye el modelo de ponderación que servirá como estructura de análisis del interés superior del niño en su desempeño normativo concreto, a modo de asegurar su debida apreciación por la judicatura con una teoría de la argumentación jurídica comprometida con un concepto de discrecionalidad que no responde a la arbitrariedad o capricho.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. P 40.

¹¹¹ Si se quiere determinar el peso específico del principio, puede enunciarse una fórmula que exprese tal idea. Tal fórmula se expresa de tal manera:

$$GP_{1,2C} = \frac{IP1C}{WP2C}$$

Esta fórmula permite obtener un cociente que expresa el peso concreto de del principio <P1> bajo las circunstancias <C>, siendo éste preponderante en todos los casos que el cociente sea mayor que 1, y cediendo éste frente a <P2> en el caso de que el cociente se igual a 0 y fracción. En el caso que el cociente sea igual a 1, nos encontramos ante un empate en términos de los pesos específicos resultados de la ponderación.

3. Análisis jurisprudencial del interés superior del niño.

A lo largo del desarrollo de este trabajo se ha venido trazando la posibilidad de una valoración del interés superior del niño que pueda escapar al mero capricho o arbitrariedad en materia de adjudicación de derechos y obligaciones. Incorporar al interés superior del niño dentro de una estructura de análisis jurídico parte por reconocer a éste como un principio normativo de textura abierta e indeterminada, y que, como tal, su apreciación y desempeño difieren de las reglas. Como hemos señalado en los párrafos precedentes, los principios solo pueden sopesarse de manera concreta y precisa con un modelo ponderativo que tensiona las optimizaciones que dichos enunciados ponen en juego en un sistema jurídico determinado. Si lo anterior es cierto, es ineludible para el presente trabajo el detenerse en el análisis concreto de sentencias que ponen de manifiesto las obligaciones y derechos que impone el interés superior del niño en el sistema legal chileno y observar, a través del modelo ponderativo propuesto en el apartado anterior, si la aplicación del principio es coherente con una teoría de la argumentación jurídica comprometida con una discrecionalidad que no obedezca al capricho judicial, sino a criterios objetivos y apreciables discursivamente.

3.1 Vera Urra con Álvarez y Pozo, causa rol número 17034-2013 de fecha 26 de agosto de 2014.

En la causa RIT C-1197-2012, seguida ante el Juzgado de Familia de Talcahuano, doña Ángela Inés Vera Urra dedujo acciones de impugnación y reclamación de paternidad en contra de don Jaime Daniel Álvarez Arce y don Cristián Andrés Pozo Varelio, respectivamente. Las pericias biológicas tomadas a los demandados, descartaron que ambos fueran padres del hijo de la actora en autos.

Con fecha 15 de julio de 2013, durante la audiencia de juicio, doña Ángela Inés Vera Urra, se desistió de las demandas de filiación. El Tribunal a quo, acogió el incidente de desistimiento de las demandas deducido por la actora, con oposición fuera de plazo del demandado de impugnación de paternidad, quien apeló de la referida resolución, y una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por mayoría de votos confirmó la resolución apelada.

El demandado don Jaime Álvarez dedujo recurso de casación en el fondo, recurso que fue acogido por el máximo tribunal de nuestro país por considerar que los jueces al fallar, no observaron las reglas de la sana crítica, ni el principio del interés superior del niño. Argumentos que se reflejan en los siguientes

considerandos extraídos de forma textual de la sentencia del 26 de agosto del año 2014:

*“CONSIDERANDO QUINTO: Que en el **derecho de familia el sistema de valoración de prueba es el de la sana crítica, el cual consiste en un procedimiento intelectual del juzgador, cuyas decisiones no deben vulnerar las reglas de la lógica, científicas, técnicas y las máximas de la experiencia**, y que si bien los jueces de la instancia son soberanos para determinar los hechos que estiman configurados conforme a ella, no procede aceptar que en tal análisis éstos prescindan de los elementos de convicción que están llamados a valorar, ni que se releve a uno de los litigantes de la carga probatoria o se desconozcan los hechos que emanan del proceso. En efecto el procedimiento que debe seguir el juez implica que debe expresar las razones en cuya virtud se asigna valor o no a un elemento probatorio, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”*

“CONSIDERANDO SEXTO: Que en el caso sub-lite, la decisión del tribunal ad quem se fundó, por una parte – al confirmar el fallo de primera instancia-, en que el demandado de impugnación de paternidad rechazó los hechos en que se fundó la demanda, porque no la contestó en la oportunidad procesal que correspondía y, por otra, argumentó que el recurrente carecía de un interés jurídico protegido atendidas sus pretensiones. En este contexto, unido al mérito

del proceso, se colige que los sentenciadores han vulnerado el principio de la lógica, incurriendo en una falacia, puesto que la correlación de los hechos de la causa, da cuenta que la actora y el demandando reconocen que éste último no es el padre biológico del niño. Sin embargo, **el tribunal resuelve la controversia sobre la base de un tercer elemento de carácter formal, sin hacerse cargo de lo expuesto por las partes, que constituye el núcleo fundamental de la controversia** -respecto de la cual el juez está obligado a resolver- para con ello, además, y primordialmente resguardar los principios¹¹² que se han señalado y que informan el sistema de filiación”.

