

Artículo [ES]

El interés superior del niño en derecho de familia desde un estudio comparativo entre China, España y Argentina

The best interest of the child in family law from a comparative study between China, Spain and Argentina

Jin Zhang

Doctoranda en Derecho

Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España

Email: jinzhang2016@hotmail.com; ORCID: 0000-0003-1821-5117

[ES] Resumen: El interés superior del niño es el principio reconocido por *la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*, siendo la norma y consideración primordial para resolver los casos que involucren infantes. Históricamente, el concepto de familia ha pasado por tres etapas: orientado a la familia, orientado a los padres y orientado al niño como individuo. En este proceso, el estatus del menor ha sufrido tres transformaciones pasando de ser un bien adscrito al padre; un individuo dependiente adscrito a los padres, y; un sujeto de derechos independientes. Actualmente, la configuración de familia no se limita a una sola opción. Y la función emocional de la familia se fortalece continuamente. Es una elección inevitable construir un sistema moderno de matrimonio y familia vinculado por una relación estable entre padres e hijos. Para defenderlo, se utilizan análisis teóricos y jurisprudencias comparativas entre el derecho de China, de España y de Argentina, con el objetivo de determinar el contenido del propio principio, a fin de familiarizar a los lectores con el problema de aplicarlo. Finalmente, se recomienda asegurar una participación substancial de los niños en todos los asuntos infantiles, con el fin de proteger su intereses y derechos.

Palabras claves: el interés superior del niño, interés del niño, consideración primordial del menor, protección de los derechos de los niños, Convención sobre los Derechos del Niño

[EN] Abstract: The best interest of the child is the principle recognized by *the Convention on the Rights of the Child*, which is the primary standard and consideration in resolving cases involving infants. The development of the concept of the family has passed through three stages: family-oriented, parent-oriented, and child-oriented as an individual. In this process, the status of the child has also undergone three transformations from being an asset attached to the parent; a dependent individual attached to the parents; and a subject of independent rights. Nowadays, the family configuration is not limited to one option. In this situation, the emotional function of the family is continuously strengthened, so it is an inevitable choice to build a modern system of marriage and family linked by a stable relationship between parents and children. It is defended using theoretical analysis and comparative jurisprudence between the laws of China, Spain and Argentina, with the aim of determining the content of the principle itself, in order to familiarize readers with the problem of applying it. Finally, a recommendation is made to ensure a substantial participation of children in all children's issues to protect their interests and rights.

Keywords: the best interests of the child, interests of the child, primary consideration for the child, protection of children's rights, Convention on the Rights of the Child

Fondo: Este trabajo fue financiado por China Scholarship Council (CSC) con el n.º 201907070018.

Cita: Jin, Z. (2023). El interés superior del niño en derecho de familia desde un estudio comparativo entre China, España y Argentina. *Ibero-América Studies*, 5(1), 128-140.

DOI: <https://doi.org/10.55704/ias.v5i1.10>

Editores académicos: Ordóñez Huerta, M. Z., Wangxuan, Z.

Recibido: noviembre 2022. **Aceptado:** enero 2023

Copyright: © 2023 by the authors. Enviado para posible publicación de acceso abierto bajo los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0.

1. Introducción

El concepto “interés superior del niño” apareció por primera vez en *la Declaración de los Derechos del Niño de 1959*. Dado que la Declaración no es legalmente vinculante, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN, en inglés CRC) en 1989¹, reconociendo el interés superior del niño como un principio internacional para la protección de los derechos de todas las personas menores de 18 años. La CDN dispone que, “*En todas las medidas vinculadas a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. (CDN, 1989, art. 3, p.1)

Se trata del pacto de derechos humanos más ampliamente ratificado del mundo, vigente y reconocido por casi todos los países, en concreto, 196 países han firmado la Convención hasta octubre de 2015, lo que constituye un marco ético y jurídico común para el ejercicio efectivo de los derechos de los menores.

Teniendo en cuenta la aplicación de las cláusulas, los redactores no definieron el alcance del interés superior. Dicho artículo juega principalmente un papel programático, destacando la importancia de la idea de salvaguardar el interés superior de los niños, y allanando el camino para estipular normas específicas. La CDN reúne varios tipos de derechos de la infancia cubiertos por otros documentos internacionales, especifica los derechos humanos de los que disfrutaban universalmente los niños en todo el mundo² y proporciona un conjunto de guías aplicables de manera uniforme para diferentes sistemas jurídicos, tradiciones y manifestaciones culturales³.

En este sentido, los objetivos que propone la idea de interés superior del niño son :

Primero, tomarlo como un principio de orientación para tratar asuntos que involucran a los niños. El comisionado europeo de derechos humanos, Thomas Hammarberg, definió el principio del interés superior del niño como “*una guía para la interpretación e implementación de los asuntos de la infancia*”. Así que antes de tomar una decisión, los responsables deben escuchar las opiniones de los niños, consultar la guía y combinar otras disposiciones para analizar exhaustivamente el contenido del interés superior. (Hammarberg, 2008: 3)

Segundo, dicho principio es el fundamento para evaluar todos los comportamientos relacionados con los intereses de los niños, así como el argumento básico para que los jueces tomen decisiones, aplicándolo específicamente a todas las actividades que involucran a los menores. En otras palabras, el principio del interés superior del niño es un parámetro objetivo para resolver los problemas de los menores, dando a los jueces cierto espacio de justificación caso por caso. (Lloveras y Oviedo, 2011: 390)

2. La fundación del principio del interés superior del niño

2.1 Desarrollos teóricos

Con motivo del desarrollo físico y psicológico, los menores tienen ciertas características vulnerables, tales como la ignorancia, la dependencia y la falta de autocontrol. Estas cualidades dan una impresión irracional e incapacitada de los niños. Por lo tanto, en general, los niños necesitan mucha protección e intervención de los adultos y deben estar sujetos a los límites y disciplina necesaria.

Por un lado, dicha impresión puede servir como un parámetro al público sobre la responsabilidad de la sociedad adulta hacia los niños. Por otro lado, tales descripciones negativas ignoran la personalidad independiente, la autonomía de los mismos niños, la necesidad de participar en la sociedad adulta y el deseo de expresar opiniones en asuntos relacionados con su propio desarrollo.

En la década de los noventa del siglo pasado, el especialista británico John Eekelaar propuso *la Teoría de autonomía infantil (el Auto-determinismo dinámico)* y destacó que, siendo sujetos de derechos, los niños tienen derecho a elegir libremente (Eekelaar, 1994: 42-61), lo cual es parte de los requisitos del interés superior.

¹ Véase: Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.

