

El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos

Rebeca Elizabeth Contreras López*
Miguel Ángel Hernández Hernández**

En la cotidianidad de la parte más esencial de la vida política, la vida social, el contenido de las discusiones entre individuos normalmente se encuentra supeditado por una serie de factores que están más allá de la persona misma, sin embargo, cuando ocurren actos criminales que por su horrida naturaleza o ejecución hacen saltar la opinión pública en una misma dirección, es común tratar de “entender” estos actos, y en ese esfuerzo por comprender los móviles del delincuente, frecuentemente terminamos por sentenciar que debió tener una infancia proporcionalmente horrenda al delito que cometió, y es que no es equívoco pensar que traumas o sucesos de la infancia transforman a un niño en una persona capaz de cometer tales actos. Esta idea se funda en el supuesto de que cualquier menor de edad se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad, y no solo por su, aún no desarrollado estado físico y psicológico, sino porque esta persona es apenas un “proyecto de vida”; lo que acontezca en su futuro inmediato será la base sobre la que se levante un futuro ciudadano “de bien”, y aunado a esto, la situación jurídica de los menores (como personas sin capacidad de obrar) los pone en condiciones, básicamente de indefensión respecto a las decisiones que puedan tomar sus tutores o el Estado.

Históricamente hablando, se reconoce a la Convención de Ginebra (1924) como la base de los derechos de los menores, es el primer instrumento internacional que protege expresamente el derecho de los menores a un desarrollo óptimo, sin discriminación de ningún tipo, esto en el contexto de la postguerra.

Después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y sus diez principios (en materia del menor) que constituían una ampliación y especificación de lo pretendido en 1924, resaltando la división entre derechos “duros” como al nombre o a la nacionalidad, y enunciados que podrían ser considerados “ideales” como: “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión...”¹

* Investigadora Nacional. Académica de tiempo completo con funciones de investigación en el Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad de la Universidad Veracruzana.

** Estudiante de octavo semestre de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Veracruzana, becario Conacyt del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ Rivas Lagos, Emilia, La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2015, p. 5

Ambos antecedentes resultan fundamentales para poder llegar a la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 3, párrafo primero dice: “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”.

Aterrizando todos los esfuerzos en un solo principio que permea cualquier situación en la que un menor se vea implicado, que será objeto de nuestro análisis, desde una perspectiva un tanto novedosa, pero que a resultado ser útil en el estudio de los derechos fundamentales.

Antes que otra cosa es necesario definir ¿Qué es un principio?, según Alexy, en su obra “teoría de los derechos fundamentales”,² podemos entender a los principios como normas que ordenan el cumplimiento de algo específico, pero cuyo grado de “cumplimiento” dependerá de las posibilidades jurídicas y reales que existan, es decir, hablamos de “mandatos de optimización”, cuya principal característica es que pueden cumplirse en mayor o menor grado, dependiendo de las posibilidades que existan (tanto reales como jurídicas); principal diferencia que tienen con las reglas. Para Alexy, ambos conceptos son sinónimo de norma (por qué su contenido *per se* constriñe) pero a diferencia de los principios, si una regla es válida, solo puede cumplirse lo que ésta define, ni más ni menos.

Ergo, definir el concepto de interés superior del menor (ISM) no es tarea sencilla, ni siquiera en la propia convención existe una definición literal, y los autores que abordan este principio suelen coincidir en una cosa, es un concepto bastante ambiguo, por ejemplo, de un análisis literal de este principio podríamos concluir que, cuando un menor se encontrase en conflicto con otra persona (sin importar si es otro menor o no) este siempre tendría la razón en función de un “interés superior”, con un análisis literal, se estaría convirtiendo al menor en un especie de “ente de excepción”.³

Por su parte, Cillero expone que:

Diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparado en el “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.⁴

En relación a lo anterior, cabe mencionar lo que expone Alexy.⁵ Entre otras cosas, señala que en los casos donde entren en conflicto dos principios, será necesario que uno quede subyugado por el otro para poder resolver tal

² Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1993, pp. 86-87

³ Zermatten, Jean, “Interés superior del niño: del análisis literal al alcance filosófico”, en institut international des droits de L’enfant, Paris, 3-2003 p.6.

⁴ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la convención”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Guatemala, 2001, p.14.