“CONSIDERANDO OCTAVO: Que a lo expuesto precedentemente, cabe agregar el carácter de orden público de las normas que reglamentan la materia, la protección a un derecho fundamental como es el de la identidad y el contexto de la etapa procesal en que se encontraba el procedimiento al momento de producirse el desistimiento de la actora, factores que conducen a ratificar lo señalado en relación a las inconsistencias en el establecimiento de los hechos y su correlato normativo en la resolución que se impugna. En consecuencia al no observarse por los jueces del fondo las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba, como ya se explicitó precedentemente, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.968.”

¹¹² Considerando cuarto: Que el actual estatuto normativo de las acciones de filiación se sustenta en dos pilares fundamentales: 1) el de la libre investigación de la paternidad o maternidad, que busca, conforme se desprende de lo previsto en el artículo 195 del Código Civil, obtener la prevalencia de la verdad real o biológica por sobre la verdad formal de una relación de filiación, es decir, comprende el derecho del individuo a conocer su origen biológico y 2) – con el fin de garantizar el referido derecho- el acceso de toda persona a una investigación judicial en la que se contempla la más amplia admisibilidad probatoria.

Es importante destacar el comentario realizado por el abogado integrante el señor Bates, quien manifiesta “ ... *que para la invalidación de la sentencia en estudio, basta con la sola infracción al artículo 16 de la ley 19.968 en relación al artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño, disposiciones que contemplan el principio del Interés Superior del Niño, el que se concreta en la especie a través del derecho a la identidad, puesto que conforme al mérito de los antecedentes este último ha sido vulnerado al sustentarse en un procedimiento en que lo resuelto en él, es absolutamente ajeno a la búsqueda y protección de ese derecho.*”

En definitiva, la Corte Suprema acoge el recurso de casación de fondo presentado por don Jaime Álvarez, por considerar que la Corte de Apelaciones de Concepción, al confirmar la resolución del Tribunal de Primera Instancia que tuvo por desistida la demanda de impugnación de paternidad, vulnera las reglas de la sana crítica, al resolver el conflicto entre las partes sin considerar lo expuesto por estas partes y el principio del interés superior del niño.

En este caso podemos identificar dos principios en conflicto, por una parte, nos encontramos frente al derecho a la identidad del menor como expresión del interés superior del niño <P1>, y por otro nos encontramos con principios formales de naturaleza procesal como el principio de legalidad y el principio dispositivo que

son manifestaciones del principio de igualdad ante la ley <P2>. El caso se plantea como una disyuntiva con resultados normativos mutuamente excluyentes, es decir, o se favorece el interés superior del niño <P1> y se lesiona el principio de igualdad ante la ley en relación a la instrucción de los procedimientos contenciosos, o se opta por el camino correlativamente opuesto. Como son principios que juegan en contrario en razón de la adjudicación, nos encontramos claramente ante un caso donde es necesario aplicar la estructura ponderativa, en cuanto son las posibilidades de realización jurídica de los principios en comento las que están en juego.

En principio, tenemos la confirmación de la sentencia de primera instancia que consideraremos como la medida de intervención en el interés superior del niño <P1>, ésta será denotada como <IP1>. A esto se le debe agregar las circunstancias relevantes del caso <C>, las cuales están trazadas por la indagación y búsqueda del progenitor como la sustanciación del procedimiento, por ende, quedando nuestra magnitud como <IP1C>. La asignación de un grado de intensidad a esta medida en la escala triádica es una empresa que implica la consideración de diversos argumentos que asumen una axiología de la intervención en consideración a la realización/no-realización del interés superior del niño. En el caso analizado, la Corte sostiene que, en la circunstancia de mantenerse la sentencia recurrida, no se realizaría plenamente un atributo esencial de la personalidad como es el estado civil, el cual se encuentra amparado por los artículos 8.1 y 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, añadiendo

que, tanto de un punto de vista humanitario como jurídico, aparece como un bien superior la identidad del padre del menor en autos. Tomando en cuenta lo anterior, aparece plausible el otorgar un grado de intensidad a la intervención a <P1> como grave (*g*), toda vez que lo que está en juego no es solamente una intervención en las posibilidades de realización de <P1> que se traduce en una limitación de éste, sino que, según lo expuesto por la Corte, se anularía toda posibilidad de realización en el caso concreto si es que se mantuviera la sentencia recurrida. Así las cosas, la calificación de la magnitud <IP1C> podría expresarse como <IP1C>: *g*.

Por otro lado, debemos evaluar la importancia de la satisfacción del otro principio en juego <W>, el cual se identifica con el principio de legalidad <P2> en la sustanciación del proceso como expresión del principio más general de igualdad ante la ley. Las circunstancias relevantes del caso que son útiles para la determinación de esta magnitud dicen relación con el hecho procesal en que el demandado no contestó la demanda de impugnación de paternidad en tiempo y forma, por lo cual, para todos efectos legales, el demandado negó los hechos en los que sustenta la acción de impugnación, lo que sumado a la circunstancia posterior de que la demandante interpone el desistimiento de su acción, el recurrente aparece como un sujeto sin un interés jurídico protegido atendido las pretensiones consignadas en el proceso. Tomando en cuenta estas circunstancias, la magnitud se denotaría como <WP2C>. En las consideraciones de la Corte no se verifican evaluaciones directas al principio de legalidad o de

