



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

**APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Presentado por
Villavicencio Piña, Rafael Ángel de la Trinidad

Para Optar al Título de
Especialista en Derecho de Familia y del Niño

Asesor
Martínez, John

Caracas, junio 2017

Dedicatoria

A mi esposa como ayuda idónea a mi vida, por todo el tiempo que cedió para la consecución de esta meta.

A mi familia porque Dios los hizo las herramientas para mi soporte y a ellos debo todo

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

CARTA DE APROBACIÓN

Quien suscribe, **John Alexander Martínez Silva**, titular de la cédula de identidad N° **V-13.937.615**, **profesor de esta casa de estudios**; mediante la presente manifiesto haber asesorado al abogado **Rafael Ángel de la Trinidad Villavicencio Piña**, en la presente investigación, que constituye su trabajo especial de grado titulado: “**APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**”, a fin de obtener el título de especialista en Derecho de Familia y del Niño y que la misma cumple con los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación por el jurado que designe la universidad.

En Caracas a los veintinueve (29) días del mes de mayo del año 2017.

John A. Martínez S.

V-13.937.615

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

**APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Autor: Rafael Ángel de la Trinidad Villavicencio Piña.
Asesor: John Martínez
Fecha: junio-2017

RESUMEN:

La investigación trató sobre los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales pueden colisionar debido a su contenido amplio. Por ello se realizó un análisis de la ponderación como forma para resolver esa clase de planteamientos. En virtud de ese amplio contenido se realizó un estudio de la interpretación constitucional, como una forma particular de llevar a cabo ese proceso en esta materia. Así mismo, como factor fundamental en la resolución de esos conflictos se examinó el principio del interés superior del niño, en cuanto a su contenido y forma de aplicación a la luz de la Convención sobre los derechos del niño, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Se trató de un estudio teórico del tema, basado en bibliografía de estudios existentes, así como en la aplicación de ese proceso ponderativo por parte de tribunales con competencia constitucional en el extranjero e igualmente en decisiones dictadas por la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia; para lo cual se hará uso del procedimiento analítico y de desarrollo conceptual, con apoyo y uso de técnicas de análisis y contenidos, inducción y síntesis; se buscará información actualizada de libros nacionales y extranjeros, monografías, seminarios y uso de internet. El trabajo se constituirá en un estudio monográfico a un nivel descriptivo, pues se amplió conocimiento, con apoyo principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Ponderación, Interpretación Constitucional, Interés Superior del Niño.

Índice General

Carta de Aprobación del Asesor	i
Resumen	ii
Índice General	iii
Introducción	1
Capítulo I. Los Derechos Fundamentales	5
Concepto	5
Características	11
Forma de regulación normativa	12
Núcleo esencial de los derechos fundamentales	19
Colisión de derechos	22
Capítulo II. La Ponderación	30
Concepto	30
Estructura y límites.....	38
Interpretación Constitucional	41
Argumentación	45
CAPITULOIII. Doctrina de la protección integral	48
Concepto	48

Características	51
Características de la doctrina de la situación irregular	55
Capítulo IV Interés Superior del Niño	58
Concepto	58
Características	61
Análisis práctico del uso del término.....	69
Aplicabilidad en los conflictos de derechos fundamentales.....	80
Conclusiones.....	86
Referencias	90

Introducción

El relativamente reciente reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho, a través de la Convención de los Derechos del Niño, configuró un cambio en cuanto a la forma como la familia, la sociedad y el Estado deben entenderlos. Es decir, a partir de ese reconocimiento, no es posible concebir a las personas que no hayan alcanzado la mayoría como incapaces e imposibilitadas de ejercer derechos y asumir obligaciones.

Lo antes señalado trajo consigo una serie de implicaciones, entre las cuales está reconocerlos como titulares de derechos fundamentales; es decir, aquellos derechos humanos regulados y, por lo tanto, protegidos en el ordenamiento jurídico de un determinado país; protección que puede ser de carácter sustancial o procesal, bien porque suponga un derecho subjetivo o bien un mecanismo que garantice su materialización.

Ahora bien, los derechos los fundamentales, es decir derechos humanos que se concretan a través de normas, por lo general, tienen un supuesto de hecho abierto con una consecuencia jurídica, que puede tener también esa misma naturaleza, es decir, de derecho fundamental, que se convierten en consecuencia, en mandatos de optimización, en la terminología de Alexy (1997.86-87), por cuanto éstos ordenan que un fin se procure en la medida de lo posible.

En oportunidades los derechos fundamentales pueden colidir con otros en un caso concreto, en virtud de la naturaleza vaga de su contenido, lo que requeriría el

establecimiento de cuál de ellos prevalecería. Frente a esta clase de conflictos, y a los efectos de su solución, se han planteado variadas vías o salidas y una de las más aceptadas es la ponderación, que implica, de forma resumida, que cuanto más amplio sea la forma de no satisfacción o afectación de un derecho, tanto mayor debe ser la relevancia o satisfacción del otro.

Desde esa perspectiva, al tener dos o varios derechos del mismo rango e importancia en conflicto, corresponderá al juez en el caso concreto, utilizar la ponderación como procedimiento de aplicación jurídica, mediante el cual se establezcan las relaciones de preeminencia entre los mismos, para lo cual ha de tenerse en cuenta los argumentos existentes o los que puedan resultar del estudio del caso, para establecer cuál sería el derecho fundamental prevaleciente, es decir, cuál de ellos tiene mayor peso con miras a la solución del caso concreto.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescentes (LOPNA, 2000), con sus posteriores reformas, y con el cambio de enfoque que se realizó, respecto a la población a la cual está dirigida su aplicación, se les reconoció a los mismos, un Derecho-Principio constituido por el Interés Superior del Niño al cual se le ha conferido trascendental importancia dado que tiene la atribución de guiar a los funcionarios, entes y personas, encargados de emitir pronunciamientos y tomar decisiones, en la oportunidad de interpretar el resto del articulado de la citada Ley y de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la luz de los postulados desarrollados en dichos textos, con miras a resolver conflictos de intereses en los cuales se encuentre involucrado un niño o un adolescente, fundamentalmente, cuando la colisión del Derecho o los derechos del niño o del adolescente, se produce respecto a derechos de adultos.

Definir el Interés Superior del Niño ha resultado una tarea un poco compleja por las diversas posiciones asumidas por los diferentes autores que se han dedicado a estudiar tan importante Derecho-Principio, lo que ha dado lugar a que algunos hayan llegado a afirmar que tiene un contenido indeterminado.

En el foro, es común verificar muchos jueces que lo aplican -o al menos expresan aplicarlo-, pero lo hacen no como el factor de especial trascendencia que es, es decir, no como enunciado argumentativo, ni como principio que requiere del debido análisis y con la debida metodología, frente al caso concreto sino que sólo cumplen con mencionarlo, en obediencia al mandato impuesto por la Ley, con lo cual se hace solo un uso retórico de ese importante instrumento-solución.

En virtud de lo antes planteado, a través de la presente investigación se procurará fijar parámetros para su correcta y debida utilización a través de la ponderación en los casos de colisión de los derechos de los niños con los derechos de los adultos y de la sociedad en general, atendiendo a su especial condición de sujetos en desarrollo. Todo ello, para evitar se constituya en un instrumento discrecional, que permita a los jueces y funcionarios llamados a aplicar tan importante Derecho-Principio actúen con discrecionalidad absoluta y por lo tanto incurran en abusos de poder, ya que lejos de garantizar los derechos, de niños, niñas y adolescentes, se convertirían en actuaciones frecuentes, que lesionarían los mismos, para convertirse en palabras de Freedman (S.f. párr.2), en un *Caballo de Troya*, es decir, que entre en los juicios con supuestas buenas intenciones, se permitirían decisiones arbitrarias.

A los fines de tratar el tema objeto de la presente investigación, la misma se desarrollará en cuatro capítulos, a saber: Capítulo I referido a Derechos Fundamentales, donde se analizará su concepto, características, forma de regulación

normativa, definición de su núcleo esencial y la posibilidad de colisión de esta clase de derechos. El capítulo II: denominado Ponderación, que comprende los siguientes aspectos: concepto, estructura y límites de la ponderación, interpretación constitucional y argumentación en su vinculación con los derechos de niños, niñas y adolescentes. El capítulo III: intitulado la doctrina de la protección integral, donde se aborda su concepto, características, así como las características de la doctrina de la situación irregular y se compara ésta como contrapartida a la doctrina es estudio. El capítulo IV: denominado interés superior del niño, en el cual se estudia su concepto, contenido, el análisis práctico del uso del término y su aplicabilidad en los conflictos de derechos fundamentales. Finaliza el presente trabajo con las conclusiones a las cuales se arriba como consecuencia del análisis de los aspectos desarrollados a lo largo de la investigación.

Capítulo I

Los Derechos Fundamentales

Concepto

Son diversas las situaciones que bajo el amparo de la Ley, dieron lugar a la vulneración de derechos de las personas y con ello la dignidad de las mismas, pese a los reclamos que sobre el particular recoge la historia de la humanidad. Ello dio lugar a que el hombre procurara diversos métodos con miras a lograr el reconocimiento de derechos que le eran inherentes y su protección. De esa manera surge el Derecho, como mecanismo formal de protección de los derechos inherentes a las personas, y como resultado de su evolución, no solo se les reconoció, sino que se les hizo inalienables y se les clasificó. De esa manera surgen los Derechos Humanos de los cuales derivan los derechos fundamentales, que son derechos humanos consagrados en la constitución de cada Estado.

En ese sentido, Casal (2010), indica:

una distinción que goza de amplia aceptación es la que reserva la expresión derechos humanos al plano de proclamación y protección internacional de los derechos inherentes a la persona, mientras que derechos fundamentales es aplicable al conocimiento y garantía de estos derechos, u otros considerados trascendentales en una comunidad política determinada, en el plano constitucional.(p.16)

Ratifica el citado autor el carácter de fundamental para aquellos derechos que han sido consagrados en el texto constitucional de cada Estado, lo que significa un trascendental acontecimiento, por cuanto se constitucionalizan los derechos humanos, y ello obliga a los jueces a su observancia y debida protección o tutela.

En ese mismo orden de ideas Ferrajoli (2001) al referirse a la necesaria regulación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, señala lo siguiente: “se infiere que estos derechos se crean como situaciones de derecho reconocidos en el ordenamiento positivo de un país, concretamente en las constituciones”.

Como puede evidenciarse de la posición del autor citado, los derechos fundamentales para ser tales requieren ser reconocidos en el ordenamiento jurídico de un país, fundamentalmente en su constitución, para poder tener ese carácter, así como indica Alexy (1986) “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho” (p.47).

Ahora bien, si en la actualidad no se duda de la existencia de los derechos fundamentales, lo que ha resultado complicado es determinar su contenido esencial, su delimitación y restricción. En ese sentido, se precisa señalar que es tal la dificultad de definir esta clase de derechos, que Bernal (2007) ha señalado que es uno de los conceptos cuyo estudio es de los más controvertidos en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero.

Es tal la magnitud de importancia de los derechos fundamentales, que su consagración ha establecido nuevas formas de entender las actividades del Estado y su materialización determina, en muchos casos el modelo de Estado que tiene un país en particular. En ese sentido, Ferrajoli citado por Aguilera y López (s.f), en lo atinente a la trascendencia de los derechos fundamentales, los señala como objetivos que el Estado debe garantizar, lo cual concibe como la materialización del modelo garantista del derecho. Así, desde la perspectiva del autor citado el garantismo concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se procura

favorecer al máximo la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes.

En ese mismo orden, sostienen los referidos autores (ob.cit. s/f) que la positivización de los derechos fundamentales ha recorrido sucesivas etapas históricas, y al efecto destacan que la primera está constituida por la creación del Estado liberal de Derecho que brindó en su momento seguridad jurídica a los ciudadanos. En ese sentido plantean que:

los derechos resultan en vínculos sustanciales impuestos a la democracia política; materializándose de dos formas: por una parte, como vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que ninguna mayoría o poder puede violar; y por otro lado, están los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; actuando ambos factores como legitimación social del Estado constitucional, de acuerdo con el grado de cumplimiento de los mismos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) consagra una serie de derechos fundamentales y además, abre la posibilidad que también tengan esa condición, además de los antes señalados, otros derechos previstos en tratados internacionales, a tenor de lo dispuesto en su artículo 23, que dispone:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Como puede observarse del contenido de la transcrita disposición, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, confiere transcendencia

constitucional, no solo a los derechos humanos, consagrados en la misma, sino a los contemplados en tratados, acuerdos y convenios internacionales, suscritos y ratificados por la República; de forma que esto amplía aún más, el objeto material de protección por parte de los jueces y añade dificultad al ejercicio de su función; puesto que no sólo se convierte en garante de la constitución, sino también de los tratados internacionales.

Lo antes señalado cobra fundamental trascendencia, porque en lo que se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha desarrollado una figura del control de la convencionalidad, equivalente al control de la constitucionalidad, pero en la cual las normas que sirven para desaplicar o anular las leyes, son las consagradas en esa Convención, cuyo desarrollo excede de los límites de la presente investigación; aun cuando sirve de parámetro para explicar la dificultad del ejercicio jurisdiccional en esta materia.

En ese orden de ideas, es menester señalar que Venezuela ha suscrito una serie de instrumentos internacionales los cuales han servido para desarrollar el entramado jurídico en el marco del cual se ha venido reconociendo los derechos inherentes a niños, niña y adolescentes, y que de acuerdo con el progreso de la legislación sobre la materia serán ejercidos en la medida de su capacidad evolutiva.

Dentro de los instrumentos suscritos por Venezuela y ratificados por el poder Legislativo Nacional, destacan: La Declaración de Ginebra de 1924, sobre los derechos del niño y la Declaración de los Derechos de Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), vinculante para 195 países que la han suscrito; la cual contiene un catálogo de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que se regulan con una especial protección en atención a la vulnerabilidad de éstos sujetos de derecho.

