



UNIVERSIDAD
DE
VALPARAISO
C H I L E

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho.

Tesis Doctoral

**El interés superior del niño: ¿existe una dialéctica entre el Comité de los
Derechos del Niño y la Corte Suprema chilena?**



**Tesista: Susy Muñoz Merkle
Tutor: Gonzalo Aguilar Cavallo**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
TESIS DOCTORAL
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
2016**

Tabla de Abreviaturas:

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

AG: Asamblea General.

Aprox.: Aproximadamente.

CA: Convención Americana de Derechos Humanos.

CCC: Corte Constitucional Colombiana.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

Cfr.: Confrontar.

Comité DN: Comité de los Derechos del Niño.

Convención: Convención sobre los Derechos del Niño.

CPR: Constitución Política de la República.

CS: Corte Suprema.

DAM: Programa de Diagnóstico Ambulatorio.

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DIH: Derecho Internacional Humanitario.

DIP: Derecho Internacional Público.

DIR: Derecho Internacional de los Refugiados.

DN: Derechos del niño.

Excma: Excelentísima.

ISN: Interés Superior del Niño.

NNA: Niñas, Niños y Adolescentes.

NU: Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIB: Programa de Intervención Breve.

PIE: Programa de Intervención Especializada.

PPF: Programa de Prevención Familiar.

SDN: Sociedad de Naciones.

TC: Tribunal Constitucional.

TCC: Tribunal Constitucional Colombiano.

T de A: Traducción de la Autora.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Título de la Tesis: “El interés superior del niño: ¿existe una dialéctica entre el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Suprema chilena?”.

Nombre de la tesista: Susy Muñoz Merkle

Profesor Patrocinante: Gonzalo Aguilar Cavallo

Disciplina Principal: Derechos Humanos.

Disciplinas Secundarias: Derecho Internacional y Derecho Constitucional.

INTRODUCCIÓN.

1.- Presentación del tema que se investiga y perspectivas desde las cuales se aborda.

Esta investigación pretende identificar y analizar críticamente el concepto implícito de interés superior del niño (en adelante, ISN), que utiliza el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN) o, a lo menos, inferir los elementos esenciales de esta noción jurídica, en la interpretación de autoridad que emana de dicho organismo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Niños.

Al mismo tiempo, se busca, también, analizar el concepto de interés superior del niño que utiliza, con mucha frecuencia, nuestro máximo tribunal de la República, a saber, la Corte Suprema nacional, en materias de derecho de familia.

Para, finalmente, hacer un análisis comparativo del concepto de interés superior del niño, proveniente de ambas sedes de interpretación del Derecho de los Niños, una internacional y otra nacional, con el objetivo de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre la noción de interés superior del niño que ha elaborado, a través de su interpretación de autoridad, el Comité de los derechos del niño y aquella que ha sido fraguada y que es utilizada por la jurisprudencia chilena, particularmente, por la Corte Suprema.

Lo anterior nos permitirá concluir, si el concepto que maneja la jurisprudencia nacional se adecua o no al concepto del derecho internacional, proveniente de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN o simplemente Convención) y, por lo mismo, si Chile da cumplimiento a las directrices provenientes del Comité de los Derechos del Niño, en este punto, a través del órgano señalado (Corte Suprema).

Constatar si el concepto de ISN que emana de la Corte Suprema nacional es consistente o no con la noción de ISN que promueve el Comité de los Derechos del Niño, es particularmente relevante, en un mundo que tiende a la globalización en casi todas las

esferas de la vida, incluido el Derecho y, más aún, porque Chile se encuentra adscrito al sistema internacional de los derechos humanos, por lo cual, tiene el deber de cumplir con los compromisos que asume en éste.

Así, en el ámbito de la mundialización o globalización del derecho, constatamos que ésta viene impulsada principalmente por el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del comercio internacional. Como muy didácticamente lo expone, Gianluigi Palombella¹, al afirmar que las tendencias globalizantes se dan en las telecomunicaciones, en los deportes, en el comercio internacional², en los derechos humanos, la energía, los ecosistemas, etc.

Otros autores, como McLuhan y Powers, Aninat y Baldassarre, Ferrarese, Alegría, Zekos y Schembri, han llamado a este fenómeno de la globalización, “integración”, “desnacionalización”, entre otras denominaciones. Por su parte, el profesor Walter Cadena matiza la problemática del origen de la globalización señalando que la globalización se trataría de un fenómeno nuevo pero conectado a antecedentes previos³. A su vez, el profesor Antonio Spota en un afán por esclarecer en qué consiste la globalización, y de manera muy pedagógica, realiza la distinción entre la internacionalización y la globalización, señalando

¹ PALOMBELLA, Gianluigi: *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, primera edición, 2012, cfr. p.8.

² Es importante, el ejemplo que da el autor del caso Swordfish, entre la Unión Europea y Chile, donde se contraponen intereses provenientes de un derecho supraestatal con intereses amparados por un derecho nacional. Idem, cfr., p.167.

³ Véanse: MCLUHAN, Marshall y POWERS, BR, *La Aldea Global*, 5ª reimpresión en castellano, Traducción de Claudia Ferrari del original en inglés de 1989, Gedisa, Barcelona, 2005. Estos autores habrían sido los primeros en abordar este fenómeno, propio de la post modernidad, acuñando el término “aldea global” para referirse a las consecuencias de la mundialización de las comunicaciones. Luego este concepto tuvo gran aceptación en la comunidad intelectual de diversos países, generándose un efecto multiplicador de investigaciones a su respecto, entre las cuales se encuentran, ANINAT, Eduardo, *Reflexiones sobre la globalización, España y el FMI*, Fondo Monetario Internacional, San Sebastián, 2001; BALDASSARRE, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002; ZEKOS, Georgios I., “Cyberspace and globalization” en *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2002. Disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos. Consultada: el 1 de agosto de 2013; ALEGRIA, Héctor, “Globalización y derecho”, en *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012, p.191; FERRARESE, María R, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2005; SCHEMBRI, Ricardo: *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*, Bogotá, 2001, cfr., p.1-3. Disponible en: www.parlatino.org/es/temas-especiales/comunidad-lat-d. Consultada: 10 de julio de 2013; CADENA A., Walter, “La nueva *Lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho”, en *Papel Político*, N°13, Bogotá, octubre de 2001, p. 101 y ss.

que la primera implica cooperación entre Estados soberanos mientras que la segunda mina o erosiona la soberanía estatal⁴.

En este orden de cosas, el mayor avance y el mejor ejemplo en la tendencia a la globalización o mundialización del derecho la encuentra Palombella en la Unión Europea, a la que el autor considera el proceso más avanzado de una concreción ideal del modelo del Estado de Derecho, cuando nos señala que “el “estado de derecho” constitucional europeo representa una aproximación avanzada al modelo ideal del imperio del derecho. Conscientes de esto, la Unión Europea llama al imperio del derecho una conquista propia (...) Por tanto, Europa considera al imperio del derecho como un conjunto de parámetros óptimos para el derecho occidental, lo incluye entre los propios “valores fundamentales”, junto a los derechos humanos, a la libertad o a la democracia. Y, por lo tanto, como un ideal para recomendar, cualquiera sea la extensión que tenga el orden jurídico”⁵. Concuerdan con este autor la doctora Gómez y el profesor Cassese⁶.

En Chile, autores como Ottone⁷, reconocen, describen y analizan este fenómeno, en algunos casos adhiriendo expresamente a esta postura, de la tendencia globalizante del derecho, de este modo opina el profesor Aguilar quien afirma “(...) nuestro punto de partida es la perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, sobre todo, en materia de derechos humanos⁸”. También, han escrito en este sentido autores como Humberto Nogueira, Claudio Nash,

⁴ SPOTA, Antonio, “Globalización, Integración y Derecho Constitucional”, en *La Ley*, 1999, p.1 y ss.

⁵ PALOMBELLA, op. Cit., p. 89. Ésta y las siguientes son traducciones libres de la tesis, cuyo tenor literal en el idioma original, es el siguiente: “lo “stato di diritto” costituzionale europeo rappresenta un'approssimazione avanzata al modello ideale del *Rule of law*. Consapevole di questo, l'Unione Europea si richiama al *Rule of law* come una conquista propria, (...) Pertanto, l'Europa considera il *Rule of law* come un insieme di parametri ottimali per il diritto occidentale, lo include tra i propri “valori” fondamentali, accanto ai diritti umani, alla libertà o alla democrazia. E dunque come un *ideale da raccomandare*, qualunque estensione abbia l'ordine giuridico.”

⁶ GÓMEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, España, 2011; CASSESE, Sabino, “El espacio jurídico global”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, Chile, 2002, cfr., pp. 11-26.

⁷ En Chile, desde una perspectiva politológica, Ernesto Ottone aborda esta temática en su libro: *Gobernar la Globalización*, Ediciones UDP, Santiago, 2011.

⁸ AGUILAR, Gonzalo: “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, Chile, 2008, p. 225.

Cecilia Medina, Sabino Cassese, entre otros⁹.

Por su parte, en este contexto el concepto de interés superior del niño se utiliza con mucha frecuencia, pero de manera ambigua o ambivalente, por muchas instituciones, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia (nacional, comparada e internacional), para atribuir importantes consecuencias jurídicas a determinados actos o hechos, para justificar la elección y aplicación entre derechos, entre intereses, para definir una política de acción gubernamental o adoptar medidas, relativas a niños¹⁰.

En efecto, en múltiples oportunidades, particularmente en los tribunales de familia nacionales, se invoca el interés superior del niño para justificar, o dar la apariencia de formular una fundamentación racional, a la elección del juez de un derecho entre varios derechos que afectan a niñas, niños y adolescentes; para argumentar porqué se adopta una determinada decisión o medida judicial, cuando se ven enfrentados al concurso de diferentes intereses (el interés del niño, el de sus padres, el de la sociedad, etc.), sin tratar de compatibilizarlos, sino creyendo erróneamente que deben necesariamente, siempre, inequívocamente, elegir el interés superior de niño, generando, a veces, quiebres en las familias que generan más daño al niño, niña o adolescente que beneficios, a veces de manera irremediable, los que podrían evitarse si los jueces, abogadas-os, consejeras técnicas, profesionales de DAM, PPF, PIE, PIB, entre otros, tuvieran claridad sobre qué significa Interés Superior de Niño, sobre cuáles son sus elementos, si contarán con un protocolo de análisis y aplicación de este concepto para cada caso particular, que evitara o disminuyera ostensiblemente el elemento subjetivo en su aplicación¹¹.

⁹ Véanse: Nogueira, Humberto: *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 156, primera edición, Ciudad de México DF, 2003, cfr. pp. 340-344. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/pl1094.htm>. Consultada: 10 de junio de 2013; NASH, Claudio: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno*, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2012, cfr., pp 14-15; MEDINA Q., Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005, cfr., pp. 6-11. Disponible en: <http://www.Corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>. Consultada: 10 de julio de 2013; CASSESE, op. cit. cfr., pp. 11-26.

¹⁰ ACNUR: *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, ACNUR, 2008, cfr. p.5.

¹¹ ACNUR: *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, ACNUR, 2008, cfr. p.5.

Lo dicho, vale para la formulación de políticas públicas que afecten a las niñas, niños y adolescentes; para la elaboración de leyes; la generación de programas de ayuda estatal a los niños; para la creación de instituciones u organismos que velen por su bienestar, etc.

La aplicación laxa, ambivalente, ambigua y hasta arbitraria de este principio¹² se debe, principalmente, a que habiendo sido consagrado, por la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, como una directriz transversal y principal de los Derechos Humanos de los Niños, no fue definido ni se dio parámetros explícitos de éste, que constituyeran un marco referencial o un contenido mínimo, que debía ser respetado por quienes interpreten y apliquen los derechos del niño, o adopten medidas a su respecto¹³.

Por su parte, al ratificar Chile la Convención sobre los Derechos del Niño el año 1990, asumió, de manera voluntaria y obligatoria, someterse a la Convención y, por lo mismo, se obligó a adecuar su legislación interna a sus normas y principios. Dentro de los principios rectores de la CDN se encuentra el interés superior del niño, o también denominado, interés supremo del niño¹⁴ o el mejor interés del niño, tal como señalan Davis y Powel, Copelon y Zampas, Minzee, Montague y Parker¹⁵.

¹² Considero esta expresión de la manera expuesta por el profesor Contesse, en el artículo que a continuación cito. CONTESSE, Jorge: "Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los Derechos Constitucionales?", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, 2002, pp.53-93.

¹³ AGUILAR, op.cit., cfr. pp. 229 y 232.

¹⁴ RIONDINO, Michele, "Le interesse supremo del fanciullo guida la tutela concreta", in *Famiglia e Minori*, Roma, 2009, cfr. pp. 91-94.

¹⁵ DAVIS, Martha y POWEL, Roslyn, "The international Convention on the Rights of the Child: A catalyst for Innovative Childcare Policies", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, N°3, The Johns Hopkins University Press, Aug. 2003, pp. 689-719. Disponible en: www.jstor.org/stable/20069683 . Consultada el 4-4-2013; COPELON, Rhonda, ZAMPAS, Christina, et al, "Human rights begin at birth: International Law and the claim of Fetal Rights", en *The Abortion Pill*, Vol. 13, N° 26, Reproductive Health Matters, Nov. 2005, pp. 120-129. Disponible en: www.jstor.org/stable/3776483 . Consultada el 4-4-2013; MINZEE, Kim, "International Human Rights Law, Global Economic Reforms and Child Survival and Development Rights outcomes", en *Law & Society Review*, Vol. 43, N° 3, Sep. 2009, pp. 455-490. Disponible en: www.jstor.org/stable/40538713. Consultada el 4-4-2013; MONTAGUE, Phillip: "A Child's Right to Privacy", en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 2, N° 1, 1998, pp. 17-32; PARKER, Stephen, "The best interests of de child-Principles and Problems", en *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, tema 1, 1994, pp. 26-41. Disponible en: www.lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/26full.pdf. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

Así, la Convención, en su artículo 3, junto con consagrar el principio del interés superior del niño, insta a los Estados Partes a que al adoptar medidas referidas a los niños tener al interés superior del niño como consideración primordial. Obligación que se extiende a jueces, autoridades políticas, administrativas, legislativas, civiles, instituciones públicas o privadas de bienestar social, etc.¹⁶.

Al incorporar este principio al derecho nacional pasó a ser éste una directriz fundamental, transversal y absolutamente racional del Derecho de Familia chileno. Como dice el profesor Aguilar el ISN es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescentes¹⁷. Con todo, en este contexto se constata, en muchas ocasiones, que en la práctica judicial nacional de familia (tribunales de primera y segunda instancia) se realiza una aplicación más bien intuitiva de este principio, precisamente por falta de claridad acerca de su contenido¹⁸; lo que puede derivar en consecuencias arbitrarias, que lejos de procurar el bienestar del niño podría conducir a la vulneración de sus derechos¹⁹.

Surge entonces la necesidad de determinar el contenido del concepto de interés superior del niño, ante el vacío de una definición o concepto legal, tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la legislación nacional²⁰, a la falta de claridad sobre sus elementos constitutivos esenciales y a que se ha dejado entregado a quien utiliza este

¹⁶ Convención sobre los Derechos del niño, cfr. artículos 3, 4 y 49. Fue adoptada, abierta a la firma y ratificación, por la Asamblea General de Naciones Unidas, por Resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/Spanish/law/crc.htm>. Consultada: el 21 de Julio de 2013.

¹⁷ AGUILAR, op.cit., cfr. p. 226.

¹⁸ VARGAS P., Macarena y CORREA C., Paula, "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1, 2011, Cfr., pp. 199 y 201.

¹⁹ CORREA B., Mario, "El interés superior del niño en el Derecho chileno", en *Revista Ars Médica*, Vol. 16, N° 16, PUCCH, cfr. p.11. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publi/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>. Consultada: el 12 de junio de 2013.

²⁰ El Decreto N° 944, del Ministerio de Justicia chileno, publicado en el Diario Oficial de fecha 18 de marzo del año 2000, establece el Reglamento de la Ley N° 19.620, sobre Adopción en Chile. Este Reglamento, en su artículo 1°, inciso 2°, proporciona algunos elementos que debe considerar la noción de Interés Superior del Niño, pero son ambiguos y excesivamente generales.

"Artículo 1°. Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño.

Dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades".

concepto, que no siempre es un juez, la determinación de su contenido específico, lo que sin parámetros mínimos puede llevar a cometer abusos o arbitrariedades por parte de la autoridad, cualquiera que sea ésta, en concepto de varios autores, como se verá a continuación.

En esta línea se pronuncia Domingo Lovera, quien expresa que una de las primeras críticas al reconocimiento tan amplio del ISN, en la formulación del artículo 3.1 de la Convención²¹, fue que abría un extenso campo a los abusos o arbitrariedades de parte de la autoridad. En efecto, este autor señala que “el cambio, se dijo, venía motivado por el reconocimiento del interés superior del niño como piedra angular de las decisiones relativas a niños, niñas y adolescentes (...)”, y agrega “desde luego que, así descrito, el interés superior del niño presenta escasos límites a la discrecionalidad decisional de jueces y demás autoridades públicas. Una de las primeras críticas que se formuló en contra del principio fue la extensión que abría a la arbitrariedad de la autoridad, pues prácticamente cualquier decisión podía terminar justificándose en el interés de los niños y adolescentes involucrados, cuestión particularmente cierta en el continente”²².