⁵ Alexy, Robert, ob cit, 1993, p. 89

controversia, sin que esto signifique que tal principio deba considerarse inválido, o que deba incluir una cláusula de excepción. “Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro”.⁶ En este sentido es que fluyen la mayoría de las críticas hacia este principio, por la amplia discrecionalidad que otorga al juez y la vaguedad de sus intenciones.

Con lo anterior, podemos concluir que el principio del interés superior del menor se convierte en una frase trillada, creada para “orientar” la toma de decisiones respecto de los menores, pero que no siempre podrá resolverse de la manera que más convenga, pues se desprende de criterios personalísimos, vagos e indeterminados que no afectan únicamente al menor en una resolución.⁷

Por esta razón hay que ser cuidadosos y entender que el interés superior del menor debe estudiarse como lo que es, un principio rector, que se fortalece con los demás principios y artículos de la convención. Dentro de esta, el ISM (Art. 3) entra en lo que podría considerarse una especie de “*umbrella*”⁸ para la convención, es decir, es uno de los artículos clave para entender el sentido ideológico del texto. En esta categoría entran los artículos del 1 al 5, en ellos se plasma la obligación de los estados respecto de los derechos de los menores, así como el principio de no discriminación, el ISM y el de autonomía progresiva del menor, centrándonos en estos principios podríamos resaltar dos características del ISM:⁹

a) Relatividad, que se refiere a la valoración objetiva de las necesidades del menor, siempre, desde su contexto específico.

b) Movilidad, que, esencialmente, nos habla de la adaptabilidad de este principio con relación a esos contextos específicos (que evolucionan juntamente con el menor), es decir, la habilidad de este principio para adaptarse a las necesidades trascendentales del menor.

Ahora bien, si lo que el ISM busca es orientar las decisiones que tengan que ver con los menores, hacia el mejor escenario posible, partiendo siempre del contexto específico del menor en cuestión ¿cómo podríamos lograr precisión semejante, partiendo de la vaguedad conceptual descrita? quizá de esta pregunta deriven la mayoría de las críticas hacia la definición del ISM.

Entendiendo que este principio debe ser transversal en cada decisión que tenga que ver con un menor, no podemos dejar fuera de la discusión uno de los contextos menos explorados, que debería ser por el contrario, piedra angular de la correcta aplicación de este principio: los menores que enfrentan un proceso penal.

⁶ Sobrevilla, David, El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy, Isonomía, Kiel/Lima No. 4, 1996, pp. 97-112

⁷ López Contreras, Rony Eulalio, “Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido”, *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, No. 13, vol. I, 2015, pp. 51-70.

⁸ Zermatten, Jean ob.cit. p. 4.

⁹ Jurado Parres, Hans; Macás Guzmán, Karina Livier, “El interés superior del menor en el marco de la convención de los derechos del niño”, en *Derechos fundamentales a debate*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, 2016, pp. 81-90.

Si bien es cierto, ellos tienen un trato diferenciado al momento de enfrentar cargos penales, muchas veces se utiliza como pretexto la comisión o participación de un delito para excluir al menor de la aplicación de este principio, situación que, a pesar de estar prevista en la misma legislación, es difícil considerar el contexto específico del menor cuando no se establecen elementos probatorios sobre el mismo.

A la luz de la reforma constitucional mexicana, en materia de Derechos Humanos de 2011 (y más precisamente el cambio de paradigma que esto implicó) y teniendo como base el antecedente de los Relatores Paul Hunt y Karina Tomasevski en relación a los informes sobre los derechos a la salud¹⁰ y la educación,¹¹ respectivamente, surge una herramienta prometedora para afrontar la falta de especificidad, no solo para el ISM sino para, básicamente, cualquier cuestión que implique el análisis de algún derecho fundamental.

Los “derechos en acción”¹² proponen una posible respuesta a la creciente dificultad que enfrentaba el Estado para proponer o adecuar políticas públicas desde la perspectiva de Derechos Humanos que exige la comunidad internacional en la actualidad; proponen observar a los Derechos Humanos desde su enfoque más práctico, desde los principios y obligaciones que les conforman, esto con la finalidad de lograr un “desempaquetado” del derecho que permita dilucidar de manera más específica (y práctica), tanto los principios rectores, como las obligaciones de los Estados para con ellos, partiendo de los subderechos que son base del derecho en cuestión.