En este sentido, Ferrajoli (2007), definió los derechos fundamentales como:

Derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de actos que ejercicio de éstas.(p.297)

Del citado extracto del prominente autor, observamos que los derechos fundamentales son aquellos otorgados a las personas en su reconocimiento como tal, es decir, por la positivización que ese estado realiza el ordenamiento jurídico. La relevancia con la infancia es entender que esa titularidad no se origina cuando se cumple la mayoría sino desde el mismo momento del inicio de su vida, dependiendo del establecimiento que ese sentido realice el Estado con fundamento en la Convención sobre del Derechos del Niño.

Los derechos fundamentales se convierten, producto de su reconocimiento, consagración y protección, en derechos humanos positivizados, correspondientes universalmente, a toda persona con capacidad o no de obrar, convertidos en expectativa sujeta a un individuo en virtud de su atribución dada por una norma jurídica como presupuesto para ser titular de los mismos y para su ejercicio en la medida de su capacidad.

Al referirse a los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina, Cillero (1999), indica que durante el siglo XX, los derechos humanos, se han transformado en el fundamento de un sistema político-social fundamentado en la promoción y garantía del desarrollo de los ciudadanos sin discriminación. De esa manera, los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático.

Igualmente el citado autor, siguiendo a Bidar-Campos, insiste en señalar el vínculo existente entre derechos fundamentales y eliminación de la arbitrariedad, al indicar que son límite infranqueable para la arbitrariedad y además resultan en una finalidad u objetivo que guía al sistema político y a la convivencia social.

Establecida la funcionalidad de los derechos fundamentales, representada por el hecho de servir como límite a la arbitrariedad, los mismos deben ser observados sin distinción, por esa generalidad que los caracteriza; razón por la cual, no solo deben ser aplicados en cuanto a los adultos, sino también a los asuntos en los cuales se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes.

Cillero (1999), indica que la Convención sobre los Derechos del Niño, mantiene la afirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas y por ello, puede otorgársele la denominación de ser un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas; con un carácter especial de niños, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior de éstos.

Sostiene el referido autor, que la Convención resulta también en fuente de derechos propios de estos sujetos y consagra un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos y sus derechos y deberes recíprocos. Por tanto, los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual.

En consonancia con las tesis antes mencionadas, se observa que los Derechos Fundamentales resultan ser un conjunto de derechos consagrados constitucionalmente, cuya observancia puede exigirse al Estado y sus órganos, obligados como están los poderes públicos, a coadyuvar en la satisfacción de los ciudadanos.

Características

Conceptualizados, definidos y establecida la finalidad de los derechos fundamentales a los efectos de su aplicación, es menester señalar lo que en doctrina y desde la revisión normativa se observa como características de los mismos. Así, en ese sentido Casal (2010), en referencia a Stern, indica que los derechos fundamentales tienen como característica la fundamentalidad, la positividad y la constitucionalidad.

Al desarrollar los antes citados aspectos, el primero es vinculado a su significación para la persona y para el sistema político-jurídico; el segundo aspecto, se relaciona con su condición de ser normas de derecho positivadas y no de simples aspiraciones o necesidades; y en cuanto a la constitucionalidad, es la jerarquía jurídica en la cual deben estar consagrados para tener tal carácter constitucional.

Así mismo, Casal (2010), en referencia a Alexy, ha atribuido cuatro rasgos a los derechos fundamentales: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia de su objeto y su máximo grado de indeterminación. Al referirse a su máximo rango, indica que se colige de la inserción de los derechos en la constitución, norma suprema del ordenamiento, su máxima fuerza jurídica se basa en lo establecido en la propia ley fundamental, según la cual estos derechos vinculan a todos los poderes públicos como disposiciones de eficacia inmediata (art. 1.3 LF); la máxima importancia de su objeto consiste en la relevancia de su contenido y la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad; su máximo grado de indeterminación, por último, se pone de manifiesto en el carácter sucinto o lapidario –o abierto- de las disposiciones que lo consagran.(p.18).

Otro aspecto resaltado por Casal (2010) se refiere a la universalidad de estos derechos con fundamento en la tesis formulada por Ferrajoli (ob.cit. p.37) quien a partir de un modelo estructural, conceptualiza los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que universalmente corresponden a todos los seres humanos, en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

Forma de regulación normativa

Tal como se indicó, una de las características primordiales de las disposiciones que consagran derechos fundamentales, es su indeterminación, lo cual dificulta en algunos casos su aplicación. Como quiera que éste no es un problema que sólo atañe a los derechos fundamentales, sino al derecho en general, por ser una materialización del lenguaje, es importante realizar la distinción de las disposiciones normativas que han sido clasificadas por la doctrina en reglas y principios.

Tanto las reglas como los principios, cumplen con un objetivo específico dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido Bernal (ob.cit), sostiene que tanto los principios como las reglas desempeñan en el ordenamiento jurídico una misma función y además señala que principios y reglas son efectivamente normas que por ende regulan la conducta humana y que se utilizan, para construir y fundamentar las decisiones judiciales.

La discusión en relación a las reglas y principios ha sido muy amplia, es decir, se ha dificultado determinar la diferencia entre ambas y clasificar cuando una norma corresponde a un reglón o a otro, a tal punto que Bernal (ob.cit) indica que esta diferencia se ha configurado en uno de los asuntos más debatidos en la teoría y filosofía del derecho; por lo que se ha decidido adoptar el modelo establecido por Alexy (1988), para quien “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto y las reglas, normas con un nivel relativamente bajo de generalidad” (p.141).

La antes señalada distinción es práctica, por cuanto se aproxima a la estructura de las normas de derecho fundamentales, cuya esencia radica en esa protección de derechos humanos y a la generalidad de su regulación, por lo cual, los principios que la constituyen han sido definidos por Alexy (ob. Cit. p. 86-87), como mandatos de optimización.

Bernal (2007, p. 576 y ss), al referirse a esta clasificación indica que los principios y las reglas son normas jurídicas que regulan la conducta de las personas y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones judiciales. Este autor

expresa que Dworkin (1980, p. 84) ofrece dos criterios de distinción, el primero referido a que los principios se diferencian de las reglas en un sentido lógico, en razón de la solución que ofrecen, por cuanto las reglas resultan aplicables por completo o no resultan aplicables en absoluto para resolver un caso determinado, de manera que generan siempre una disyuntiva extrema, plantean un dilema de todo o nada. Por su parte, los principios, no tienen en términos lógicos, estructura condicional, puesto que no establecen con toda claridad cuáles son las circunstancias cuando deben ser aplicados, ni cuáles son sus excepciones, así como tampoco prevén las consecuencias jurídicas que deben producirse para su materialización.

La segunda diferencia esbozada por Dworkin (ob.cit. p. 93), según refiere Bernal (ob.cit), es la forma de aplicación, por cuanto los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas, es decir la denominada de peso específico o importancia. Siendo que al aplicar éstos, las decisiones que el juez adopta, no implica un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino solamente un juicio relativo al caso específico. Particularidad que las reglas no poseen, por cuanto éstas se aplican o no; y en caso de antinomias, el juez debe aplicar los principios de superioridad, posterioridad y especialidad.

En el caso de la teoría de Alexy (p.140), también referida por Bernal (ob.cit), se expresa que tanto las reglas como los principios son normas, éste autor crítica la visión otorgada por Dworkin (1980). En primer lugar porque la afirmación de que las reglas se aplican de forma de todo o nada, supone conocer de antemano todos los casos y excepciones de las reglas.

En ese sentido, Alexy (1986) indica que la diferencia entre principios y reglas estriba en el grado de cada uno, respecto del cual los principios serían más generales

y abstractos que las reglas. Por lo que tanto los principios como las reglas se aplican de la misma forma, es decir, en el supuesto de todo o nada.

En cuanto al segundo criterio explicado por Dworkin, relativo al peso que tienen los principios, Alexy (ob. Cit. p. 86 y ss) está de acuerdo con este autor y añade una formulación, a su juicio, más completa para concluir que las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible y que sólo pueden ser cumplidas o no y los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, en atención a las particularidades del caso.

Indica Bernal (2007), que esa forma de aplicación de los principios y las reglas, afecta la manera como se resuelven los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios. La situación de conflicto -antinomia- se presenta cuando en un mismo sistema jurídico existen dos normas que tienen una misma jerarquía, datan de la misma época y tienen la misma generalidad o especialidad y establecen deberes jurídicos contradictorios entre sí.

Según afirma Alexy, cuando se presenta un conflicto de esa naturaleza, en el cual, una de las reglas no puede ser declarada inválida según los criterios de jerarquía, posterioridad o especialidad sólo puede ser solucionado mediante la introducción de la cláusula de excepción, que prescribe que una regla ha de aplicarse siempre, a excepción de los casos que caiga bajo el supuesto de hecho prescrito por la regla contraria, en los cuales ésta última será la que determinará la solución.

Distinto a lo que ocurre con los principios, respecto a los cuales, según Alexy (ob.cit), uno tiene que ceder ante el otro, lo que no implica la invalidez abstracta de uno de ellos, ni siquiera, por vía de aplicación de la mencionada cláusula de excepción. Lo que ocurre, manifiesta Bernal, es que habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, uno de los principios debe ceder al otro; el principio que ostenta mayor peso prevalece frente al otro, pero no para siempre, sino sólo en ese caso.

Dentro de las posibilidades de aplicación de las normas, existen múltiples supuestos, pudiendo en consecuencia ocurrir conflictos entre reglas o colisiones entre principios. A efecto de la presente investigación, resultan de interés la última clase, porque es la forma como se encuentran regulados en la mayoría de los casos los derechos fundamentales. Sin embargo, es necesario indicar que las reglas cuando entran en conflicto implican necesariamente la aplicación o inaplicación por completo de una de ellas, como indica Bernal (2007), generan para el juez, en todo caso, una disyuntiva extrema, le formulan un dilema de todo o nada.

Por su parte, los principios presentan indeterminación en su contenido, lo cual implica que pueden colisionar; pero esa circunstancia no implica un todo o nada, como anteriormente se señaló en relación a las reglas; debido a que no tienen una condición de aplicación determinada. A fin de aclarar la forma de resolución de esa circunstancia, Bernal (2007), expresa que los principios no disponen con toda claridad las circunstancias en las cuales deben aplicarse, así como tampoco sus excepciones, ni prescriben las consecuencias.

Por otra parte, como señala Zagrebelsky (1995) quien sostiene la idea que se desarrolla en la investigación, relativa que por lo general las normas legislativas son

reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente principios (p.109); lo que implica que no siempre es así, pero que conlleva a una mayor dificultad de aplicación de los casos, en los cuales el juez aplica los derechos constitucionales que cuando su función implica únicamente el uso de normas contenidas en disposiciones legales.

Implica lo antes señalado, que en determinada situación fáctica, pueden concurrir dos principios, como por ejemplo: la libertad de expresión e intimidad, supuesto en el cual el juez debe reconocer que todos los principios relevantes forman parte del sistema jurídico y por lo tanto, debe tenerlos en consideración para elaborar la decisión, de manera tal, que en estos casos, uno de los principios tiene que ceder ante el otro; lo que no supone la anulación total del mismo. Lo que ocurre en estos supuestos, consiste en que uno de los principios debe preceder al otro. El que ostenta el mayor peso, prevalece frente a su contrario, pero no para siempre sino sólo en ese caso.

La indeterminación en la condición de aplicación y esa probabilidad de colisión de los derechos fundamentales, ha sido señalada por Casal (2010), quien indica:

Los derechos fundamentales, en su faceta de principios, son formulados de tal manera que no precisan todas las condiciones de su aplicación, lo que determina junto a otras razones, la posibilidad de que se replieguen ante principios contrapuestos con lo que lleguen a entrar en conflictos. (p.50)

A título de ejemplo, se puede citar un caso referido por Bernal (2005), relativo a cuando los padres de una niña que profesan el culto evangélico, y por razón de respecto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al

Hospital a pesar de que corre peligro de muerte (p.7). Allí, se observa la colisión entre el derecho a la libertad de culto y los derechos a la salud y a la vida.

Las normas contentivas de los derechos fundamentales, poseen una condición de aplicación abierta, por lo que pueden ocurrir casos, en los cuales concurren dos principios, hecho que implica una colisión entre ellos, no suponiendo una desaplicación absoluta de alguno, sino más bien, que en ese caso concreto, deba ceder aquél cuya necesidad sea menos importante. Para resolver esa clase de confrontaciones normativas, es necesario fijar un método para su valoración, que es la ponderación que se analizará de seguida

Otra objeción a esta división, es referida por Casal (ob.cit) la cual se refiere a la visión de Habermas (1998. p. 309 y ss), quien estima riesgoso el debilitamiento de los derechos fundamentales que resultarían de la admisión de una realización gradual, como la otra cara de una optimización que siempre puede ser lograda, lo cual abriría la puerta a ponderaciones judiciales proclives a la irracionalidad.

Al respecto, indica Casal (ob.cit.) que en la base de esta crítica, que se extiende a la jurisprudencia constitucional sobre los derechos como expresión de un orden de valores, está la idea de que ni los principios jurídicos en general, ni los derechos fundamentales en particular, deben ser tratados como valores. Éstos tienen carácter teleológico y son susceptibles de realización parcial, mientras que las normas poseen sentido deontológico y vinculan sin excepción a sus destinatarios.

Analizada someramente la tesis de clasificación de las normas en reglas y principios y algunas de sus observaciones, es importante destacar que excede de la

presente investigación, realizar un análisis pormenorizado de toda esa polémica, lo que implicaría un trabajo aparte. Lo importante es resaltar la diferenciación regulativa que poseen los derechos fundamentales, que en la mayoría de los casos tienen un contenido indeterminado y que sale a relucir, sobre todo en los casos prácticos, en los cuales entran en colisión, que es lo trascendente, sobre todo en el caso de los niños y adolescentes, donde además juega un papel primordial el interés superior del niño.