² Dichos derechos humanos incluyen el derecho a la vida, al pleno desarrollo, a estar libre de influencias dañosas, de abusos y de explotación, y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social.

³ Para unificar las definiciones, la autora aclara que los niños en el contexto de este artículo son equivalentes a los menores. Según el artículo 1 de la CDN, un niño es “*todo ser humano menos de 18 años*”. Aunque en algunas zonas los menores se subdividen en niños y adolescentes, aquí queremos enfatizar que los niños y los adultos tienen los mismos derechos fundamentales y son miembros de la familia y de la sociedad. Debido a que los niños son débiles y vulnerables, deben ser protegidos especialmente.

Es decir, en cualquier caso, la decisión del tomador estará influenciada por su consideración subjetiva. Solo las propias decisiones de los niños pueden reflejar mejor sus deseos y expectativas. Cada uno tiene distintas necesidades y deseos, así que no es práctico elegir el interés superior por parte de otra persona. Puesto que los objetivos y valores de vida de los individuos no se pueden medir mediante un conjunto unificado de criterios. Aplicar la autonomía no significa dejar el pleno derecho de tomar decisiones a los menores, sino a crear un espacio para su autodesarrollo, a dirigir a los niños a tomar sus propias decisiones ayudándoles a expresar sus deseos y realizarlos.

Esta teoría se deriva del derecho a la autodeterminación de los menores propuesta en el caso Gillick (1985)⁴, la sentencia confirmó que los niños menores de 16 años podían decidir por sí mismos si deseaban recibir tratamiento médico o no, siempre que tuvieran suficiente conocimiento. Es decir, los niños tienen derecho a tomar su determinación. Los padres deben respetar los derechos de la infancia y proteger su privacidad. El juez agregó que el tribunal respetaba la voluntad del niño, pero cuando se tratara del interés superior, en caso de que la vida estuviera en juego, los intereses del niño prevalecerían sobre su voluntad.

La Autonomía Dinámica hace hincapié en la protección del derecho de la infancia a la libre elección en la mayor medida posible, lo que conduce a la autorrealización de los niños. Sin embargo, la autonomía no sólo muestra derechos y libertad, sino que también infiere un exceso de libertad, es decir, indulgencia de comportamientos de los niños y aceptación tácita a los impulsos.

Cabe preguntar, ¿pueden juzgar realmente lo que es mejor para ellos mismos? Obviamente, la respuesta es negativa. Por ejemplo, algunos niños se disgustan por estudiar en la etapa de educación obligatoria, según su voluntad, las actividades divertidas son la búsqueda de intereses más urgentes en este momento. En este punto, ¿quieren los padres que sus hijos abandonen la escuela de acuerdo con su elección? La particularidad del niño en sí incluye la inocencia y la falta de autocontrol. En este sentido, la pura autonomía no puede garantizar el interés superior real del niño.

En realidad, muchas violaciones a los derechos de la infancia derivan de la negligencia o las violaciones por parte de los adultos. En el marco del principio del interés superior del niño, es necesario dar a los niños un cierto nivel de autonomía, porque esto promovería la protección del interés superior del niño. Una de las típicas acciones de la autonomía es la expresión de sus opiniones, que la CDN enfatiza repetidamente. Los países y los tomadores de decisiones deben escuchar a los niños y considerar lo que quieren. Tal vez el resultado final no corresponde a sus expectativas, pero, por lo menos se exige cumplir el principio del interés superior del niño en cuanto al ejercicio de derechos y garantías procesales.

Por otra parte, el principio del interés superior del niño tiene una amplia aplicabilidad. El doctor estadounidense Mnookin fue el primero en presentar sus propios puntos de vista sobre la aplicación del principio. Usando el ejemplo de la crianza de los hijos, argumenta que no existe un estándar para una solución “mejor” o “menos dañosa, lo que toca a los jueces a evaluar (Mnookin, 1975: 268).

Entonces, ¿cuál es exactamente la clave absolutamente correcta respecto al interés superior del niño? Nadie puede asegurar que ofrezca el mejor plan para el desarrollo de un niño. De hecho, la sociedad humana no puede formar un plan claro y uniforme de alimentación a los menores. Al mismo tiempo, un programa de crianza excesivamente estandarizado no es necesariamente beneficioso para el desarrollo infantil.

Sin duda, los padres son los primeros profesores de los niños; siendo miembros de la familia, tienen la responsabilidad principal de criar a los hijos, a pesar de que éstos no pueden compararse con los maestros profesionales de las instituciones educativas en términos de especialización en la crianza.

Si preguntas a los niños, la mayoría naturalmente elegirá lo primero. Con pocas excepciones, los padres sienten naturalmente cariño por sus hijos. El crecimiento y desarrollo de los niños requiere que los adultos consideren los intereses reales de los niños por derecho propio. Si bien es cierto que existen varias formas de criar a los hijos tal vez no brinden un ambiente adecuado o formación educativa para los niños en cuanto al aspecto externo. Evidentemente, los padres son la mejor opción para los niños.

La elección del criterio refleja la opción del valor. Los niños viven con sus padres, criados y educados por ellos, lo cual es una opción predeterminada que favorece el desarrollo infantil. La crianza en sí misma es una actividad intrafamiliar y claro, privada. Debido a esto, si los padres violan los derechos de los niños, a menudo no se les descubre de inmediato. En este momento, según el principio del interés superior del niño, los padres ya no son la mejor opción para asegurar el desarrollo saludable de los hijos. Así que el poder público razonablemente debe intervenir en las actividades privadas de

⁴ Véase: Gillick v. West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority. Disponible online: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>. (consultado el 6 de enero de 2023).

la familia y ayudar a los menores a tomar un plan de desarrollo más poderoso.

2.2 El contenido del interés superior

En cuanto al alcance del “interés superior”, las opiniones siempre varían. Para los seres humanos, una serie de elementos necesarios para el desarrollo integral pertenecen a la consideración del interés superior, y los factores considerados en diferentes casos son distintos. Para un país, evitar la mortalidad infantil, la desnutrición, los índices de analfabetismo, la explotación laboral infantil y el abandono, son parte de los intereses del niño. John Eekelaar ha señalado que el interés superior se refiere a los intereses básicos de satisfacer el crecimiento de los niños, tales como los intereses de supervivencia y de desarrollo, de educación, de cuidado y de autonomía (Eekelaar, 1994: 48). Sin duda alguna, el interés superior no puede explicarse por un sencillo concepto “supra cultural, integral y definido” (Wang, 2005: 13), resulta que se elaboran determinados criterios bajo diferentes culturas, de acuerdo con las situaciones.