En síntesis, esta tesis doctoral pretende abordar las siguientes interrogantes jurídicas, con la expectativa que las respuestas a ellas contribuyan a disolver o, a lo menos, atenuar la incertidumbre que nos plantea, actualmente, la noción del Interés Superior del Niño:

1.1.- ¿Cuáles son los elementos o componentes que integran la noción de interés superior del niño, a la luz de la interpretación que ha desarrollado el Comité de los Derechos del Niño?

1.2.- ¿Cuáles son los elementos o componentes del interés superior del niño que se pueden deducir o extraer de la actividad jurisprudencial de la Corte Suprema chilena?

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1: “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”.

²² LOVERA, Domingo: “Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía”, en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, cfr. p.14.

1.3.- ¿La noción de interés superior del niño usada en la jurisprudencia chilena, es compatible con aquella que utiliza o ha elaborado el Comité de los Derechos del Niño? o, dicho de otro modo, ¿Cumple Chile, en la recepción y aplicación de esta noción (ISN), las directrices del derecho internacional de los derechos humanos?

2.- Hipótesis de trabajo.

Pareciera ser que la noción del interés superior del niño usada en Chile se aleja o no siempre es compatible con el sentido de interés superior del niño que el Comité de los Derechos del Niño ha elaborado. Por lo que, la hipótesis de este proyecto de tesis doctoral, es que la noción de interés superior del niño que utiliza nuestra jurisprudencia nacional (Corte Suprema) es más restringida, desde el punto de vista de la protección del niño, que el concepto que deriva de la interpretación de autoridad del Comité de los Derechos del Niño.

Esta hipótesis pretende responder a la pregunta jurídica: ¿Se ajusta, es compatible, se adecua, la noción de interés superior del niño que usa la jurisprudencia chilena a la noción o concepto de interés superior del niño que surge a partir de la interpretación que realiza el Comité de los Derechos del Niño?

3.- Objetivos General y específicos.

3.1.- Objetivo General:

El principal objetivo de esta investigación es determinar la compatibilidad o no de la noción de interés superior del niño, utilizada por la jurisprudencia nacional, con la noción de interés superior del niño elaborada a partir de la interpretación del Comité de los Derechos del Niño.

3.2.- Objetivos Específicos:

3.2.1.- Identificar los elementos básicos de la noción de interés superior del niño en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño.

3.2.2.- Construir una noción general de interés superior del niño, a partir de los elementos identificados, en la interpretación de la Convención sobre los derechos del niño que realiza el Comité de los Derechos del Niño.

3.2.3.- Identificar los elementos o criterios constitutivos de la noción de interés superior del niño, en la jurisprudencia nacional (Corte Suprema).

3.2.4.- Elaborar la noción de interés superior del niño que se maneja a nivel de la jurisprudencia chilena.

3.2.5.- Realizar un análisis comparativo entre la noción de interés superior del niño del Comité de los Derechos del Niño y la noción del mismo que emana de la jurisprudencia nacional.

4.-Metodología.

4.1.- Los métodos de trabajo de esta tesis doctoral son: el **método dogmático de análisis documental** (revisión de textos oficiales emanados del Comité de los Derechos del Niño y de la literatura científica pertinente), en la primera parte; como asimismo, el **método de análisis de casos** (jurisprudencia emitida por la Corte Suprema nacional), y el **método de análisis comparativo** (entre la interpretación derivada del Comité y la interpretación emanada de la Corte Suprema nacional), en la segunda parte de la investigación.

De los documentos y casos, se inferirán elementos, criterios o principios generales, constitutivos de la noción de interés superior del niño.

Para, finalmente, realizar un **análisis comparativo** entre el concepto de interés superior del niño que utiliza el Comité de los Derechos del Niño y el concepto o conceptos de interés superior del niño que usa o ha usado nuestra Corte Suprema.

4.2.- Para llevar a cabo este proyecto de investigación, se recurrirá a la **interpretación de autoridad**, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que realiza el **Comité de los Derechos del Niño**, y que consta en los documentos oficiales que ha emitido, por tratarse del máximo organismo internacional a quien le corresponde verificar cómo se ha cumplido la Convención por los Estados Partes y emitir interpretación de autoridad respecto de sus normas.

A su vez, a nivel nacional se utilizará la **interpretación que realiza la Corte Suprema**, analizando la **jurisprudencia que emana de ésta**, por ser el máximo tribunal del país y porque a éste le corresponde la labor de uniformar la jurisprudencia en Chile.

4.3.- El **período de tiempo** que comprenderá esta investigación será de **catorce años**, los últimos catorce años, respecto de los documentos que emanan del **Comité de los derechos del niño**, esto es, entre el año 2001 y 2015, ambos incluidos. Se ha elegido como año de inicio el 2001 porque ese año el Comité de los Derechos del Niño emitió su primer comentario u observación general; también se ha optado por los últimos catorce años por considerar esta investigadora que catorce años constituyen un lapso suficiente de tiempo durante el cual es muy probable apreciar, con rigurosidad científica, cambios de criterio o constatar una continuidad del mismo, además de ser consistente con un criterio de actualidad de la información.

Sin embargo, con relación al período a investigar en cuanto a la **jurisprudencia** que emana de la **Excma. Corte Suprema nacional**, éste comprende los **últimos nueve años**, es decir, desde el año 2006 al 2015, atendido a que los Tribunales de Familia comenzaron a regir en Chile en Octubre del año 2005, por lo cual, la primera jurisprudencia que emana de la CS. que recae sobre fallos que emanan de esta judicatura especial es del año 2006²³.

²³Página del Poder Judicial chileno. Disponible en: www.pjud.cl. Consultada: 25 de mayo de 2013.

4.4.- Los documentos que se analizan son:

4.4.1.- Respecto del Comité de los Derechos del Niño:

4.4.1.1.- Los informes de actividades que elabora el Comité de los derechos del niño a la Asamblea General de las Naciones Unidas, cada dos años (12 informes bienales);

4.4.1.2.- Los comentarios u observaciones generales que emite el Comité (19).

4.4.2.- En cuanto a la Corte Suprema nacional:

Todos los fallos emitidos por esta Corte, en materia de familia, desde el año 2006 al 2015. (Aproximadamente, nueve mil sentencias).

5.- Novedad y relevancia de la tesis doctoral.

Una elucidación de este principio rector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Niños, resulta de interés y relevancia ya que ello contribuiría a que pueda operar realmente en la práctica como una orientación fundada en la toma de decisiones, en la creación de leyes, en la formulación de políticas públicas, en la adopción de actos administrativos, en la creación o modificación de instituciones, etc., relativas a los derechos de las niñas y niños de manera compatible con la Convención sobre los derechos del niño.

Dilucidar si los jueces chilenos interpretan el interés superior del niño de manera compatible o no con la interpretación que de este concepto realiza el Comité de los Derechos del Niño, es necesario para lograr su elucidación en nuestro país.

Importar la noción de interés superior del niño, que emana del órgano oficial de interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, puede ser un gran aporte a nuestro derecho de familia, ya que permitiría adecuar de mejor forma la normativa y las

políticas públicas sobre la infancia, a las prescripciones y principios rectores de la Convención señalada. Compromiso, este último, adquirido por Chile al suscribir y ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta tesis también, contribuirá a la difusión de la Convención sobre los derechos del niño en Chile y posibilitaría una mejor y mayor protección de los derechos de los niños en nuestro país, a la luz del principio del interés superior del niño.

Es altamente factible o probable alcanzar los objetivos que esta investigación se ha propuesto, por cuanto, el material de estudio está disponible en soporte material (papel) y/o electrónico, en idioma Español, Inglés o italiano, idiomas que esta tesista maneja.

La probabilidad de identificar el concepto implícito de interés superior del niño o de inferir los elementos esenciales de éste (consensuados por el Comité de los Derechos del Niño), en los documentos oficiales emitidos por el Comité de los Derechos del Niño, que serán analizados en esta investigación, es alta porque el Comité de los Derechos del Niño, como el órgano oficial que realiza la interpretación auténtica y vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño para los Estados Partes, no podría, desde una perspectiva de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, no manejar un concepto de este principio paradigmático en ésta.

Lo mismo vale, para el concepto de interés superior del niño que utiliza nuestro máximo tribunal de justicia, esto es, la Corte Suprema chilena. Como el principal órgano jurisdiccional, unificador de la jurisprudencia nacional, es impensable que no recurra a un concepto implícito de este principio del derecho internacional de los derechos humanos de los niños, al momento de resolver causas relativas a los derechos de éstos, en materia de derecho de familia.

6.- Alcance e impacto de los posibles resultados:

Brindar a la judicatura nacional, docentes de las escuelas de derecho chilenas, a los operadores jurídicos, a las autoridades políticas y administrativas nacionales, a los padres y cuidadores en general, entre otros, una mayor claridad sobre qué es el interés superior del niño, a la luz de la interpretación que realiza el Comité sobre los Derechos del Niño.

Contribuir a que se adopten decisiones judiciales, medidas administrativas y políticas, regulaciones legislativas, que se elaboren políticas públicas, de protección y promoción de los derechos de los niños, mejor fundamentadas, con mayor sustento teórico, en pro de una mayor y efectiva promoción y defensa de los derechos de los niños, en nuestro país, en consonancia con la doctrina de la protección integral de los niños, en boga en el mundo.

Determinar los elementos del concepto de interés superior del niño, presentes en los documentos que se estudiarán, permitirán a esta tesista proponer como contenido mínimo del concepto de interés superior del niño, estos elementos esenciales.

Además de lo señalado, se pretende realizar la publicación de, a lo menos, dos artículos en revistas indexadas y la edición de la investigación como libro, dentro del país.

7.- Discusión bibliográfica o estado del arte de la noción de Interés Superior del Niño:

Como ni la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴ ni sus tres protocolos facultativos (uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; otro sobre la participación de niños en conflictos armados; y otro sobre procedimientos de comunicaciones), proporcionan un concepto explícito de interés

²⁴ En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, pese a que se refiere directamente a esta noción en varias de sus disposiciones, como una consideración primordial a la que se debe atender en la realización de los Derechos de los Niños, no nos indica en qué consiste. Así ocurre en los artículos 3, párrafo 1; 9, párrafos 1 y 3; 18; 20, párrafo 1; 21; 37, letra c; y, finalmente, en el artículo 40, párrafo 2, letra b, apartado iii. La norma fundamental de la Convención sobre los Derechos de los Niños, es el artículo 3, párrafo 1, el cual prescribe:

"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".

superior del niño, pese a referirse a él y otorgarle un rol principal en la adopción de medidas relativas a los niños, ha quedado entregado a la doctrina y jurisprudencia su configuración o determinación específica²⁵. Así, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ha señalado que “la CDN no proporciona una definición precisa del interés superior del niño, ni esboza explícitamente sus elementos comunes”²⁶.

Si bien, la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, ya invocaba expresamente al Interés Superior del Niño, tampoco señala en qué consiste, no nos dice cuál es su contenido, sólo lo considera un principio *sine qua non* a considerar en la dictación de las leyes relativas a la infancia²⁷.

A propósito de la data de la existencia del principio del ISN en el derecho, el profesor Cillero afirma que este principio se encontraría presente en el derecho occidental desde mucho tiempo antes a la aprobación de la CDN el año 1989, aunque no necesariamente consagrado con estas mismas palabras, sino con equivalentes como el bienestar del menor. En este sentido, Cillero señala que “el principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado”²⁸. Concuera con el profesor Cillero la doctora en derecho de la Università di Torino, Jöelle Long, quién afirma que en el Derecho de Menores italiano este principio habría estado presente, por lo menos, desde 1865²⁹. Sin embargo, discrepan con ellos los profesores Dávila y Naya, quienes sostienen que el ISN es un principio nuevo, que se consagró recién en la declaración sobre los derechos del niño del año 1959, en el

²⁵Véanse: Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, op. Cit., p. 5; AGUILAR, op. Cit., cfr. p.229; VARGAS P. y CORREA C., op. Cit., pp.199 y 201.

²⁶ ACNUR, op. cit., p. 15.

²⁷ Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Disponible en: www.un.org/es/events/childrenday y en: [www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386(XIV)). Consultadas: el 27 de Julio de 2013.

²⁸CILLERO, op. Cit., p.131; AGUILAR, op. Cit., p. 228.

²⁹JÖELLE, Long, “Il ruolo del principio del superiore interesse del minore nella disciplina dell’immigrazione”, en Rivista Minori Giustizia, fascículo 1, 2006, Torino, cfr. p. 251. Disponible en: www.famigliacristiana.it/allegati/inmigrazione%20e%20s. Consultada: el 26 de junio de 2013.

principio II de ésta, señalándose en el principio VII, de la misma declaración, que se trataba de un principio rector, en la toma de decisiones relativas a los niños.³⁰

A su vez, la profesora Mary Beloff, ha constatado, también, la indeterminación de la noción del ISN, así como de otras instituciones o conceptos relativos al derecho de los niños, así nos dice “a nivel doctrinario se debaten los alcances de la concepción de los niños como sujetos de derecho, de “protección integral”, de interés superior del niño, de responsabilidad penal, etc.”³¹.

Por otra parte, si bien nuestra legislación de familia alude expresa y profusamente al principio del interés superior del niño, haciendo depender de él la adopción de importantes decisiones, no nos proporciona, sin embargo, un concepto explícito de él.³²

Ante la inexistencia de un concepto explícito de Interés Superior del Niño, en el derecho internacional y nacional, se ha recurrido a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial –tanto internacional como nacional- de este concepto. Desde el punto de vista doctrinario, la doctora bonaerense Paula Costanza Sardegna indica que el ISN es un concepto equívoco o polisémico, es decir, que tiene varios significados, como lo ha constatado esta autora y otros autores como Cillero, Aguilar, Beloff, ACNUR, González y

³⁰ DAVILA y NAYA, op. cit., cfr. p. 88.

³¹ BELOFF, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, p. 178.

³² Como acontece en los artículos 222; 225; 229; 234; 240, 242 y 244, inciso tercero, entre otros, del Código Civil. Lo mismo ocurre en el artículo 16, de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, el que prescribe:

“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considerará niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

A su vez, el artículo 1°, del Reglamento de la Ley 19.620, sobre Adopción en Chile, también nos remite a este principio, señalando que:

“Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño.

Dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Rodríguez³³, lo que contribuye al vaciamiento conceptual de este principio. Afirma, al respecto, “este principio encierra así un concepto multívoco, que termina resultando también equívoco, en cuanto, a que puede ser esgrimido al invocar la defensa de intereses contrapuestos, pudiendo llegar en algunos casos a poner en peligro el bienestar del niño”. Agrega esta autora “los amplios términos de su formulación hacen que su interpretación pueda ir cambiando de acuerdo a la realidad social. Es así como este principio general se va vaciando de contenido.”³⁴.

Intentando efectuar una clasificación preliminar, cabe señalar que algunos autores se han concentrado en identificar aquello que el ISN es en cuanto a su fuente, en cuanto a lo que es propiamente tal, en cuanto a su función, y en cuanto a los elementos que lo componen.

Así, desde el punto de vista de las fuentes, se ha sostenido que el ISN es un principio general del derecho³⁵, o bien, que es un principio jurídico garantista³⁶, e incluso, de forma un poco más vaga, que es un estándar normativo³⁷. En esta línea, Sardegna toma partido y nos indica que el ISN se trataría de un principio general del derecho, al expresar “por eso nuestra preocupación no se limita a la determinación de la existencia o conocimiento del principio del interés superior del niño en el ámbito laboral, sino al concreto reconocimiento y aplicación de aquél como Principio General del Derecho del Trabajo, y a la justa apreciación de sus alcances y consecuencia frente a la cruda realidad del trabajo infantil”³⁸. Además, la expresión “principio” ha sido usada respecto del ISN, por

³³ CILLERO, op. Cit. cfr. p. 141; AGUILAR, op cit. cfr. p.229, 236; BELOFF, “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina”, cfr. pp.55-80.; ACNUR, op. cit., cfr. p.15; GONZALEZ, Nuria y RODRÍGUEZ, Sonia, *El Interés Superior del Menor*, Ciudad de México, cfr. pp.27-28. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. Consultada el: 27 de junio de 2013.

³⁴ SARDEGNA, Paula C., “El interés superior del niño trabajador y la protección efectiva de sus derechos en Argentina”, en revista *Cognitio Juris*, Buenos Aires. Disponible en: www.cognitiojuris.com/artigos/04/07.html. Consultada: el 29 de julio de 2013.

³⁵ AGUILAR, op. Cit., p. 226.

³⁶ Corte Suprema chilena, Sentencia de fecha 2 de noviembre del 2006, LegalPublishing, Santiago de Chile, N°: 35511.

³⁷ CORRAL T., Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, p. 64.