Núcleo Esencial de los derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales no son ilimitados, tal como afirma Prieto (2009), quien cita la decisión STC 2/1982 del Tribunal Constitucional Español, al establecer:

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.(p.217)

Hay casos en los cuales se percibe que los derechos fundamentales no son ilimitados y se les equipara a toda clase de derecho; sin embargo, se aduce que presentan un núcleo esencial que no puede ser eliminado por cuanto representa la base del mismo, pero de ocurrir, tal situación, es necesario que se emita una justificación, es decir, solo excepcionalmente, puede equipararse un derecho fundamental a cualquier otro derecho, pero ello debe ser suficientemente justificado, por el legislador.

En casos como el antes señalado, el legislador debe acudir al principio de proporcionalidad, y aun cuando no sea objeto de estudio de esta investigación, es

menester su mención, en el sentido de establecer que incluso el legislador no puede disponer libremente de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otro lado en la oportunidad de emitir su fallo, el juez puede, en un caso concreto, revisar la constitucionalidad de una ley, oportunidad en la cual analiza la función ejercida en ese sentido por el legislador; además, puede conocer los conflictos puntuales entre derechos fundamentales, asunto de relevante importancia en el presente estudio.

Formulada la aclaratoria anterior, es importante señalar que Casal (2010, p.278), indica que la garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales, está enraizada con la República de Weimar, en la cual se inició el camino a establecer la noción de una esencia intocable o permanente de esos derechos, al mismo tiempo que se permitía una amplia intervención legislativa a estos derechos.

Expresa igualmente Casal (ob. Cit. p. 279) que originalmente el planteamiento de un contenido medular resistente a limitación o configuración legislativa no estuvo directamente orientado a los derechos fundamentales, sino que las Constituciones de algunos estados de la Federación, fijaron los primeros pasos hacia la organización de proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales, que luego se cristalizaría en el artículo 19.2 de la Ley fundamental, que establecía:

La restricción de derechos fundamentales sólo es admisible mediante ley y bajo la condición de que la seguridad, la salud o la moralidad pública lo exijan imperiosamente. La restricción de un derecho fundamental o la configuración detallada mediante ley debe dejar a salvo el derecho como tal.

Así mismo, la Constitución española establece en su artículo 53, numeral 1 que:

Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Posteriormente, esa generalización de protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales, fue recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, específicamente en su artículo 52, numeral 1, que dispone:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos o libertades reconocidos por la presente carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Como puede observarse, ha sido una labor en crecimiento la consagración del respeto necesario al núcleo esencial de los derechos fundamentales, que en principio impone que sólo pueden ser limitados por el legislador respetando la proporcionalidad de la intervención y más aún debe ser valorado por el juez, al momento de resolver situaciones de conflicto entre derechos de esa naturaleza.

García (s.f. sección 5, párr. 3), en cuanto al contenido esencial de los Derechos Fundamentales, expresa que “el núcleo intangible de cada derecho permite afirmar la subsistencia y su posibilidad de ejercerlo”. Así mismo expresa que la dificultad práctica reside en su vaguedad y en la consiguiente dificultad para identificarlo, lo cual habrá de ser realizada con relación a cada derecho fundamental en concreto y

siguiendo dos criterios complementarios, expresados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, en la cual estableció el criterio de reconocibilidad, respecto del cual señaló:

El contenido esencial de un derecho es aquél que lo hace reconocible como perteneciente a aquella categoría jurídica con la que, de acuerdo con la idea, generalmente aceptada, se corresponde y el criterio de interés protegido según el cual el contenido esencial de un derecho se identifica con los intereses que se pretenden conseguir con el reconocimiento de un derecho en concreto.

En nuestro país la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N°462 del 6 de abril de 2001, se pronunció en relación al núcleo esencial, al expresar:

Pero, a fin de llevar a buen puerto el imprescindible análisis crítico que debe efectuar el juez constitucional en su tarea de garantizar la función subjetiva de los derechos fundamentales, éste debe interpretar en todo caso, si bien de manera casuística pero con fundamento en los límites internos y externos que perfilan toda actividad hermenéutica, el núcleo esencial de los tales derechos, es decir, abstraer su contenido mínimo desde la premisa de que un derecho humano es el resultado de un consenso imperativo según el cual una necesidad es tenida por básica, para así diferenciarlo de las diversas situaciones jurídicas subjetivas donde tales necesidades no se manejan en su esencialidad.

Colisión de derechos

Tal como se ha indicado, es posible que exista colisión entre los derechos fundamentales. En ese sentido Casal (2010, p.150 y 151), indica que un tema capital del constitucionalismo contemporáneo es el de las colisiones entre derechos constitucionales, lo cual se observa en que muchos de los trabajos e investigaciones

que se elaboran en áreas de derecho constitucional y de la filosofía del derecho, se concentran en el análisis de los conflictos entre derechos o bienes constitucionales y procuran establecer caminos racionales para su tratamiento y solución.

Las colisiones pueden ocurrir de diversas formas, en casos concretos o abstracto, una de las posibilidades de colisión están representadas por las antinomias, las cuales se hacen presentes, cuando dos normas entran en conflicto, por cuanto por ejemplo, una prohíbe lo que otra permite. Así ocurre que Prieto (2009, p. 178), expresa que las mismas, son muy frecuentes en cualquier orden normativo.

El antes citado autor, clasifica las antinomias en contingentes o en concreto; y una segunda categoría que denomina antinomias internas o propias del discurso de validez, en tal sentido el autor manifiesta:

Decimos que una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hechos descritos por las normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que se pretenda aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. Por ejemplo, una norma prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se hallan en una posición de conflicto abstracto, puesto que la especie de los abortos terapéuticos forma parte del género de los abortos; en consecuencia, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante de la primera. Podemos constatar la antinomia y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto. Dicho de otro modo, los criterios de resolución de antinomias que ya conocemos operan en este género de conflictos, es decir, en presencia de normas cuya condición de aplicación aparece cerrada o suficientemente perfilada. No parece ocurrir así con las antinomias contingentes o externas. Aquí no podemos definir en abstracto la contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello con una regla segura para resolver el problema (p.178)

La Corte Constitucional Colombiana, se ha referido a la colisión entre normas constitucionales y la necesaria interpretación coherente que debe hacer el juez en la aplicación de las mismas; ésto lo determinó en sentencia N° T 425/95, en la cual estableció:

Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

Ese mismo órgano jurisdiccional determinó una serie de principios que deben ser aplicados en estos casos, tales como:

El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto.

La ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad.

En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

Como se observa, las posibilidades de conflicto entre normas es amplia y sobre todo, las de carácter concreto, es decir, las contingentes en la denominación de Prieto. Ahora bien, surge un dilema con relación a la existencia o no, de una única respuesta correcta en estos casos.

Con relación a este particular, la doctrina ha diferenciado los casos fáciles de los denominados casos difíciles, los primeros son aquellos en los cuales la actividad judicial se limita a la aplicación del silogismo simple, por cuanto es sencillo determinar el hecho acaecido, la condición de aplicación en la cual éste se subsume y por ende a consecuencia jurídica, en la cual se presentan otros problemas de carácter probatorio, por ejemplo, pero no en la determinación del alcance de la norma.

Por su parte los casos difíciles son aquellos donde pueden resultar aplicables varias normas, con consecuencias jurídicas disímiles, que pueden incluso excluirse entre sí, tal como ocurre en muchos casos con los derechos fundamentales, donde sólo basta mencionar a título de ejemplo el caso de los padres cuya religión les impide llevar a su hijo al médico, donde entran en conflicto la libertad religiosa y la vida o la salud, según sea el caso.

Un tema importante que debe indicarse es la solución a los denominados casos difíciles y la discusión sostenida por Hart (1992) y Dworkin (1984) aclara en gran medida las funciones judiciales en estas circunstancias.

Un análisis interesante del debate entre Dworkin y Hart lo realiza Vargas (2013) de quien se extrae que para Hart, el derecho está separado de la moral, todos los casos se deben decidir apelando a la ley explícitamente formulada, para este autor a pesar de aceptar la imposibilidad de abarcar todos los posibles casos con el sistema de reglas, y sostiene que para los casos difíciles debe dejarse que el juez decida discrecionalmente, es decir, que elabore su propia regla de decisión.

Por su parte Dworkin (1984) referido en el citado estudio, elabora una teoría de los casos difíciles en el derecho con la que pretende demostrar que todos los dilemas tienen una solución correcta. De acuerdo con su visión, lo que sucede es que el derecho no se agota en el sistema de reglas como lo cree Hart.

Dworkin sustenta su rechazo a la tesis de Hart en dos argumentos. El primero, se opone a la discrecionalidad judicial, debido a que su mantenimiento implica

aceptar que los jueces pueden legislar, al resolver los casos difíciles, y esto es atribuirles funciones que no pueden poseer. En ese orden de ideas, señala que los legisladores son elegidos popularmente con el voto, mientras que los jueces no son electos. Los electores les han dado potestad a los legisladores, y no a los jueces, para que elaboren las leyes. De modo que esta potestad no se puede extender a los jueces.

En palabras de Dworkin (2002):

La primera objeción sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidas por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esta proposición. (p.150)

Dworkin (2002), afirma que cuando el juez crea una norma para aplicarla está violando el principio de irretroactividad de la ley, por cuanto está aplicando una norma que no existía. Así, para resolver un caso difícil en el derecho penal, el juez tendría que crear un nuevo tipo penal. Pero esto implica aceptar que se puede castigar por una acción que posteriormente se tipificó como delito.

Para demostrar que Hart está en un error, Dworkin comienza por negar que la ley consista solamente en un sistema de reglas, ya que considera que los ordenamientos jurídicos contienen principios que no están explícitamente formulados. Los principios implicados en la ley no se salen del sistema legal, porque son realmente el fundamento de todo el sistema. Este estudioso considera que el sistema legal trata de reflejar los principios morales de la sociedad, pero nunca lo consigue completamente debido a que el lenguaje posee una textura abierta. El papel del juez en los casos difíciles consiste en capturar los principios morales involucrados

en el caso y tomar la decisión de acuerdo con ellos. Así, los casos difíciles tienen una solución correcta y esto implica que los dilemas son aparentes.

Como se observa Dworkin no entiende los principios en el sentido de ser normas de amplitud en su condición de aplicación como se venía señalando con anterioridad, lo trascendente de su visión se fundamenta en el hecho de no otorgar discrecionalidad al juez para resolver los casos difíciles, por cuanto el ordenamiento jurídico de forma explícita o implícitamente siempre otorga la respuesta correcta, que es precisamente lo que se pretende verificar en la resolución de los casos difíciles, en los cuales esté involucrado en interés del niño, niña o adolescentes y evitar esa discrecionalidad judicial.

Para mayor abundamiento, Habermas citado por Rodríguez (1997), desde la perspectiva de la teoría comunicativa del derecho, ha sostenido una opinión semejante de acuerdo con la cual, el hecho de que no se pueda demostrar la corrección de una interpretación en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de una respuesta correcta, desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica interpretativa.

En el caso de los derechos de los niños, Simón (2013), argumenta que no hay posibilidad de una respuesta correcta por la indeterminación del contenido del Interés superior del Niño, lo cual se desprende del siguiente extracto:

La indeterminación del interés del menor hace difícil (en realidad imposible) eliminar márgenes discrecionales en las decisiones asociadas a su aplicación (algo considerado positivo por muchos autores), por ello no se pueden formular respuesta únicas en los casos

considerados complejos y se requiere diferenciar cada una de las dimensiones en las que se aplica el interés del menor; y establecer una clara prohibición de interpretaciones “negativas” del ISN. (p.18)

Como puede observarse, el autor citado sostiene que el termino interés del menor o Interés Superior del Niño, tal como se le conoce, a raíz de la puesta en práctica la Doctrina de la Protección Integral, no es que carece de contenido, sino que el mismo es indeterminado, lo que permite múltiples interpretaciones, y por lo tanto hace difícil o complica la posibilidad de evitar, se caiga en la tentación de incurrir en posiciones discrecionales, en la oportunidad en la cual el juez o los órganos facultados deban decidir un asunto en el tenga interés una persona que no ha alcanzado la mayoría. Señala el mismo autor, que la indeterminación a la cual hace referencia, da lugar a que no pueda ofrecerse respuestas únicas, por lo que sostiene que debería advertirse o establecerse la imposibilidad de incurrir en interpretaciones negativas, que necesariamente, tendrían que ser aquellas mediante las cuales, se lesione o agravie derechos y garantías de niños y adolescentes, aunque es necesario aclarar, que el hecho de que mediante sentencia no se favorezca la pretensión relacionada con los mismos, no se está vulnerando, necesariamente, el goce o ejercicio de sus derechos.

Capítulo II

La Ponderación

Concepto.

Los derechos fundamentales se encuentran regulados a través de diversas normas, clasificadas en reglas y principios, resultando éstos últimos en mandatos de optimización que deben ser procurados en todo caso, es decir, el administrador de justicia siempre debe tenerlos en consideración a la hora de tomar su decisión; sin embargo, existen casos en los cuales dos o más derechos fundamentales entran en colisión, esto debido a su generalidad, a su difícil interpretación e indeterminación de su contenido esencial, que en muchos casos dependerá de la sociedad dentro de la cual se les estudie.

Para la resolución de esta clase de conflictos han sido variadas las propuestas que ha dado la doctrina, pues existen conflictos normativos de las reglas, denominados antinomias, consistentes en contradicciones normativas que se producen cuando, ante una misma condición fáctica, se imputan consecuencias jurídicas imposibles de observar simultáneamente.

Cuando hay contradicciones como las arriba referidas es decir entre normas, se acude a los principios a los efectos de su resolución, y en ese sentido se atiende con frecuencia a aquellos según los cuales, la ley especial deroga la ley general, la ley superior deroga ley inferior, la ley posterior deroga ley anterior, pero los mismos, resultan insuficientes para dar solución a los conflictos de principios, pues se trata de normas de igualdad de jerarquía y que no tienen preeminencia en abstracto de una

sobre otra, por lo que cuando ocurren estos casos, que son muy comunes en la práctica, debe utilizarse la ponderación, que sirve para determinar cómo debe ser la restricción sufrida por un derecho con la específica intensidad que la justifique en virtud de la importancia de la realización del bien perseguido por el ordenamiento, para lo cual el juez debe motivar su decisión a fin de que la sociedad conozca los razonamientos que le permitieron arribar a la misma y que en definitiva legitiman su actuación.