como el debido proceso puede ser relevante en razón de los principios en juego. Como no podemos extraer una evaluación directa de <P2>, se puede inferir de lo finalmente resuelto en el recurso de casación que la importancia en la realización atribuida a éste principio necesariamente debe identificarse como una de intensidad media o leve, toda vez que son las únicas intensidades que juegan a favor de la preponderancia de <P1>. Lo anterior aparece claramente por lo resuelto por la Corte, toda vez que las únicas coordenadas de magnitudes que reflejan el fallo adoptado, son las que sitúan la importancia de la realización del principio de legalidad en una magnitud que en algún nivel pueda ser derrotada, esto es, en magnitudes correspondientes a *leve* o *medio*, las cuales pueden ceder ante magnitudes *medio* y *grave* o solamente *grave* respectivamente. Por lo tanto, nuestra magnitud puede denotarse tanto como <WP2C>: *l*; o <WP2C>: *m*.

Es en este paso ponderativo donde, en nuestra opinión, la sentencia carece de un correcto tratamiento a los mandatos normativos en juego. Creemos que la solución a la que arribó la Corte es la correcta, pero que carece de la debida justificación atendida que no contempla una evaluación explícita del peso que le cabe en el conflicto al principio contendor al interés superior del niño, esto es, al principio de legalidad. Una estructura de análisis que opera para la debida solución de conflictos de mandatos de optimización opera como salvaguarda para la adjudicación arbitraria –esto entendida como mero capricho- y permite establecer enunciados y condiciones de precedencia que son verosímiles tanto en su racionalidad como juricidad. Si, como verificamos en las consideraciones

realizadas por la Corte, no se cuenta con la debida explicitación de peso de uno de los dos principios en contradicción, el ejercicio ponderativo es incompleto y se falla en entregar una pauta que pueda ser capaz de reproducir razonamiento que no sean reconducibles a una discrecionalidad en un sentido fuerte.

Cabe destacar que en la sentencia se previno por parte de uno de los abogados integrantes que sólo bastaba para la invalidación de la sentencia que se considerara la infracción al artículo de la ley 19.968 en relación al artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño. No es que en los hechos no se verifique una vulneración a tal derecho, sino que una adjudicación realizada en esos términos oscurece aspectos normativos relevantes que dicen relación con la verdadera naturaleza de los enunciados normativos en juego, esto es, principios, y reconstruyen las soluciones en una estructura que aparece como impropia, por ser ésta una que eminentemente opera como una que es pertinente en los conflictos de reglas. Por todo esto, nos parece peligroso el razonamiento citado, no por el resultado que propugna, sino porque esquiva una problemática de principios para transfigurarla en un sobre reglas que no da cuenta cabalmente de la naturaleza del problema al que nos enfrentamos.

A modo de ejemplo, se puede sostener que el principio de legalidad puede revestir distintos niveles de importancia en su realización dependiendo de la materia y bienes jurídicos que se encuentran en juego. En procedimientos

penales, donde las sanciones son jurídicamente más lesivas en las garantías fundamentales y los bienes jurídicos protegidos exigen un mayor celo, la formalidad en el establecimiento de los hechos como de las actuaciones realizadas en el proceso pueden triunfar sobre las circunstancias materiales en ciertas ocasiones. Al contrario, en un procedimiento donde las consecuencias jurídicas más relevantes parecen recaer sobre el menor, como lo es en uno de familia donde se ventila la búsqueda del progenitor entendida como verdad material, pareciera que el apego a la debida sustanciación del procedimiento debiera ceder ante la búsqueda de la identidad del menor en autos. La diferencia en tratamiento jurídico de estas dos coyunturas es a consecuencia de la diferencia axiológica que adquiere cada principio en razón de las circunstancias específicas que configuran en el conflicto, donde intervienen razones constitucionales – artículo 19 N°3- hasta argumentaciones que sopesan las consecuencias jurídicas y quien es el sujeto quien debe soportarlas. En efecto, el derecho penal entendido como *ultima ratio* y que dispone las más graves limitaciones a garantías fundamentales en materia sancionatoria, se sujeta fuertemente al principio de legalidad, erigiéndose éste último como una defensa para el individuo ante la intervención estatal en el goce de sus derechos fundamentales. En materia de familia, y sobre todo en filiación, la verdad material adquiere mayor relevancia, porque, primero, no se encuentra en juego la imposición de sanciones que impliquen la suspensión de garantías fundamentales para el individuo que verá modificada su situación jurídica –el menor- y, segundo, es precisamente el establecimiento de la verdad material, y el consecuente cambio de situación jurídica lo que busca el actor de la acción en comento. Bajo este tipo de

argumentaciones es posible calificar la magnitud <WP2C> en una de las categorías propuestas, es decir, como media o leve, de manera más certera y explicitando su intervención en el conflicto.

Ante lo recientemente expuesto, aparece claro para nosotros que la intensidad en la intervención del interés superior del niño <P1> es de mayor grado que la importancia de la realización del principio de legalidad <P2>, por tanto en la relación de magnitudes nos encontramos en escenarios describibles como <IP1C>: g/<WP2C> I; y <IP1C>:g/<WP2C>: m. Estas denotaciones dan cuenta de la naturaleza del conflicto como una de principios en contradicción, a la vez que describen las preferencias realizables en razón de las circunstancias concretas del caso.