³⁸ SARDEGNA, op. cit., *Cognitio Juris*.

algunos autores, como el profesor Cillero³⁹, en alguno de los dos sentidos que le dio Ronald Dworkin, esto es, primero, en sentido genérico, como “todo el conjunto de los estándares que no son normas” y segundo, en sentido más exacto, distinguiendo a los principios de las directrices políticas, como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁴⁰.

En cuanto a lo que es, en sí mismo considerado, los autores han planteado que se trata de un concepto jurídico indeterminado⁴¹, o bien, que es sinónimo del bienestar del niño⁴², o que se trata de un interés que prima sobre cualquier otro interés, pero también que comprende o respeta otros intereses, por ejemplo, el de los padres⁴³, también que se refiere a un interés social amparado por el derecho⁴⁴, y finalmente que es un concepto multívoco que contribuye al vaciamiento conceptual del principio del ISN⁴⁵.

Desde la perspectiva de su función, se ha afirmado que es un principio jurídico que opera como regla o criterio de interpretación del derecho, que apoya una interpretación holística de la Convención⁴⁶, o que puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas, que no se encuentren expresamente regidas por la ley⁴⁷, o bien, que permite integrar el derecho en presencia de laguna legal⁴⁸, o que se trata de una norma de resolución de conflictos jurídicos entre derechos contemplados en la misma CDN⁴⁹. También, los autores han propuesto que es una orientación o directriz política para la formulación de

³⁹ CILLERO, op. cit. cfr. p. 133.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, Ariel derecho, Barcelona, 2ª ed., 2012 p. 72.

⁴¹ CILLERO, op. cit., cfr. p.126; AGUILAR, op cit., cfr. p.229; BELOFF, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, op. cit., cfr. p. 178; ACNUR, op. cit. cfr. p. 15; GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ, op. cit., cfr. p. 242.

⁴² AGUILAR, op. Cit., p.245.

⁴³ Véanse: GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia, “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo, Santiago de Chile, 2002; AGUILAR, op. cit., p.242.

⁴⁴ Corte Suprema chilena, sentencia de fecha 2 de noviembre del 2006, LegalPublishing, Santiago de Chile, N°: 35511.

⁴⁵ SARDEGNA, op. cit., *Cognitio Juris*.

⁴⁶ Véanse: CILLERO; op. cit. p. 137; SARDEGNA, op. cit., *Cognitio Juris*.

⁴⁷ PARKER, op. cit., cfr. pp. 26-41.

⁴⁸ CILLERO, op. cit., p. 138.

⁴⁹ Idem., p.137.

políticas públicas para la infancia⁵⁰, o que es una guía principal en la adopción de decisiones⁵¹, y finalmente, han destacado que es un criterio rector para la adopción de una decisión definitiva, respecto del cual no existe la obligación de verificación⁵². En este contexto Sardegna, afirma que “se trata de una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos y no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”. En este último sentido se pronuncia también el profesor italiano Alessandro Baratta⁵³, quien incluso habla del interés universal del menor, para relevar que el ISN se trata de un principio transversal, que debe inspirar todas las políticas públicas, nacionales e internacionales, propiciando además el concepto de ciudadanía diferenciada del niño, como parte integrante de una futura y más real democracia participativa.

Por último, en cuanto a aquello que lo compone, los autores han sostenido que está compuesto por múltiples factores⁵⁴ y además, que es un conjunto de bienes⁵⁵.

En forma complementaria, y aún en el contexto de su significado, Sardegna, también consigna que “el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. Garantizados también por el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención, ello por cuanto el concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo

⁵⁰ Idem, p.141.

⁵¹ Véanse: ESPEJO y BALART, op. Cit., p. 47; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.

⁵² ESPEJO y BALART, op. Cit., cfr. p. 28 y 47.

⁵³ Véanse: SARDEGNA, op. Cit., *Cognitio Juris.*; BARATTA, Alessandro: “Democracia y derechos del niño”, en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago de Chile, Agosto, 2007, cfr. pp. 17-25.

⁵⁴ AGUILAR, op. Cit., p.245; VELOSO, Paulina: *Tratado, doctrina y jurisprudencia derecho de familia*, 4 tomos, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011, p. 374.

⁵⁵ BAEZA C., Gloria, “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, Santiago de Chile, 2001, p. 356.

integral y la calidad de vida”⁵⁶. Siguiendo la profesora Sardegna, en esta línea de pensamiento, al profesor Cillero, quien ha dicho que "(...) desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos".⁵⁷

Apreciamos que la doctora Sardegna acoge varias de las acepciones de ISN, dándonos luces de que éste puede ser el resultado de la complementación de varios o de todos sus significados, lo que igualmente genera algo de confusión a su respecto, particularmente, porque sería contradictorio con su pensamiento del vaciamiento conceptual por diversidad de sentidos. De lo que no queda duda, sin embargo, es que aboga con firmeza porque se provea de mayor contenido a este principio, así nos dice “el fin principal del ser humano es la felicidad por lo que debemos asumir el compromiso de garantizar los derechos del niño y dotar cada vez con mayor contenido al principio del interés superior del niño atendiendo particular y especialmente a sus condiciones esenciales, aquellas propias de un “niño”⁵⁸.

El profesor Cillero, concuerda con la profesora Sardegna, en cuanto a configurar mejor la noción del ISN, es más propone derechamente una definición, señalando que “un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y de evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a (sic) la Convención”⁵⁹.

Sin embargo, otros autores como Nuria González y Sonia Rodríguez, discrepan de Sardegna y Cillero pues estiman que es mejor no consagrar una definición formal del

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ CILLERO, *op.cit*, p.140.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cillero, *op. cit.*, p. 136.

Interés Superior del Niño, y dejar que se determine caso a caso, según sus particularidades, su contenido⁶⁰.

Por su parte, en cuanto a la operatividad del ISN y su indeterminación, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en las directrices que adoptó para realizar un procedimiento de determinación del interés superior del niño refugiado, señaló "el principio del interés superior del niño ha sido objeto de amplia consideración en los círculos académicos, operacionales y otros. Se refieren sistemáticamente al mismo los documentos jurídicos relativos a la protección de los niños, incluidos los adoptados por el Comité Ejecutivo del ACNUR en relación con los niños de la competencia de la Oficina. Con frecuencia, sin embargo, cómo aplicar en la práctica este principio supone un reto para el ACNUR y sus socios. Se dispone de instrucciones limitadas sobre cómo hacer operativo el principio del interés superior. Estas Directrices pretenden constituir un eslabón para ayudar a colmar este vacío"⁶¹.

En la misma línea de constatar la indeterminación del concepto de ISN, se encuentran Susan Turner⁶², y las profesoras Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, estas últimas al realizar un estudio de campo, concluyen que "no fue posible, sin embargo, ahondar en los elementos que los jueces consideran a la hora de construir el Interés Superior del Niño. Las entrevistas a los jueces muestran la existencia de factores no objetivables e incluso intuitivos que ellos manejan a discreción y que no quedan explicitados. Un par de jueces refiere como un problema la falta de conceptualización del Interés Superior y consideran por tanto que este principio puede ser un cliché, puede ser todo o nada, puede ser una frase hueca". En este punto concuerdan abogados y curadores ad litem (...)"⁶³.

⁶⁰ GONZALEZ, Nuria y RODRÍGUEZ, op. cit., cfr. pp.27-28.

⁶¹ ACNUR, op. cit., p.5.

⁶² TURNER, Susan: "Comentario de Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago)", en *Revista de derecho*, Vol. XVII, Valdivia, 2004, cfr. p. 278.

⁶³ VARGAS P. y CORREA C., op. cit., p.199.

Agregan, las profesoras Vargas y Correa "(...) los resultados muestran que el modo en que los jueces de familia construyen el principio del Interés Superior del Niño es formal y abstracto. En efecto, las fuentes consultadas no permiten determinar los elementos considerados ni los criterios utilizados, permaneciendo oscuros para estos efectos"⁶⁴.

A su vez, el profesor Aguilar opina de igual manera, al expresar "el artículo 3 inciso 1º de la Convención sobre los derechos del niño consagra el principio del interés superior del niño. El problema es esclarecer lo que debemos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala"⁶⁵.

Concluye el doctor Aguilar que, si bien no existe un concepto explícito de ISN se pueden reconocer, en la interpretación autorizada de la CIDH, algunos de sus elementos, los cuales no pueden faltar al referirnos a esta noción y que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio. Así, nos indica este autor, los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños"⁶⁶.

En este sentido, la Corte Americana de Derechos Humanos, al año 2012, mantiene su postura al respecto, señalando en el caso *Atala Riffo vs. Chile* que "(...) en relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"⁶⁷.

⁶⁴ VARGAS P. y CORREA C., op. cit., p.201.

⁶⁵ AGUILAR, op. cit., p. 229.

⁶⁶ AGUILAR, op. cit., cfr. pp. 245 y 246.

⁶⁷ Sentencia de la Corte Interamericana, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, de fecha 24 de febrero de 2012, considerando 108, p. 38. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>. Consultada el: 31 de julio de 2013.

Se desprende de la sentencia citada que otro elemento que integraría esta noción es que el ISN no puede ser invocado para discriminar arbitrariamente, al afirmar que “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”⁶⁸.

En esta línea de pensamiento, de que el interés superior del niño pese a ser un concepto indeterminado o en elaboración, permite visualizar los elementos que lo integran el doctor italiano Riondino Michele, considera que componen la noción de ISN, o interés supremo del niño como le denomina él, los intereses morales y materiales del niño⁶⁹.

Por su parte, la profesora Mary Beloff, constata también la indeterminación de este concepto, al señalar que “ciertamente, en cualquier área temática relacionada con los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior o por sujeto de derecho -aún más, por protección integral- plantea en muchos casos la discusión en términos tutelares clásicos”⁷⁰. Esta autora, respecto del concepto de ISN, al igual que la profesora Sardegna, nos remite al autor nacional Miguel Cillero Bruñol.⁷¹

En esta misma línea, el doctor Luis Villavicencio, también, da cuenta de la falta de un concepto determinado, al comentar el artículo 2.1, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Ley española de fecha 15 de enero de 1996, respecto de la cual expresa “me interesa destacar que el artículo 2.1. reconoce el interés superior del niño como principio general en los siguientes términos “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”. No me parece, con todo, correcta la formulación que hace la ley del

⁶⁸ Idem., considerando 110, p. 39.

⁶⁹ MICHELE, Riondino, “L’interesse del minore nell’affido condiviso, Università Europea, Roma, 2011, cfr. p.3.

⁷⁰ BELOFF, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, op. cit., cfr. p. 178.

⁷¹ *Ibidem*.

interés superior del niño. Creo que es demasiado restrictiva y vaga, perdiendo la oportunidad de concretizar la forma en que la Convención recoge este principio. Claramente se trata de una repetición innecesaria del artículo 3.1. de la Convención, contraria a la propia inspiración de la ley en orden a no repetir derechos y estándares que ya forman parte del ordenamiento jurídico español. Por último, la alusión a que las medidas que se adopten tendrán siempre un carácter educativo me parece equívoca en cuanto constituye una contaminación del paradigma tutelar⁷².

Agrega el profesor Villavicencio, conteste con el profesor Cillero, con la profesora Sardegna, con Mery Beloff, con el doctor Aguilar, entre otros, que “éste no es sólo una enunciación inspiradora o programática, sino una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros. El interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que vaya asumiendo progresivamente su ciudadanía plena y un mecanismo para lograrlo se relaciona directamente con el derecho del niño, niña y adolescente a formar su propia conciencia, elegir sus creencias y expresarlas, las que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos de la libertad religiosa⁷³”.

Por su parte, la profesora italiana Maura Marchegiani constata la forma casi peyorativa de referirse al ISN, por parte de algunos autores, al considerar que éste es una noción indeterminada e, incluso, se ha dicho de él que se trataría de un concepto “mágico”, sin embargo, la doctora Marchegiani no concuerda con éstos, pese a reconocer un cierto grado de indeterminación de esta noción. Así, nos señala “este concepto, que ha sido acusado de resultar un poco vago, representa sin embargo un indudable progreso, como lo destaca Enrico Quadri quien sostiene “...no debe desalentar la a menudo lamentada evanescencia de la noción misma de “interés del menor”, dado que su verdadera fuerza es su flexibilidad, ligada al carácter de relatividad y adaptabilidad en función de las exigencias

⁷² VILLAVICENCIO, Luis, “La Libertad Religiosa y la Infancia en el Sistema Español. Una aproximación teórica y positiva”, en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, p. 87.

⁷³ Idem, p. 88.

que de vez en cuando concretamente debe satisfacer, que también la hace refractaria a cada intento de definición abstracta. (...) Representando el “favor minoris” un valor fundamental para nuestra sociedad, es necesario hacerlo una operante regla de acción. Y si el “interés del menor” ha sido maliciosamente comparado con una “fórmula mágica”, el más extraordinario prodigio que con ella podría cumplirse es asegurar a cada niño la normalidad de una vida serena y prudente hacia el futuro que les pertenece...”⁷⁴

El doctor Cillero, por su parte, discrepa un poco de esta afirmación acerca de la indeterminación de la noción del ISN, o mejor dicho la relativiza al afirmar que “generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”⁷⁵. Sin embargo, agrega “una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga de interés superior del niño”⁷⁶.

En otra línea de pensamiento, esto es, en cuanto a qué es el ISN, en sí mismo considerado, se ha estimado que el Interés superior del niño es un interés que prima sobre cualquier otro interés de terceras personas, por ejemplo, respecto del interés de los padres o del Estado. Pero, también, matizando esta postura, se ha sostenido que el ISN comprende y respeta otros intereses como el de los padres. Así lo afirman, entre otros autores⁷⁷, la doctora italiana Jöelle Long, quien señala “todos los ordenamientos jurídicos

⁷⁴ MARCHEGANI, Maura, "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell' infanzia, 2003, p. 20. Disponible en: www.garanteminori.regione.marche.it/maura1.doc. Consultada: el 30 de julio de 2013. Questo concetto, che è stato accusato di risultare un po' vago, rappresenta comunque un indubbio progresso, come sottolinea Enrico Quadri che sostiene "...non deve scoraggiare la spesso lamentata evanescenza della stessa nozione di "interesse del minore", dato che la sua vera forza è proprio la flessibilità, legata a quel carattere di relatività e di conformabilità in funzione delle esigenze di volta in volta concretamente da soddisfare, che pure la rende refrattaria ad ogni tentativo di astratta definizione.[...] Rappresentando il "favor minoris" un valore fondamentale per la nostra società, è necessario renderlo operante regola d'azione. E se l'"interesse del minore" è stato maliziosamente paragonato ad una "formula magica", il più straordinario prodigio che con essa potrebbe compiersi è forse quello di assicurare ad ogni minore la normalità di una vita serena e protesa verso quel futuro che gli appartiene..." (T de A).

⁷⁵ CILLERO, op. Cit., p. 126.

⁷⁶ Idem, p. 135.

⁷⁷ AGUILAR, op. cit, p.230; GATICA y CHAIMOVIC, op. cit.La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.

contemporáneos reconocen, al menos a nivel formal, la preeminencia del interés superior del menor en el caso de conflicto con intereses pertenecientes a sujetos diferentes. El principio, conocido como *best interests of the child* (el mejor interés del niño), luego fue consagrado en el art.3 de la Convención ONU sobre los derechos del menor⁷⁸. En el mismo sentido, pero matizando esta postura, se expresa la profesora italiana Elena Perla Simonetti, al afirmar “el principio del interés superior del niño respeta cualquier otro tipo de intereses incluidos los de los padres”⁷⁹.

Comparten la postura precedente, las profesoras Nora Gatica y Claudia Chaimovic, quienes al adherir a esta posición doctrinaria, señalan “el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”⁸⁰. Así también piensan los autores españoles Dávila y Naya.⁸¹

También, la profesora Marchegiani se encuentra en esta línea, puesto que considera que el ISN se trata de un criterio determinante que debe primar en cada cuestión que atañe a un niño. Así, expone “entre los derechos consagrados en la Convención sobre los derechos del niño, de particular relevancia resulta el del interés superior del niño cuyas prerrogativas deben ser tenidas en la máxima consideración en cada circunstancia (art. 3); (...) Tal criterio debe acompañar cada iniciativa relativa a los niños a través de la individualización de mecanismos de protección efectivamente operativos⁸²”. Coincide con esta línea de

⁷⁸ LONG, Joelle, op. Cit., p. 251, “Il diritto del genitore “alla differenza culturale” nella relazione educativa con la prole: contenuto e limiti”, Dottora Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino, Disponible en: <http://hubmiur.pubblica.istruzione.it>. Consultada: el 26 de junio 2013. “Tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei riconoscono, almeno a livello formale, la preminenza dell’interesse del minore nel caso di conflitto con interessi appartenenti a soggetti diversi. Il principio, noto come *best interests of the child*, è stato poi canonizzato dall’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del minore”(T de A).

⁷⁹SIMONETTI, op. cit. Lezione 3, “Il principio del superiore interesse del fanciullo rispetto a qualsiasi altro genere di interessi compresi quelli dei genitori”.

⁸⁰ GATICA y CHAIMOVIC, op. cit., *La Semana Juridica*, 13 al 19 de mayo, Santiago de Chile, 2002.