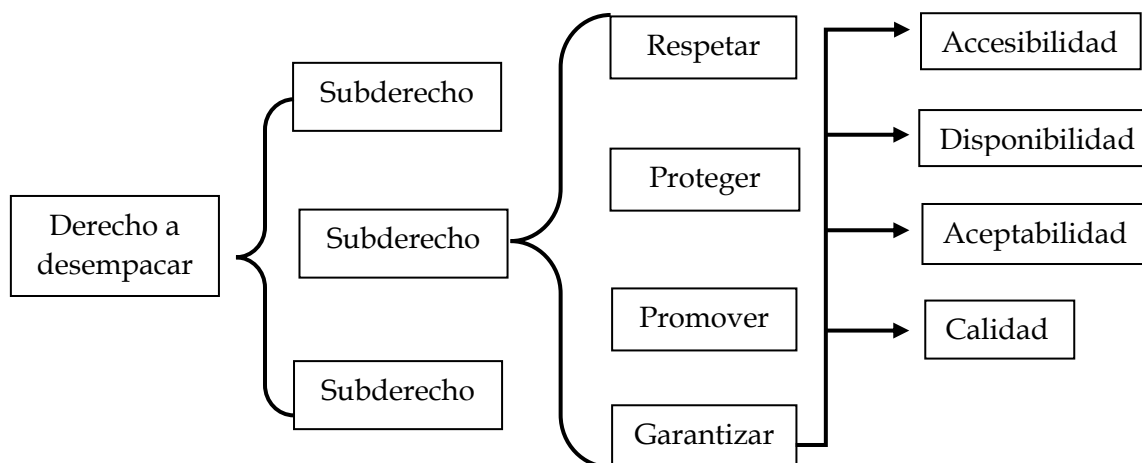
El mecanismo no es complejo. Primero, se selecciona un derecho específico, luego, con apego a lo establecido en la doctrina internacional sin olvidar tratados y convenciones (del derecho en cuestión) se establecen los subderechos que han de servir como base del proceso, después, las obligaciones generales que tienen los Estados en relación a los Derechos Humanos: Respetar, Proteger, promover y Garantizar; se adecuan a cada subderecho y en relación a estas obligaciones, a fin de poder hacer efectivo su cumplimiento o “garantía”, surgen los elementos institucionales: Accesibilidad, Disponibilidad, Aceptabilidad y Calidad.

¹⁰ Comisión de Derechos humanos, 2004, Los derechos económicos, sociales y culturales: el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 60 período de sesiones. Recuperado de: https://cursos.campusvirtualsp.org/pluginfile.php/26236/mod_page/content/3/2003_CDH_Hunt_El_derecho_de_toda_persona_a_la_salud.pdf

¹¹ Naciones Unidas asamblea general, 2012, Promoción y protección de los derechos humanos: Cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 67 período de sesiones, recuperado de: https://catedraunescohdh.unam.mx//catedra/Relator/images/stories/Informes/1.-Cuestiones_Derechos_Humanos.pdf

¹² Serrano, Sandra; Vázquez Daniel, *Los Derechos en acción*. Obligaciones y principios de derechos humanos, México, Flacso, 2015. P. 120.

El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos



Entendiendo al ISM como un principio (como un derecho sustantivo),¹³ es lógico que el ejercicio del desempaque no pueda llevarse a cabo con él (pues el ejercicio fue pensado para partir de derechos subjetivos), sin embargo, este principio podría entenderse como uno más que subyace a todo el ejercicio, equiparable a los demás en el desempaque de los derechos, entiéndase, como que, además de buscar que las obligaciones de los estados y los elementos institucionales de estas estén sujetos a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, es decir, principios de aplicación, también estarán supeditados a la necesidad de buscar siempre el beneficio para el menor, siempre y cuando el “desempaque” de derechos se realice con derechos afines al ISM, por ejemplo: el derecho a ser escuchado.

Otro artículo importante dentro de la Convención, aunque no forma parte de la “*umbrella*”, es el número 12, reforzado con los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 terminan por referirse al derecho que posee todo menor de ser escuchado, de que las necesidades que el observa sean atendidas, en la medida en que el menor sea conciente de la situación.¹⁴ Aunado a la obligación de la autoridad de garantizar o restituir dicho derecho.