Como puede percibirse, cuando se trata de conflictos principistas, la solución no resulta expedita o fácil, dado que la determinación de la decisión correcta, no es una fórmula aritmética que permita únicamente plantear el caso y la solución adecuada, sino que el juez en el caso concreto debe realizar un análisis de todas las opciones posibles para elegir aquella que permita la menor restricción de los derechos y la materialización de aquel que resulta más importante solo a ese caso concreto.

La ponderación, para Alexy (1997), referido por Bernal, es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen relaciones de precedencia entre los principios en colisión.

Ahora bien, es común encontrar casos en los cuales colisionan y sobre todo, en un área social, como resulta el relativo a los niños, niñas y adolescentes, en la cual no sólo se ven involucrados los derechos de éstos, sino también los de los progenitores, caso en el cual, el juez debe valorar todas las incidencias que va a tener su decisión en cuanto a la posible restricción del derecho del niño o adolescente y su impacto en el desarrollo del mismo.

El interés superior del niño, es un principio que se encuentra regulado en diferentes textos normativos, tal como sucede en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que dispone:

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

En el proceso, de esa forma de resolución, debe tenerse en cuenta, tal como lo señala Bernal (2007), todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios que podrían entrar en conflicto y con base en ello, determinar cuál de ellos tiene el mayor peso en el caso concreto.

Prieto (2009), indica que “en la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión” (p.189).

Para ahondar en la definición de la ponderación, es necesario indicar lo referido al respecto por Alexy (1997), para quien la ley de la ponderación implica que “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (p.161).

Para cumplir con la referida ley de ponderación, Bernal (2007), citando a Alexy, indica que los pasos a seguir serían: precisar la definición del grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, luego habría que definir

también, la importancia de la satisfacción de uno de los principios que juega en sentido contrario y finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro.

Igualmente indica el citado autor, que el grado de afectación de los principios, puede determinarse mediante la aplicación de tres niveles, que atendiendo al grado de afectación pueden ser tres, es decir, leve, medio e intenso, escalas que deben valorarse con relación a la colisión que pueda existir entre ambos principios, a fin de buscar el bien mayor. De esa manera, aplicado a un caso concreto, puede lograrse una solución posible, como sería el caso de la niña cuyos padres profesan religión evangélica y no permiten le realicen una transfusión de sangre. Allí es necesario establecer, tener en cuenta que podría estarse afectando derechos como la salud y a la vida al colocarla en riesgo de muerte.

La ponderación se convierte, en un método a través del cual se analizan las circunstancias fácticas de casos en los cuales colisionan derechos fundamentales, siendo de especial trascendencia en la aplicación por parte de los administradores de justicia, por cuanto se trata de derechos esenciales a las personas, cuyas restricciones deben ser debidamente fundamentadas, previa valoración de las distintas opciones y decantarse por aquélla que permita la menor afectación de los derechos, lo cual debe estar debidamente argumentado y justificado por el juzgador.

La Corte Constitucional Colombiana, en sentencia N° T 425/95, estableció la necesidad de aplicar la ponderación a los casos en los cuales existan conflictos entre derechos constitucionales, en tal sentido, señaló:

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca

un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

En el foro nacional el Tribunal Supremo de Justicia resolvió en la sentencia N°1431 del 14 de agosto de 2008, la necesidad de transfundir sangre a una niña que profesaba la religión de Testigos de Jehová, por considerar que el derecho a la vida era más relevante que la objeción de conciencia en el caso de los adultos por cuanto:

Por tanto, aunque el derecho del paciente a determinar el curso de su tratamiento médico es primordial, si se encuentra en riesgo la vida del objetor el conflicto alcanza una trascendencia social donde procede bajo un test de proporcionalidad ponderar los derechos fundamentales en aparente colisión. De ese modo, no es válido que sin existir tratamiento alternativo el paciente renuncie a la atención médica prescrita, pues dicha renuncia atentaría contra el derecho fundamental a la vida, estipulado además como un valor superior del Estado. Más aun cuando si la relación médico-paciente, como relación jurídica, abarca tanto los derechos como los deberes de ambos, es menester recordar que no es válida la objeción de conciencia si impide a otros cumplir con la Ley;

Donde además la Sala realizó un extenso estudio histórico de los derechos de libertad religiosa y de objeción de conciencia como una manifestación de aquel y luego analizó el caso de los niños, pero el fundamento no realizó el proceso argumentativo y de ponderación para determinar esa precedencia, a continuación se citará parte de la motiva, cuyo texto reza:

«[l]os padres, representantes o responsable tienen el derecho y el deber de orientar a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de este derecho, de modo que contribuya a su desarrollo integral». Incluso, el precepto constitucional estipula que «[e]l padre y la madre

tienen derecho a que sus hijos o hijas reciban la educación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones».

Ahora bien, esa potestad de guiar la formación integral del hijo no implica que se abandone por entero a su disposición el ejercicio o disposición de sus derechos, pues si bien los padres tienen la máxima potestad de decisión cuando se enfrentan a las posibilidades de riesgo o beneficio de un procedimiento médico invasivo sobre sus hijos: cirugía, radiación, quimioterapia, por ejemplo; no se deben obviar dos cosas. Por una parte, que la objeción de conciencia (bien sea por motivos religiosos o ideológicos) es una acción particular cuyo principal requisito es no afectar derechos de terceros; razón por la cual no le es dable a los padres imponerle a sus hijos sufrir las consecuencias de la objeción de su conciencia trasladada por representación a su menor hija o hijo, por cuanto la objeción de conciencia es un derecho de ejercicio personalísimo que no admite representación.

(...)

Siendo ello así, en el caso de los niños, niñas y adolescentes hijos de padres Testigos de Jehová o que practiquen cualquier otra religión o culto que parta de los mismos principios, siempre prevalecerá el criterio que conlleve un resguardo más seguro o probable del derecho a la vida; regla que no varía si se trata de un adolescente emancipado. Por tanto, sólo en casos de urgencia y de inminente peligro de muerte los niños, niñas o adolescentes podrán ser tratados con hemoderivados por los médicos sin autorización previa ninguna, si dicho tratamiento es imprescindible para preservarles la vida y si no existe en el país tratamiento médico alternativo al efecto. En cualquier supuesto, le corresponde a los órganos que ejercen el Poder Público velar porque el ejercicio de la patria potestad y de la potestad de educar a los hijos en la confesión religiosa que consideren pertinentes, que le atribuye a los padres y a las madres el artículo 59 constitucional, se ejerzan en interés del niño, de la niña o del adolescente; y no sucumban frente a valores muy respetables que también riñen con el interés superior que los asiste. Así se decide.

Como puede observarse en el caso específico se otorgó preeminencia al derecho a la vida como valor superior del ordenamiento jurídico, pero el estudio ponderativo no llenó los extremos de necesidad, razonabilidad, estudio del mal menor y

argumentación que serán analizados más adelante. Lo importante de este caso es verificar que tales soluciones no son sencillas y si bien tal como indica la Sala los niños, niñas y adolescentes están en desarrollo es precisamente esa circunstancia la que debe prevalecer y no supeditar el ejercicio de sus derechos a cumplir la mayoría de edad, pues precisamente esto les arrebataría la condición de sujetos de derecho. La decisión bajo estudio es muy interesante y son múltiples los aspectos que pudieran tratarse, a la muestra que la preeminencia del derecho a la vida sobre todos los demás ha sido tratado por Atienza (S.f) como una falacia, esto al analizar un caso de huelga de hambre, donde obviamente también entraban en disputa el derecho a la vida con la libertad, el fundamento del citado autor, en ese sentido, es:

Es cierto que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no se deduce en absoluto que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. El que X sea condición necesaria para V no implica que, por ello, X (trátese de un acto, una situación, etc.) sea superior en un sentido axiológico o normativo con respecto a V. Por ejemplo, alimentarse es obviamente una condición necesaria para producir una obra artística, pero ello no quiere decir que lo primero implique un mayor valor que lo segundo. V el acto de engendrar a Einstein fue desde luego condición necesaria para que éste formulase la teoría de la relatividad, pero apreciamos como más meritorio lo segundo que lo primero.

Más allá de esas disquisiciones lo relevante es la dificultad de la resolución de estos casos, dicho análisis debe quedar hasta aquí por los límites que impone la presente investigación.

Para la resolución de tales casos Bernal (ob. cit) indica que son tres los elementos de la ponderación, a saber: La ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. El primer requisito, que es la ley de la ponderación, establece “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de

los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (p.161).

Alexy (2002), indica en la teoría de los derechos fundamentales que esta Ley se puede dividir en tres pasos:

...en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.(p.32)

En relación a esto, Bernal (ob.cit), indica que los dos primeros pasos son análogos; puesto que en ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio- y de importancia en la satisfacción –del segundo principio-. (P.9)

Así mismo, Bernal (1989), sostiene que:

...conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado peso abstracto de los principios relevantes. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente de derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa-, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad. (p.17)

Se ha dejado establecido la necesidad de tomar en cuenta tres variables, de las cuales han sido referidas, dos, por lo que ha de tenerse en cuenta lo sostenido por el mismo autor cuando señala:

A lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable S. Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan sobre si llevan o no a la hija al hospital. Proyectan sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. (p.11)

Con fundamento en lo anterior, indica Bernal (1989), que surge la siguiente interrogante: ¿Cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con Alexy (1989) esto es posible, mediante la llamada fórmula del peso.

Estructura y límites de la ponderación

La ponderación nace como una especie de propuesta lógica que procura la resolución de los conflictos de derechos fundamentales a través de la utilización de la fórmula del peso, que implica hacer un coeficiente entre las afectaciones de los derechos multiplicadas por la importancia abstracta de cada derecho; sin embargo, con el desarrollo a esta tesis, se han establecidos criterios alejados de la fórmula

aritmética relativos a la argumentación que debe realizar el juez; que a su vez se vincula con su obligación de motivar los fallos, tal superación se fundamenta en el hecho de que es el juez quien en todo caso determina la intensidad de las afectaciones y el peso abstracto de los derechos, lo cual debe hacer bajo criterios objetivos.

Lo antes señalado, no ha implicado una eliminación de la teoría, sino más bien un desarrollo de la misma, estableciéndose en consecuencia límites de la actividad juzgadora desarrollada por el órgano jurisdiccional, el cual en la justificación de su decisión, debe llevar a cabo la tarea de analizar la restricciones a los derecho y cómo se verifica que a mayor restricción de un derecho, se logre una mayor concreción del otro.

Bernal (ob. cit) ha hecho referencia a los límites racionales de la ley de ponderación, cuando indica que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación.

En ese sentido, se sostiene igualmente el análisis previo de los casos fáciles y los difíciles, por cuanto y utiliza el ejemplo Bernal, sería un caso fácil que una revista satírica llame *tullido* a un parapléjico, lo cual constituye claramente una ofensa grave contra su derecho al honor, que, a la vez, contribuye sólo de manera leve –si es que lo hace de algún modo– a la satisfacción de la libertad de información.

Por otra parte, se encuentran los casos difíciles, en relación con los cuales, la decisión no parece tan obvia, al menos a nivel de la posibilidad más justa en cuanto al

aspecto normativo se refiere por ser amplio el contenido de los derechos; en el entendido que el derecho siempre tendrá un alto grado de complejidad por cuanto se trata incluso en los casos fáciles de la determinación de un constructo de realidad sobre el cual el juez decide y al que en no tuvo acceso directamente; pero es en los casos difíciles, en los cuales, entran en juego una serie de factores que realmente pueden afectar no sólo a los individuos ligados al caso concreto, sino hasta la forma como en la sociedad se encuentra regulada y afectar incluso la legitimidad judicial por la propuesta formulada en la sentencia.

Un ejemplo expuesto por Bernal (ob.cit) se refiere a los casos en los que está en juego la libertad religiosa. De ordinario, la gravedad de una intervención en la libertad religiosa no es susceptible de determinarse en abstracto, con fundamento en criterios objetivos, sino que, por el contrario, es algo que en principio sólo podría establecer el creyente involucrado y que dependería de su subjetividad.

La gravedad de obligar a un evangélico a llevar a su hija al hospital o a un testigo de Jehová a autorizar la práctica de una transfusión de sangre para su hijo, es algo que sólo el titular de la libertad religiosa puede precisar, por cuanto para un creyente puede ser más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas, que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna, tal como ocurrió en el caso venezolano en la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el N° 1431, de fecha 14 de agosto de 2008, producto de la cual se le otorgó preeminencia al derecho a la vida sobre la libertad religiosa.

Tal como se ha sostenido en la doctrina a la cual se ha hecho referencia, para la resolución de casos difíciles deberá el juez adoptar una postura material e

ideológica y una vez realizado ésto, un juez más respetuoso de la libertad religiosa no acordaría la transfusión como ocurrió en el mencionado caso.

La ponderación conforme sostienen los estudiosos del tema, depara al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política para encaminarse, en términos de Duncan Kennedy (1999, p.91 y ss), a la sentencia a la que quiere llegar, lo que además implica una necesaria carga interpretativa por parte del juez.

Interpretación constitucional

Dentro del proceso que es llevado a cabo por el juez, otro factor determinante en la búsqueda de la solución justa, se refiere a la interpretación que debe realizarse de la norma contenida en la disposición constitucional.

Para ello, es necesario señalar que en general la interpretación del lenguaje resulta de alta dificultad, pues dependerá de ciertas reglas que están impuestas por la sociedad, y en el caso del juez la transcendencia de sus interpretaciones no sólo implican llegar a entender o comprender un mensaje que otro le remite, sino que su forma de entender el enunciado propuesto por el constituyente o legislador afectará la vida de los ciudadanos cuyos intereses están en conflicto y eventualmente a la sociedad en general, dependiendo de la clase de asunto cuyo conocimiento le corresponda.