3.2 Masis Nazar con Sánchez Luengo, causa rol número 608-2010, sentencia de fecha 24 de junio 2010.

En autos sobre cuidado personal, RIT N° C-5148-08, del Juzgado de Familia de Pudahuel, se acogió la demanda interpuesta por don Pablo Jorge Massis Nazar en contra doña Soledad Angélica Sánchez Luengo, otorgándole el cuidado personal de la hija en común, fijando un régimen de relación directa y regular en favor de la madre. Se alzó la parte demandada, y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia dictada por el Tribunal de primera

instancia, declarando que el cuidado de la menor, debería mantenerlo su madre doña Sánchez Luengo, en contra de esta última decisión, el demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, por considerar que los sentenciadores, incurrir en una errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968.

El máximo tribunal de nuestro país, tiene como base fundamental de la mencionada decisión los siguientes considerandos:

*“CONSIDERANDO DECIMO: Que, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como **principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico** nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N°19.968 y aun cuando constituya **un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los***

derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera interés superior con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que **obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna.** En este sentido, cobran especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos.”

“**CONSIDERANDO DECIMOSEGUNDO:** Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación de la menor -la que conforme a los propios hechos que se han asentado en el fallo atacado- revela una desprotección y vulnerabilidad en los ámbitos inherentes al desarrollo de su personalidad y educación, producidos estando su cuidado bajo la titularidad de la madre y niega también los avances y logros que ha tenido, desde que por efectos

de la medida de protección decretada a su favor, se encuentra bajo el amparo del padre y la proyección que ello tiene en su futuro.

“ CONSIDERANDO DECIMOTERCERO: Que, así las cosas, aun cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hija, los jueces del fondo debieron considerar el interés superior de la niña y en este aspecto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que la menor se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de la niña, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.”

“CONSIDERANDO DECIMOCUARTO: Que de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de la menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde

que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada.”

En conclusión, la Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, por considerar que los sentenciadores incurren en una errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968.

La sentencia recientemente expuesta es interesante desde el punto de vista de entregar un contenido concreto al interés superior de niño. La particularidad del caso radica en que se modifica el cuidado personal que tiene la madre sobre el menor en autos, sin invocar inhabilidades físicas y morales que afecten a ésta de acuerdo al antiguo artículo 226 del Código Civil, sino que tales modificaciones se realizan utilizando como factor únicamente al principio del interés superior del niño en razón de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 19.968.

Previo a la reforma legal del año 2013, el artículo 225 disponía que en caso de vivir separados los padres el cuidado personal le correspondía a la madre, y solo por verificarse una causa justificada se podrá modificar el cuidado personal y entregar al otro de los padres. La circunstancia planteada por el artículo 226 del Código Civil, en cuanto a su referencia a las inhabilidades físicas y morales de los padres, debe entenderse en relación a lo dispuesto por el artículo 42 de la ley

16.618, donde de manera taxativa se establecen como causales de inhabilidad física o moral; **1)** cuando estuvieran incapacitados mentalmente, **2)** cuando padecieren alcoholismo crónico, **3)** cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo, **4)** cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio, **5)** cuando hubieran sido condenados por secuestro o abandono de menores. La Corte reconoce que en autos no se han podido constatar alguna de estas inhabilidades que operan como causales, por lo tanto, la única vía normativa para proceder a la modificación del cuidado personal es utilizar al interés superior del niño como causa calificada, al tenor del artículo 225, como correctamente lo interpreta la Corte.

El artículo 225 inciso tercero del Código Civil, previo a la modificación del año 2013 por la ley 20.068, disponía que: *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres”*.

Es posible sostener que, si tomamos en consideración la norma recién expuesta y lo establecido por el artículo 16 de la ley 19.968, nos encontramos ante un escenario que por mandato legal el juez debe realizar un ejercicio ponderativo en esta materia. Esto, porque el legislador, precisamente previendo casos en que no obstante cumplir con los requisitos legales del artículo 225 y 226 del Código

Civil, en atención al bienestar y mayor disfrute de los derechos que le asisten al menor, debe entrar en el ejercicio adjudicatorio el principio del interés superior del niño para garantizar un resultado precisamente en esta dirección de mayor realización de su bienestar.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que procede es evaluar la ponderación de los dos elementos que juegan en contrario, por un lado, tenemos lo que dispone el interés superior del niño <P1> en el sentido de modificar el cuidado personal provisorio otorgado al padre a propósito de una medida de protección a uno de carácter permanente <P1C>. La intervención sobre el interés superior del niño lo constituye el mantener la sentencia recurrida como decisión del conflicto.

En la vereda contraria, debemos considerar la importancia de la realización de la sentencia recurrida, que por mandato del artículo 16 de la ley 19.968, debe someterse a una evaluación de carácter ponderativo en caso de que el sentenciador considere que se encuentra amenazado el interés superior del niño. En rigor, no es que nos encontremos ante un mandato de optimización en la decisión que impone la sentencia recurrida, sino que, no obstante consistir esta disposición en una regla –el establecimiento del cuidado personal a favor de la madre como una medida de carácter absoluto-, debemos, por la mediación del interés superior del niño, evaluar esta regla en razón de un óptimo configurado por el pleno respeto por los derechos y bienestar del menor. Por tanto, la medida

recorrida <R1> es la que a la luz de las circunstancias del proceso debe tomarse como elemento para la ponderación y evaluar la importancia del cumplimiento de ésta <WR1C>.