Las diferentes definiciones de “interés superior” reflejan la gran generalidad y abstracción del propio principio. La interpretación de este concepto varía en diferentes contextos (Lloveras y Oviedo, 2011: 391), y los encargados de tomar decisiones deben hacer juicios individuales basados en las necesidades y situaciones de los niños, o sea, caso por caso. Por consiguiente, la indeterminación de la definición complica la aplicación del principio.

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño promulgó *la Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (Artículo 3, párrafo 1) (en adelante, la Observación No. 14), proponiendo dos criterios como norma de referencia para determinar el “interés superior”. (1) de acuerdo con las circunstancias de cada caso, identificar qué elementos deben ser considerados en el alcance del interés superior y, determinar el contenido específico y peso de cada elemento. (2) proporcionar una serie de procedimientos de salvaguardia que evalúen los elementos y determinen intereses más importantes en cada caso.

La Observación No. 14 recomienda que los países elaboren una lista de elementos para juzgar el interés superior⁵. Se puede utilizar esta lista como guía para regular áreas específicas que afectan el desarrollo infantil, tales como la tutela, el derecho de familia, la justicia juvenil, etc. No se requiere que la lista sea exhaustiva, y claramente, se pueden considerar otros factores relevantes más allá del alcance de la lista a la hora de juzgar casos concretos.

En respuesta a las posibles contradicciones y conflictos en casos concretos, el Comité señala que, en todos los momentos, cada elemento debe ser evaluado completamente y su peso debe asignarse de acuerdo con la importancia de cada situación concreta a fin de buscar la solución más vinculada al interés superior. (Committee on the Rights of the Children, 2013)

Además, a fin de ayudar a los legisladores, jueces y órganos administrativos a tomar decisiones apropiadas, el Comité requiere específicamente que el Estado establezca mecanismos procesales objetivos y transparentes, en concreto, procedimientos especiales para evaluar los resultados de decisión garantizando la aplicación de las garantías procesales⁶.

El propósito de la CDN es transmitir el valor y la protección de los niños independientemente de los adultos, estableciendo los principios al servicio de este concepto de valor. La orientación de valor y el significado positivo de los principios mismos están fuera de toda duda. La apertura del principio de interés superior justamente coordina los conflictos de diferentes culturas y satisface las necesidades de interpretación de diferentes países. (Alston, 1994: 18)

El principio del interés superior del niño puede entenderse desde tres aspectos:

Ante todo, el principio del interés superior del niño es exteriorizar la idea del niño como sujeto de derechos. Tratar a los niños como sujetos de derechos independientes y reconocer su autonomía es el requisito fundamental del principio. Los adultos deben nutrir activamente las habilidades de los niños para que se desarrollen sin problemas hasta la edad adulta. Se debe dejar de promover la práctica constante de restringir la autonomía y la expresión de los menores so pretexto de la inmadurez o debilidad. (CIDH, 2017: 138)

Analizando cómo equilibrar los distintos intereses de la infancia, debemos darnos cuenta de que todas estas discusiones surgen de preocupaciones sobre el niño en particular. En el proceso de realización de los intereses del niño

⁵ Los elementos ofrecidos por la lista son: a) La opinión del niño. b) La identidad del niño. c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. d) Cuidado, protección y seguridad del niño. e) Situación de vulnerabilidad. f) El derecho del niño a la salud. g) El derecho del niño a la educación.

⁶ Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité de los Derechos del Niño destaca las garantías procesales: a) El derecho del niño a expresar su propia opinión. b) La determinación de los hechos. c) La percepción del tiempo. d) Los profesionales cualificados. e) La representación letrada. f) La argumentación jurídica. g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. h) La evaluación del impacto en los derechos del niño.

como sujeto de derechos, los problemas de aplicación que provoca son diversos. Para resolver estos complejos problemas, varios países han propuesto muchos estándares cuantitativos, cuyo punto de partida son las necesidades y esperanzas de los niños.

Ahora bien, el principio del interés superior del niño es la ideología rectora y guía para tratar los asuntos de la infancia, jugando un papel programático en las actividades legislativas, administrativas y judiciales relacionadas con los asuntos de la infancia en varios países. Es decir, el interés superior del niño debe ser el factor principal de consideración en todas las acciones relativas a los derechos del niño, pero esto no es lo único y absoluto. En otras palabras, deben considerarse los intereses del niño, pero cuando el interés superior del niño entra en conflicto con otros intereses de ellos, el primero puede no ser necesariamente preferido.

El cambio de paradigma ayuda a reducir el impacto subjetivo de la evaluación de los jueces. El principio del interés superior del niño requiere que el juez demuestre el conflicto de intereses, ya que no puede llamarse sentencia judicial sin una explicación justa. Y la proporción de intereses es exactamente lo que hay que determinar en cada caso.

La primacía del interés superior del niño surge de la preocupación por la situación específica del niño. Es imposible que los niños afirmen sus intereses con tanto ímpetu como el de un adulto, en función de sus dependencias pasadas, madurez y, a menudo, ausencia de voz. Por lo tanto, quienes intervienen en la toma de decisiones que afectan a los niños deben ser conscientes de esto y actuar con estricto apego a este principio. La proporción y la importancia de los intereses de los niños no se determinarán arbitrariamente en casos concretos.

Finalmente, se debe puntualizar el principio del interés superior del niño. Las confusiones teóricas se reducen a la naturaleza abstracta del principio legal en sí mismo y la cuestión de cómo aplicarlo. El principio del interés superior del niño no es inherentemente problemático.

Esto también nos obliga a formular una serie de criterios cuantitativos específicos para evaluarlo. Si en un caso determinado, los diversos criterios entran en conflicto, el juez debe usar el principio como justificante y tomar una decisión sobre la prioridad.

Más adelante, en caso de que se vean los criterios cubiertos, pero se violen fundamentalmente los requisitos del principio del interés superior del niño, entonces, el comportamiento debe evaluarse negativamente. La forma de implementar el principio suele depender de la evaluación subjetiva del juez. La indeterminación del principio en realidad le da al responsable mayor discrecionalidad. Proporcionar una serie de criterios específicos ayudará a comprender el contenido del principio y brindará cierta orientación y restricciones a su evaluación.