Zapata (s.f) al preguntarse ¿dónde encuentra el intérprete este sentido primero y evidente de una palabra? Responde que existe en el ámbito jurídico una tendencia

que identifica ese sentido con las definiciones dadas por el diccionario; lo cual si bien en principio puede ser de utilidad no puede considerarse que la hermenéutica constitucional sólo se restrinja a la utilización de definiciones ajenas al derecho.

El juez que se sustenta en la norma constitucional se convierte en juez garantista, por ello, se transforma del juez que se comportaba como mera boca de la ley, es decir, de quien sólo aplicaba el derecho al caso concreto sin mayor labor intelectual, a un intérprete activo de las normas, después de la segunda postguerra mundial en el marco de un estado constitucional de derecho. En concordancia con lo antes expresado, vale mencionar lo expresado por Ortiz (s.f) quien indica que la Constitución posee fuerza normativa que intenta disminuir los contrastes entre la realidad y la pretensión de garantía de estos derechos a través de su función creadora y garantizadora de los mismos. Se trata de un nuevo estándar teórico de la norma constitucional, a través de la constitucionalización del Derecho y de la aplicación, argumentación e interpretación constitucional. Corresponde a dichos sistemas la protección y garantía de los mismos, con una interpretación que hace variar su concepto dado el concepto de Constitución que pondere en cada ordenamiento jurídico.

Sostiene además, la citada autora, que el juez que acude a la Constitución como principio y fin, como forma de integración, como reconocimiento de la pluralidad política, con el acento de garantía y reconocimiento de los derechos fundamentales y principios, forja un nuevo sentido a la estructura de las relaciones sociales y de poder.

Esto puede entenderse en el marco del Estado de Derecho, donde la fuente primordial de análisis de parte del juez debe ser el respeto de la libertad individual

frente al Estado, a fin de que éste último quede mermado y evitar su intervención y dominio de la vida de los ciudadanos.

Ahora bien, nos indica Ortiz (2005), que la Constitución, concebida como algo más que simples reglas de organización del poder y de instituciones políticas, es un depósito de la soberanía de los ciudadanos, donde se insertan valores, principios y derechos, que funcionan como vectores de límite para el poder.

En cuanto a la interpretación que realiza el juez en el proceso ponderativo Bernal (2007), indica que también depara un margen de acción al intérprete, cuando existen dudas sobre si un caso es fácil o difícil en cuanto a la graduación de la afectación de los principios, y al efecto expresa que incluso un caso que puede parecer fácil, resulte ser en realidad uno difícil, para lo cual hace referencia al ejemplo mencionado por Alexy (ob.cit.) respecto a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Alemán sobre el tabaco.

Conforme criterio del antes citado autor, la referida sentencia es representativa del conjunto de los ejemplos sencillos en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado con esa forma.

La sentencia versa sobre el deber de los productores de tabaco de colocar etiquetas que adviertan del peligro para la salud que implica fumar, hecho que a criterio del autor, es una intervención leve en la libertad de profesión y oficio, sobre

todo si se le compara con otras medidas alternativas: la prohibición de expender tabaco o la restricción en su venta.

El mismo autor considera, que esta medida satisface el principio contrapuesto, la protección de la salud, de manera intensa o alta. Sobre el particular se ha argumentado que el máximo Tribunal no debía de exagerar, cuando, en su decisión sobre las advertencias acerca del tabaco, consideró cierto, de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina al presente momento, que fumar origina cáncer, así como enfermedades cardiovasculares.

Con base en criterios doctrinarios vertidos en líneas anteriores, la afectación leve de la libertad de profesión u oficio se colocaría contra la satisfacción intensa del derecho a la salud. Además de esta argumentación, hay quienes proponen otras, y así Alexy (ob.cit) señala posibles niveles de grados, que podrían llevar a decisiones diferentes; por cuanto puede considerarse discutible que la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con advertencias sobre los riesgos que fumar ocasiona para la salud, pueda implicar una satisfacción intensa del derecho a la misma.

Al respecto puede pensarse que la eficacia disuasoria de las etiquetas es mínima, porque la información que divulga es altamente conocida; aunado a que la adicción al tabaco no es el resultado de la carencia de información, sino más bien un caso claro de debilidad de la voluntad; con lo cual podría estimarse que la graduación que el Tribunal Constitucional alemán lleva a cabo, está errada, o que, en este punto, se trata de un caso difícil.

Interpretar situaciones como la planteada, constituye una difícil posición para el juez, ya que le corresponde verificar desde todos los aspectos, los derechos en conflictos, sus alcances y el núcleo esencial así como su desarrollo por parte del legislador, a fin de establecer una interpretación hermenéutica fiel al Estado de derecho que le permita ser garante de los derechos fundamentales.

Estar inmerso en esa tarea, hace que el Juez enfrente una compleja actividad que se acrecienta en los casos de los niños, niñas y adolescentes, quienes en todos los casos ven que su vida es decidida por otros, es decir, los padres, la sociedad o el Estado, por medio del Juez, quien debe en consecuencia entender la dificultad de la intervención que hace a la libertad del niño cuando decide por él, claro ésta en los casos que tiene discernimiento para hacerlo y puede entender todo el entorno de la decisión a tomar.

Argumentación

Tal como se apuntó anteriormente, en las decisiones en las cuales están involucradas derechos fundamentales, el juez lleva a cabo un proceso necesario de interpretación y análisis, lo cual debe traducirse en argumentos que debe contener la decisión para considerarla motivada y en consecuencia legítima. En virtud de ello, la labor de juzgamiento, requiere la observación y seguimiento de ciertas pautas, a los fines de argumentar, dentro de los cuales debe destacar el principio *in dubio pro libértate e in dubio pro legislatore*, los cuales constituyen límites a la racionalidad de la ponderación, que depara al intérprete un margen de subjetividad. La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez.

Sobre lo antes planteado, Bernal (ob.cit) señala lo siguiente:

Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá, son los pilares del Estado de Derecho y su sacrificio sólo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores. Finalmente, es posible que el juez defienda soluciones matizadas que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas. Así, entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten intensamente a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O, también, se podría considerar la aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tiene un margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal. No parece desatinado sostener que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades, porque contiene, al mismo tiempo, los principios, a veces contrarios entre sí, de la democracia y la libertad, de la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, de la construcción de la comunidad y el respeto a la órbita individual..(p.27)

De la lectura anterior, se observa que existen ciertos márgenes en los cuales, el juez puede fundamentar su corriente de pensamiento, pero que debe ser debidamente argumentado, con la fuerza necesaria para demostrar que analizó todos los escenarios posibles y que la decisión era necesaria, y aplicó criterios cónsonos con el área del derecho en la cual realizó la interpretación, tales como podría ser en el área civil el principio en favor de la libertad de la persona; en el área penal el

principio restrictivo, entre otros, con lo cual justificará su decisión y quedará legitimada ante las partes y la sociedad.

Capítulo III

La Doctrina de la Protección Integral

Concepto

Determinar el concepto de la doctrina de la protección integral es relevante por cuanto debe tenerse en consideración los objetivos que tiene el juez en el marco de sus funciones para conocer la forma de entender su participación en los planteamientos que se le presentan y evitar excesos o arbitrariedades en su actuación.

Son diversas las definiciones que se han realizado, aunque la mayoría coincide en relacionarla con políticas públicas y la atención primordial a la infancia. Así tenemos que Bolaños (2006) expresa que la doctrina de la protección integral viene a ser la implementación por parte del Estado venezolano de un modelo integral que lleva la cuestión de los niños y adolescentes, en toda su dimensión, al terreno de los derechos fundamentales, esto es, al espacio de la axiología jurídica, entendido dicho espacio no sólo como de absoluta actualidad, así como en el marco del fenómeno del constitucionalismo del que no escapan los modelos legislativos de las democracias modernas (p.1).

De Tejeiro (1984) se puede inferir que esta doctrina consiste en la búsqueda de la protección general del niño y el adolescente como entidades éticas, que están en el desarrollo de su misma personalidad en la medida de sus potencialidades.

Buaiz (s/f) la define como un conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado con la participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados sus derechos. (Sección: Elementos para la elaboración de un concepto de Protección Integral. párr.2)

Barrera (2014) la define como el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas antes de cumplir los 18 años, a fin de que gocen de manera efectiva y sin discriminación alguna de los derechos humanos, lo cual coincide con el sentido de ver la doctrina como un conjunto de políticas, tanto del Estado, la Familia y la Sociedad.

La referida autora indica que con esa forma de pensamiento se puede categorizar de forma clara las diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos e individuales de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados niños y adolescentes.

La base de éste concepto supone una modificación en la forma de ver a los niños, pasando de ser objetos de derechos a ser sujetos de derecho, con el

consecuencial efecto de ser verdaderos titulares de derechos y obligaciones en la medida de su desarrollo, es decir, se deben valorar las particularidades del caso, por ejemplo edad del niño para poder decidir un caso en el cual se le afecte, para así lograr desarrollar ciudadanos con conciencia democrática y participación en los procesos que les atañen.

Los niños pasan así a ser una parte fundamental de la sociedad y viene a ser una lucha como la sostenida por los ciudadanos en general, a través de la cual se logra que el niño quien venía siendo considerado como objeto pase a ser un sujeto, por cuanto en ese contexto ser mayor de edad equivalía a ser plenamente capaz de obrar.

Diez-Picazo (1978) señala que:

La doctrina moderna, sin embargo, muy influida por las ideas de la Escuela del Derecho Natural racionalista, que consideró la capacidad de obrar como equivalente jurídico de la plena capacidad natural para entender y para querer, ha considerado la minoría edad de la persona como una situación que determina una total y absoluta incapacidad natural para entender y para querer (p.273-274)

Es importante acotar, que el ser humano, no tiene un momento de transformación que podamos determinar con exactitud, en el cual deja de ser niño, adolescente e inmediatamente se transforme en adulto pleno, pues no ocurre como el caso del gusano y la mariposa; realmente es un proceso evolutivo complejo, como compleja será su determinación.

Es importante destacar que es con la creación del Estado de Derecho se genera para el hombre derechos tan importantes como la libertad y la propiedad, lo cual

igualmente trascenderá en lo relativo a la infancia pues como sostiene Hierro (1991) al derecho liberal le interesaba no tanto el niño en cuanto niño, sino el propietario varón adulto, en cuanto niño, por lo que en esta etapa histórica el legislador se preocupa por el propietario que en algún momento de su vida es niño. Por lo que se protege al niño como titular del derecho de propiedad e incluso hoy en día heredamos que los derechos que tiene en general el *nasciturus* se refieren primordialmente a la posibilidad de adquirir bienes.

La Doctrina de la Protección Integral, propia del Estado democrático y social y de Derecho y de Justicia, modifica la visión limitada que se tenía de las personas que no hubieren adquirido la mayoría, y precisamente determina al niño como una persona en desarrollo y por ende con capacidades en desarrollo.

Características

En cuanto a las características de la doctrina de la protección integral es de relevancia el trabajo realizado por Beloff (1999), en cuanto a las características que debe cumplir una ley para considerarla como en cumplimiento de la doctrina de la protección integral.

En tal sentido establece la referida autora que deben definirse los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es un deber de la familia, de la sociedad y/o del Estado restablecerlo a través de procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.

Se abandona la designación de menores como sujetos definidos de manera negativa, fundándose en lo que no tienen, en lo que no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera positiva, como sujetos plenos de derecho.

El Estado, en ninguno de sus órganos puede ordenar la vida del infante, por cuanto no se trata de incapaces, medias personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están en desarrollo, con lo cual el juez está limitado en su intervención por las garantías consagradas en la Convención, la Constitución y la Ley.

Para mayor abundamiento resulta pertinente indicar lo expuesto por Vaamonde (2009) relativo a que con la Convención se dio inicio al reconocimiento de los infantes como sujetos de derecho, transformándose en imperioso la necesidad de construir un nuevo tipo o clasificación del derecho orientado a los niños, niñas y adolescentes, modificándose las instituciones necesarias a fin de impulsar este derecho, fundado en los principios antes descritos del infante como sujeto de derecho; interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación, el rol fundamental de la familia, el Estado y la sociedad en la garantía de los derechos y deberes de éstos.

O'Donnell (2004) señala que son tres bases sobre los cuales se construye la Doctrina de la Protección Integral, referida la primera al niño como sujeto de derecho; la segunda, derecho a la protección especial; y la tercera, el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.

Por su parte Tejeiro (1998), señala que al interior del concepto de protección se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como

entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades.

Barrera (2014) al referirse a los principios de la doctrina de la protección integral, señala que tales instituciones se circunscriben a la igualdad o no discriminación, la cual se erige como eje para la universalidad de estos derechos, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio vaya dirigido a derrotar las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

Desde la anterior perspectiva, se procura no sólo evitar la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona de que se trate –infantes en este caso- con respecto a sus semejantes, sino que además implica un sentido de traspasar su propia condición de niño, para evitar la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales.

El segundo principio al que se refiere el mencionado autor es precisamente uno de los principales objetos de esta investigación, es decir, el interés superior del niño, el cual define como un principio jurídico garantista, cuyo significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada, razón por la cual, deja de constituir un simple interés particular, para ser un principio jurídico de aplicación preferente en la interpretación y práctica de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Así el señalado principio, trasciende la simple consideración de inspiración y pasa a ser un vector fundamental en la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los infantes.

El tercer principio a que se refiere el autor indicado es el de efectividad y de prioridad absoluta. Para sustentar esa afirmación indica que la efectividad implica la adopción de medidas, no solo administrativas y legislativas, sino además aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan al goce y disfrute real de los derechos humanos de los niños y niñas.

Los derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta, lo que significa que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional; además de suponer que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos no sólo a través de políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violación.