En definitiva, la asignación de intensidades a nuestras magnitudes – <IP1C> y <WR1C>- y su posterior puesta en relación nos dará una regla de aplicación concreta al caso expuesto en el que se determinará el contenido particular del interés superior del niño en dicha coyuntura.

Estimamos que las razones que tuvo en cuenta la Corte para acoger el recurso de casación en el fondo son las correctas del punto de vista ponderativo. Expresamente el Tribunal Supremo reconoce en su sentencia el carácter de principio del interés superior del niño y su rol como criterio de adjudicación y valor ponderativo. Coincidimos con la Corte en que la intensidad de la intervención en el interés superior del niño es mayor que la importancia de la realización de la sentencia impugnada, situación que se puede denotar como **<IP1C>: g/ <WR1c>: m ó <IP1C>: m/ <WR1c>: l**. Desde el punto de vista axiológico, ya desde la indicación del artículo 16 de la ley 19.968, vemos que la realización del interés superior del niño adquiere preponderancia para el ejercicio adjudicatorio, obligando al juez, pese a encontrarse ante una situación jurídicamente regular, a introducir al interés superior del niño como elemento para evaluar y fallar a la luz de la mayor realización de los derechos del menor en autos. Quedó comprobado

en el proceso que los ámbitos inherentes al desarrollo personal y educacional se encontraban amparados en un mayor grado bajo el alero del padre, por lo que el cuidado personal otorgado a la madre, que pese a no concurrir inhabilidades que la calificaran como inadecuada a la luz del artículo 226, debe trasladarse en dirección al padre del menor en autos en razón del principio en estudio. Aquí podemos observar la doble función que tiene el interés superior del niño como mandato de optimización, por un lado, es utilizado como criterio de adjudicación para dirimir el asunto controvertido y por el otro, una vez realizada la ponderación, otorga la regla de decisión aplicable, que, en el caso analizado, corresponde a la asignación del cuidado personal al padre como medio de alcanzar en mayor grado los fines perseguidos por el principio.

3.3 Sáez con Bizama, causa rol número 6352-2014, sentencia de fecha 9 de junio de 2014.

En demanda sobre cuidado personal, rebaja de alimentos y modificación de relación directa y regular, interpuesta por don Claudio Alejandro Bizama Tutera en contra de doña Marta José Sáez Lemarchand, ante el Juzgado de Familia de Ancud. El mencionado Tribunal de primera instancia acoge la demanda otorgando a señor Bizama Tutera, el cuidado personal de sus hijos menores, Antonia Sofía y Agustín Santiago, ambos Bizama Sáez, estableciendo a su vez, un régimen comunicacional con su madre.

La madre recurre contra la sentencia dictada en primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la cual, declara inamisible el recurso de apelación por carecer, según palabras de la Corte, de peticiones concretas. Ante, esto la madre interpone recurso de queja en contra de la resolución antes mencionada, el cual es rechazado por la Corte Suprema, pero quien, en mérito de sus atribuciones legales, procede de oficio a declarar admisible el recurso de apelación, volviendo los autos a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Los argumentos emitidos por la Corte Suprema, para tomar la decisión antes anunciadas, se resumen en los siguientes considerandos:

“CONSIDERANDO CUARTO: la cuestión procesal que se ventila en estos autos dice relación con una materia propia del derecho de familia. A este respecto, se reconoce en la doctrina y jurisprudencia, que la especialización del derecho en razón de su materia, deriva de la aplicación de ciertos principios o exigencias que deben concretarse en el ámbito procesal, donde se distingue con claridad, la judicatura especializada de familia, contexto donde se inserta la presente causa, en la que presiden ciertas máximas y valores que deben perfilar y asistir al juez en la interpretación de las normas procesales.

Sobresale, con relevancia, el principio del interés superior del niño, consagrado en la Convención de Derechos del Niño de 1989, en el artículo 222 del Código Civil, y en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que desde una perspectiva procesal, impulsa al juez a llevar el proceso con plena consideración del bienestar integral del menor, considerado en una visión amplia, de tal manera que se favorezca la tutela concreta de los derechos del menor, por sobre las formalidades procesales.” Mirado desde la óptica del derecho civil, y de cara a los propios padres, la profesora Marcela Acuña tiene dicho: “La norma no solo sugiere, sino que impera el actuar de los padres, de ambos, respecto de sus hijos, estableciendo responsabilidades comunes: procurar su mayor realización; guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales; considerar la evolución de sus facultades. Si atendemos a la esfera de las responsabilidades de los padres, pero mirado desde la óptica de los hijos, hablar de su interés superior es, en definitiva, postular el prevalente amparo del sujeto infantil que corresponde primero, como no podía ser en naturaleza de otro modo, a sus propios padres” (Marcela Acuña San Martín, “El principio de corresponsabilidad parental”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 20 N°2, 2013, pp. 21-59). Lo anterior significa que el principio también debe informar las decisiones del propio Tribunal, y así lo destaca la profesora María Sara Rodríguez: “En el ámbito judicial, cuando se producen litigios entre progenitores, la regla de autonomía de la voluntad (que favorece los acuerdos entre los padres) o la regla supletoria legal de preferencia materna ceden frente al principio del interés superior del niño. El principio del interés superior del niño, como criterio de adjudicación, tiende a ofrecer mayor espacio de discreción al