3. El interés superior del niño en el derecho comparado

3.1 Normas jurídicas en China

El Código Civil de la República Popular China (En adelante CCRPC) perfecciona el sistema de amparo en el divorcio y aclara la aplicación del principio del interés superior del niño. El artículo 1084 del CCRPC, señala que el tribunal popular debe llevar a cabo juicios de acuerdo con el “principio más beneficioso para los niños menores de edad” a la luz de la situación concreta, reflejando la justicia sustantiva de protección de los intereses de los niños. Al mismo tiempo, la Sección de Matrimonio y Familia ha integrado el principio de “*la adopción debe conducir a la crianza y el desarrollo del menor adoptado*”. Se modifican las disposiciones generales de la Ley de Adopción y de la Sección de Matrimonio y Familia, para quedar como “*las adopciones se ajustarán al principio de interés superior para el adoptado*” (Art. 1044 de CCRPC).

En cuanto a la pensión alimenticia después del divorcio, el artículo 1084 del CCRPC establece que, después del divorcio, en general, la madre tendrá prioridad en la guarda y custodia de los hijos menores de dos años directamente. Si las dos partes no llegan a un acuerdo sobre dicha pensión, el tribunal emitirá un juicio basado en las circunstancias actuales de ambas partes de acuerdo con el principio del interés superior del niño⁷. Además, si los hijos han alcanzado la edad de ocho años, sus verdaderos deseos serán respetados.

⁷ Según el artículo 1084 de CCRPC (en español): *En principio, la madre tendrá la custodia de los hijos menores de dos años después del divorcio. Si los padres no llegan a un acuerdo sobre la custodia del niño que haya cumplido dos años, el tribunal popular, a la luz de las circunstancias específicas de ambas partes, dictará una resolución considerando el interés superior del menor.*

Si el niño ha cumplido ocho años, se debe respetar su verdadera voluntad.

(Véase la versión oficial en inglés: Article 1084:

In principle, the mother shall have the custody of the children under two years of age after divorce. If the father and the mother fail to reach an agreement on the custody of their child who has reached two years of age, the people's court shall, in light of the specific circumstances of both parties, make a judgment in the best interest of the minor child. If the child has reached eight years of age, his or her true will shall be respected.)

De estas disposiciones notamos que la lista de elementos a considerar en el principio del interés superior del niño está concentrada en :

a. Voluntad de hijos (opiniones de niños)

En el caso de divorcio, ya sea por acuerdo de los padres o por decisión del tribunal, se deben escuchar primero las opiniones de los hijos que tengan capacidad de expresar, confirmando su verdadera voluntad. El respeto de los deseos de los niños se refleja principalmente en dos aspectos: garantizar el derecho de los niños a expresar sus opiniones y, el derecho a participar en los casos. La CDN reconoce el derecho de los niños a expresar sus opiniones.

Los intereses de los niños se dividen en intereses protegidos e intereses elegidos por ellos mismos, y existe cierta contradicción entre los dos. Expresar opiniones es una manifestación de su ejercicio de intereses autónomos. Lo que los niños entienden como “interés superior” no es necesariamente la mejor opción para su desarrollo a largo plazo. Si los dos intereses entran en conflicto, las opiniones del niño no se adoptan obviamente. Los jueces deben elegir el mejor programa para el niño enfocándose en su desarrollo. Al mismo tiempo, si el contenido de la decisión del tribunal es contrario a la opinión del niño, el tribunal debe indicar en la sentencia todos los elementos considerados y las razones por las que un determinado elemento tiene más peso que la opinión del niño.

b. Doctrina de la tierna infancia

El artículo 36 de la Ley de Matrimonios de la República Popular China establece: “...*Es de principio que los menores en período de lactancia sean criados por su madre tras el divorcio...*” Debido a que la expresión “*menores en período de lactancia*” es demasiado vaga en la ley, existen muchas disputas en la práctica. Así que, en 1993, *Opiniones Específicas sobre el Tratamiento de las Cuestiones Relativas a la Custodia en Casos de Divorcio Juzgados por Tribunales Populares*- explicación publicada por el Tribunal Popular Supremo- (en adelante, “Opiniones”) fijaron que la edad de la infancia era de dos años y establecieron la excepción de los hijos menores de dos años que vivieran con sus padres⁸. El CCRPC adopta la idea de Opiniones y prevé la expresión explícita de la edad⁹.

Teniendo en cuenta el desarrollo físico y psicológico de los niños, generalmente se presume que la madre que amamanta es la mejor cuidadora del niño. Esta regla apareció por primera vez en el análisis de una gran cantidad de casos de tutela en los tribunales británicos en el siglo XIX. *The Custody of Infants Act of 1839* estipuló que la madre podía solicitar al tribunal la custodia de los niños menores de siete años y el derecho de visita de los niños mayores de siete años. Esta norma se denomina *Doctrina de la tierna infancia* (the Tender Years Doctrine).

Los legisladores creían que la madre era, naturalmente, la mejor cuidadora de los niños porque biológicamente estaba mejor preparada para asumir la responsabilidad de criar a los hijos. Y, desde un punto de vista realista, los niños también necesitaban más el cuidado y la compañía de sus madres en la vida diaria. Por lo tanto, cuando los padres se divorciaran, la madre tendría la custodia de los niños pequeños. Por supuesto, un juez aún podía otorgar la custodia al padre si la madre había actuado de manera poco ética. Sin embargo, la aplicación de esta excepción no era común. Ya que no era fácil probar que las acciones de la madre habían violado gravemente el interés superior del niño, según *la Doctrina de la tierna infancia*, la custodia generalmente recaía en la madre.

c. Presunción del cuidador principal

Para los niños, la ruptura de una familia puede tener una serie de efectos imborrables en ellos, como el miedo al abandono, la traición y el complejo de inferioridad. Por lo tanto, para reducir el impacto físico y psicológico de los casos de divorcio en los niños, uno de los contenidos importantes para el juez es considerar no cambiar el entorno de vida de los niños tanto como sea posible.

El segundo párrafo del artículo 3 de Opiniones establece que “*para los niños menores de dos años, tanto el padre como la madre solicitan vivir con ellos, pudiendo darse prioridad a la parte de las siguientes situaciones: ... (2) el niño ha vivido con él o ella durante un período más largo y el cambio de entorno de vida es claramente perjudicial para el desarrollo saludable del niño*”. Aunque dicha norma no está incorporada en el CCRPC, no es infrecuente que se le invoque en la

⁸ Según el artículo 1 de Opiniones (en español):

Los niños menores de dos años viven generalmente con la madre. Pueden convivir con el padre en cualquiera de las siguientes situaciones:

(1) que la madre sufre de enfermedades infecciosas a largo plazo u otras enfermedades graves, los niños no son aptos para vivir con ella;
(2) la madre tiene condiciones de alimentos, pero no cumple con la obligación de alimentos, y el padre requiere que el hijo viva con él;
(3) por otras razones, el niño no puede vivir con la madre.