Por último, de la cita se desprende que otra importante arista es la solidaridad como una forma conjunta como deben el Estado, la familia y la sociedad responsabilizarse por el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia.

Estos son los cuatro principios, sobre los cuales descansa la Doctrina de Protección Integral con enfoque de derechos humanos. De su cumplimiento dependerá en gran medida la transformación de la situación de desigualdad en que hasta ahora el régimen de situación irregular tutela a la infancia.

Es necesario indicar que aunque con un poco mas de 200 años de diferencia la Convención sobre los derechos del Niño puede ser considerada el análogo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en cuanto a la infancia, por cuanto los determinó de forma obligatoria como sujetos plenos de derecho y así deben ser reconocidos por el Estado, la familia y la sociedad.

Características de la doctrina de la situación irregular

Para entender aún mejor lo relativo a la doctrina de la protección integral es necesario conocer el modelo anterior, que se pretende superado, pero que en muchos casos sigue siendo aplicado por los operadores de justicia en sus decisiones, utilizando para ello figuras como la del interés superior del niño.

García (1998) sostiene que la misión del concepto de situación irregular era "legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular"(p.145). Con lo cual se logró vulneración de los derechos de la teoría liberal que tanto costo alcanzar para los adultos en su oportunidad.

Beloff (ob. cit) ha señalado que en general, la política criminal tutelar no utilizó un razonamiento de justificación de los denominados *peligrosistas* sino que se

valió de otro mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida. Aspecto que resulta de especial relevancia en la actualidad por cuanto en muchos casos el interés superior también es utilizado para desdibujar el sistema de la doctrina de la protección integral y del Estado de Derecho en general.

Así tenemos que Freedman (S.f. p.5-6) indica que el poder coercitivo, bajo el sistema tutelar, se ejercía contra los niños en *situación irregular*, lo cual, era de por sí es un supuesto de insalvable vaguedad, de modo que la consecuencia jurídica de ese supuesto, según la propia normativa del sistema tutelar, facultaba al juez a ejercer discrecionalmente restricciones de derechos del niño por tiempo indeterminado.

El sistema tutelar difuminaba tanto el antecedente de la sanción como la misma sanción y por eso podría afirmarse que la norma jurídica del sistema tutelar era de tal amplitud, que poco se diferenciaba de la voluntad omnímoda del juez; que en el caso concreto tenía la plena libertad para crear la norma jurídica individual navegando cómodamente en la laguna de vaguedad irresponsablemente establecida por el legislador.

De lo antes planteado se desprenden dos características de las prácticas tutelares, las cuales eran coherentes con el modelo normativo tutelar, de modo que por una parte, eran las medidas restrictivas de los derechos de los niños que se justificaban discursivamente en el *interés del menor* y permitían la discrecionalidad judicial al operar en un supuesto sumamente vago y por la otra la posibilidad de proveer diversas medidas por tiempo indeterminado.

El ordenamiento jurídico vigente para la aplicación del anterior modelo consideraba la minoridad como causa para su intervención y sujeción al Estado mismo, a partir de una definición negativa de estos actores sociales, tal como se indicó precedentemente, fundados en los que los niños no son o no pueden ser objeto de protección, por lo que no se garantizaban sus derecho como es el deber ser actual.

En líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones: primero la tutela, con lo cual se logró que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes; con lo cual se abolió el principio de legalidad en materia penal, y les se trataba de igual forma a los adolescentes delincuentes que a los que estaban en *situación irregular*.

Los niños y jóvenes aparecían como objetos de protección, pero no eran reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requerían un abordaje especial, por eso las leyes no eran para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, eran solo para los *menores*. En ese medio, se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como *menores en situación de riesgo o peligro moral o material*, o *en situación de riesgo* o *en circunstancias especialmente difíciles* o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los *menores* al sistema de justicia especializado.

Es con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, que se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás, al menos a nivel teórico, por cuanto desde el punto de vista práctico la dificultad estriba en el hecho del cambio de concepción que debe haber en los jueces para la correcta aplicación de la doctrina de la protección integral.

Capítulo IV

Interés Superior del Niño

Concepto

El concepto del interés superior ha sido tan diverso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1917, de fecha 14 de julio de 2003 indicó que se trata de un concepto indeterminado, tal como se cita a continuación:

interés superior del niño, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Cillero (1999) indica que la Convención ha promovido el interés superior del niño al nivel de norma fundamental, con un rol jurídico definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Tal enfoque ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño, el cual ha establecido que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio *rector-guía* de ella.

Continua Cillero (1999) expresando que cualquier análisis que se realice en relación a la Convención no puede dejar de analizar el interés superior como noción, y cualquiera que pretenda sustentar una decisión o medida en éste deberá regirse por

la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de dicho Convenio.

En atención a lo antes planteado, no es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del Interés Superior del Niño que tienden a dar legitimidad a decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce, por ello se pretende aportar a la aplicación del interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

Cillero (ob. cit) igualmente propone analizar la noción del interés superior del niño, y en ese sentido indica que es una fórmula usada profusamente por diversas legislaciones recientemente, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención. 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 extra-jurídico.

Es una noción que debe ser utilizada con sumo cuidado porque existen muchos operadores de justicia que amparados en el interés superior consideran que poseen un amplio grado de discrecionalidad, con lo cual debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio rector-guía de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

Cillero (1999) expresa en cuanto a la complejidad de aplicación del principio que:

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales. En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural. (p.4-5)

La definición del referido interés ha sido de diversa índole, así encontramos que Baeza (2001) indicó que es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona el menor de edad y, en general, de sus derechos,

que buscan su mayor bienestar” (p.356). Zermatten (2003) manifiesta que es un instrumento que tiende a asegurar el bienestar.

Es tal la idea de variabilidad del concepto que Morales (2002) expresa que no es estático, por cuanto se encuentra vinculado a ideas y creencias que las personas de un determinado lugar y momento tienen sobre lo que es más conveniente para la infancia.

Freedman (s.f) por su parte hace una necesaria observación relativa a la necesidad de evitar que el interés se utilice como fórmula para la aplicación de conductas propias de la doctrina de la situación irregular que suponen prácticas tutelares. Este autor nos expresa que las restricciones de derechos que poseen cierta intensidad y son aplicadas a sujetos en particular deben ser consideradas sanciones. Por lo tanto, se opera el ridículo de sancionar, castigar, provocar dolor; en beneficio del niño.

Ahora bien, puede afirmarse que el interés superior del niño, en cuanto a su estructura como norma viene a ser un principio, en la terminología de Alexy, es decir resulta en un mandato de optimización, por ende debe ser procurado en todo proceso. Constituyéndose en consecuencia en un principio rector de interpretación.

Contenido

En el año 1959 se consagra por primera vez el término en un documento no vinculante, como lo es la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Específicamente En el Principio II de la Declaración se encuentra la formulación de carácter más general:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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 promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

En el tercer párrafo del séptimo principio de la referida declaración, que trata el derecho a la educación, se establece que “El interés superior debe ser el principio rector de quiénes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a su padres”.

Es en la Convención sobre los derechos del Niños que se regula en forma de principio y con carácter obligatorio el interés superior en diversas disposiciones. La formulación general del interés del menor se encuentra recogida en el 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.

En cuanto al desarrollo del término, antes de entrar a estudiar la normativa nacional, es relevante mencionar lo expuesto por O`Donnel (2004) en relación a las primeras regulaciones del mismo, quien, haciendo la salvedad que la Ley de Ecuador citada fue derogada posteriormente, indica que:

El Código del Menor de Colombia, por ejemplo, adoptado días después de la misma CDN, establece lo siguiente:

Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.

El Código adoptado por Nicaragua en 1998 estableció:

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, todo lo que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado.

El Child Care and Protection Law adoptado por Jamaica en 2004 enumera las siguientes consideraciones que deben tomarse en cuenta, cada vez que las autoridades están llamadas a tomar una decisión con base en el interés superior de un niño:

- la seguridad del niño
- el nivel de desarrollo y sus necesidades materiales y afectivos
- la calidad de la relación entre el niño y su padre, madre o cualquier otra persona, así como las consecuencias de la continuación de dicha relación
- la importancia de continuidad en la crianza del niño
- la religión y los valores espirituales del niño
- las opiniones del niño, habida cuenta de su edad y madurez.

El Código de Niñez y Adolescencia de Ecuador, por ejemplo, dispone:

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

El Código ecuatoriano también precisa que este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

Recomendaciones:

Lo siguiente es un listado de algunas de las recomendaciones más relevantes que están implícitas en las once secciones anteriores:

Recomendación 1: Asegurar que la legislación contenga un listado de los deberes del padre y de la madre coherente con la Doctrina de la Protección Integral.

Recomendación 2: Asegurar que la legislación sea totalmente coherente con el principio de la igualdad de derechos y deberes de la madre y del padre.

Recomendación 3: Reconocer el derecho de todo niño a conocer oportunamente la identidad de su padre y establecer procedimientos eficaces para la tutela de dicho derecho.

Recomendación 4: Asegurar que la legislación contenga una prohibición de discriminación tan completa como la contenida en la CDN.

Recomendación 5: Hacer lo posible para mejorar la eficacia de los mecanismos de tutela del derecho a la pensión alimenticia y celebrar o ratificar los convenios internacionales sobre la materia.

Recomendación 6: Revisar la legislación vigente a fin de eliminar toda disposición que obstaculice el derecho de ambos padres a mantener contacto y participar en la crianza de sus hijos cuando los padres no conviven.

Recomendación 7: Eliminar la legislación que permite el matrimonio de adolescentes (menores de 18) y reconocer su derecho a servicios de salud reproductivos.

Recomendación 8: Asegurar que el enfoque al problema del abuso y abandono ponga el debido énfasis en la prevención y, en la medida de lo posible, la recuperación de la familia.

Recomendación 9: Asegurar que la legislación sobre la adopción sea plenamente coherente con la primacía de los intereses del niñ@ y en particular que contenga garantías adecuadas relativas al carácter voluntario de la renuncia a la patria potestad y no reconozca la adopción internacional sino como último recurso.

Recomendación 10: Asegurar que la legislación reconozca el derecho del niñ@ y adolescente a ser oíd@ y a que su opinión sea tomada debidamente en cuenta.

Recomendación 11: Asegurar que la legislación reconozca el principio de la primacía de los intereses superiores del niñ@ y adolescente y defina el contenido de este concepto.

A fin de observar la evolución de la regulación del término en estudio es necesario citar el contenido del artículo 11 del vigente Código de la Niñez y Adolescencia, que reza:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Así mismo se encuentra desarrollado directamente en la Constitución patria en su artículo 78 que establece:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes

Igualmente previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el artículo 8 que dispone:

El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Parágrafo Primero. Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes.
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo. En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses

de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

De la norma antes transcrita se desprende que se trata de un principio de aplicación especial del ordenamiento jurídico, con fuente constitucional y desarrollado en el ámbito legal, que sirve para la aplicación e interpretación de los demás derechos. A pesar de esta realidad el contenido del interés superior del niño ha sido entendido de diversas formas, al punto de ser utilizado en el foro de manera indiscriminada para sustentar cualquier clase de decisión incluyendo aquellas en las cuales colisionan derechos fundamentales. En el caso en los Tribunales de Protección se observa que en casi cualquier decisión se hace mención del mismo, que si bien es un mandato, no se especifica cómo opera, lo cual conduce a un necesario examen de tal principio.

Análisis práctico del uso del término

Tal como se advirtió en la introducción de la presente investigación, la relevancia del estudio tiene especial trascendencia en virtud del uso indiscriminado que hacen múltiples Jueces con competencia de protección, lo que lleva a que algunos lo utilicen debidamente; pero muchos lo hagan no como el factor de especial trascendencia que es, es decir, no como enunciado argumentativo, ni como principio que requiere del debido análisis y con la debida metodología, llegando a únicamente a indicarse por la obligación que impone la ley o que permite arribar a indebidas desaplicaciones del ordenamiento jurídico. Motivo por el cual se citarán, en una primera parte, algunas decisiones de diversas instancias nacionales y luego, en una

segunda parte, se procederá a un análisis de decisiones de Tribunales constitucionales de la región.

Así tenemos en esa primera parte que la Sala Constitucional en sentencia n.º 2668 del 6 de octubre de 2003, (caso: López vs Pérez) al resolver un conflicto de competencia planteado con ocasión de un amparo ejercido ante el incumplimiento de contrato de un arrendamiento de un inmueble, en el que habitaban menores de edad, señaló que la competencia para conocer del amparo le correspondía a un Tribunal con competencia en lo civil, conforme a la siguiente motivación:

Sin embargo, al exponer la fundamentación fáctica de su pretensión de amparo, el accionante sostuvo que los menores hijos de los ciudadanos Lisbeth Nazareth López Romero y José Miguel Pérez Araque habían presenciado las agresiones de los prenombrados ciudadanos; que, según su parecer, vivían en condiciones de hacinamiento; y que ello amenazaba el derecho a la vida y a la integridad física de uno de los menores.

Ciertamente, esta Sala ha destacado en reiteradas oportunidades (entre otras, sentencias números 879/2001 del 29 de mayo, 1461/2003 del 4 de junio y 1976/2003 del 21 de julio, casos: José Antonio Acosta y otra, Antonio Callaos Farra y otra, y Maylett Dolores Jiménez de Galárraga, respectivamente), el carácter de orden público que revisten los derechos e intereses de los niños y adolescentes, protegidos por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en cuya tutela tiene el Estado un particular interés; por lo cual, los tribunales con competencia en dicha materia tienen un fuero atrayente cuando se trate de la protección del interés superior del niño.

En efecto, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró la competencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, con base en la referida sentencia n.º 879/2001, que, al resolver un caso similar al de autos, aplicó el fuero atrayente de la jurisdicción especial. A pesar de ello, esta Sala estima que dicho criterio no es aplicable al caso *sub exámine*, por tratarse de supuestos disímiles; en aquel caso, se denunció que el desalojo del inmueble arrendado afectaba los derechos del menor hijo de los arrendatarios,

accionantes del amparo, por lo que debía ser un órgano jurisdiccional con competencia especializada, el que decidiera acerca de la presunta violación constitucional.