juzgador para atribuir la tuición al otro de los padres. (artículo 225 inciso 3º) que justifique un cambio en el cuidado personal del niño” (María Sara Rodríguez Pinto, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho da familia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol 36 N° 3, 2009, pp. 545-586). Y, por ello, el principio que se comenta no sólo ejerce una superior influencia en la aplicación de las leyes sustantivas en esta materia, sino también en las propiamente procesales. Lo anterior supone que el examen de admisibilidad de las diversas acciones procesales que afectan o pudieren afectar este principio, debe ser efectuado de tal manera que garantice el ejercicio pleno de las posibilidades procesales, flexibilizando la actividad censora de la admisibilidad de las acciones y recursos procesales, e interpretando las exigencias del modo más benéfico según lo dicte el interés superior del niño. Por ello, debe favorecerse al máximo la interpretación de las normas, de manera de preferir la doble revisión de los asuntos, a exagerar en aplicación de la norma que exige, en materia de apelación, ser preciso y concreto en lo pedido”.

“CONSIDERANDO QUINTO: Que, en consecuencia, la declaración de inadmisibilidad, de la manera en que se ha realizado, pugna con el principio del interés superior del niño, al desecharse una apelación por una cuestión puramente formal, evitando revisar el fondo del asunto, y con ello no asegurar que, en la decisión apelada, la protección de los menores cuya custodia se disputaban sus

padres, hubiera quedado adecuadamente resuelta, conforme con el supremo criterio rector que se ha reseñado.”

La decisión de la Corte de actuar de oficio, declarando admisible el recurso de apelación presentado por la demandada en autos, se cimienta en la idea que el principio de interés superior del niño, por su relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, no puede verse afectado o disminuido por aspectos meramente formales.

Aquí nos encontramos ante una tensión de principios similar a la descrita en Vera Urra con Álvarez y Pozo, por un lado, tenemos al interés superior del niño como criterio de adjudicación para dirimir un asunto de familia, y, por el otro, una resolución que se encuentra amparada bajo el principio de legalidad; lo que provoca una colisión cardinal de ambos institutos normativos.

Utilizando la metodología de Alexy, en este caso nos encontraríamos, por un lado, con la intervención en una resolución a la que se ha arribado dentro de un contexto de debido proceso, esto es, <IP1C>, identificándose P1 con el principio de legalidad; y por el otro lado, tenemos la importancia específica de la realización del interés superior del niño, es decir <WP2>, siendo P2, consecuentemente, la denotación del interés superior del niño.

Es de observar que el razonamiento del tribunal superior no es satisfactorio desde el punto de vista de una estructura argumentativa que esté en concordancia con un debido tratamiento a los principios como mandatos de optimización. En efecto, el Tribunal Supremo se limita a resolver el conflicto como una contradicción de normas que en su aplicación son mutuamente excluyentes en sus resultados. No se ponen en relieve los intereses en juego ni las metas que cada principio busca en el caso en concreto, sino que el razonamiento se limita a establecer la infracción normativa de una regla, consecuencia que lleva aparejada la anulación de oficio de la sentencia y retrotrayendo el estado de la causa a la vista efectiva del recurso de apelación desestimado.

La Corte reconoce la importancia del interés superior del niño como un principio que debe impregnar a todas y cada una de las actuaciones judiciales, y que soslayarlo pone en riesgo los derechos y bienestar de los menores sujetos de las actuaciones. Sin embargo, la Corte no realiza una valoración de las metas concretas que impone el interés superior del niño y como éste eventualmente se vería afectado de mantenerse lo obrado, ni tampoco, consecuentemente, elabora una axiología del principio que juega en contrario.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta las mismas razones esgrimidas en el fallo de Vera Urra con Álvarez Pozo, uno podría sostener que en materia de filiación el interés superior del niño detenta una precedencia general sobre

cualquier otra consideración normativa en este caso, las cual se puede fundamentar tanto en lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 19.968, como en la búsqueda del derecho de la identidad biológica. Esto trazaría, de manera general pero no absoluta, la caracterización de la importancia de la realización del interés superior del niño (P2), como <WP2>: g. Bajo este razonamiento, el tribunal podría tener un marco para arribar a una solución que fuera coherente con un ejercicio ponderativo que pusiera todos los factores relevantes como consideraciones que se adecuan a un óptimo, pudiendo ratificar la precedencia general de P2, o enunciar las condiciones particulares que en este caso harían triunfar al principio de legalidad (P1).

Independiente de la solución adjudicativa que determina la Corte Suprema, el reproche a su decisión es, desde el punto de vista de una estructura ponderativa de la argumentación jurídica, desde el aspecto formal, toda vez que al tratar con conceptos de textura abierta e indeterminada como el principio en estudio, los peligros de transitar caminos argumentativos caracterizados por la arbitrariedad en un sentido fuerte se hacen presentes con mucho mayor intensidad que al ponderar los conflictos con el margen estructural propuesto.

CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo académico desarrollado en estas páginas, hemos abordado lo que, en nuestra consideración, entendemos como un desafío relevante para la judicatura nacional en materia de derecho de familia. La institución del interés superior del niño se erige como un triunfo en la protección integral del menor que obliga al Estado y todos los sujetos de la administración a poner en el centro de su quehacer la mayor realización posible del niño, niña y adolescente. Como diversas normas jurídicas de capital importancia para los ordenamientos legales, el interés superior del niño reviste una naturaleza especial que la distingue de los simples enunciados normativos que llevan en su enunciación la determinación de su realización fáctica y jurídica, esto es, reviste las características propias de los principios. La dificultad para el juez aparece una vez comprobada esta circunstancia en la categorización del interés superior del niño, ¿Cómo pretender la corrección de la actividad adjudicatoria cuando el factor decisivo a tomar en cuenta por definición debe determinarse?