⁸¹ DAVILA y NAYA, op. cit., cfr. p. 88.

⁸² MARCHEGIANI, Maura, “La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e

pensamiento la profesora chilena Paulina Veloso, al afirmar la supremacía del interés superior del menor y el acento que se ha puesto en el carácter de sujeto del menor y en sus derechos, lo que considera una verdadera revolución en el derecho de familia nacional⁸³. Confirma esto último, es decir, que la nueva consideración del niño como sujeto de derechos, que ha dejado atrás la concepción del niño como objeto del derecho, significa una verdadera revolución, la afirmación de la profesora Saulini y su grupo de trabajo, al afirmar que este nuevo estatus jurídico de los niños implica y presupone cambios en las estructuras políticas, sociales, institucionales y culturales.⁸⁴

Otros autores, realizan una distinción un poco más sutil, en la situación de conflictos de intereses en que se ve involucrado el interés superior del niño, así el profesor Francisco Rivero Hernández, afirma que la presentación conflictiva del interés del hijo puede darse de dos formas. Primero, en una situación jurídica que exclusivamente afecta al niño, en la que no concurren otros derechos o personas, caso en el cual decidir en consonancia con el favor filii significa pronunciarse por una opción determinada, entre varias posibles respecto del ejercicio de un derecho del niño que se encuentra cuestionado, como podría ser su derecho a la salud o a la educación. Segundo, y siguiendo también, en este punto, al profesor Díez Picazo, la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual, en caso de conflicto de interés (interés del hijo versus interés de los padres), el interés de los hijos prevalece, de modo que, el interés de los progenitores, una vez valorados ambos intereses en pugna, cede frente al derecho e interés superior del hijo. En esta segunda situación, el interés superior del niño es un elemento del derecho del niño afectado y del conflicto mismo⁸⁵.

consagrazione dei diritti dell' infanzia, 2003, p. 20. Disponible en: www.garanteminori.regione.marche.it/maura1.doc. Consultada: el 30 de julio de 2013. Tra i diritti sanciti dalla Convenzione a tutela del minore, di particolare rilevanza risulta quello del superiore interesse del minore le cui prerogative devono essere tenute nella massima considerazione in ogni circostanza (art. 3); (...) Tale criterio deve accompagnare ogni iniziativa relativa ai fanciulli attraverso l'individuazione di meccanismi di tutela effettivamente operanti"(T de A).

⁸³ VELOSO, Paulina, "Estado y perspectivas del derecho civil chileno", en *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004, P. 149.

⁸⁴ SAULINI, Arianna e PUGLIESE, Vittoria (coordinatrici), *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 6° Rapporte di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 2012-2013*, Roma, 2013, cfr. p.36. Disponible en: www.immigrazione.it/docs/2013/1-013-crc-infanzia.pdf. Consultada: el 2 de agosto de 2013.

⁸⁵ Véanse: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000; DÍEZ-PICAZO, L., "El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant.)", en *La Tutela de los Derechos del*

Ahora bien, la doctora Fabiola Lathrop, por su parte, nos advierte que “no siempre prevalecerá el principio del mejor interés del hijo: si el *favor filii* actúa como criterio único o preponderante; si la ley establece directamente que ese principio es el que debe primar; o si, finalmente, se observa en el conflicto un relativo equilibrio de los intereses involucrados, se impondrá el interés del niño. En otros casos, en cambio, el interés del hijo concurre con otros intereses que son igualmente válidos para el legislador y, por lo tanto, se requerirá una ponderación más equilibrada de todos ellos. Si bien el interés del niño debe ser una consideración primordial, ello no significa que siempre y, en todo caso, deba atenderse exclusivamente a él. Por el contrario, en muchas situaciones habrá que conciliarlo con el de otras personas pertenecientes a su realidad familiar”⁸⁶.

En una línea doctrinal diferente, la profesora Gloria Baeza Concha, nos da un concepto de Interés Superior del Niño considerando a esta noción como “un conjunto de bienes”, al afirmar que el ISN es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”⁸⁷.

En cuanto a la necesidad de verificación de que se respete el ISN y a que se considere a este principio como una guía principal al momento de adoptar una decisión relativa a los niños, los profesores Espejo y Balart nos dicen “(...) y no se establece la obligación de verificación del interés superior del niño como criterio rector de la decisión final de expulsión”⁸⁸. Continúan proponiendo que, “(...) el Estado de Chile debiera reforzar la protección legal de los derechos de los NNA migrantes, generando estándares legales precisos, verificables en base a políticas y procesos de seguimiento y en los que el interés superior del niño sea el centro de la acción estatal”⁸⁹.

Menor, Córdoba, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, 1984, cfr. p.130.

⁸⁶ LATHROP, Fabiola, “Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos”, en *Gaceta Jurídica* N° 330, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2007, p. 9.

⁸⁷ BAEZA, op. cit., p. 235.

⁸⁸ ESPEJO y BALART, op. Cit., p. 28.

⁸⁹ *Idem.*, p. 47.

Concluyen estos autores expresando “toda propuesta de reforma debiera consagrar expresamente los principios de *no-discriminación* y de *interés superior* de los NNA migrantes como guía principal de las decisiones que adopte toda autoridad migratoria, policial, educacional, de salud y jurisdiccional y que pueda tener impacto en los derechos de estos niños, niñas y adolescentes”⁹⁰.

De manera similar opina el profesor Corral Talciani, agregando que ésta sería una cuestión pacífica en la doctrina, al exponer que “pareciera que no hay desacuerdo en que tanto en las decisiones legislativas, administrativas como judiciales en las que se vean implicados menores de edad o niños, en los términos de la Convención de Derechos del Niño, el interés de éste debe ser considerado con particular relevancia”⁹¹.

En cuanto a en qué consiste el Interés Superior del Niño, para el profesor Corral, éste esboza que se trataría de un estándar normativo. Así, nos dice que “el estándar normativo del interés superior del niño cuando se trata de conflictos de intereses entre padres o ascendientes y un menor que es hijo, asume la denominación usual de *favor filii*, o interés superior del hijo”⁹².

En otra línea de pensamiento, la profesora Gaia, considera que el ISN es un criterio interpretativo, así nos dice “con la ratificación de la Convención ONU sobre los derechos del niño y su inclusión en el ordenamiento jurídico italiano interno, ha comenzado un cambio en la concepción del menor y se han adoptado disposiciones legislativas que han elevado el principio del interés superior del menor a criterio interpretativo fundamental de la norma singular. Este principio va a destacar la centralidad de cada menor singular, considerado en su diversidad”⁹³.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ CORRAL T., op. Cit., p. 64.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ GAI, Roberta, op. cit., p. 6. “Con la ratifica della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e la sua inclusione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, è stato avviato un cambiamento nella concezione del minore e sono state prodotte disposizioni legislative che hanno elevato il principio del superiore interesse del minore a fondamentale criterio interpretativo delle singole norme. Questo principio va a sottolineare la centralità di ogni singolo minore, considerato nella sua “diversità”(T de A).

En cuanto a los sujetos que resultarían obligados por el ISN no hay discrepancias relevantes en la doctrina, ya que los autores mayoritariamente han sostenido que el principio del interés superior del niño es un principio jurídico de aplicación concreta por los jueces del caso, es también un mandato al legislador, es un imperativo para las autoridades políticas y administrativas, es una consideración primordial que deben considerar las instituciones públicas y privadas, personas naturales o jurídicas, entre otros, cuando adopten medidas relativas a las niñas, niños y adolescentes. En este sentido se han expresado autores como Aldana y Pedraza, De Ferrari, Baldadassarre, Dávila y Naya, Cillero y Aguilar⁹⁴.

Finalmente, y al margen de cualquier discrepancia acerca de a quién obliga el interés superior del niño, acerca de cuáles son sus elementos esenciales, cuál es su naturaleza jurídica, cuáles serían los roles que cumple, cuál sería su rango normativo, etc., está claro en la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, que se considera un principio de tal magnitud en el mundo que, por ejemplo, México, le ha otorgado reconocimiento expreso en su Constitución Política, consagrándolo en el artículo 4º, inciso 8º, de la Carta Magna, principio que fue incorporado en el texto constitucional el año 2011⁹⁵.

A su vez, en Italia ya el año 2003, pese a existir pocas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional que se refirieran al derecho internacional, las escasas veces que se

⁹⁴ Véanse: YAH, Selene y PEDRAZA, Zoila, La conceptualización del principio del interés superior del niño, como criterio de interpretación, una propuesta para el Estado de Campeche, 2013, cfr. P. 47-48. Disponible en: www.ifaj.edu.mx/sitio2/wp-content/uploads/2013/07/tesina-selene-del-rocio-yah-aldana.pdf. Consultada: el 2 de agosto de 2013; DE FERRARI, Luis, "Notas sobre la genesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal adolescente en Chile", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, Unicef, Santiago de Chile, 2006, pp.113-114; BALDADASSARRE, Laura: *Le indicazioni del Comitato ONU sui diritti dell' infanzia*, Unicef, Roma, 2012, cfr. p. 17.; DÁVILA B., Paludi y NAYA G., Luis María, op. cit., p. 92; CILLERO, op. cit. cfr. p. 134 y 141; AGUILAR, op. cit., cfr. pp. 238 y 245.

⁹⁵ Transcribo los incisos 8º, 9º y 10º, del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, por su trascendencia en la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, esperando sirva de modelo e inspiración a nuestro país. Inciso 8º: "En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez".

Inciso 9º: "Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios".

Inciso 10º: "El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

remitían a éste lo hacían respecto del interés superior del niño, o como lo denominan algunos autores italianos al preeminente interés superior del menor. Así consta, de las palabras del presidente del Tribunal Constitucional italiano, ministro señor Gustavo Zagrebelsky, quien en abril del año 2004, al efectuar la relación del trabajo realizado por el Tribunal Constitucional el año 2003 señaló “escasos son, en el año 2003, los pronunciamientos que contienen referencias explícitas al derecho internacional. Se señala la sentencia 149 sobre el proceso de menores, en la cual se invocan, para sostener la tutela del preeminente interés del niño a una rápida salida del proceso, junto al artículo 31 constitucional, “los principios enunciados en las Convenciones, en las Reglas y en las Recomendaciones internacionales en la materia, a los cuales esta Corte reiteradamente se ha referido”⁹⁶. También, nuestro TC se ha referido en numerosas sentencias al interés superior del niño, como un principio trascendental en el derecho de familia chileno⁹⁷.

8.- Plan de trabajo:

.....

Capítulo I.- El concepto de Interés Superior del Niño en el Comité de los Derechos del Niño.

1.- Convención sobre los Derechos del Niño.

1.1.- El impacto contemporáneo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Parece necesario, antes de entrar en el análisis del concepto de interés superior del niño que ha elaborado el Comité de los Derechos del Niño, hacer una breve referencia a la Convención sobre los derechos del niño, ya que ésta es la fuente formal del derecho

⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, “La giustizia costituzionale nell 2003”, Relazione del presidente della Corte costituzionale, 2 de abril de 2004, p 33. Disponible en: http://cortecostituzionale.it/actionpagina_396.doc. Consultada el: 2 de agosto de 2013. “Scarse sono, nell’anno 2003, le pronunce che contengono riferimenti espliciti al diritto internazionale. Si segnala la sentenza 149 sul processo minorile, nella quale si evocano, per sostenere la tutela del preminente interesse del minore ad una rapida uscita dal processo, accanto all’art. 31 Cost., “i principi enunciati nelle Convenzioni, nelle Regole e nelle Raccomandazioni internazionali in materia, a cui questa Corte si è ripetutamente richiamata”(T de A).

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2156-2011-INA., emitida el 20 de noviembre del 2012, en la cual, en el segundo voto de minoría, se afirma “este Tribunal Constitucional, en más de una ocasión (roles 465,786, 1537, 1656, 1683) ha aludido al principio del interés superior del niño en la fundamentación de sus sentencias. Se ha referido, así a la prevalencia del ISN y, para explicar su configuración ha citado entre otros a la Corte Interamericana de derechos humanos. Cfr. considerando tercero, pág. 15, fs. 185 del expediente.

internacional público de los derechos humanos que ha incorporado, con fuerza vinculante para los Estados miembros, al derecho internacional público, de manera directa, y al derecho nacional de los Estados Partes, de modo indirecto, el interés superior del niño.

Así mismo, es relevante destacar cómo la Convención ha posibilitado e impulsado el desarrollo de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, en un mundo altamente globalizado, que tiende a la internacionalización de los derechos de los niños, y a la mundialización del derecho en general, como lo afirman Mascia, Ferrarese, Aguilar, Gómez, Palombella, entre otros autores⁹⁸.

En efecto, examinando el marco jurídico determinante, en el cual se acuña el principio del interés superior del niño con fuerza vinculante, cual es, la Convención sobre los derechos del niño, podemos apreciar que la Convención ha significado un cambio de paradigma en la forma cómo concebimos a los niños, desde un punto de vista principalmente jurídico, desde considerarlos un objeto del derecho a un sujeto pleno de derechos. Así, la Convención ha devenido en constituirse en un trascendental motor de cambios legales, culturales y sociales.

Cabe una reflexión en este punto, normalmente las reformas jurídicas relevantes vienen precedidas de cambios de patrones sociales y culturales que llevan años de desarrollo fáctico, como ha sucedido por ejemplo con la institución del divorcio, respecto de los cuales el derecho viene simplemente a reconocerlos y regularlos, sin embargo, en cuanto al respeto de los derechos y la persona de los niños constatamos que ha sucedido lo contrario, primero se reconocen estos derechos y la dignidad de la persona de éste en la CDN y luego se genera, a partir de ella, cambios progresivos en los patrones culturales al interior de los Estados Miembros, los cuales están lejos de encontrarse ampliamente

⁹⁸ MASCIA, M., "L' internazionalizzazione dei diritti dell' infanzia", *Revista Pace, diritti dell'uomo diritti dei popoli*, (1), 1990, pp. 67-76; FERRARESE, María R, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, Italia, 2005; AGUILAR, Gonzalo, "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, Chile, 2008, pp. 223-247; GÓMEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, España, 2011; PALOMBELLA, Gianluigi, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, primera edición, 2012.

asentados, como se señala más adelante, ya que en el caso del derecho de los derechos de los niños, como también acontece con los derechos de las mujeres, se requieren de varias decenas de años para que el cambio de patrones culturales a su respecto (esto es, en la selección y configuración de un conjunto de hábitos, valores, creencias y actividades y en la evaluación que se hace de ellos) decante y se asiente, tiempo que es diferentes de una sociedad a otra, ya que depende de múltiples factores concurrentes y del grado de los mismos, como evolución de los medios de comunicación, nivel de alfabetización e instrucción de la población, resistencia de la población al cambio, posible choque contracultural, grado de modernidad, problemas de interpretación del lenguaje y de comunicación, etc. Así opinan autores como Corchia, Bennet, Martin, Mercer y Woollacott, Merino, y otros⁹⁹.

Así, vemos cómo la Convención citada ha relevado la protección de los niños desde el ámbito nacional al internacional, observamos cómo de considerar los derechos de los infantes simples derechos civiles nacionales, cuando se les reconocía alguno, los ha elevado a la categoría de derechos fundamentales o derechos humanos básicos, elaborando un amplio catálogo de ellos.

A su vez, podemos constatar que la Convención se ha convertido en la causa principal que ha impulsado trascendentales reformas jurídicas en lo relativo a los derechos de los niños, tanto en Chile como en gran parte del mundo.

El contexto jurídico y político en el que ha ocurrido esta evolución de los derechos humanos de los niños, que culmina con la adopción de la Convención sobre los derechos del niño, como hemos señalado, es el de un mundo globalizado, en el cual podemos apreciar una cada vez mayor internacionalización del derecho y una creciente tendencia a la mundialización del mismo, así como a la búsqueda de la paz y seguridad mundial, luego de las desastrosas vivencias que significaron las dos grandes guerras mundiales, que dicho sea

⁹⁹ CORCHIA, Luca, *La lógica dei processi culturali. Jürgen Habermas tra filosofia e sociologia*, edizioni ECIG, Génova, Italia, 2010, cfr. pp. 5-7; BENNETT, T., MARTIN, G., MERCER, C. et al, "Culture, Ideology and Social Process", en *The Open University Press*, Londres, 1989, cfr. p.48; MERINO, José Manuel, "Teoría Cultural y Modernización", 1989, pp. 95-99. Disponible en: www.facso.uchile, consultada el 25 de octubre de 2015.

de paso, son los mismos elementos que podemos encontrar en la génesis de la Unión Europea, junto con el desarrollo del comercio, como muy bien lo explican autores como Pernice, Palombella, Gómez¹⁰⁰.

A su vez, es posible constatar que el desarrollo de los derechos humanos o fundamentales de los niños se ha dado en un brevísimo lapso de tiempo, si consideramos la totalidad de la historia del derecho occidental, desde los griegos a nuestros días, y del derecho oriental, desde los códigos mesopotámicos como el Código de Hammurabi (1728 ac.), el Código Ur-Nammu (2050 ac.), el de Eshnunna (1930 ac.) y el de Lipit-Ishtar (1870 ac), entre muchos más, a la actualidad, es decir, en tan sólo noventa años (contados desde la Declaración de Ginebra de 1924 al presente), el derecho de los derechos humanos de los niños, ha experimentado una vertiginosa evolución, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional de los Estados Partes de la Convención¹⁰¹.