⁹ Véase art.1084. de CCRPC.

práctica. Desde el punto de vista del interés superior del menor, es adecuada la elección de la parte que más se ocupa de sus hijos.

El artículo 19 de la CDN define al cuidador principal como “*padres, tutor legal o cualquier otra persona responsable del cuidado del niño*”.

La presunción de cuidador principal simplifica la evaluación del juez sobre la atribución del menor. Primero, esta presunción proporciona directamente un criterio cuantitativo. Con respecto al tema de la compañía con hijos, el juez puede hacer un juicio preliminar sobre cuánto tiempo han pasado las dos partes preguntando a los vecinos, solicitando las opiniones de los hijos y comparando el tiempo pasado con ellos. En segundo lugar, se puede analizar la voluntad y la capacidad de cuidar del niño investigando la actitud anterior de los padres hacia el niño. Además, en el proceso de compañía a largo plazo, el cuidador principal ya ha establecido una estrecha conexión emocional con el niño. Tercero, el final de una relación matrimonial inevitablemente tendrá un impacto negativo en los niños, por eso, las condiciones de vida originales del niño pueden mantenerse en la mayor medida posible mediante el cuidado continuo del niño por parte del cuidador principal.

En la sociedad moderna, los padres suelen repartirse el trabajo de crianza y no se puede cuantificar la cantidad de esfuerzo y energía dedicada a sus hijos. Por ejemplo, algunas familias deciden que uno de los progenitores salga a ganar dinero para mantener a la familia, mientras que el otro se queda en casa para cuidar exclusivamente de los niños; a efectos formales, este último debe considerarse el cuidador principal. Sin embargo, cuando las partes se divorcian, el segundo se ve obligado a trabajar debido a las presiones económicas y tiene menos tiempo para atender a los hijos. Tras la separación, la voluntad y la capacidad para cuidar de los hijos puede cambiar a medida de la nueva vida y la llegada de una nueva pareja.

El criterio de escuchar al niño permite al juez comprender las necesidades reales del menor. Sobre el criterio del cuidador principal, por otra parte, permite al juzgador prever el impacto futuro de las distintas opciones para el menor en el contexto de la situación del cuidador y elegir la que más convenga al interés del menor.

3.2 Normas jurídicas en España

En el Código Civil Español (en adelante CCE), la respuesta a la protección de niños es múltiple y el interés del menor cumple en normas jurídicas españolas. El considerado interés superior del menor se confirma en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor. Luego, en la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de Julio de dicho año, se revisa el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduciendo cambios cruciales que desarrollan y refuerzan el derecho del menor a la prioridad de su interés superior, principio fundamental en esta materia, en su artículo 2 menciona “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, (...) en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.

España estipula en la legislación que se seguirá la guía del principio del interés superior del niño, y el derecho de custodia se otorgará a la persona más idónea para cuidar del niño¹⁰. Al no establecerse criterios específicos, en la práctica los jueces tienden a tomar prestados argumentos jurídicos de casos anteriores como base de sus decisiones. Para remediar esta situación, el Tribunal Supremo ha aclarado en sentencias una lista de criterios para la evaluación del cuidador principal: la relación previa del cuidador con el menor; los deseos del menor y la cantidad de hijos; el cumplimiento de sus obligaciones por parte del cuidador; el acuerdo entre los cuidadores; el lugar de residencia, la rutina y la vida del cuidador; y cualquier información relevante para los intereses del menor, como los informes de solvencia personal¹¹.

Cabe mencionar que en comparación con otros países, España ha añadido la consideración de la cantidad de hijos menores tras afirmar los factores emocionales y el cumplimiento de las responsabilidades de los padres. Entendida en sentido amplio, la protección de los derechos del niño es un proceso continuo. Las necesidades de protección varían a lo largo del ciclo de vida de un niño y se ven influidas por múltiples factores, como la edad y el nivel de desarrollo físico, psicológico, emocional, social y cognitivo, así como las relaciones y el entorno familiares. (CIDH 2017: 354) El principio del

¹⁰ Véase Ley 30/1981 Artículo 103: 1.ª *Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

¹¹ Véase: STS 623/2009, 8 de octubre de 2009.

interés superior del niño exige que los niños mantengan un vínculo continuo con sus hermanos, incluso, cuando los padres estén separados. La mejor solución puede ser que los padres vivan cerca sin dañar el vínculo de los niños¹².

El Tribunal Supremo Español ha subrayado en repetidas ocasiones que los jueces deben utilizar criterios fiables al resolver los casos y no deben copiar la memoria de casos anteriores directamente. Sea atribuya todos los hijos a uno de los progenitores, sea los separe, el juez debe indicar claramente cómo se ha seguido el principio del interés superior del menor. (Carrasco, 2011: 17-18) Un error similar se cometió en el caso de los gemelos Joaquín Rosa, en el que el tribunal de primera instancia, basándose en un informe psicológico, consideró que lo mejor para el desarrollo de los niños era que ambos se criaran juntos. El tribunal de segunda instancia dictaminó que los gemelos debían ser criados únicamente por el padre. La razón era que la familia siempre había vivido con los suegros y los gemelos habían estado al cuidado del padre desde el divorcio conyugal. El Tribunal consideró que el mantenimiento del estado actual era la mejor opción, basándose en el objetivo de no modificar la vida estable de los niños y evitar el trauma causado a los niños por la incertidumbre de su residencia (deslocalización). El Tribunal Supremo consideró que las razones dadas por el tribunal de segunda instancia no eran suficientes para demostrar que el padre era un cuidador más adecuado para los gemelos que la madre. La atribución de la custodia no era un premio a la parte que se había comportado mejor durante la crisis matrimonial. La custodia compartida conlleva inevitablemente cambios frecuentes en la vivienda de los hijos. (Carrasco, 2011: 16-17)

Además, la palabra “motivación” es la más frecuente en los casos de custodia en España. La motivación es la clave de la decisión del juez. En los asuntos relativos a los menores, el juez debe precisar en su resolución los motivos de la parte a la que corresponde la custodia, en especial si ambos progenitores la han solicitado. Al mismo tiempo, dichas motivaciones deben estar guiadas por el principio del interés superior del menor. En cierto modo, elegir al mejor cuidador entre los padres puede poner a veces al juez ante el mismo dilema que elegir el interés superior del menor. Si bien, la llegada de la custodia compartida ha aliviado este dilema, es necesario que el juez explique la motivación de la custodia compartida.