El tratar de responder esta pregunta obliga a dar cuenta de una teoría de la argumentación jurídica que esté comprometida con un concepto de discrecionalidad que no responda a la arbitrariedad del juez, sino que utilice criterios que no sean extra-jurídicos y sean reconducibles a pautas de racionalidad jurídica. Si sostenemos que los principios son jurídicos, y estos, en abstracto, son

indeterminados, necesariamente se debe optar por un camino metodológico que situé la fundamentación de la adjudicabilidad de una situación normativa en un terreno argumentativo que, plausiblemente, sea común a cualquier usuario u funcionario del sistema jurisdiccional y que haga la determinación en concreto de los contenidos de los principios como una actividad de derecho que es reconducible a pautas y criterios, es decir, que el sistema adjudicatorio tienda a la corrección y evaluación objetiva de sus resultados.

Como hemos visto, un modelo de análisis que cumple con éstos requisitos es el que propone Robert Alexy con su marco ponderativo en materia de principios jurídicos, en donde, se establecen pautas y asignaciones de intensidades a los principios en juego para arribar a conclusiones que den cuenta de la naturaleza propia de éstos, y que, en gran medida, descarten la asistencia de consideraciones personalísimas o derechamente arbitrarias por parte del juez.

A través de este modelo de ponderación hemos analizado jurisprudencia nacional a modo de determinar si es que posible detectar en las consideraciones esgrimidas por los tribunales de justicia una argumentación que sea coherente con el modelo propugnado. Si bien creemos que el artículo 16 de la ley 19.968 en conjunto con el artículo 3 inciso primero de la Convención de los derechos del niño consagran la primordial consideración del interés superior del niño en todo asunto en que se ventilen circunstancias concernientes al bienestar de un menor, lo

anterior, no implica que la aplicación del mentado principio excluya, de plano, cualquier otra norma jurídica que sea relevante en el proceso. Lamentablemente, hemos observado que en la judicatura nacional, independiente de los resultados arribados, existe una tendencia a considerar el interés superior del niño como un elemento que opera de manera disyuntiva y que oscurece otros principios o reglas que debieran ser tomados en cuenta en razón de la magnitud e importancia que revisten para el caso en comento. En efecto, es observable, tanto en los casos de Vera Urra con Álvarez y Pozo, como Sáez con Bizama, que se carece de una explicitación de los principios y reglas en conflicto por parte de la Corte Suprema, estableciéndose una suerte de jerarquía simple, donde el interés superior del niño descansa en la cúspide normativa y desplaza a cualquier tipo de consideraciones, incluso las referentes al debido proceso. No son los resultados concretos del ejercicio adjudicatorio los reprochables, sino el proceso por el que se arriban a dichas conclusiones el que merece reparos. Es posible sostener, a través de análisis jurisprudencial realizado, que la judicatura nacional respeta en la aplicación del interés superior del niño la primordialidad en su consideración en todo asunto en que se ve involucrado el bienestar del menor, sin embargo, falla en situar dicha consideración de primordialidad en un contexto ponderativo que de relevancia a otros principios y reglas que aparecen igualmente como criterios de adjudicación. Es el caso del tratamiento del principio de legalidad observado en la jurisprudencia analizada, donde se verifica que éste cede frente a exigencias planteadas por el mayor goce de los derechos del menor en Vera Urra con Álvarez y Pozo, y Sáez con Bizama, en lo que se podría caracterizar como un proceso donde solo se da énfasis en la relevancia del interés superior del niño como factor

normativo y no estableciendo intensidades o magnitudes de importancia de realización al principio de legalidad y su consecuentes reglas procesales. Creemos que principios jurídicos como el de legalidad y otros que asistan a los sujetos en los procesos ventilados en tribunales no pueden ser oscurecidos y desplazados – como si funcionalmente fueran reglas- por la sancionada consideración de primordialidad del interés superior del niño, sino, como hemos sostenido con anterioridad, tal consideración asiste a este principio como una carga argumentativa a su favor en materia de derecho de familia que puede configurar una precedencia general en las coyunturas adjudicatorias, pero no, desplazar de plano a cualquier otra consideración relevante.

Finalmente, creemos que el modelo ponderativo planteado por Robert Alexy es un aporte para una actividad jurisdiccional comprometida con una teoría de la argumentación jurídica que le otorga al juez una discrecionalidad limitada por pautas y criterios distinguibles para todo usuario del sistema jurídico, esto es, principios. A través de este modelo de adjudicación, es posible el soslayar, en gran medida, los niveles de indeterminación y oscuridad que algunas veces aparecen cuando se operan con mandatos de optimización.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20.
2. AGUILAR CAVALLO, G. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista de Estudios Constitucionales (1): 223-247.
3. ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
4. ALEXY, Robert. 2001. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>
5. ALEXY, Robert. 2002. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre.
6. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. 2006. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 853-577.
7. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. 1996. Las piezas del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A
8. AUSTIN, John. 1832. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge Texts in the History of the Political Thought.
9. BARAHONA GONZÁLEZ, J. 2011. La cultura jurídica chilena: Apuntes históricos, tendencias y desafíos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (35): 427-448.
10. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2013. Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(1): 21-60.
11. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2013. La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. Revista Ius et Praxis 19(2): 3-51.