Así, el desarrollo de los derechos humanos de los niños en la comunidad internacional ha potenciado y posibilitado el desarrollo del derecho de los niños a nivel nacional, en diversas áreas del derecho interno, como podemos apreciar ha ocurrido en Chile, motivadas por la Convención sobre los derechos del niño.

Dentro de las más relevantes modificaciones de nuestro derecho, que afectan y benefician directamente a las niñas, niños y adolescentes chilenos, se encuentran la derogación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y, dentro de estos últimos, entre hijos naturales y simplemente ilegítimos, el año 1998; la incorporación, en 1999, de la posibilidad que los niños adoptados puedan conocer la identidad de sus padres biológicos, si lo desean; la opción real, amplia y expedita de investigar la verdadera filiación de todo hijo, mediante la impugnación y la reclamación de la maternidad y/o la paternidad desde el año 1998, ampliada en el 2005; la incorporación del derecho a ser oído de todo niño,

¹⁰⁰ PERNICE, Ingolf, "Multilevel constitutionalism in the European Union", Walter Hallstein-Institut, Berlín, Alemania, 2001. Disponible en: www.ugr.es/redce/Redce17/articulos/17_Pernice.htm. Consultada el 4 de julio del 2014; PALOMBELLA, op. cit.; GÓMEZ, op. cit.

¹⁰¹ SANMARTÍN, J., *Códigos legales de tradición babilónica*, Trotta Editorial, Barcelona, 1999; FINKELSTEIN, I. y SILBERMAN, N., *La Biblia desenterrada: Una nueva visión arqueológica del antiguo Israel y los orígenes de sus textos sagrados*, 3º Ed., Siglo XXI, 2012.

principalmente en sede judicial; y el principio del interés superior del niño en diversos textos legales¹⁰².

Consecuentemente, constatamos que de una separación inicial muy marcada entre estas dos esferas jurídicas, el derecho internacional público de los derechos humanos y el derecho nacional, se ha tendido gradualmente a una articulación cada vez más intensa entre ellas. Por esta razón, la evolución del derecho internacional, particularmente en el ámbito de los derechos humanos del niño, ha generado un gran impacto en los ordenamientos jurídicos estatales, en este sentido se ha expresado el profesor Aguilar y la profesora Beloff, entre otros autores¹⁰³.

Es necesario recordar que dentro del Derecho Internacional Público, los Derechos Humanos se han ido perfilando como una rama diferenciada, con características propias, junto al Derecho Humanitario y al Derecho de los Refugiados, los que constituirían en la actualidad las tres grandes áreas del derecho internacional público, como lo afirman Oddone y Granato, Vinuesa y Salmón¹⁰⁴.

Dicho lo precedente, es posible afirmar que existe consenso en la comunidad internacional y en la doctrina respectiva, en cuanto a que los derechos del niño son Derechos Humanos o Fundamentales, pues constan en tratados y declaraciones que tienen esta naturaleza jurídica. Dentro de los autores que así opinan se encuentran, por ejemplo,

¹⁰² Véanse: Ley N° 19.585, sobre Filiación, publicada en el D.O. de fecha 26 de Octubre de 1998; Ley N° 19.620, sobre adopción de menores, de fecha 5 de Agosto de 1999; Decreto N° 944, Reglamento de la Ley de adopción, publicado con fecha 18 de Marzo del año 2000; Ley N° 20.030, sobre modificaciones varias, entre ellas sobre filiación, publicada en el D.O. del 5 de Julio de 2005; La Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, de fecha 30 de Agosto del año 2004, que entró en vigencia el 1 de Octubre del año 2005.

¹⁰³ Véanse: AGUILAR, op. cit., cfr. p. 225; BELOFF, Mary, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago de Chile, 2007, cfr. p. 177; Declaración de la Segunda Cumbre Mundial de la Infancia, Asamblea General de Naciones Unidas, 2002. Disponible en: www.un.org/es/development/devagenda/children.shtml. Consultada el: 2 de agosto de 2013.

¹⁰⁴ Véanse, ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo, “Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y derecho de los refugiados: la lógica de su existencia”, 1998. Disponible en: www.academia.edu/1282114/Derecho_internacional_humanitario. Consultada: el 1 de agosto de 2013; VINUESA, Raúl, “Derechos humanos y derecho Internacional humanitario, diferencias y complementariedad”, 1998. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8htm. Consultada: el 1 de agosto de 2013; SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Lima, 2004, pp. 70-75. Disponible en: www.corteidh.org.cr/tablas/r25212.pdf. Consultada: el 2 de agosto de 2013.

los profesores Beloff, Couso, Valencia, De Giovanni, Bidart-Campos, Carmona-Luque y Rivero-Hernández¹⁰⁵.

En este orden de cosas, podemos apreciar que los derechos del niño se han ido incorporando paulatinamente al interior de los Estados, como consecuencia de la ratificación de las convenciones y declaraciones sobre derechos humanos de los niños, realizadas con los más altos grados de adhesión que ningún otro instrumento internacional de derechos humanos haya tenido. Comparten esta opinión autores como Nogueira, Nash, Medina, Cassese y Schembri¹⁰⁶.

El derecho internacional de los derechos humanos del niño se compone, desde un punto de vista de las fuentes convencionales, principalmente de los instrumentos que paso a reseñar, sin perjuicio, de otros documentos internacionales a los que por espacio no me referiré, tópico que, en todo caso, ha sido ampliamente desarrollado por autores e instituciones como el profesor Cillero, Aguilar, De Giovanni, Valencia, Carmona-Luque, Unicef, entre otros¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Véanse: BELOFF, Mary, "Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp.55-80; COUSO, Jaime, "La política criminal para adolescentes y la ley 20.084", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp. 213-245; VALENCIA, Jorge, "Evolución de la normativa sobre los derechos del niño en la legislación peruana", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp. 145-164; DE GIOVANNI, Alessandra, "Genesi della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza(1989) e suoi più recenti sviluppi legislativi", en *Note*, Roma, cfr. p. 99. Disponible en: <http://Inx.papaseparati.org/psitalia/i-diritti-dei-minori/genesi-della-convenzione-internazionale-sui-diritti-dellinfanzia-e-delladolescenza.html>. Consultada: 1 de agosto de 2013; BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, cfr. p. 4; CARMONA-LUQUE, M., *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011; RIVERO-HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2° Ed., Madrid, 2007.

¹⁰⁶ Véanse: NOGUEIRA, op. cit., cfr. pp. 340-344; NASH, op. cit., cfr., pp. 14-15; MEDINA Q., op. cit., cfr. pp. 6-11; CASSESE, op. cit., cfr. pp. 11-26; SCHEMBRI, op. cit., cfr. p.1-3; Declaración de la Segunda Cumbre Mundial de la Infancia, Asamblea General de Naciones Unidas, 2002. Disponible en: www.un.org/es/development/devagenda/children.shtm. Consultada el: 2 de agosto de 2013.

¹⁰⁷ Véanse: CILLERO, Miguel: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, agosto del 2007, cfr. p.127; AGUILAR, op. cit., cfr. p. 227; DE GIOVANNI, op. cit., cfr. p. 99; VALENCIA, op. cit., cfr. pp. 1145-164; CARMONA-LUQUE, op. cit. cfr.; El marco de los derechos humanos - Unicef. Disponible en: www.unicef.org/spanish/crc/index_framework.html. Consultada: el 26 de julio de 2013.

En primer lugar, por la Declaración de los Derechos del Niño, también denominada Declaración de Ginebra, de fecha 26 de diciembre del año 1924, formulada por la Sociedad de Naciones. Se trata del primer documento de carácter jurídico elaborado por la comunidad internacional, que se refiere, específicamente, a la condición jurídica de los niños, reconociéndoles expresamente derechos y garantías mínimas para su desarrollo, en pro de lograr su mayor bienestar, como lo afirma la ONG internacional Humanium, con sede principal en Ginebra¹⁰⁸.

Esta Declaración surge, principalmente, motivada por la gran conmoción que causó en la comunidad internacional las dramáticas condiciones de vida en que millones de niñas, niños y adolescentes quedaron durante y al término de la primera guerra mundial, en un contexto jurídico y cultural, que tenía siglos de arraigo -desde los griegos, en el derecho occidental y desde los babilónicos, en el derecho oriental- en el cual las niñas, niños y adolescentes eran considerados objetos y no sujetos de derechos, con todo lo que implicaba este sub *status* jurídico. Este instrumento del derecho internacional se basa en una propuesta redactada por Save de Children Fund, en 1923, e impulsada principalmente por Eglantyne Jebb, quien al enviar el texto de la Declaración, aprobada por esta organización a la SDN, indicó que estaba convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos¹⁰⁹.

En segundo lugar, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. La que fue aprobada sin ningún voto en contra, pero con ocho abstenciones. Esta Declaración complementa y sirve de base a las declaraciones de 1924 y la de 1959, respectivamente¹¹⁰.

¹⁰⁸Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, de 1924. Disponible en: www.humanium.org/es/ginebra-1924/. Consultada: el 21 de julio de 2013.

¹⁰⁹www.unicef.org/spanish/crc/index_framework.html. Consultada: el 26 de julio de 2013.

¹¹⁰ Don Hernán Santa Cruz, chileno y miembro de la Subcomisión de redacción, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, escribió: "Percibí con claridad que estaba participando en un evento histórico verdaderamente significativo, donde se había alcanzado un consenso con respecto al valor supremo de la persona humana, un valor que no se originó en la decisión de un poder temporal, sino en el hecho mismo de existir – lo que dio origen al derecho inalienable de vivir sin privaciones ni opresión, y a desarrollar completamente la propia personalidad. En el Gran Salón... había una atmósfera de solidaridad y hermandad genuinas entre hombres y mujeres de todas las latitudes, la cual no he vuelto a ver en ningún escenario internacional". Sitio de UN sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml. Consultada: 27 de julio de 2013.

En tercer lugar, la Declaración sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de Noviembre de 1959, aprobada por la unanimidad de los Estados miembros de la Asamblea General de Naciones Unidas (78 Estados la integraban, al momento de adoptarse, entre ellos nuestro país). **Se compone de diez principios, de los cuales, el segundo tiene particular relevancia para esta investigación, pues se refería por primera vez, a nivel internacional, al principio del Interés Superior del Niño.** Esta Declaración, así como las anteriores, pese a constituir un avance notable en la elaboración de un derecho de los niños, no tenía fuerza obligatoria para los Estados firmantes, por lo que constituyó una mera declaración programática, quedando a la buena voluntad de los Estados su cumplimiento, lo que no acontece con la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la que sí tiene fuerza vinculante para los Estados que la ratifican, por tratarse de un tratado internacional y no de una mera declaración de la comunidad internacional, así lo estima también la profesora italiana De Giovanni¹¹¹.

En cuarto lugar, como enunciábamos, la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada el año 1989 por la Asamblea General de UN y ratificada por Chile el año 1990¹¹². Esta Convención se erige, hasta el momento, en el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia, a la fecha 196 estados lo han ratificado. Estados Unidos de Norteamérica es el único Estado miembro de Naciones Unidas que no la ha ratificado, aunque sí lo firmó¹¹³.

La CDN ha logrado tan alto nivel de aprobación entre los Estados miembros de Naciones Unidas, probablemente, entre otras razones, porque tuvo un largo período de negociación, de debate y reflexión, a saber, durante diez años, esto es, entre 1979 y 1989, período en el cual se escuchó a gobiernos, organizaciones no gubernamentales, promotores

¹¹¹ DE GIOVANNI, op. cit., cfr. p. 96.

¹¹² Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, la ratificó y posteriormente la publicó en el Diario Oficial como ley de la República, mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 830, el 27 de Septiembre de 1990, comenzando a regir desde esa fecha como derecho interno, con la obligación del Estado de adaptar toda la normativa jurídica y políticas públicas vigentes, relacionadas con ella, a su contenido. Sitio de NU sobre la Convención de los derechos del niño. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. Consultada: el 21 de Julio de 2013.

¹¹³ Según datos obtenidos de la página Web de Naciones Unidas, Colección de Tratados, consultada el 24 de octubre de 2015, disponible en <http://treaties.un.org/Pages/Treaties>.

de los derechos humanos, abogados, especialistas de la salud, asistentes sociales, educadores, expertos en el desarrollo del niño y dirigentes religiosos de todo el mundo¹¹⁴.

La Convención es un documento consensuado que tomó en consideración la importancia de los valores tradicionales y culturales, para la protección y desarrollo armonioso del niño. Refleja los principales sistemas jurídicos del mundo y reconoce las necesidades específicas de los países en desarrollo. En síntesis, trató de armonizar leyes, políticas y prácticas de los Estados miembros de Naciones Unidas¹¹⁵.

Finalmente, en quinto lugar, por los tres protocolos facultativos de la CDN, a saber: 1) el Protocolo facultativo sobre participación de niños en conflictos armados, aprobado por resolución: A/RES/54/ 263, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 25 de mayo del 2000, protocolo que entró en vigor el 12 de febrero del 2002. El cual fue firmado por Chile el 15 de noviembre del 2001 y lo ratificó el 31 de julio del 2003. A la fecha, 161 Estados lo han ratificado. 2) el protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado por resolución: A/RES/54/263, el 25 de mayo del 2000, el cual entró a regir el 18 de enero del 2002. Chile firmó este protocolo el 28 de junio del 2000 y lo ratificó el 6 de febrero del 2003. Ratificado a la fecha por 171 Estados. Y, 3) el protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por resolución: A/RES/66/138, por la AG de UN, abierto a la firma el 19 de diciembre del 2011. Nuestro país lo firmó con fecha 28 de febrero del 2012, y lo ratificó el 1 de septiembre de 2015. Actualmente, sólo ha sido ratificado por 20 Estados¹¹⁶.

1.2.- Rol de la Convención sobre los Derechos del Niño en el desarrollo de los derechos humanos de los niños.

En cuanto al rol que le ha cabido a la Convención sobre los Derechos del Niño en el

¹¹⁴ Unicef. Disponible en: www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html. Consultada: el 22 de Julio del 2013.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Naciones Unidas, Sección Tratados. Disponible en: <http://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx>. Consultada: el 24 de octubre de 2015.

desarrollo del derecho internacional público de los derechos humanos de los niños, en la evolución y elaboración del derecho de los derechos de los niños en el derecho comparado, específicamente en los Estados miembros de Naciones Unidas, y en la consagración de los derechos de los niños a nivel interno, en nuestro país, es el de internacionalizar los derechos del niño y elevarlos a la categoría de derechos humanos, reconociendo, elaborando y codificando los derechos mínimos que le corresponden a todo niño.

Así, podemos constatar que la Convención ha venido a relevar, proteger y promover los derechos humanos de los niños, considerándolos sujetos plenos de derecho, marcando un hito en el desarrollo de los derechos de los niños. De este modo, opinan autores como el profesor Cillero, quien nos ilustra señalando que “durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989”¹¹⁷. Por su parte, el profesor Aguilar coincide con el profesor Cillero, en cuanto a identificar la evolución que los derechos humanos de los niños han tenido en el siglo XX, la urgencia de respetarlos en la práctica por los Estados que han ratificado los instrumentos que reconocen estos derechos a los niños, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la importancia de ésta en la protección y promoción de los mismos¹¹⁸.

En esta línea de pensamiento, también, se ha manifestado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, al expresar que la CDN es el principal instrumento jurídico internacional de protección de los niños. Concuera con esta postura doctrinal la doctora Pilar Trinidad Núñez, cuando asevera que “no cabe duda, (...) de que la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño es el instrumento jurídico más importante que ha sido adoptado hasta la fecha en materia de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia. Su carácter comprensivo de los derechos del niño y su vocación de universalidad casi satisfecha lo confirman”¹¹⁹.

¹¹⁷ CILLERO, op. cit., p.125.

¹¹⁸ AGUILAR, op.cit., cfr. p. 227.

¹¹⁹ NÚÑEZ, Pilar Trinidad: "¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público", en *Revista Española de Educación Comparada*, N° 9, 2003, pp. 32 y 33.

En consonancia con lo dicho, la doctora Simonetti destaca que “la verdadera innovación ha sido por lo tanto la Convención de 1989. Primero que todo porque representa efectivamente un documento jurídicamente vinculante para los Estados, segundo porque califica al menor como sujeto de la gama completa de los derechos humanos: vale decir los derechos de primera generación (civiles y políticos) y aquellos de segunda generación (económicos, sociales y culturales). Estos últimos son a menudo vistos con escepticismo por los Estados, porque los consideran no justiciables y de definición demasiado vaga para poder constituir objeto de verdadera y propia obligación para los jefes de Gobierno. Pero como se sabe, y como se destaca en la Conferencia de Viena de 1993, los derechos humanos además de universales, son también interdependientes e interrelacionados los unos con los otros”¹²⁰.