Por otro lado, la expresión de la voluntad del niño también necesita protección procesal. El artículo 9 de Ley Orgánica 1/1996 establece que el menor tiene derecho a ser oído y propone una serie de requisitos procesales para garantizar la realización de los derechos. El menor debe recibir “la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”. Si es necesario, el tribunal debe celebrar una audiencia e invitar a profesionales, como un psicólogo infantil, para investigar la situación del niño y brindar asistencia. En una resolución sobre el fondo se deberá hacer constar caso por caso los resultados de las audiencias y su valoración¹³.

Aplicando el principio del interés superior del menor, la voluntad y las inclinaciones emocionales del niño son los elementos que deben juzgarse en cada caso. Cabe preguntarse cómo puede un juez tomar una decisión que proteja los intereses de un sujeto de derechos cuando ni siquiera tiene certeza de lo que ese mismo sujeto piensa exactamente. El derecho a ser oído es un derecho sustantivo del menor y el que concede la ley al niño a los efectos de la adopción de medidas que le conciernen es en sí mismo una evaluación de su interés superior y, si existen otros intereses, también deben ponderarse las opiniones del niño a la hora de llegar a una conclusión. Además, la motivación debe indicar que se ha considerado específicamente dicho derecho y cómo se han sopesado los intereses del menor frente a otras posibles preferencias. En caso de conflicto, el juez debe justificar los motivos y argumentar que se atiende mejor al interés superior del menor cediendo a la propia voluntad de éste.

3.3 Normas jurídicas en Argentina

El niño, siendo sujeto de derecho, sus intereses infantiles y el reconocimiento de su autonomía progresiva nos importan. El principio del interés superior del niño debe convertirse en el principio central del derecho de familia, por lo tanto, la sencilla declaración de considerar la importancia de dicho principio es insuficiente.

El libro segundo del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN)¹⁴, titulado “*Relaciones de Familia*”, está organizado de la siguiente manera: Matrimonio-Régimen patrimonial del matrimonio-Parentesco-Filiación-Adopción-Responsabilidad parental- Proceso de familia. Un total de 52 artículos recogen expresamente el principio del interés

¹² Requisito no absoluto, especialmente cuando existe una gran diferencia de edad entre los hijos. Esta consideración fue propuesta, por primera vez, por los tribunales alemanes (De Torres Perea, 2006).

¹³ Véase Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 9 Derecho a ser oído y escuchado.

¹⁴ El 28 de noviembre 2013 se aprobó en el Senado, el 1 de octubre de 2014 se aprobó en la Cámara de Diputados y el 7 de octubre fue promulgado por el Poder Ejecutivo.

superior del menor. Los primeros artículos de cada capítulo están dedicados a los principios generales e incluyen una explicación de conceptos y una visión universal. Generalmente, el primer artículo es una confirmación del principio del interés superior del menor.

Cuando se redactó el Proyecto de Código Civil y Comercial, se incluyó entre los criterios de “interés superior” el requisito de que las opiniones propias de los niños deben ser escuchadas, y las opiniones que correspondan a su edad y madurez deben ser adoptadas. (UCA, 2010: 142) Tomamos el título VII sobre “Responsabilidad parental” como ejemplo, la declaración general de principios del artículo 639 establece que “*La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, actitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*” En el Comentario, el legislador subraya que estos tres criterios, que se resumen en la CDN y otros convenios de derechos humanos, no sólo son directos y obligatoriamente aplicables en materia de responsabilidad parental, sino que deben guiar todas las acciones relativas a los niños. (CCyC Nación Comentado, 2015: 469)

Los capítulos dedicados a los niños están estructurados de esta manera. En el capítulo sobre adopción, el artículo 595 de CCCN establece que el primer punto de los principios que rigen la adopción es también el principio del interés superior del niño¹⁵.

El diseño legislativo de Argentina parece complicado y repetido, pero en realidad juega un rol de guía muy efectivo. El principio del interés superior del niño es núcleo de cada capítulo de este libro. La importancia de legislar el principio del interés superior de los niños es enfatizar la condición de sujeto de los niños, abandonando el concepto de matrimonio y familia centrado en los intereses de los padres y estableciendo un sistema familiar moderno centrado en los intereses de los propios niños. Poner este principio al inicio puede reflejar mejor esta intención legislativa, así como guiar mejor a los jueces para que presten atención a la comprensión de este principio en casos individuales y fortalecer la conciencia de la sociedad sobre la independencia de los niños.

Otra novedad del CCCN la encontramos en los cambios de terminología. En consecuencia, se modifica el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, que también se utiliza en la Ley N.º 26.061¹⁶, una expresión que ilustra los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. Dicha modificación terminológica refleja un cambio en la legislación, que pasa de un enfoque parental a otro basado en el niño. Ha operado en varios países globales. (Calabuig y Mota, 2007: 19-21) En el Código Civil Alemán se reemplazó la autoridad parental (*elterliche Gewalt*) utilizada con el cuidado de los padres (*elterliche Sorge*). El lenguaje tiene un fuerte significado simbólico y pedagógico. (De Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014: 14-19) En lo que se refiere a la relación de parentesco, se pone más énfasis en la responsabilidad de los padres por cumplir con su deber de proteger y satisfacer el interés superior del niño o adolescente. (Medina, 2014: 3-4)

Por otro lado, el entorno de vida del niño también es un factor necesario para evaluar el estado de su desarrollo. Este entorno de cuidado debe garantizar que los niños estén libres de presión, exclusión social, prejuicios o discriminación, y que sea un entorno seguro para protegerlos del daño social. El CCCN planteó creativamente el concepto del “centro de vida” como elemento de juicio. Se refiere a un lugar donde los niños pasan la mayor parte de su tiempo de ocio. Este concepto apareció por primera vez en el capítulo “Acciones de Familia”. En los casos que involucran a niños, se requiere procesalmente que “todas las disputas estarán bajo la jurisdicción de los tribunales del centro de vida de los niños” (art.716).

El centro de vida es un concepto sociológico, que está influenciado por muchos factores, puede referirse a la residencia más cercana del niño, el lugar donde viven las personas más cercanas y el lugar donde principalmente realizan actividades sociales y reciben educación.

A diferencia del concepto de residencia que enfatiza los hechos, el centro de vida es subjetivo. No es el lugar sino lo que se ha experimentado allí lo que les da a los niños un sentido de seguridad y pertenencia. El centro de vida debe ser benigno y puede satisfacer las necesidades de vida espiritual y material de los niños. El juez necesita identificar el centro de vida junto con las experiencias y emociones del niño. En general, los niños son cuidados, amados y educados a través de la vida familiar. Cuando la familia no puede satisfacer las necesidades de crecimiento del niño, e incluso perjudica su desarrollo, la familia deja de ser el centro de vida del niño. En este momento, el Estado debe intervenir para ayudar al niño a encontrar un centro de vida que satisfaga sus necesidades de desarrollo.