12. BERNAL CRESPO, Julia. 2013. Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. Revista Estudios Constitucionales 11.
13. CARBONNIER, Jean. 1960. Comment. S. Cour d'Appel Paris, 10 de abril de 1959. París, Editorial Dalloz.
14. CARMONA LUQUE, María del Rosario. 2011. La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid, Editorial Dykinson.
15. CARPIO MARCOS, Edgar. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. Revista Ius et Praxis 10(1): 409-417.
16. CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: XIV Curso de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño: 10 al 15 de octubre de 1999. Lima, Perú, Academia de la Magistratura.
17. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2010. Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y el donante de gametos. Revista Ius et Praxis 16.
18. DE ARMAS FONTICOBA, Tania. 2009. El principio del Interés superior del niño en el proceso relativo a los menores en conflicto con la Ley penal en Cuba. Revista Vlex Internacional.
19. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc .2007. La protección internacional de derechos humanos. Buenos Aires, Editora Platense.
20. DWORKIN, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A.
21. FREITES BARROS, Luisa. 2008. La Convención Internacional de Derechos del Niño: Apuntes básicos. Revista Educere 12.
22. FERRAJOLI, Luigi. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta
23. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. 2007. El sistema filiativo chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
24. HART, H.L.A. 1963. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.
25. HART, H.L.A. 2013. Discretion. The Harvard Law Review Vol.127.652.

26. IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara. 2013. Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile. *Revista Estudios Constitucionales* 11.
27. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. 2012. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso Nº 12.502 Karen Atala Riffo y otras Vs. Chile. *Revista de Derecho de la Universidad de Chile, Escuela de Posgrado* (2): 151-210.
28. MIZRAHI, Mauricio. 2011. Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte. Buenos Aires, Editorial La Ley.
29. MONTORO BALLESTERO, Alberto. 1984. Sobre el proceso de positivización de los derechos humanos. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* (11): 293-344.
30. PALAVECINO CÁCERES, A. (2009): Relación directa y regular y síndrome de alineación parental. Abordaje a través de la mediación familiar. *Revista CREA de la Universidad Católica de Temuco* (6): 75-91.
31. PRIETO SANCHÍS, Luis. 1997. "La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas". Madrid. en *Lecciones de Teoría del Derecho*. A.A.V.V. Mc Graw Hill / Interamericana de España.
32. PRIETO SANCHÍS, Luis. 1998. *Ley, principios, derechos*. Madrid, Editorial Dykinson.
33. REYES POBLETE, Miguel. 2008. Principios y reglas técnicas procesales. *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Arcis*.
34. SALAMANCA SERRANO, Antonio. 2003. *Fundamento de los derechos humanos*. Madrid, Editorial Nueva Utopía.
35. SALGADO LEIVA, N. 2012. El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Familia. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
36. SILVA MONTES, Rodrigo. 2009. *Manual de tribunales de familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 24.
37. THEIDON, Kimberly. 2004. *Entre prójimos. El conflicto armado interno y la política de Reconciliación en el Perú*. Lima, IEP Ediciones.
38. VALDIVIA PAREDES, R. 2007: *Cuidado personal. Un análisis de las instituciones, principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del*

cuidado personal del niño o adolescente. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

JURISPRUDENCIA

1. Alba García Guevara vs Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Arauca. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia ROL N° 655-2015.
2. Hermanos Gómez Paquiyaurí Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de julio de 2008.
3. Juicio Ciudadano v. Estado de México. Corte Suprema de Justicia de México, Sentencia ROL N° 1-2009.
4. Karen Atala Riffo y otras Vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 2012.
5. Massis Nazar con Sánchez Luengo, Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 608-2010.
6. Medidas provisionales respecto de Paraguay, asunto L.M. Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011.
7. Mercado con Monsalve. Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia ROL N° 200-2012.
8. Muñoz Méndez con Ernst Webb. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 6553-2005.
9. Nema Mohit Jagwani con Mohit Jagwani. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 620-2010.
10. Reinoso Zúñiga con Sánchez Reinoso. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 459-2010.
11. Sáez con Bizama. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 6352-2014.
12. Vargas con Jaque. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 4050-2013.

13. Vera Urra con Álvarez y Pozo. Corte Suprema de Chile, Sentencia ROL N° 17034-2013.

NORMATIVA

1. Constitución Política de la República
2. Código Civil.
3. Código de Procedimiento Civil.
4. Código Orgánico de Tribunales.
5. Ley N° 19.585.
6. Ley N° 19.968.
7. Ley N° 20.680.
8. Convención internacional sobre los Derechos del Niño.

OPINIONES CONSULTIVAS, COMITES Y OTROS.

1. Comité sobre los Derechos del Niño, 29º PERIODO DE SESIONES. ONU 2002.
2. Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 5 sobre Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. ONU. 2005
3. Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. ONU 2013.
4. Informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Expediente N° 9153-07. Senado de Chile. 2015
5. CIDH. 2002. Opinión consultiva OC-17/2002: Condición jurídica y Derechos Humanos del niño [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta: 5 marzo 2016].