Ratificando la importancia de contar con un instrumento como la CDN, el profesor Cillero ha señalado que “el análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos”¹²¹.

Ahora bien, desde el punto de vista de los efectos que ha producido la CDN, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, en la práctica, ha significado un motor de cambio de la legislación sobre la infancia, e incluso, un completo cambio de paradigma. En

¹²⁰SIMONETTI, Elena: *Corso Diritti Umani e Minori*, Lezione 3. Disponible en: www.volint.it/areavolint/educazione/didattica/aggiornamento.htm y en: www.volint.it/areavolint/educazione/areetematiche/diritti_minori.htm. Consultadas: el 24 de mayo de 2013. Traducción libre de la tesis: La vera innovazione è stata quindi la Convenzione del 1989. Prima di tutto perché rappresenta appunto un documento giuridicamente vincolante per gli Stati, secondo poi perché qualifica il minore come soggetto dell'intera gamma dei diritti umani: vale a dire i diritti di prima generazione (civili e politici) e quelli di seconda generazione (economici, sociali e culturali). Questi ultimi sono spesso visti con scetticismo dagli Stati, perché considerati non giustiziabili e di definizione troppo vaga per poter costituire oggetto di veri e propri obblighi in capo ai Governi. Ma come si sa, e come ribadito nella Conferenza di Vienna del 1993, i diritti umani oltre che universali, sono anche interdipendenti e interrelati gli uni con gli altri”.

¹²¹ CILLERO, op. cit., p.125.

este sentido, la profesora Mary Beloff sostiene que “la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños –en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado- cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad”¹²².

El profesor Cillero comparte la afirmación de la profesora Beloff y agrega que “la rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el artículo 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”¹²³.

Lo expresado precedentemente nos sirve para enfatizar dos aspectos, **en primer lugar que, cuando se habla de derechos del niño estamos hablando de derechos humanos** y, por lo tanto, **se aplica toda la teoría general de los derechos humanos a los derechos del niño**. En **segundo** lugar que, **los derechos del niño fijan un estándar mínimo de comportamiento, exigido tanto a los Estados, como a las instituciones (de derecho público o privado) como a los particulares**.

En cuanto al primer aspecto enunciado, esto es, que los derechos del niño son derechos humanos, así lo sustentan autores como los ya citados, Beloff, Couso, Valencia, Bidart-Campos, De Giovanni, Carmona-Luque, Rivero-Hernández¹²⁴ y muchos más. Siguiendo esta línea de pensamiento el profesor Cillero afirma, cuando se refiere al rol de la CDN en el desarrollo y promoción de los derechos humanos de los niños, que la

¹²² BELOFF, Mary, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, op. cit., p. 177.

¹²³ CILLERO, op. cit., p. 125.

¹²⁴ Ver Nota 104.

Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos¹²⁵.

Esto último, es de vital importancia para el cabal entendimiento de la importancia de la CDN en el desarrollo de los derechos humanos de los NNA, pues el niño ya no es considerado un objeto del derecho, con un estatuto jurídico equivalente al de una cosa o bien jurídico (como lo era en el derecho griego y romano clásicos); tampoco es un sujeto que sólo merece protección de parte de las instituciones estatales o particulares de beneficencia (menor en situación irregular), concepción jurídica y cultural en la cual el niño es sujeto pasivo de derechos, con capacidad de goce para ser titular de derechos pero con capacidad de ejercicio casi inexistente para ejercerlos por sí mismo y en la cual prácticamente el niño no tiene posibilidad de ser escuchado, más aún es invisibilizado en cuanto a la opción real de manifestar y ser considerados sus intereses y deseos, al momento de adoptarse decisiones que lo afectan; sino que el niño deviene en un sujeto pleno de derechos, que tiene un rol activo en el ejercicio de sus derechos en relación directamente proporcional con el grado de autonomía progresiva que va alcanzando acorde aumenta su desarrollo biopsicosocial, como muy bien lo explica el profesor Díez-Picazo¹²⁶.

Así, también opina el profesor Lansdown, quien concuerdan que en este nuevo orden de cosas, como señalábamos, el niño ya no es más un objeto que merece protección de parte de las instituciones estatales, ni tampoco es un mero sujeto de tutela jurídica, sino que alguien mucho más relevante y que se configura como puntal de un orden constitucional basado en derechos. Nos referimos a que el niño, en esta nueva perspectiva, es un sujeto pleno de derechos humanos, que tiene un rol proactivo y progresivo en su autodeterminación y en la exigencia del respeto de sus derechos, conforme evolucionan sus

¹²⁵ Idem, cfr. p.130.

¹²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, "El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant.)", en *La Tutela de los Derechos del Menor*, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. Por GONZALEZ PORRAS, J.M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, p. 130.

facultades personales.¹²⁷ La doctora Simonetti adhiere a esta tesis, cuando nos indica que “la Convención representa una verdadera y propia evolución en la tutela jurídica de la infancia, porque por primera vez se configura al menor como sujeto portador de derechos y no, como ocurría con anterioridad, como mero objeto de tutela. El menor deviene entonces en portador de intereses, que deben ser protegidos en cuanto a él le pertenecen, independientemente de los intereses de la familia o de sus padres”¹²⁸.

Del mismo modo que el profesor Lansdown y que la profesora Simonetti opina el doctor Cillero, cuando señala que la evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños¹²⁹.

En este sentido, existe consenso entre los autores en que la CDN es un tratado de derechos humanos, y más aún, que se trata del tratado de derechos humanos más ratificado de la historia, como lo constata la profesora italiana Alessandra De Giovanni, quien afirma “la Convención sobre los derechos de la infancia es así el texto sobre derechos humanos mayormente ratificado del mundo. Todos los Estados (excepto Estados Unidos y Somalia) lo han ratificado en sus respectivos Parlamentos Nacionales. Nunca antes un tratado internacional había recibido una aprobación así de amplia”¹³⁰.

¹²⁷ LANSDOWN, Gerison, *la evolución de las facultades del niño*, Unicef, Florencia, 2005.

¹²⁸ SIMONETTI, op. cit., Lezione3, traducción libre de la autora: “La Convenzione rappresenta una vera e propria svolta nella tutela giuridica dell’infanzia, perché per la prima volta si configura il minore come soggetto portatore di diritti e non, come accadeva in precedenza, come mero oggetto di tutela. Il minore diviene quindi un portatore di interessi, che devono essere tutelati in quanto a lui appartenenti, indipendentemente dagli interessi della famiglia o dei genitori”.

¹²⁹ CILLERO, op. cit. cfr. p.126.

¹³⁰ DE GIOVANNI, Alessandra, op. Cit, p. 99, traducción libre de la autora: “La Convenzione sui diritti dell’infanzia è così il testo sui diritti umani maggiormente ratificato al mondo. Tutti gli Stati (eccetto Stati Uniti e Somalia) l’hanno ratificato nei loro rispettivi Parlamenti Nazionali. Mai prima d’ora un trattato internazionale aveva riscosso un’approvazione così ampia”. Cabe precisar que en la actualidad sólo Estados Unidos de Norteamérica no la ha ratificado, según datos obtenidos de la página Web de Naciones Unidas, Colección de Tratados, consultada el 24 de octubre de 2015, disponible en <http://treaties.un.org/Pages/Treaties>.

Y, precisamente, porque los derechos del niño son derechos humanos se aplican a éstos las características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación, como lo señalan Dávila & Naya, Aguilar, Medina, Nogueira, Simonetti y Palombella, entre otros autores¹³¹.

Es por esta última razón que, el profesor Cillero expone que “la CDN es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Agregando que las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; lo que es particularmente importante para interpretar, en el nuevo contexto, los principios que la Convención ha recogido del anterior derechos de familia o de menores, como es el caso del “interés superior del niño”.¹³²

En segundo lugar, los derechos del niño fijan un estándar mínimo de comportamiento, exigido tanto al Estado como a los particulares, justamente porque, como se dijo precedentemente, los derechos del niño, como regulación jurídica, pertenecen al ámbito de los derechos humanos y una de las características de los derechos humanos es que establecen normativamente un mínimo común denominador. Este mínimo común denominador deriva de la CDN, y se aplica prácticamente a la comunidad internacional en su conjunto.

Así, la doctora Simonetti afirma que “los estándares que contempla la CDN, son mínimos a proteger o respetar, sobre los cuales los Estados Partes son libres de conceder o brindar un mayor grado de satisfacción de los derechos de los niños”¹³³. Esta autora enfatiza esta postura agregando que “la Convención establece aquello que son en definitiva

¹³¹ DÁVILA B., Paludi y NAYA G., Luis María, "La infancia en Europa: Una aproximación a partir de la Convención de los derechos del niño", en *Revista Española de Educación Comparada*, N° 9, 2003, cfr. p. 85; AGUILAR, op. cit. cfr. pp. 225; MEDINA, op. cit. cfr. pp. 6-11; NOGUEIRA, op. cit. cfr. pp. 340-344; SIMONETTI, op. cit. Lezione 3; PALOMBELLA, op. cit. cfr. p.8.

¹³² CILLERO, p. 126.

¹³³ SIMONETTI, Corso Diritti Umani e Minori, Lezione 3, Disponible en: www.volint.it/areavolint/educazione/areetematiche/diritti_minori.htm. Consultada: el 24 de mayo de 2013.

los estándares mínimos de tutela de los derechos de la infancia. Esto implica, primero que todo que será tarea de cada uno de los Estados, en virtud de los compromisos asumidos con la ratificación, asegurar a los menores el goce de tales derechos a través de medidas políticas y sociales de apoyo. En segundo lugar, la Convención se configura como un instrumento flexible, que puede adaptarse, dentro de los límites de los principios inspiradores señalados antes, a los diversos contextos sociales, culturales, económicos y políticos. En fin, es así porque la Convención fija los estándares mínimos de protección, los Estados tienen la facultad de introducir en sus ordenamientos o en sus políticas sociales, disposiciones o medidas que garanticen estándares más elevados de protección”¹³⁴.

Como se puede apreciar la CDN se basa en la doctrina de la Protección Integral de los Niños, dejando atrás la de la Situación irregular del menor, materia que ha sido profusamente desarrollada por autores como la profesora Beloff, entre otros. Al respecto, el profesor Cillero afirma que el nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención¹³⁵. Concuera con los autores citados la profesora italiana Roberta Gaia, quien destaca que la CDN significa un cambio de paradigma, cuando afirma que “se pone como un instrumento de promoción y protección de los derechos de la infancia y modifica la idea de niño, quien no se configura más como mero sujeto de tutela y protección sino que, como verdadero sujeto de derechos, como persona que tiene un valor propio y una dignidad propia”¹³⁶.

¹³⁴ *Ibidem*, traducción libre de la autora: “La Convenzione stabilisce quelli che vengono definiti gli standard minimi di tutela dei diritti dell’infanzia. Questo implica, prima di tutto che sarà compito dei singoli Stati, in virtù degli impegni assunti con la ratifica, assicurare ai minori il godimento di tali diritti attraverso misure politiche e sociali di sostegno. In secondo luogo, la Convenzione si configura come uno strumento flessibile, che si può adattare, nei limiti dei principi ispiratori elencati sopra, ai diversi contesti sociali, culturali, economici e politici. In fine, proprio perché la Convenzione fissa degli standard minimi di tutela, gli Stati hanno la facoltà di introdurre nei loro ordinamenti o nelle loro politiche sociali, disposizioni o misure che garantiscano più elevati standard di tutela”.

¹³⁵ BELOFF, Mary, “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar” en Revista *Justicia y Derechos de los Niños*, N° 1, Unicef, Santiago de Chile, 1999, cfr. pp.16-20; CILLERO, op. Cit. cfr. p. 125.

¹³⁶ GAI, Roberta, *Il garante dell’infanzia e dell’adolescenza e la tutela dei diritti dei minori*, Dissertazione di laurea specialistica in Direzione Sociale e servizi alla persona, Università degli Studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, anno accademico 2009-2010, p.4. Traducción libre de la autora: “si pone come uno strumento di promozione e protezione dei diritti dell’infanzia e modifica l’idea di bambino, che non si configura più come mero soggetto di tutela e protezione, ma come vero e proprio soggetto di diritti, come persona che ha un proprio valore e una propria dignità”.

Por último, si bien, es cierto lo afirmado precedentemente, esto es, que existen grandes progresos en materia de promoción y cumplimiento de las disposiciones, derechos, principios y deberes, de la Convención en particular y de los derechos humanos de los niños, en general, no es menos cierto que queda mucho trabajo por realizar, por los Estados miembros de la Convención, ya que, lamentablemente, se puede constatar que en muchos Estados aún se siguen cometiendo graves vulneraciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente en países como Siria, Irak, Afganistán, Pakistán, en algunos países africanos, como ocurre en Guinea y en otros lugares del mundo.

Cabe destacar que, gracias a profesionales valientes de los medios de comunicación de masas esta vulneración grave de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un hecho público y notorio, denunciado además por las propias víctimas como la adolescente Malala Yousafzai, niña Pakistaní que precisamente por esta labor, que requiere de mucho coraje, la de denuncia y promoción de los derechos humanos de los niños en países como los mencionados, recibió el Premio Nobel de la Paz el año 2014. En este orden de cosas, podemos verificar empíricamente que los derechos fundamentales de los niños, especialmente los de las niñas, en algunos casos son gravemente vulnerados, como ocurre con el derecho a la educación de éstas en Pakistán, que es negado y combatido, por algunos grupos islámicos de ese país; así como en Siria, donde el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y el derecho a expresar su opinión, por parte de los niños, están siendo violentamente vulnerados en nuestros días¹³⁷.

¹³⁷ En relación con lo señalado, basta recordar el caso de Malala Yousafzai, la niña paquistaní que a los 14 años de edad, el nueve de octubre del 2012, fue baleada en la cabeza y cuello, por miembros de la milicia talibana en Paquistán, por promover el derecho a asistir a escuelas a estudiar de las niñas de ese país, a través de un blog que escribía para la BBC, bajo el seudónimo de Gul Makai; y la muerte de 400 niños en el conflicto armado en Siria, además de 400 niños detenidos en centros de reclusión, esto al 7 de febrero del 2012. Véanse: www.unicef.org/education/bege_69820.html; www.unicefusa.org/campaigns/atand-with-malala; www.un.org/spanish/news/story. Consultadas: el 2 de agosto de 2013. Y, por último, no podemos dejar de recordar y rendirle un homenaje al niño, migrante Sirio, Aylan Kurdi, y en él a todos los niños fallecidos en similares circunstancias, de tan sólo tres años de edad, cuyo cuerpo apareció en una playa de Turquía, quien murió junto a su madre y un hermano tan pequeño como él, Galip, de sólo 5 años de edad, quienes representan a los miles de niños y adultos que han muerto huyendo de la guerra en Siria, en busca de una vida mejor. Véase: www.emol.com, consultada el 24 de octubre de 2015.

2.- Comité de los Derechos del Niño.

2.1.- Composición y estructura.

El Comité de los derechos del niño tiene su origen en la Convención sobre los derechos del niño, la que consagra, en su artículo 43, la existencia de un Comité de los derechos del niño (en adelante Comité DN o simplemente Comité).

Este Comité está constituido por 18 expertos independientes,¹³⁸ de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas regidas por la convención, particularmente, en materia de derechos humanos, quienes duran en el cargo cuatro años y actúan a título personal, pudiendo ser reelegidos, si son nominados por su Estado.

El Comité tiene como misión principal examinar los progresos que realizan los Estados partes en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por estos y realizar una interpretación de autoridad respecto de sus disposiciones; también puede, bajo ciertas condiciones, examinar denuncias individuales o comunicaciones de personas. En efecto, este órgano de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el Comité de los Trabajadores Migrantes, y a diferencia de otros siete órganos de tratados sobre derechos humanos en los cuales es obligatorio, puede examinar comunicaciones individuales en las cuales se alega la violación de derechos consagrados en la Convención o en sus dos primeros Protocolos facultativos, por los Estados Partes en el Tercer Protocolo Facultativo, relativo a un procedimiento de comunicaciones¹³⁹.

¹³⁸ Los miembros actuales del Comité lo constituyen 9 mujeres y 9 hombres, a saber: Sra. Amal Salman Aldoseri (Vice Presidente), de Bahrein (28-02-17), Sra. Suzanne Aho Assouma, de Togo (28-02-19), Sra. Hynd Ayoubi Idrissi, de Marruecos (28-02-19), Sr. Jorge Cardona Llorens, España (28-02-19), Sr. Bernard Gastaud, Mónaco (28-02-19), Sr. Peter Guran, Eslovaquia (28-02-17), Sra. Olga A. Khazova, Federación Rusa (28-02-17), Sr. Hatem Kotrane, Túnez (28-02-19), Sr. Gehad Madi, Egipto (28-02-19), Sr. Benyam Dawit Mezmur (Presidente), Etiopía (28-02-17), Sra. Yasmeen Muhamad Shariff, (Vice Presidente), de Malasia (28-02-17), Sr. Clarence Nelson, de Samoa (28-02-2019), Sr. Wanderlino Nogueira Neto, Brasil (28-02-17), Ms Sara de Jesús Oviedo Fierro (Vice Presidente), de Ecuador (28-02-2017), Sra. Maria Rita Parsi, Italia (28-02-17), D. José Angel Rodríguez Reyes, de Venezuela (28-02-19), Sra. Kirsten Sandberg (Ponente), de Noruega (28-02-19) y Sra. Renate Invierno (Vice Presidente), Austria (28-02-17). Disponible en: Sitio de Naciones Unidas, <http://www2.ohchr.org>. Consultada: el 4 de noviembre de 2015.