¹⁵ Artículo 595. Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño.

¹⁶ Véase Ley N.º 26.061 titulada Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, publicada el día 26 de octubre de 2005.

La unidad de la sociedad antigua es la familia, y la unidad de la sociedad moderna es el propio individuo. (Maine, 1959: 72) El derecho privado es el derecho que involucra intereses individuales y beneficia intereses privados. (Fei, 2009: 24) Con el desarrollo del pensamiento orientado a las personas, especialmente en el campo del derecho privado, se enfatiza la protección de los intereses individuales, y las personas ya no están legalmente atadas ni restringidas por sus familias. La gente se ha dado cuenta gradualmente de que no es apropiado considerar los intereses del menor en función de los padres. Los intereses de los padres y los de los niños deben separarse y analizarse caso por caso. Con la promulgación de *la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* y los tratados internacionales posteriores centrados en *la Convención sobre los Derechos del Niño*, el principio del interés superior del niño ha sido universalmente reconocido e implementado por la comunidad internacional.

4. Desafíos en la práctica jurídica

Siendo miembros de la Convención, tanto China como España o Argentina, ningún país rechaza la importancia del principio del interés superior y lo han convertido en normas jurídicas en forma directa e indirecta.

La concreción del interés superior del niño en un caso concreto consta de dos pasos: en primer lugar, es necesario evaluar los elementos pertinentes para determinar cuál es el interés en el caso específico. La segunda fase, de determinación, debe entenderse como “un proceso estructurado” y “con garantías estrictas” (la Observación No. 14, 47).

En España se tiende a comunicar a los menores que sus opiniones no son determinantes para las decisiones que finalmente se adoptan, con el objetivo de reducir la carga de responsabilidad que recae sobre ellos (Defensor del Pueblo, 2014: 43).

Sin embargo, la Convención aboga por que se tenga en cuenta la opinión del niño en los asuntos que le afectan. Aunque el juez debe sopesar todos los derechos en conflicto y, en este sentido, la decisión del menor puede no ser decisiva en la conclusión. La solución no consiste en trivializar el acto de escuchar la opinión del menor o las consecuencias de esta, sino en hacerle consciente de las circunstancias concretas que concurren.

Por otro lado, para construir un sistema jurídico de protección a los niños, cabe mencionar, el rol de otros poderes públicos. A este respecto, el Tribunal Constitucional de España ha indicado que *«sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño»*¹⁷.

En el CCCN, el niño tiene derecho a expresarse sin restricciones, teniendo en cuenta el derecho a ser oído. Visualizando la dinámica del sistema civil jurídico, mientras los niños tengan edad y madurez suficientes para tomar decisiones en casos concretos (artículo 22 de CDN), no significa que su opinión sea vinculante para la decisión final.

En cambio, la autonomía progresiva juega un papel importante a la hora de valorar las opiniones del menor (por ejemplo, no tiene el mismo impacto un joven de 16 años que se niega a mantener comunicación con uno de sus padres que uno de cinco en el que puede existir cierto grado de condicionamiento del otro progenitor) (Kemelmajer y Molina, 2015: 6).

En cuanto a las garantías del Ministerio Público, esta intervención es complementaria en todos los procedimientos en los que estén implicados los intereses de menores, incapaces y personas con capacidad restringida. Un ejemplo es la participación en procedimientos en los que se debaten cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental. El Ministerio Público debe pronunciarse sobre el plan de parentalidad propuesto por los progenitores (art. 655 de CCCN).

En el CCRPC, muchas disposiciones establecen que deben tenerse en cuenta los intereses de los niños y que deben recibir una protección especial. Como la ley no especifica este principio abierto, su aplicación depende totalmente de la comprensión general que los tribunales tengan de varios factores que influyen. Se establece que los niños tienen derecho a expresar sus opiniones. Para establecer los hechos y la información pertinentes, puede ser necesario recurrir a profesionales, personas cercanas al menor y testigos (si los hubiera).

Desde una vista comparativa, en la doctrina se destaca la importancia de la presentación del menor y en la jurisprudencia también. Pero, como lo hemos mencionado, todo está por mejorar.

Los tres países adoptan diferentes métodos de transmitir la idea de la CDH, pero debido a que los casos concretos tienen diferentes énfasis, la lista de criterios no ha sido estipulada en la legislación. Por consecuencia, la aplicación del

¹⁷ Véase: Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo de 2000. En: bit.ly/3kVtsuA.

principio del interés superior del niño encuentra un dilema semejante. Es difícil realizar y comprobar su ejecución en la práctica.

4.1 Dilema de ejercer el interés superior del niño

Muchos artículos establecen que se deben considerar los intereses de los niños y se les otorga una protección especial, pero no especifican cómo protegerlos. Dado que la ley no regula específicamente este principio abierto, la forma de aplicarlo depende completamente de la comprensión general del tribunal de varios factores influyentes, lo que aumenta la incertidumbre de la aplicación de este principio y genera fácilmente diferentes sentencias en casos similares.

Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 12 de *Diversas opiniones específicas del Tribunal Popular Supremo de China sobre el manejo de cuestiones de manutención infantil en casos de divorcio juzgados por tribunales populares de China*, un hijo estudiante de universidad con más de 18 años, aún no se le considera independiente, por lo que en esta situación, si los padres tienen la capacidad de pago, deben pagar los gastos de alimentación necesarios. En la práctica, han surgido puntos de vista completamente opuestos sobre la existencia de relación de crianza entre los padrastros e hijos adultos.¹⁸ La apertura de principio también hace que los jueces se basen demasiado en comentarios subjetivos, lo que da como resultado diferentes juicios en casos semejantes.

4.2 El futuro del sistema de protección del menor

Los niños no solo son representantes débiles, también tienen un potencial de desarrollo ilimitado. Estas características propias se basan en sus atributos físicos, sin embargo, debido a que los adultos no las conocen bien, las características positivas de los niños a menudo se ignoran. Los niños tienen sus necesidades particulares y aspiraciones únicas, tienen una comprensión especial sobre la sociedad en la que viven y dotan al mundo donde viven de un valor y un significado único. Por lo tanto, debemos distinguir a los niños del mundo del de los adultos, hacer frente a la condición de sujetos de los menores, respetar las necesidades individuales y las demandas de derechos de la infancia. Seguir la valiosa idea centrada en el niño es fundamental para construir un sistema de protección de los derechos del niño.