Por el contrario, la controversia jurídica planteada en el caso de autos deriva del incumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado, presuntamente, entre la parte accionante y uno de los presuntos agraviantes; de los alegatos aducidos en el proceso se desprende que en el inmueble donde residen dos de los accionados habitan sus hijos, que son menores de edad, y que muchas de las agresiones verbales se producen en su presencia; asimismo, el quejoso señaló que las agresiones producidas en su contra por parte de la ciudadana Lisbeth Nazareth López Romero amenazan el derecho a la vida y a la integridad física de su menor hijo. No obstante, sin prejuzgar sobre el fondo, del planteamiento de la pretensión del accionante es posible concluir que no busca sino la protección de su esfera jurídica, y que, a pesar de hacer referencia a los menores hijos de dos de los presuntos agraviantes, los hechos denunciados como lesivos van dirigidos contra su persona, sin que comprometan los intereses de los menores y, por tanto, el denominado ‘interés superior del niño’.

Visto que no existen elementos para sostener la afinidad de la materia a conocer en el presente caso, con la competencia atribuida a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, a criterio de esta Sala no opera el fuero atrayente de la jurisdicción especial que tiene atribuida la protección de los niños y adolescentes, sino que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria (Resaltado fuera del texto)

De donde se desprende un aspecto subjetivo de la determinación de la competencia, con lo cual se subvierte el orden procesal de ese atributo del conocimiento de la causa.

Así igualmente se observa en la siguiente sentencia del Tribunal Superior Primero del Circuito Judicial de Protección del área Metropolitana de Caracas, donde únicamente se menciona el texto de la ley que consagra el principio sin hacer su debido análisis, aunque pareciera implícitamente que el mismo se relacionaba con la

necesidad de una pronta sentencia sin tener que esperarse la notificación del juez recusado en ese proceso al estar éste de reposo y proceder a dar continuidad a la causa sin resolver esa actuación, se dio continuidad a la causa; pero no se analizó entre otros supuestos la posible afectación al juez natural de esa causa. El texto de la decisión establece:

Que es un hecho Público y Notorio que el ciudadano (...) quien fungía como Juez del Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial (...), en la actualidad no ejerce el mencionado cargo en dicho Tribunal, tal y como se puede evidenciar a través del sistema

(...)

Por otra parte, considera esta Alzada que el asunto principal al versar sobre una revisión de régimen de convivencia familiar, puede verse afectado primeramente el Interés Superior del Niño, de igual manera el derecho del niño a tener contacto con su progenitor, y finalmente el derecho del progenitor no custodio a la convivencia familiar, tal como lo disponen los artículos 8 y 385 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que son del tenor siguiente:

(...)

Asimismo, el hecho de que el presente asunto se encuentre en suspenso ya que no ha podido ser notificado el juez recusado por la situación de salud en que se encuentra, coloca en evidencia la subsistencia de un retraso que va a repercutir en la demora de pronunciamiento por parte del Tribunal Superior que conoce la apelación signada con el N° AP51-R-2013-008246, hasta tanto sea resuelta la presente recusación; por lo que es deber de esta Alzada garantizar el interés superior del niño (se omite de conformidad con el Artículo 65 de nuestra ley especial), y así se decide. (subrayado añadido)

Otra sentencia de especial relevancia en cuanto a la utilización del interés superior y en general de la infancia para desdibujar las reglas jurídicas la encontramos en la medida cautelar dictada por el Tribunal Tercero de Juicio del Área Metropolitana del Caracas en el expediente N° AH53-X-2012-0000465, en fecha 27

de julio de 2012, que tramitó un amparo interpuesto por padres y representantes de la Unidad Educativa Colegio Marbe, quienes denunciaron la violación de intereses colectivos por parte del Ministerio del Poder Popular para la Educación, al no garantizar la inscripción del año escolar inmediato 2012-2013, de los adolescentes alumnos de la institución, suspensión lo cual había sido acordado por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, una vez sustanciado un procedimiento de desalojo, que había cumplido con el debido proceso, decisión ratificada por el superior que conoció del recurso, por cuanto, a decir de la Juzgadora de protección no se garantizó el derecho de los adolescentes a su educación y con tal fundamento acordó:

1- Se ordena al Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que se abstenga de ejecutar la sentencia dictada en fecha 28 de noviembre del año 2008, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, hasta tanto se dicte sentencia en el presente Amparo Constitucional.

2- Se ordena al Ministerio del Poder Popular para la Educación, que mientras dure el proceso del presente Amparo Constitucional, proceda, en interés superior de los ciento veinticuatro (124) adolescentes involucrados en el presente asunto, a autorizar la inscripción de los mismos -de forma inmediata-, para el período escolar 2012-2013, en la UNIDAD EDUCATIVA COLEGIO MARBE.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud interpuesta por los accionantes, relativa a que por vía cautelar se ordene la inscripción de nuevos alumnos, y que se designe una junta directiva Ad-hoc en el precitado colegio, este Tribunal, dictará su pronunciamiento en la sentencia de mérito que resuelva el fondo de la acción de Amparo Constitucional Interpuesta y así se declara. (subrayado añadido)

Tal como se observa en ese proceso quien tenía la cualidad de presunto agravante era el Ministerio del Poder Popular para la Educación, pero quienes se vieron afectados por la medida fueron los propietarios del inmueble donde funcionaba el colegio, por cuanto ellos pretendían el desalojo del mismo. Además de esta afectación se observa que el Tribunal dicta sentencia dejando sin efecto la prohibición dictada por otro Juzgado de Primera Instancia, lo cual afecta la cosa juzgada en ese proceso y por ende la tutela judicial efectiva de la parte a quien favorecía esa decisión de instancia, con un supuesto cumplimiento del interés superior de los niños.

De otra parte, más ajustada a la visión del vínculo existente entre el interés superior del niño y la doctrina de la protección integral conseguimos la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, en el expediente N° GP02-V-2014-000578, en una causa contentiva de un reclamo de custodia, donde se determinó:

El principio del interés superior del niño, debe interpretarse conjuntamente con otros principios que conforma la doctrina de la protección integral, especialmente el principio de la prioridad, es decir, aquél que establece que las decisiones gubernamentales deben tener como prioridad a la infancia, entendida ésta como el conjunto de niños, niñas y adolescentes.

De esta manera, la admisión de soluciones materiales, aparejada con el criterio de la justicia material o, como se ha dicho, solución del caso concreto, aproxima al operador jurídico, particularmente al juez, a una solución que satisfaga las justas expectativas de las partes tanto en lo relativo al derecho sustantivo, aplicable al caso concreto como conocer y decidir del caso, a partir de criterios objetivos y subjetivos predeterminados, sino también sí en el caso concreto el interés superior del niño, niñas y adolescente justifica el conocimiento y decisión del conflicto por parte de tales autoridades; en pocas palabras, el resultado del proceso judicial se acerca a la realidad,

permitiendo al particular una solución ajustada a derecho, no sólo en el plano formal sino también en el plano material.

(...)

En el caso en estudio, resulta innegable que la niña de autos, tiene todo el derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen y a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, derechos cuyo ejercicio solo está limitado cuando se contradiga el interés superior.

(...)

Por los fundamentos antes expuestos, de acuerdo al conocimiento que a través de este proceso ha tenido esta juzgadora, su convencido criterio y bajo la procura absoluta de tutelar de modo efectivo los derechos de las partes intervinientes y sobre todo los de la niña de autos, aunado a que contó con documentos que constan en las actas, con fundamento en el amparo de las máximas de experiencia, y por cuanto la responsabilidad de crianza -custodia- comporta un deber-derecho de convivencia recíproca, y se ejerce de modo directo, hacen concluir a esta sentenciadora que resulta más cónsono con el interés de la niña que su progenitora, ciudadana GABRIELA CAROLINA PINTO CENTENO, ejerza la custodia de su hija, del mismo modo, permitiendo y exhortando a la misma al derecho que tiene el progenitor a un régimen de convivencia familiar, que permita el acercamiento y los deberes y derechos que como progenitor tiene y los derechos e intereses de su hija sean garantizados, igualmente, en atención a las recomendaciones dadas por el Equipo Multidisciplinario de este Circuito, resulta necesario para mejorar los lazos familiares, que el núcleo familiar de la niña de autos reciba atención especializada, por lo que deberán asistir a programas de Escuela para Padres y talleres de Fortalecimiento Familiar, con el fin de otorgarle las herramientas que le permitan adquirir los conocimientos necesarios para mejorar la comunicación entre ellos y con su hija. Así se declara.

En conclusión, a criterio de esta Sentenciadora, no se desprenden elementos de convicción que hagan pensar que existan circunstancias

que den lugar a que la madre no está apta para continuar ejerciendo la custodia de la niña y que ello signifique amenaza o violación de los derechos humanos fundamentales de la misma; toda vez que el incumplimiento del régimen de convivencia familiar consagrado en la loppna, por sí mismo no representa causal para la privación de la custodia; por lo que de conformidad con lo establecido en la ley se otorga la facultad al juez de decidir con base al derecho, la sana crítica y los razonamientos lógicos sobre ello; y fundamentarlo en las pruebas materializadas y valoradas en el juicio.

De este modo, que esta Juzgadora tomando en cuenta la doctrina y la jurisprudencia aquí señalada, así como el contenido del informe técnico integral (bio-psico-social-legal) realizado a las partes en el presente juicio y en aplicación del principio del Interés Superior de la Niña, el cual precisa la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas (en este caso de la progenitora) y los derechos de los hijos (en este caso la niña) en el cual deben prevalecer los derechos e intereses de esta; asimismo, tomando en cuenta que la niña de autos ha permanecido siempre bajo los cuidados de su madre; esta Sentenciadora considera a la progenitora como la mejor opción entre ambos padres para ejercer la custodia de su hija, por lo que la demanda de conflicto de responsabilidad de crianza –custodia- no ha prosperado en derecho y debe ser declarada sin lugar. Y así se decide (Subrayado añadido)

Como puede apreciarse de las muestras antes mencionadas son diversas las formas como los tribunales de instancia abordan el asunto del interés superior del niño, que según se observa puede servir para acordar competencia, dejar sin efecto la cosa juzgada o dar efectividad a una institución familiar en la forma como está reglada, siendo esta última la única forma legítima de actuación, por ello la relevancia de su estudio, aunque no podamos adentrarnos mas en dichas afectaciones o en otras muestras, por la extensión de la presente investigación; puede considerarse comprobado el punto cuya demostración se quería realizar de la utilización del término.

En la segunda parte del presente análisis práctico del uso del interés superior observamos que en el ámbito judicial, el principio también ha sido determinado por diversos Tribunales Constitucionales, lo cual servirá como guía para la investigación y apoyará esa visión práctica a la aplicación del interés superior en los conflictos de derechos fundamentales. Así tenemos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1917, de fecha 14 de julio de 2003 indicó que se trata de un concepto indeterminado, al establecer:

..interés superior del niño, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Aunque pueda no compartirse ese criterio, es necesaria su indicación, por cuanto es con esta base que la mayoría de los Tribunales del país han tomado decisiones que pueden calificarse de arbitrarias y que no atienden a la doctrina de la protección integral, por cuanto en la práctica judicial venezolana el juez se sustituye en el tutor de vida del infante y decide abiertamente los asuntos de los mismos, incluso en ocasiones en contra de disposiciones legales, sin establecer los debidos parámetros objetivos y respetando el contenido del interés superior del niño, consagrado en la Convención, la Constitución y la Ley.

De otra parte en el derecho comparado se observan decisiones que han podido permitir delimitar el contenido del referido interés, así el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia dictada en el expediente N° 03744-2007-PHC/TC, al referirse al interés superior del niño señaló que:

Es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución establece que “la comunidad y el estado protegen especialmente al niño al adolescente (...), se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”

La atención a ser prestada por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental, debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención debe ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de de aquellas decisiones judiciales en las cuales no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

El arriba citado Tribunal Constitucional no sólo otorga un contenido sustantivo al principio del interés superior, sino que también comporta un contenido procesal y además supone que las causas donde se debatan derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes tienen preeminencia sobre las demás.

Igualmente el Tribunal Constitucional de Perú estableció que el interés superior tiene fuerza superior, no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de su interpretación, lo cual estableció en sentencia dictada en el expediente 04058-2012-PA/TC donde indicó:

se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior, no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia en sentencia N° T-557/11, estableció la necesidad de especial protección de niños, niñas y adolescentes y que la misma se materializa a través de la aplicación del interés superior de éstos:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad

La jurisprudencia de la citada Corporación ha establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del niño en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras

personas que de alguna manera se vean involucradas. El principio del interés superior del niño opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y de la normativa aplicable en los casos en los cuales tengan interés.

De lo antes expuesto se desprende la relevancia de proteger al niño o adolescente como persona en desarrollo, no que se decida todo para procurar su supuesto bienestar, sino que las decisiones sean fundadas en la doctrina de la protección integral antes aludida.

También se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la trascendencia del interés superior del niño en las decisiones que conciernen a éstos, lo cual realizó en la opinión consultiva N° OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(...)

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño

Así mismo la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, donde se estableció diversas consideraciones en relación al interés superior del niño, el cual debía tener un fin legítimo, pues no se puede únicamente hacerse referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños, dicha decisión estableció:

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

La Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. De esa manera, la citada Corte en su decisión procura quitarle el carácter indefinido y maleable que consuetudinariamente ha sido utilizado por los jueces de instancia y expresamente señala que deben evitarse especulaciones sobre circunstancias no probadas en el expediente.

Aplicabilidad en los conflictos de derechos fundamentales

Resulta necesario mencionar, que en nuestro país no ha sido desarrollado con amplitud la forma de aplicar la ponderación, sin embargo se puede decir, resumidamente que desde la doctrina, se trata de una forma de resolver los conflictos entre derechos fundamentales, tomando en consideración las variables de regulación a nivel normativo; necesidad de la restricción de un derecho, valorando las opciones posibles y tomando en consideración aquella que permita verificar la mayor concreción de ambos derechos en pugna.