¹³⁹ Véanse: Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 43 y ss.; AGUILAR, op. Cit., p. 225; y LÓPEZ-MURCIA, Julián y GARCÍA -DAZA, Lina: "La Obligación de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El caso de los Servicios Públicos en Colombia", en *International Law*:

Cabe destacar que entre sus integrantes se encontraba una prestigiosa connacional, la profesora Marta Maurus Pérez, quien fue vicepresidenta del Comité, hasta el 28 de Febrero del 2013¹⁴⁰.

El Comité cada dos años informa sobre sus actividades a la asamblea general de las Naciones Unidas, a través del consejo económico y social. Con cierta regularidad, emite Observaciones Generales, que son interpretaciones de las disposiciones de la Convención y emite Informes de Observaciones Finales a los Estados Partes, como retroalimentación a los informes iniciales y periódicos que realizan los Estados miembros de la Convención¹⁴¹.

Chile ha enviado informes periódicos sobre los avances obtenidos en relación a la Convención con fecha 22 de Junio de 1993 (I); el 10 de febrero de 1999 (II), el 11 de Octubre del 2005 (III), y, finalmente, el 27 de octubre del 2012 nuestro país remitió al Comité de los derechos del niño el cuarto y quinto informe periódico, más un anexo. Las últimas observaciones finales realizadas por el Comité para Chile, respecto de los informes periódicos IV y V, son del 02 de octubre de 2015¹⁴².

En cuanto a los protocolos facultativos, nuestro país envió dos informes periódicos, con fecha 19 de enero de 2007, uno respecto del Protocolo sobre participación de niños en conflictos armados y otro respecto del Protocolo sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil¹⁴³.

2.2.- Funciones del Comité.

Una de las funciones principales que le competen al Comité de los Derechos del

Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 12, AÑO 2008, p. 237. Disponible en: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documentos. Consultada: el 30 de julio de 2013; Sitio de UN www2.ohchr.org, consultado el 5 de noviembre de 2015.

¹⁴⁰Ver: Sitio de Naciones Unidas, www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/ y Sitio de Human Rights, www.humanrights.gov.au/rightstalk-marta-maur-sbiograph. Consultadas: el 22 de junio de 2013.

¹⁴¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 44.

¹⁴² Ver: Sitio de Naciones Unidas, www.ohchr.org/es/members. Consultada: el 04 de noviembre de 2015.

¹⁴³ Ver: Sitio de Naciones Unidas www2.ohchr.org. Consultado el 5 de noviembre de 2015.

Niño es el rol hermenéutico que cumple. En efecto, podemos observar cómo se considera, en el ámbito internacional, que el Comité DN es el intérprete último, definitivo y de autoridad de los derechos humanos de los niños que se consagran en la CDN. Así como, de manera análoga, el profesor Aguilar, estima que en el ámbito regional, en virtud del principio del intérprete supremo, se considera a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos, en relación particularmente, con la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴⁴. En un sentido similar se expresan el profesor español Ricardo Alonso García, en el ámbito del derecho europeo¹⁴⁵, y la profesora italiana Arianna Saulini en referencia a Italia¹⁴⁶.

Por otra parte, la propia CDN le otorga esta función al Comité de los Derechos del Niño, en el artículo 45¹⁴⁷.

Del mismo modo que los profesores Aguilar y García, opinan los profesores colombianos Julián López-Murcia y Lina García-Daza, quienes afirman que“(…) para determinar el marco dentro del cual se puede mover la regulación económica colombiana es fundamental conocer los pronunciamientos de los intérpretes autorizados de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y la forma como los ha incorporado la CCC. Por su obligatoriedad, ya no es admisible que un operador jurídico no incluya en sus análisis estos pronunciamientos. Por ejemplo, en el denominado “derecho de la competencia” no tiene sentido que en el análisis de la regulación del mercado de la energía eléctrica no se tenga en cuenta lo señalado por el Comité en su Observación General N°. 4 (…), el Comité es el intérprete autorizado de dicho pacto (…)”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ AGUILAR, op. cit., p. 225.

¹⁴⁵ GARCIA, Ricardo A., “La interpretación del derecho de los tratados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, biblioteca virtual UNAM, cfr. p. 359. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf>. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

¹⁴⁶ SAULINI, Arianna, GIANNOTTA, Federica, ARCARA, Laura, et al: *Monitoraggio della Convenzione sui diritti dell' infanzia e dell' adolescenza in Italia. Guida Pratica per il Terzo Settore*. Gruppo di lavoro per la Convenzione sui Diritti dell' Infanzia e dell' Adolescenza, Roma, 2004, cfr. pp. 1-8..

¹⁴⁷ Ver: Sitio de Naciones Unidas, www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/htm. Consultada: el 21 de junio de 2013.

¹⁴⁸ LÓPEZ-MURCIA, Julián y GARCÍA –DAZA, Lina, op. Cit., p.237.

Comparte esta línea doctrinal el profesor, también colombiano, Uprimny, quien afirma que “las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son en sí mismas importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más importantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP”. Este autor nos dice que, la razón para recurrir a estas instancias internacionales de interpretación se debe a que en ocasiones el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto, en cuyo caso es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por los órganos del derecho internacional (por ejemplo los Comités de los tratados o pactos internacionales), los que han ido definiendo, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos¹⁴⁹.

Sin embargo, hay que consignar que algunos autores, minoritarios, relativizan el valor normativo de la interpretación que realizan los Comités de tratados de derechos humanos, pues sólo les reconocen fuerza vinculante, respecto del Poder Judicial, si viene de una Corte contemplada en el propio tratado. En este sentido se expresa el profesor colombiano Rafael Nieto-Navia, quien piensa que la interpretación que emana de estos órganos del derecho internacional de los derechos humanos, obliga a los gobiernos, al legislador pero no al poder judicial, incluyendo en éste al Tribunal Constitucional Colombiano. Así, nos dice que “ningún instrumento, por respetable e importante que sea, que no sea tratado, puede alcanzar la categoría necesaria para interpretar los derechos y deberes (humanos) consagrados en la Constitución y es obvio que, por importantes que sean, un grupo de países o, como sucede en el caso de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos, de personas naturales que actúan a título personal, no pueden imponer a la República de Colombia normas ni criterios de interpretación que ella no haya aceptado expresamente por medio de sus procedimientos constitucionales. Naturalmente, hay que reiterarlo, si el tratado respectivo tiene un órgano autorizado para

¹⁴⁹ UPRIMNY, op. cit., cfr. p. 18 y p. 24.

interpretarlo –una corte- esa *jurisprudencia* es relevante para la interpretación que haga la Corte Constitucional”¹⁵⁰.

En todo caso, y concluyendo este punto, al profesor Nieto- Navia y a otros, el profesor Uprimny les responde que esas objeciones no son válidas, porque, Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pacta Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados. De otro lado, es la propia Carta la que remite a esa doctrina y jurisprudencia en el artículo 93-2, cuando señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, dando relevancia constitucional a la “*interpretación doctrinaria*” de esos tratados, formulada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias¹⁵¹.

Por último, este autor nos recuerda que el sistema de fuentes del derecho internacional público, hace aplicable la doctrina de los publicistas más autorizados y la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos, dentro de las cuales se encuentran las interpretaciones de los Comités de tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de las Cortes contempladas en los tratados de derechos humanos. Cabe consignar que Uprimny, cita al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para realizar esta aseveración. Ahora, lo señalado por este autor colombiano, respecto de su país, es válido para cualquier Estado, que sea miembro de NU, incluido el nuestro¹⁵².

2.3.- Documentos oficiales.

2.3.1.- Informe de Observaciones Finales a los Estados Parte.

¹⁵⁰ NIETO-NAVIA, Rafael, “El valor Jurídico de las Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista colombiana de Derecho Internacional*, N° 18, Bogotá, 2011, p. 184. Disponible en: www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n18/n18a06/pdf. Consultada: el 30 de julio de 2013.

¹⁵¹ UPRIMNY, op. cit., cfr. p. 25.

¹⁵² Véanse: UPRIMNY, op. cit., cfr. p. 25; artículo 54, numeral 1), inciso 5°, de la Constitución Política de la República chilena.

2.3.2.- Informes bianuales a la Asamblea General de Naciones Unidas.

2.3.3.- Observaciones o Comentarios Generales Temáticos.

3.- Concepto de Interés Superior del Niño en el Comité de los Derechos del Niño.

3.1.- Antecedentes Históricos.

3.2.- Concepto de ISN en el Comité.

La Convención lo denomina principio, en el artículo 3.

Se le denomina principio general, en el punto 23 y 25 de las Directrices específicas respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en su anexo respectivo, de fecha 3 de marzo del 2015¹⁵³.

3.3.- Elementos determinantes del concepto de ISN en el Comité.

Capítulo II.- Concepto de Interés Superior del Niño en la Corte Suprema chilena.

1.- Recepción nacional del concepto y su evolución.

2.- Elementos determinantes del concepto de ISN de acuerdo con la jurisprudencia nacional.

3.- Rango normativo-jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile:

En cuanto al rango normativo jurídico o jerarquía jurídica de la Convención sobre

¹⁵³ Documento CRC/C/58/Rev.3, pp. 5-6, disponible en: www2.ohchr.org. Consultada el 5 de noviembre del 2015.

los Derechos del Niño en Chile, hay que considerar que Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, la ratificó y la publicó en el Diario Oficial como ley de la República, mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 830, el 27 de Septiembre de 1990, comenzando a regir desde ese momento como derecho obligatorio en nuestro país, asumiendo el Estado el compromiso de adecuar toda la normativa jurídica, administrativa y las políticas públicas vigentes, relacionadas con la Convención, a su contenido, como lo establece expresamente la CDN, como lo explican los profesores Espejo & Balart y como lo consigna el profesor Barrientos¹⁵⁴.

Lo dicho guarda relación con lo que dispone el artículo 5°, inciso segundo,¹⁵⁵ de la Constitución Política de la República de Chile vigente, en relación con el artículo 54, numeral 1), inciso quinto, de la misma carta magna nacional¹⁵⁶; norma constitucional que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado. Lo cual, es una consecuencia lógica de la disposición, al establecer que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía.

Pese a lo señalado, en nuestro país no existe consenso en cuanto a la jerarquía normativa de los derechos humanos, consagrados en tratados internacionales, pues nuestra Constitución Política no ha zanjado explícitamente esta cuestión jurídica, como sí ocurre, por ejemplo, en la Constitución peruana de 1979 y en la Constitución argentina, con la

¹⁵⁴ Véanse: BARRIENTOS, Javier, *El Código de la Familia. Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada del Derecho de Familia*, LegalPublishing, Santiago de Chile, primera edición, 2009, p.123; ESPEJO, Nicolás y BALART, Andrea, “Los Derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena”, en *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos*, Unicef, Santiago de Chile, 2012, p. 13-12; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 49.2 y 4. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/crc/htm. Consultada: el 21 de junio de 2013.

¹⁵⁵ Artículo 5°, inciso Segundo, CPR de Chile: (...) “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”.

¹⁵⁶ Así, el artículo 54, numeral 1), inciso 5°, de la Constitución Política de la República de Chile, prescribe que “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

reforma de 1994, como lo expone el profesor venezolano, Carlos Ayala Corao¹⁵⁷, por lo que ha quedado entregado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial su resolución, particularmente a los tribunales superiores de justicia nacionales, como lo constata la profesora chilena Miriam Henríquez¹⁵⁸.

Por su parte, el profesor Nash, autor relevante de la doctrina constitucional nacional, en relación a la situación jurídica de la Convención en nuestro país, afirma que, es importante tener claro que tras la enmienda constitucional del año 2005, se aclara que una vez que se encuentra vigente un tratado éste debe prevalecer por sobre leyes de inferior jerarquía y sólo puede ser modificado en conformidad a normas especiales propias del derecho internacional público, lo cual implica que los tratados internacionales deben aplicarse en Chile pues son parte de nuestro ordenamiento jurídico y se les ha asignado un lugar preeminente en su estructura normativa¹⁵⁹.

Agrega el doctor Nash que la discusión se ha centrado en si estos derechos tienen una jerarquía legal, supralegal, constitucional o supraconstitucional. Agregando, que en Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales, en general, tienen una jerarquía supralegal. Reconoce que, sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional nacional respecto a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, en particular. Constatando que mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa¹⁶⁰.

¹⁵⁷ AYALA C., Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", cfr. p. 89. Disponible en: www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/jerarqu3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala_corao.pdf. Consultada el: 2 de agosto de 2013.

¹⁵⁸ HENRIQUEZ, Miriam, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 2, 2008, cfr. pp. 73 y 113.

¹⁵⁹ NASH, op. cit. cfr. pp. 18-19.

¹⁶⁰ Idem, p. 20.

En contraste con lo que ocurre en nuestro país, en Colombia el Tribunal Constitucional de dicho país, en la actualidad y luego de vacilaciones y matices, le reconoce rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, vinculando éstos a la noción de bloque de constitucionalidad, proveniente del Derecho Francés, como nos ilustra el professor colombiano Rodrigo Uprimny, quien consigna que la solución que ha dado la Corte, en cuanto a la relación entre tratados de derechos humanos y la Constitución, a nivel de la jerarquía y la fuerza normativa interna, es la tesis de que ambos están al mismo nivel, conforme a la figura del bloque de constitucionalidad¹⁶¹.

Concuerda con esta postura el profesor Nash, al afirmar que los tratados de derechos humanos son normas de rango constitucional, respecto de los cuales cabría hablar de supraconstitucionalidad, como una posibilidad legítima, tal como lo ha señalado la Corte Suprema chilena, ya que los derechos humanos entendidos por la propia Constitución como un límite a la soberanía del Estado podrían ser considerados jerárquicamente superiores a la misma Constitución, sin embargo, le parece que la coherencia del sistema apunta a la constitucionalidad y no a una supraconstitucionalidad de los derechos humanos, dados los cuestionamientos que puede generar la utilización de esta figura, para una comprensión integral del sistema constitucional-nacional¹⁶².

Finalmente, en la misma línea que el profesor Nash, la profesora Henríquez, expone que desde el año 2005 a la fecha (año 2008), los tribunales superiores de justicia chilenos han considerado prioritariamente que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía normativa superior a la ley, y que en algunos casos, inclusive se les ha reconocido rango constitucional¹⁶³.

Capítulo III.- Análisis Comparativo entre el Concepto de ISN del Comité y de la CS chilena.

¹⁶¹ UPRIMNY, Rodrigo, "Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal", p. 8. Disponible en: www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf. Consultada el: 30 de julio de 2013.

¹⁶² NASH, op. cit., cfr. p.23.

¹⁶³ HENRIQUEZ, Miriam, op. cit., cfr. p. 115.

1.- Comparación entre los elementos constitutivos y los enfoques que se le dan al concepto entre el ámbito nacional y el ámbito internacional.

2.- Grado de adecuación del concepto nacional al del Comité.

3.- ¿Por qué es importante o relevante que la concepción nacional sea acorde con la concepción internacional del ISN?

Capítulo IV.- Propuestas de solución respecto de la adecuación de la concepción nacional con la concepción internacional acerca del ISN.

Conclusiones.

Bibliografía.

Índice.

BIBLIOGRAFÍA:

1.- LIBROS:

1) ACNUR: *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, ACNUR, Ginebra, 2008.

2) ANINAT, Eduardo: *Reflexiones sobre la globalización, España y el FMI*, Fondo Monetario Internacional, San Sebastián, 2001.

3) BALDADASSARRE, Laura: *Le indicazioni del Comitato ONU sui diritti dell' infanzia*,

Unicef, Roma, febbraio 2012.

- 4) BALDASSARRE, Antonio: *Globalizzazione contro Democrazia*, Laterza, Bari, 2002.
- 5) BARCIA, Rodrigo: *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011.
- 6) BARRIENTOS, Javier: *Régimen Jurídico de las personas y la familia. Normativa y jurisprudencia*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2012.
- 7) BARRIENTOS, Javier: *El Código de la Familia. Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada del Derecho de Familia*, LegalPublishing, Santiago de Chile, primera edición, 2009.
- 8) BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- 9) CID DROPPELMANN, Alejandra: *Tratado de la Tuición y derechos del niño*, Editorial Parlamento, Santiago de Chile, 2005.
- 10) DE DINECHIN, Philippe: *Los utópicos derechos del niño*, Ediciones Escaparate, Concepción, 2010.
- 11) DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 2012, pp. 72 -152.
- 12) FERRARESE, María R: *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2005.
- 13) GAI, Roberta: *Il garante dell' infanzia e dell' adolescenza e la tutela dei diritti dei minori*, Dissertazione di laurea specialistica in Direzione Sociale e servizi alla persona, Università degli Studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, anno accademico 2009-2010.
- 14) GONZALEZ, Nuria y RODRÍGUEZ, Sonia: *El Interés Superior del Menor*, Ciudad de México. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. Consultada el: 27 de junio de 2013.
- 15) KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo y otros: *Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis, Normativa y Jurisprudencia"*, Puntolex, Santiago de Chile, 2011.
- 16) LANSDOWN, Gerison: *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, Florencia, 2005.
- 17) MC LUHAM, Marshall y POWERS, BR: *La Aldea Global*, 5º reimpresión en castellano, Traducción de Claudia Ferrari del original en inglés de 1989, Gedisa, Barcelona, 2005.