Si realizáramos el ejercicio del desempaque con el derecho al libre desarrollo de la personalidad como punto de partida, rápidamente podemos identificar un par de subderechos, como lo es el subderecho a ser considerado ¿de qué manera podría lograrse un desarrollo integral realmente libre si no se atiende a la causa más elemental de la personalidad? la conciencia; o el subderecho de la libertad de expresión, que dicho sea de paso posee solo por haber nacido; quizá también el subderecho de la libertad de pensamiento, en este sentido se vuelve indispensable entender que de cualquier persona puede aprenderse algo nuevo,

¹³ Jurado Parres, Hans, Macías Guzmán Karina Livier, *Derechos fundamentales a debate*, “El interés superior del menor en el marco de la convención de los derechos del niño”, Comisión estatal de derechos humanos de Jalisco, No. 1, Jalisco, 2016, pp. 81-90

¹⁴ Del Moral Ferrer, Anabella, *Cuestiones jurídicas*, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la convención de los derechos del niño”, Vol. I, No. 2, Maracaibo, 2007, pp. 73-99

incluso de los menores y que la mejor decisión relativa a ellos siempre será la que implique consultarles y tomar en cuenta su opinión.¹⁵

Siguiendo con el ejercicio, el siguiente paso sería identificar las acciones que deben realizarse para poder satisfacer las obligaciones que se tienen respecto de los derechos fundamentales: respetar, proteger, promover y garantizar.

¿De que manera se protegen, respetan, promueven y garantizan los derechos fundamentales de una persona? Estas obligaciones se satisfacen siempre de manera diferente, según sea el derecho del que se trate el ejercicio (más concretamente, los subderechos involucrados, la idea es que en la medida que los subderechos son respetados, protegidos, promovidos y garantizados, *ergo*, el derecho base del ejercicio también, pues de ello derivan los demás). En el contexto de los derechos en acción, son varios los autores que han trabajado en una "Teoría de las obligaciones internacionales" y se ven recopilados de la siguiente manera:¹⁶

A) Respetar: Se requiere de una conducta negativa del estado, es decir, de abstención, el objetivo es "mantener",¹⁷ en este caso la violación es positiva pues el estado vulnera cuando actúa. Su cumplimiento es inmediato.

B) Proteger: Puede derivar de conductas tanto negativas como positivas, o sea, de abstención o actuación, el objetivo es mantener y su cumplimiento puede ser inmediato o progresivo.

C) Promover: Aquí hablamos de una conducta positiva en todo momento, pues el estado debe realizar acciones siempre, el objetivo es mejorar (en todo sentido) respecto de los DDHH. Su cumplimiento es progresivo.

D) Garantizar: Se refiere a una conducta positiva por parte del estado, pues lo que se necesita es realizar y mejorar las acciones respecto al disfrute de los DDHH.

Siguiendo con el ejercicio y en términos muy generales, respecto al derecho invocado, las obligaciones podrían satisfacerse de la siguiente manera:¹⁸

A) Respetar: Se debe considerar en todo momento la opinión del menor.

B) Proteger: No se debe tomar ninguna decisión, que resulte relevante sin consultar al menor.

C) Promover: Se debe entender y hacer entender que la opinión de los menores no es diferente a la de los mayores, en cuanto a su origen (la persona humana).

D) Garantizar: En relación a obligaciones, respecto de los derechos fundamentales, es evidente que garantizarlas se vuelve una prioridad. En el ejercicio del desempaquetado, para poder garantizar estas obligaciones surgen los

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Serrano, Sandra; Vázquez Daniel, *ob cit*, 2015, Pp. 58-83.

¹⁷ Mantener un estado de no afectación de los DDHH.

¹⁸ Serrano, Sandra; Vázquez Daniel, *ob cit*, pp. 58-81.

elementos institucionales,¹⁹ son parámetros “mínimos” recogidos de la doctrina internacional, así como de tratados y convenciones y se refieren a:

A) Disponibilidad: Implica garantizar la suficiencia de servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos, o cualquier otra cosa que resulte necesaria para el correcto disfrute de un derecho humano, bajo este tenor de ideas, si hablamos de menores que enfrentan un proceso penal, en relación al subderecho de la libertad de expresión, sería insuficiente el hecho de solo escuchar al menor una sola vez, en realidad debe existir la infraestructura necesaria para que el menor pueda opinar y ser tomado en cuenta, cuando así lo crea necesario.²⁰

B) Accesibilidad: Este elemento se trata del aseguramiento de los medios por los cuales se materializa el disfrute de un derecho humano, dividiéndose en tres ejes: la no discriminación, la accesibilidad física y la accesibilidad económica, esta última se refiere al acceso que debe tener toda la población a dichos medios, sin que permee ningún interés económico que pueda resultar en una especie de discriminación para los sectores más vulnerables.