En primer lugar, a nivel judicial, el requisito directo para proteger los derechos e intereses de los niños es proteger la participación en los procedimientos. Hemos dejado en claro la necesidad de que los niños expresen sus verdaderas demandas en los procesos judiciales. El siguiente desafío es cómo garantizar que los jueces conozcan sus verdaderos deseos a través de ciertas y apropiadas maneras. Construir diversas formas de participación de los niños es la dirección de reforma del juicio familiar. Esto requiere funcionarios judiciales especialistas en comunicarse con los niños, agentes especializados en el proceso de participación de niños, investigadores de familia, etc.

En segundo lugar, a nivel nacional, el apoyo y seguimiento de entes públicos son dos formas de intervenir en el ámbito matrimonial y familiar para conseguir el principio del interés superior del niño. De acuerdo con los requisitos de la Convención, los criterios de evaluación del principio no solo deben especificar una lista de elementos en las disposiciones legales, sino que también necesitan un sistema de revisión y supervisión para cooperar con la implementación.

Por último, establecer un sistema de protección de los derechos del menor centrado en el principio del interés superior del niño requiere de la cooperación de todos los participantes de la sociedad. Las autoridades también deben ejecutar un mecanismo de coordinación entre los distintos niveles para garantizar el desarrollo infantil.

5. Conclusión

La importancia del derecho comparado es aprender de las experiencias de otros en lugar de copiarlas y armonizar diferentes sistemas legales. Utilizando los ejemplos del sistema legal como referencia para mejorar, que viene a ser el significado de este artículo.

En España, el derecho a ser oído se establece como un derecho del niño, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; esto significa escuchar al niño y tener en cuenta lo que ha dicho. La obligación de establecer una motivación reforzada de las decisiones judiciales, especialmente cuando el juez se aparta de las opiniones expresadas por el niño o no le escucha. En Argentina, se llama atención a la idea dinámica de la autonomía progresiva según la edad y madurez, que puede influir en la forma o la estrategia de escucha. En un caso concreto, la madurez del menor determina la

¹⁸ En la sentencia lo favorecen: (2016) Gan Minshen No. 1109 decisión civil, Yang Zengxiang, Ding Hui y Dong Yuegong Dispute Case, (2016) Lu 0783 Sentencia Civil No. 2110 de la República de China. En Las sentencias lo rechaza: (2016) Ji 09 Min Zhong No. 157 Sentencia, Ye Yurong y Yu Xinxia (2018) Chuan 01 Min Sentencia Final No. 10747.

valoración que el juez hace de sus opiniones. Y el menor debe ser escuchado siempre que las exprese. En China, se enfatiza la protección de los niños, pero la legislación no destaca la prioridad del interés superior de los niños, ni resume los criterios de evaluación del principio del interés superior, ni resuelve el problema real del arbitraje desordenado.

Los tres países reconocen al menor como sujeto de derecho y deberían profundizar la interpretación de las renovadas disposiciones referidas a la participación de niños y formular algunas precisiones que esperamos sean útiles para la práctica judicial. En concreto, se exige proteger la autonomía del menor a través de su participación efectiva y ofrecer una garantía procesal.

Además, para llevar a cabo los cambios legislativos y organizativos necesarios en materia civil, procesal y de protección de la infancia, cabe mencionar también la coordinación y cooperación de las instituciones públicas de toda la sociedad.

Proteger los derechos e intereses de los débiles, mantener la armonía familiar y brindar opciones de vida para diferentes grupos de toda sociedad es algo por lo que comprometernos para el logro de este objetivo.

Limitado por el espacio, este artículo se centra en los criterios generales del principio de interés superior del niño en el marco de derecho de familia. Vale la pena analizar en detalle la aplicación en casos específicos como la tutela, la presunción de la relación paternofilial y la adopción, etc. Ya que en diferentes casos los criterios no son iguales. Por ejemplo, en caso de adopción, también se debe considerar la relación del niño con la familia de origen.

El derecho debe responder a la necesidad de orden social de una determinada sociedad. Se trata de una tendencia de desarrollo global que la forma del matrimonio y la familia se diversifiquen. Los fenómenos de la convivencia no matrimonial y el matrimonio igualitario muestran que el modelo de familia basado en el matrimonio tradicional ya no es la única opción.

En esta situación, es una opción racional establecer un sistema de matrimonio y familia vinculado por una relación estable de padres e hijos, cuyo fundamento debe basarse en los intereses de los niños, tomando el interés superior como la consideración principal en todos los asuntos relacionados con los niños. El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. La generalidad del interés superior del niño en sí misma puede compensar las limitaciones de la aplicación de disposiciones específicas y proporcionar el justificante legislativo para que el juez haga justicia.

Bibliografía

- (Alston 1994) Alston, P. (1994). The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 8(1), 1-25.
- (Calabuig y Mota 2007) Calabuig, R. E., & Mota, C. E. (2007). *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Marcial Pons. 19-21.
- (Carrasco 2011) Carrasco, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC) A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Vol.2
- (CCyC Nación Comentado 2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.
- (CIDH 2017) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección.
- (Committee on the Rights of the Children 2013) Committee on the Rights of the Children. (2013). General Comment No. 14: On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.
- (De Carlucci, Herrera y Lloveras 2014) De Carlucci, A. K., Herrera, M., & Lloveras, N. (2014). *Tratado de derecho de familia*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- (De Torres Perea 2006) De Torres Perea, J. M. (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. *Anuario de derecho civil*, 59(2), 675-742.
- (Defensor del pueblo 2014) Defensor del pueblo. (2014). Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, Editorial MIC.
- (Eekelaar 1994) Eekelaar, J. (1994). The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 8(1), 42-61.
- (Fei 2009) Directora Fei A. (2009). *Derecho privado romano*. Prensa de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de China.
- (Hammarberg 2008) Hammarberg Thomas. (2008). The Principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, *CommDH/Speech*, Warsaw
- (Kemelmajer y Molina 2015) Kemelmajer, A., & Molina, M. (2015). La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. *RCCyC*, (3).
- (Lloveras y Oviedo 2011) Lloveras, N., & Oviedo, M. N. (2011). El interés superior del niño, niña y adolescente: Una vez más como núcleo

- central de una decisión jurisdiccional. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Vol.2011-B, 390-393
- (Maine 1959) Maine, H. J. S. (1959). *The Ancient Law*. BoD—Books on Demand.
- (Medina 2014) Medina, G. (2014). La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 10, 15-31.
- (Mnookin 1975) Mnookin, R. H. (1975). Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy. *Law and Contemporary Problems*, 39(3), 226-293.
- (UCA 2010) Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. (2010). Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho.
- (Wang 2005) Wang, X. (2005). La teoría de los derechos del niño: un estudio comparativo preliminar. Editorial de literatura de ciencias sociales.