- 18) MEDINA Q., Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>. Consultada: 10 de julio de 2013.
- 19) NASH, Claudio: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno*, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2012.
- 20) NOGUEIRA A., Humberto: *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 156, primera edición, Ciudad de México DF, 2003. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/pl1094.htm>. Consultada: 10 de junio de 2013.
- 21) OTTONE, Ernesto: *Gobernar la Globalización*, Ediciones UDP, Santiago de Chile, 2011.
- 22) PALOMBELLA, Gianluigi: *É possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, primera edición, 2012.
- 23) PEDERNERA, Luis y PEDROWICZ, Silvana: *Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Impacto y retos a 20 años de su aprobación*, REDLAMYC, Montevideo, 2010.
- 24) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2° ed. 2007.
- 25) SALMÓN, Elizabeth: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, lima, 2004. Disponible en: www.corteidh.org.cr/tablas/r25212.pdf. Consultada: el 1 de agosto de 2013.
- 26) SAULINI, Arianna e PUGLIESE, Vittoria (coordinatrici), *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 6° Rapporte di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 2012-2013*, Roma, 2013. Disponible en: www.immigrazione.it/docs/2013/1-013-crc-infanzia.pdf. Consultada el: 2 de agosto de 2013.
- 27) SAULINI, Arianna, GIANNOTTA, Federica, ARCARA, Laura, et al: *Monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. Guida Pratica per il Terzo Settore*. Gruppo di lavoro per la Convenzione sui Diritti dell' Infanzia e dell' Adolescenza, Roma, 2004.

- 28) SCHEMBRI, Ricardo: *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*, Bogotá, 2001. Disponible en: www.parlatino.org/es/temas-especiales/comunidad-lat-d. Consultada: 10 de julio de 2013.
- 29) UNICEF-URUGUAY: *Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay*, Montevideo, UNICEF, 2009.
- 30) UNICEF Y OACNUDH: *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)*, Santiago de Chile, UNICEF y OACNUDH, 2006.
- 31) VELOSO, Paulina: *Tratado, doctrina y jurisprudencia derecho de familia*, 4 tomos, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011.

2.- ARTÍCULOS:

- 1) AGUILAR, Gonzalo: "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, Chile, 2008, pp. 223-247.
- 2) ALEGRIA, Héctor: "Globalización y derecho", en *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012.
- 3) AYALA C., Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", cfr. pp. 37-90. Disponible en: www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/jerarqu3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala_corao.pdf. Consultada el: 2 de agosto de 2013.
- 4) BAEZA C., Gloria: "El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, Santiago de Chile, 2001.
- 5) BARATTA, Alessandro: "Democracia y derechos del niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Agosto, 2007, pp. 17-25.
- 6) BELOFF, Mary: "Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina"

en Revista *Justicia y Derechos de los Niños*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp. 55-80.

7) BELOFF, Mary: "Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América latina (1989-2006)", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago de Chile, 2007, pp. 177-217.

8) BELOFF, Mary: "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar" en *Revista Justicia y Derechos de los Niños*, N° 1, Unicef, Santiago de Chile, 1999, pp. 9-21.

9) CADENA A., Walter, "La nueva *Lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho", en *Papel Político*, N°13, Bogotá, octubre de 2001, p. 101 y ss.

10) CASSESE, Sabino: "El espacio jurídico global", en *Revista de Administración Pública*, N° 157, 2002, pp. 11-26.

11) CHACÓN, Alfonso: "Protección de los niños según el derecho internacional humanitario. Un breve recuento, desde los convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2007, pp. 65-113.

12) CILLERO, Miguel: "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Agosto, 2007, pp. 243-249.

13) CILLERO, Miguel: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago de Chile, 2007, pp. 125-142.

14) CONTESSE, Jorge: "Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los Derechos Constitucionales?", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, 2002, pp.53-93.

15) COPELON, Rhonda, ZAMPAS, Christina, et al: "Human rights begin at birth: International Law and the claim of Fetal Rights", en *The Abortion Pill*, Vol. 13, N° 26, Reproductive Health Matters, Nov. 2005, pp. 120-129. Disponible en: www.jstor.org/stable/3776483 . Consultada: el 4 de abril de 2013.

16) CORRAL T., Hernán: "Intereses y derechos en colisión sobre identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos", en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 57-88.

17) CORREA B., Mario: "El Interés Superior del Niño en el Derecho chileno", en *Revista Ars Médica*, Vol. 16, N° 16, PUCCH, cfr. p.11. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publi/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>.

Consultada: el 12 de junio de 2013.

18) COUSO, Jaime: "La política criminal para adolescentes y la ley 20.084", en *Revista Justicia y Derechos de los Niños*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp. 213-246.

19) DÁVILA B., Paludi y NAYA G., Luis María: "La infancia en Europa: Una aproximación a partir de la Convención de los derechos del niño", en *Revista Española de Educación Comparada*, N° 9, 2003, pp. 83-133.

20) DAVIS, Martha y POWEL, Roslyn: "The international Convention on the Rights of the Child: A catalyst for Innovative Childcare Policies", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, N°3, The Johns Hopkins University Press, Aug. 2003, pp. 689-719. Disponible en: www.jstor.org/stable/20069683 . Consultada el 4-4-2013.

21) DE FERRARI, Luis: "Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal adolescente en Chile", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N°8, Unicef, Santiago de Chile, 2006, pp. 113-158.

22) DE GIOVANNI, Alessandra: "Genesi della Convenzione Internazionale sui Diritti dell' Infanzia edell'Adolescenza (1989) e suoi più recenti sviluppi legislative", en *Revista NOTE*, Roma, pp. 96 - 117. Disponible en: <http://Inx.papaseparati.org/psitalia/i-diritti-dei-minori/genesi-della-convenzione-internazionale-sui-diritti-dellinfanzia-e-dellaadolescenza>.

Consultada: 1 de agosto de 2013.

23) DÍEZ-PICAZO, Luis: "El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant.)", en *La Tutela de los Derechos del Menor*, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. Por GONZALEZ PORRAS, J.M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, p. 130.

24) ESPEJO, Nicolás y BALART, Andrea: "Los Derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena", en *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos*, Unicef, Santiago de Chile, 2012, pp. 9-50.

25) FREEDMAN, Diego: "Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia", en *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2011. Disponible en: www.juragentium.org/topics/latina/es/interes

htm. Consultada: el 24 de mayo 2013.

26) GARCIA, Ricardo A., “La interpretación del derecho de los tratados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, biblioteca virtual UNAM, cfr. pp. 353-379. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf>. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

27) GARRIDO, Ricardo: “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 7, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2013, pp. 115-147.

28) GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo, Santiago de Chile, 2002.

29) HENRIQUEZ, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 2, 2008, cfr. pp. 73-119.

30) LATHROP, Fabiola, “Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos”, en *Gaceta Jurídica*, N° 330, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2007, pp. 7-27.

31) LONG, Jöelle: “Il diritto del genitore “alla differenza culturale” nella relazione educativa con la prole: contenuto e limiti”, dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi, Torino, Disponible en: <http://hubmiur.pubblica.istruzione.it>. Consultada: el 26 de junio 2013.

32) LONG, Jöelle: “Il ruolo del principio del superiore interesse del minore nella disciplina dell’inmigrazione”, en *Rivista Minori Giustizia*, fascículo 1, 2006, Torino, pp. 251-267. Disponible en: www.famigliacristiana.it/allegati/inmigrazione%20e%20s. Consultada: el 26 de junio de 2013.

33) LÓPEZ-MURCIA, Julián y GARCÍA –DAZA, Lina: “La Obligación de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El caso de los Servicios Públicos en Colombia”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 12, Bogota, AÑO 2008, pp. 217- 251. Disponible en: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documentos. Consultada el: 30 de julio de 2013.

- 34) LOVERA, Domingo: "Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía", en Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp.11-54.
- 35) MARCHEGANI, Maura: "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell' infanzia, Marche, 2003, pp. 1-24. Disponible en: www.garanteminori.regione.marche.it/maura1.doc. Consultada: el 30 de julio de 2013,
- 36) MINZEE, Kim: "International Human Rights Law, Global Economic Reforms and Child Survival and Development Rights outcomes", en *Law & Society Review*, Vol. 43, N° 3, Sep. 2009, pp. 455-490. Disponible en: www.jstor.org/stable/40538713. Consultada el 4-4-2013.
- 37) MASCIA, Marco: "L' internazionalizzazione dei diritti dell' infanzia", en *Revista Pace, diritti dell'uomo diritti dei popoli*, anno IV, N° 1, 1990, pp. 67-76.
- 38) MONTAGUE, Phillip: "A Child's Right to Privacy", en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 2, N° 1, 1998, pp. 17-32.
- 39) NIETO-NAVIA, Rafael: "El valor Jurídico de las Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad", en *Revista colombiana de Derecho Internacional*, N° 18, 2011, pp. 155-190. Disponible en: www.scielo.org.co/pdf/ildi/n18/n18a06/pdf. Consultada: el 30 de julio de 2013.
- 40) NÚÑEZ, Pilar Trinidad: "La cara oscura de las relaciones familiares: La protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXII, 2004, pp.133-158.
- 41) NÚÑEZ, Pilar Trinidad: "¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público", en *Revista Española de Educación Comparada*, N° 9, 2003, pp.13-47.
- 42) ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo: "Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y derecho de los refugiados: la lógica de su existencia", 1998. Disponible en: www.academia.edu/1282114/Derecho_internacional_humanitario. Consultada el: 1 de agosto de 2013.
- 43) PARKER, Stephen, "The best interests of de child- Principles and Problems", en *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, tema 1, 1994, pp. 26-41.

Disponibile en: www.lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/26full.pdf. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

44) RIONDINO, Michele: "L' interesse del minore nell' affido condiviso", *Conferenza nazionale sul diritto della famiglia e dei minori*, Università Europea, Roma, junio 2011.

Disponibile en: www.pul.it/wp_content/uploads/2010/11/interesse-del-minore.pdf.

Consultada: 24 de mayo de 2013.

45) RIONDINO, Michele: "L' interesse supremo del fanciullo guida la tutela concreta, in *Famiglia e Minori- Guida al diritto 2*, Roma, 2009, pp. 91-94. Disponible en:

www.pul.it/wp_content/...pubblicazionisitoPul.pdf. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

46) SARDEGNA, Paula C.: "El interés superior del niño trabajador y la protección efectiva de sus derechos en Argentina", en revista *Cognitio Juris*, Buenos Aires. Disponible en:

www.cognitiojuris.com/artigos/04/07.html. Visitada: 27 de junio de 2013.

47) SIMONETTI, Elena: *Corso Diritti Umani e Minori*, Lezione 3. Disponible en: www.volint.it/areavolint/educazione/didattica/aggiornamento.htm.y en

www.volint.it/areavolint/educazione/aretematiche/diritti_minori.htm. Visitadas: 24 de mayo de 2013.

48) SPOTA, Antonio, "Globalización, Integración y Derecho Constitucional", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1999, p.1 y ss.

49) TURNER, Susan: "Comentario de Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago)", en *Revista de derecho*, Vol. XVII, Valdivia, 2004, pp. 273-278.

50) UPRIMNY, Rodrigo, "Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal", pp. 1-33. Disponible en

[www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-](http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3bloquedeconstitucionalidad.pdf)

[Lectura3bloquedeconstitucionalidad.pdf](http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3bloquedeconstitucionalidad.pdf). Consultada el: 30 de julio de 2013.

51) UNAM: "El principio del interés superior del niño obliga a los Estados a proteger sus derechos a la intimidad y a la vida privada contra injerencias arbitrarias o ilegales aún si media consentimiento de los menores o de sus representantes legales", en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 1-8. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. Consultada el 4 de abril de 2013.

52) UNAM: "Principio de Reunificación Familiar e Interés Superior del Niño como

criterios para el análisis de solicitudes migratorias”, en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 41-52. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. Consultada el 4 de abril de 2013.

53) VARGAS P., Macarena y CORREA C., Paula: "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1, 2011, pp.177-204.

54) VELOSO, Paulina, "Estado y perspectivas del derecho civil chileno", en *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004, pp. 143- 154.

55) VILLAVICENCIO, Luis: "La Libertad Religiosa y la Infancia en el Sistema Español. Una aproximación teórica y positiva", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, pp. 81-106.

56) VINUESA, Raúl: "Derechos humanos y derecho Internacional humanitario, diferencias y complementariedad", 1998. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8htm. Consultada el: 1 de agosto de 2013.

57) YAH, Selene y PEDRAZA, Zoila: "La conceptualización del principio del interés superior, como criterio de interpretación, una propuesta para el Estado de Campeche", México, 2013, pp.1-82. Disponible en: www.ifaj.edu.mx/sitio2/wp-content/uploads/2013/07/tesina-selene-del-rocio-yah-aldana.pdf. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

58) ZAGREBELSKY, Gustavo, "La giustizia costituzionale nell 2003", Relazione del presidente della Corte costituzionale, Roma, 2004, pp. 1-94. Disponible en: http://cortecostituzionale.it/actionpagina_396.doc. Consultada el: 1 de agosto de 2013.

59) ZEKOS, Georgios I.: "Cyberspace and globalization", en *Law Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 2002. Disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/2002. Consultada: el 1 de agosto de 2013.

3.- DOCUMENTOS:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya última reforma fue publicada en el DOF el 11-06-2013. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf. Visitada: 27 de junio de 2013.

2) Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño, ACNUR, Ginebra, 2008.

3) Declaración de la Segunda Cumbre Mundial de la Infancia, Asamblea General de Naciones Unidas, 2002. Disponible en: www.un.org/es/development/devagenda/children.shtm. Consultada el: 2 de agosto de 2013.

4.- PAGINAS WEB:

www.academia.edu/1282114/Derecho_internacional_humanitario.

www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/pl1094.htm>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf>.

<http://blogs.periodistadigital.com/totalitarismo.php>.

www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/jerarqu3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-cora.pdf.

http://cortecostituzionale.it/actionpagina_396.doc.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>.

www.corteidh.org.cr/tablas/r25212.pdf.

www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/22.pdf.

www.cognitiojuris.com/artigos/04/07.html.

www.fondazionepromozionesociale.it/PA_Indice/143/143_sorprendente_raccomandaz.htm.

www.garanteminori.regione.marche.it/maura1.doc

www.humanrights.gov.au/rightstalk-marta-maur-sbiograph

<http://hubmiur.pubblica.istruzione.it>.

www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8htm.

www.ifaj.edu.mx/sitio2/wp-content/uploads/2013/07/tesina-selene-del-rocio-yahaldana.pdf.

www.immigrazione.it/docs/2013/1-013-crc-infanzia.pdf.

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm>.

<http://Inx.papaseparati.org/psitalia/i-diritti-dei-minori/genesi-della-convenzione->

internazionale-sui-diritti-dellinfanzia-e-delladolescenza.html.
www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documentos
www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm.
www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm.
www.juridicas.unam.mx.
www.jstor.org/stable/40538713.
www.jstor.org/stable/20069683.
www.jstor.org/stable/3776483.
www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/quince-anos-vigenciadeconvencionderechosninosenargentina-mary-beloff.pdf.
www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/mary-beloff.pdf.
www.lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/26full.pdf.
www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc.
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/members.htm>.
www.parlatino.org/es/temas-especiales/comunidad-lat-d.
www.pjud.cl.
www.pul.it/wp_content/uploads/2010/11/INTERESSE-DELMINORE.pdf.
www.rivisteweb.it/doi/101436/7639.
www.rivisteweb.it/doi/10.1436/6726.
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.
www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n18/n18a06/pdf.
www.juridicas.unam.mx.
www.unicef.cl.
www.unimondo.org/Guide/Diritti-umani/Bambini-e-minori/%28desc%29/Show.
www.un.org/es/development/devagenda/children.shtm.
www.volint.it/areavolint/educazione/didattica/aggiornamento.htm.
www.volint.it/areavolint/educazione/areetematiche/diritti_minori.htm.

Universidad de Valparaíso
Chile



00417864

DOC CB. 00417864
M994i RU. 284699
2016 Muñoz Merkle, Susy
El interés superior del niño: ¿existe
una dialéctica entre el Comité de los Derechos de
Niño y la Corte Suprema chilena?

NOMBRE DEL LECTOR

Fecha devol

DOC CB. 00417864
M994i RU. 284699
2016 Muñoz Merkle, Susy
El interés superior del niño: ¿existe
una dialéctica entre el Comité de los Derechos de
Niño y la Corte Suprema chilena?