C) Aceptabilidad: No se refiere a otra cosa más que al hecho de que el medio y los contenidos elegidos para la realización del pleno disfrute de un derecho fundamental deben ser aceptados por las personas a las que están destinadas; de nuevo, esto se hace partiendo de un contexto específico. Por ejemplo, en el contexto que ya se ha planteado, es evidente que para que un menor pueda expresarse abiertamente es necesario un ambiente de confianza, no puede ser encarado e interrogado como una persona adulta, en este sentido, hacer que el menor haga cualquier declaración en un entorno donde no se siente seguro, o donde se le cuestiona más de la cuenta, violaría a todas luces el elemento esencial de la aceptabilidad (para los subderechos planteados).

D) Calidad: El último elemento esencial que plantean los autores de Flacso se refiere a que el fondo y la forma que sean elegidos para materializar un derecho deben tener un mínimo de requerimientos y propiedades aceptables para poder cumplir su función.

Como hemos visto el concepto del interés superior del menor exige contemplar como elementos claves del mismo la dignidad humana, y las características propias de un menor (su estado de especial vulnerabilidad, sus necesidades físicas, psicológicas, etc) así como la necesaria ponderación de las características específicas del entorno (contexto) en el que se desarrolla el menor.

¹⁹ *Ibidem*, p.p. 83-90.

²⁰ Aguilar Cavallo Gonzalo, Estudios Constitucionales, “El principio del Interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Centro de estudios constitucionales de Chile, vol. 6, No. 1, Santiago de Chile, 2008, pp. 223-247

Este principio es la base sobre la que descansa la efectiva realización de los derechos de los menores.²¹

En ese mismo sentido, la CIDH se pronuncia al respecto:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, 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 a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.²²

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.²³

De este modo sería correcto decir que “el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos”.²⁴

Pareciera que es clara la imposibilidad de llevar este principio hacia una definición precisa y consistente que nos permita alejarnos de los escenarios adversos, donde se utiliza la amplia discrecionalidad que este principio otorga para malversar el sentido connotado del mismo pues partiendo de la imperiosa necesidad de contextualización del principio, definirlo sería limitarlo.

Fuentes de consulta

AGUILAR CAVALLO, G., El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales, 2008, págs. 233-247.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.

CILLERO BRUÑOL, M. (s.f.), El interés superior del niño en el marco de la convención, Oficina del alto comisionado de las naciones unidas, Guatemala, pág. 14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la masacre de las Dos Erres Vs Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24 de Noviembre de 2009. consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf.

-----, Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile, Fondo reparaciones y costas, 24 de Febrero de 2012.

²¹ CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 61, p. 62

²² Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

²³ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012

²⁴ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la convención, oficina del alto comisionado de las naciones unidas, Guatemala, pp. 14

- DEL MORAL FERRER, Anabella J., El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la convención sobre los derechos del niño, *Cuestiones Jurídicas*, Vol. 1, núm. 2, julio-diciembre 2007, págs. 73-99.
- HUNT, Paul, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Ginebra, CDH, 2004.
- JURADO PARRES, Hans & Karina, M. G., El interés superior del menor en el marco de la convención de los derechos del niño, *Derechos fundamentales a debate*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, 2016, págs. 81-90.
- LÓPEZ CONTRERAS, RONY EULALIO, Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, niñez y juventud*, 20015, págs. 51-70.
- RIVAS LAGOS, Emilia, La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2015.
- SERRANO, Sandra y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción*, Flacso, CDMX, 2015.
- SOBREVILLA, David, El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy, *Isonomía*, 1996, págs. 97-112.
- TOMASEVSKI, K., Promoción y protección de los derechos humanos: Cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Ginebra: Naciones Unidas Asamblea general, 2012.
- ZERMATTEN, Jean, El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico, *Institut international des droits de L'enfant*, Paris, 2003.