El Interés Superior del Niño ha sido utilizado de forma arbitraria, bajo la luz de la discrecionalidad, por lo que atendiendo a la visión de Simon (2013) debe atenderse a una distinción entre arbitrariedad, discrecionalidad y discrecionalidad abusiva. La primera específicamente proscrita, la segunda una práctica aceptada en cuanto al margen para decidir que tienen los jueces, y la tercera (materia de preocupación en este trabajo) sería la imposición de preferencias, creencias o valores de los jueces en los asuntos que conocen y deben resolver, aprovechando ese margen de discrecionalidad que le otorga un concepto jurídico indeterminado, en este caso el interés superior del niño.

Expresa Simon (2013) que existe una preocupación recurrente, en grandes sectores de la doctrina latinoamericana y anglosajona ante el temor de que el interés del niño permita a los jueces imponer su opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento, sin llegar a la arbitrariedad, pero escudándose en ese concepto indeterminado.

No es suficiente con la elección de medidas legislativas, sino que debe procurarse que las decisiones sean justificadas, lo cual significa que la argumentación debe ser justificada, cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados, el cómo se justifican las decisiones

En virtud de lo antes señalado, debe utilizarse la ponderación analizando pormenorizadamente a los fines de verificar que la decisión que se adopte, sea realmente la más adecuada, pero no en un beneficio que sólo demuestre la visión del juez, sino que permita establecer la concreción de los derechos del niño como sujeto pleno de derecho, a quien no se le debe estar tutelando sino protegiendo a través de las decisiones, recordando en cada caso que se trata de un ciudadano en desarrollo, pero que no es una persona incapacitada para opinar y que la visión política, debe desarrollarse en el marco de la democracia y el Estado de derecho para así evitar que por vía del Interés Superior se mantenga la tesis tutelar en relación a la infancia más aun en los casos de derechos fundamentales.

La doctrina ha desarrollado parámetros de justificación como límite a la actuación judicial, y pueden considerarse resumidos en la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-557/11, en la cual, además de analizar el interés superior del niño, estableció un mínimo de 8 reglas que deben verificarse en la ponderación de derechos constitucionales, decisión en la cual se señaló:

Con base en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, la Sala de Revisión considera que toda decisión de una autoridad competente para protegerla, debe ser excepcional y responder, así como cumplir, por lo menos, los siguientes ocho criterios.

a. *Gravedad de la afectación de los derechos.* La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación, implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores, deben provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) la garantía del desarrollo integral del menor, las garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática.

b. *Necesidad de intervención.* La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la ‘necesidad de intervención’. En la medida en que son las relaciones paterno filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones ‘*poterosas*’, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada.

c. *Posterioridad.* La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido judicialmente, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados por el juez competente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad a la decisión judicial fueron ocultados de mala fe por una de las partes.

d. *Urgencia.* La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo

caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible.

e. *Proporcionalidad*. La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor.

f. *Razonabilidad*. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. No se puede tomar decisiones que no tengan justificación, que sean absurdas o que no tengan coherencia. Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración.

g. *Temporalidad*. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.

h. *Valoración de consecuencias*. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor.

De la sentencia traída a colación se extrae una serie de parámetros necesarios para llevar a cabo la ponderación de intereses en conflicto, con especial énfasis a

actuaciones de la administración y a medidas temporales; criterios de especial relevancia en la determinación del interés superior en esa clase de conflictos.

Ahora bien, tal como se estableció precedentemente el interés superior del niño, en cuanto a su estructura como norma viene a ser un principio, es decir, resulta en un mandato de optimización, por ende debe ser procurado en todo proceso.

A la luz de la Convención sobre los Derechos del Niños, la Constitución y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es un parámetro de interpretación del resto de la normativa, lo que implica que en todo proceso interpretativo, es decir, en toda decisión (pues el derecho necesariamente implica el conocimiento del juez del contenido del texto de la norma) el juzgador debe aplicarlo.

Entendido lo anterior dicho principio se constituye en una guía que procura materializar la doctrina de la protección integral, para así superar la doctrina de la situación irregular y así entender que el infante es un sujeto en desarrollo, sujeto de derecho, cuyo proyecto de vida tiene el derecho de elegir y desarrollar, es decir, se procura la evolución de un ciudadano democrático con especial participación en los procesos que le atañen, lo que genera la importancia de su derecho a opinar y ser oído en todo caso, lo que puede afirmarse tiene sustento en el artículo 78 Constitucional que en relación a los infantes dispone que el Estado “promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa”.

Esto nos lleva a las directrices que el legislador venezolano ha colocado para su aplicación, contenidas en el artículo 8 de la Ley Especial, los parámetros son: la opinión, derecho que debe ser materializado en todo caso a fin de que el infante

pueda desarrollar su ciudadanía y personalidad como se expuso, con las excepciones justificadas, por cuanto debe evitarse que este mecanismo sea utilizado como forma de retrasar el desarrollo del proceso, pues no depende de éste sujeto comparecer en muchos casos a la sede jurisdiccional como ocurre en muchos casos, circunstancia que debería ser incluso sancionada como falta de probidad de la parte que realice ese comportamiento.

Los tres siguientes supuestos que dispone la Ley para la determinación del Interés Superior del Niño se constituyen en unas ponderaciones que atenderán al caso concreto para que el juzgador tome en consideración el equilibrio que debe existir entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y sus deberes; entre el bien común y los derechos y garantías y por último los derechos de los demás y los del niño, niña o adolescente.

En cuanto a éstos particulares se observa que pudiera abrirse la posibilidad a decisiones diversas por parte de los Juzgadores. Ahora bien, como se mencionó, éstas deben ser cónsonas con las doctrina de la protección integral, no pueden realizarse por ejemplo interpretaciones contra la ley; sino que debe aplicarse el ordenamiento jurídico, entendiendo que hay un sujeto cuya participación y condición es especial por estar en desarrollo.

Por último la norma expresa que en aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de éstos frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Lo que implica en primer lugar la determinación de legitimidad de ambos derechos, por cuanto no puede el juzgador utilizar éste principio como forma de distorsionar el ordenamiento jurídico, sino que se otorga prevalencia a los derechos del infante que en juicio sean demostrados.

Los ocho factores que indicó la Corte Constitucional Colombiana, se consideran necesarios para resolver los casos difíciles en materia de infancia y además el juzgador debe realizar el proceso intelectual de aplicación que antes se mencionó para con la debida argumentación tomar su decisión, logrando una justificación que permita observar la concreción de los principios de la doctrina de la protección integral y valorar la opinión y las características propias del niño, niña o adolescentes, incluso para tomar en consideración su opinión como factor que puede guiar la decisión justa al caso concreto.

Conclusiones

- Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, son aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y deben garantizárseles en plenitud en atención a su desarrollo.

- La ponderación es un proceso que permite establecer una forma de resolver los conflictos sobre derechos fundamentales, que no constituye una fórmula aritmética sino un proceso de justificación de la decisión constitucional que cumpla con los parámetros de: a. *Gravedad de la afectación de los derechos*; b. *Necesidad de intervención*; c. *Posterioridad*; d. *Urgencia*; e. *Proporcionalidad*; f. *Razonabilidad*; g. *Temporalidad* y h. *Valoración de consecuencias*.

- La doctrina de la protección integral es el modelo a través del cual los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como personas. La que permite considerarlos como sujetos plenos de derecho, con la protección de cada uno de sus derechos en atención a su proceso de desarrollo.

- El Interés Superior del Niño es un parámetro de interpretación y aplicación de la normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución y la Ley, el cual debe ser entendido a la luz de la doctrina de la protección integral a fin de evitar desdibujar el fin perseguido por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual la decisión judicial debe estar justificada con argumentos que permitan

a las partes conocer el proceso reflexivo llevado a cabo por el juez a la hora de decidir la causa de que se trate.

- El niño, niña o adolescente debe ser entendido como una persona en desarrollo que se está incorporando a la sociedad como ciudadano activo, por lo que debe procurarse se empodere de las decisiones de su vida y evitar que a través de subterfugios se le *tutelen* sus decisiones.

Referencias

- Aguilera, R. y López, R (s.f) *los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>
- Alexy, Robert. (1986). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Revista Doxa. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza (S.f). *Dossier: Huelga de hambre de los grapo, derecho y ética*. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2531913.pdf>
- Baeza, G. (2001). *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. Revista Chilena de Derecho, vol. 28, numero 2.
- Barrera, S. (2014). *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú. El caso de los Hogares del INABIF*. Trabajo de grado (no publicado) presentado para optar al título de Magister en Política Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.

- Beloff , M.; Cillero, C.; Cortés, J.; Couso, J. y Veronese, J. (1999). *Justicia y Derechos del Niño*. Unicef. Chile. Recuperado de: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- Bernal, C. (1989). *Estructura y límites de la ponderación*. Cuadernos de Filosofía Doxa. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Recuperado: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bolaños, M. (2006). *Fundamentación epistemológica de la Doctrina de la Protección Integral*. VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado de: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31695/1/epistemologia_lopna.pdf
- Buaiz, Y. (S.f). *La doctrina de la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Recuperado de: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf

Cillero, M. (1999) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño*. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano “Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José de Costa Rica.

Casal, J. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Caracas: Legis.

Diez-Picazo, L. (1978). *Menor edad*. Nueva enciclopedia jurídica, tomo XVI. Barcelona.

Dworkin, R. (1980). *¿Es el derecho un sistema de normas?*. Fondo de Cultura Económica. México.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona.

Kennedy, D.(1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Ediciones Uniandes. Bogotá.

España. (1978). Constitución española. Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos fundamentales, derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid.

Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Freedman, D.(S.f). *Los riesgos del interés superior del Niño*. Recuperado de:
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>

García, E. (1998). *Infancia de los derechos y de la justicia*. Editorial del Puerto. Buenos Aires.

García, M (S.f). *Introducción a los derechos fundamentales*. Universidad de Murcia. España. Recuperado de: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/introduccion-a-los-derechos-fundamentales/material-de-clase-1/tema3.pdf>

Hart, H. (1992). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Hierro, L. (1991). *Los derechos de la infancia, razones para una Ley*. Revista infancia y sociedad N° 27-28.

La Liga de las Naciones (1924). *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*.

Morales, G. (2002). *Temas de derecho del niño Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas. Vadell Hermanos editores.

O'Donnell, D. (2004). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. Consultado en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002. Consultado en

fecha 4 de agosto de 2015.

Web:

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Organización de la Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Ortiz, L. (2010). *La interpretación constitucional desde la teoría de la razonabilidad*. Revista Via Iuris. N° 8. Enero-Junio. ISSN 1909-5759.

Ortiz, L. (2005, agosto). *La razonabilidad de la interpretación jurídica*. La teoría de Aulis Aarnio. Alma Mater. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia.

Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24/03/2000.

República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007). Gaceta Oficial 5.859 Extraordinaria 10/12/2007.

República de Ecuador. Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Registro Oficial 737.

Reino de España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978.

Revorio Díaz, J. F. (1991). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá. Siglo del hombre editores.

Sentencia N° t-557 12-07-2011- Corte Constitucional Colombiana. Consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-557-11.htm>

Sentencia N° T 425/95. Corte Constitucional Colombiana en Consultada en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm

Sentencia N° 462 del 6 de abril de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Abril/462-060401-00-0900%20.htm>

Sentencia N° 1917, de fecha 14 de julio de 2003. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Consultado en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1917-140703-02-2865.HTM

Sentencia N°1431 del 14 de agosto de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Consultada en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.HTM

Sentencia dictada en el N° expediente N° 03744-2007-PHC/TC. Tribunal Constitucional de Perú. Consultada en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.html.

Sentencia dictada en el caso Atala Rifo y Niñas Vs Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fecha: 24 de febrero de 2012. Consultada en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Sentencia dictada en el expediente AP51-R-2013-008246, en el cuaderno de recusación distinguido con el alfanumérico AC51-X-2013-000275. Tribunal Superior Primero del Circuito Judicial de Protección del Área Metropolitana de Caracas. Fecha 4 de octubre de 2013. Consultada en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/OCTUBRE/2454-4-AC51-X-2013-000275-PJ0562013000052.HTML>

Sentencia dictada en el expediente GP02-V-2014-000578, 11 de enero de 2016. Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Carabobo. Consultado en <http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2016/ENERO/2535-11-GP02-V-2014-000578.-1.HTML>

Sentencia dictada en fecha 27 de julio de 2012, en el expediente N° AH53-X-2012-0000465, en fecha 27 de julio de 2012, por el Tribunal Tercero de Juicio del Área Metropolitana del Caracas. Consultado en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2012/julio/2461-27-AH53-X-2012-000465-PJ0552012000331.html>

Tejeiro, C. (1998), *Teoría general de la niñez y adolescencia*. Editado por UNICEF-Colombia.

Unión Europea. (2010). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. DOUE, número 83 del 30 de marzo de 2010. Recuperado de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>

Vaamonde, M (2009). *La capacidad procesal de los niños, niñas y adolescentes para accionar ante los órganos de administración de justicia*. Trabajo de grado (no publicado) para obtener el título de especialista en derecho de familia y del niño en la Universidad Católica Andrés Bello.

Vargas, G. (2013). *Casos difíciles y dilemas en el derecho*. Revista de Filosofía Conceptos. Número 3. Cartagena. Recuperado de: ojs.udc.edu.co/index.php/conceptos/article/download/177/159

Verhellen, E (1993). *Los derechos del niño en Europa*. Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones. Madrid.

Zagreblecky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón. Madrid. Editorial Trotta.

Zapata, P. (S.f). *La interpretación de la constitución*. Revista Chilena de derecho. Volumen 17. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649692.pdf>

Zermatten, J. (2003) *El interés Superior del Niño del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo. Recuperado de: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf