

El interés superior del niño y la orientación sexual. Dos casos y una propuesta.

*Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA*¹

Resumen

El interés superior del niño obtiene un nuevo significado tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, sin embargo, el problema es que se trata de un concepto abierto e indeterminado que permite su uso para justificar decisiones discrecionales no justificadas. A pesar de que se ha intentado definir este concepto por parte de instancias internacionales, éste sigue permitiendo la discrecionalidad de autoridades que toman decisiones en casos donde hay niños involucrados. Existen diversos casos en que el interés superior del niño ha sido abusado para discriminar a padres o madres que tienen una orientación sexual diversa en casos de custodia, pues es convertido en concepto esclusa por parte del juez, justificando a través de éste la discriminación.

La Corte Europea ha intentado resolver estos casos a través del principio de proporcionalidad, sin embargo, ello desdibuja la persona del niño y su titularidad de derechos. Se requiere entonces dotar de contenido al interés superior del niño a través de los derechos que la propia Convención reconoce a los niños. En este trabajo se propone dotarle un contenido esencial y absoluto del interés superior del niño, y analizarle como una regla y no como un principio (de acuerdo con la teoría de Robert Alexy) con la finalidad de limitar la discrecionalidad de la autoridad en su aplicación.

¹ Estudiante de posgrado en la Universidad Heinrich Heine Universität Düsseldorf, Alemania. Becaria Conacyt 2004-2008. Consultora Jurídica de Ombudsgay, A.C.

SUMARIO:

- I. *Introducción.* II. *Interés Superior del Niño. El concepto.*
III. *Dos ejemplos de abuso del ISN en casos sobre homoparentalidad*
IV. *Modelos de Interpretación del ISN* V. *Conclusión*

I. Introducción

El interés superior del niño es un concepto abstracto que fue introducido al lenguaje de los derechos mediante su incorporación al artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y hasta la fecha es uno de los tratados a los que más países se han adherido (a excepción de los Estados Unidos y Somalia). En la Convención se introducen dos cambios muy importantes con respecto a las anteriores normas sobre derechos de los niños y en especial con la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959: 1) los niños dejan de ser víctimas que proteger, para convertirse en verdaderos sujetos de derechos y 2) dejan de ser el colectivo protegido “la niñez” para tener autonomía “el niño, la niña, el/la adolescente”. Estos cambios fundamentan el principio del interés superior del niño (en adelante ISN) pues se trata de un derecho, amplísimo y abstracto, que con base en la individualidad y en la dignidad del niño o niña, deberá ser siempre tomado en consideración.

Si bien es cierto, que por su minoría de edad los niños y las niñas no pueden por sí mismos ejercer sus derechos, ello no es óbice de su disfrute. Los niños son seres humanos de corta edad, por tanto, iguales en dignidad y derechos que los adultos, aunque esto suene evidente, para el Derecho no siempre lo fue. La incapacidad de ejercicio no limita su personalidad jurídica, ni los hace distintos en dignidad e individualidad. La Convención reconoce una serie de derechos que deben ser respetados, protegidos y garantizados a todos los niños y las niñas, y establece como estándar que todas las medidas adoptadas por el Estado deben tener en consideración el ISN. El Estado deja de ser un mero

garante de la seguridad de los niños y las niñas, para convertirse en un verdadero promotor de sus derechos.

De acuerdo con la Convención, los padres y tutores tienen también el deber de cuidar el bienestar y los derechos de los niños y las niñas. Efectivamente, los padres no son dueños de sus hijos, ni tienen un “derecho natural” sobre ellos; pues aunque sean quienes ejercen la patria potestad y por tanto sean sus representantes, las madres y padres tienen el deber de respetar sus libertades y derechos, y el Estado tiene la obligación de promoverlos y hacerlos respetar. La Convención protege a los niños, cuando es necesario, frente a sus padres, sus tutores o cualesquier otro adulto que pueda abusar de ellos o no respetar sus derechos. Siempre, frente a todo, se encuentran en primer lugar el bienestar de los niños y las niñas y su interés superior.

El concepto del ISN es un concepto indeterminado que permite un alto grado de discrecionalidad en su interpretación y aplicación por parte del legislador, así como de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. En casos en que se disputa la custodia de hijos de padre o madre homosexual o en casos de adopción por parte de personas o parejas homosexuales, al no ser claro cuál es el contenido del ISN, es posible que las autoridades introduzcan en su ámbito prejuicios y visiones particulares y subjetivas que lastiman derechos humanos, en particular el principio de igualdad y no discriminación. Ello es un abuso del ISN pues permite que en su nombre se discrimine a las personas por su orientación sexual y a sus hijos, dañando precisamente lo que se intenta proteger.

El jurista alemán E.W. Böckenförde² desarrolla la idea de los *Schleusenbegriffen* o conceptos esclusa, es decir, conceptos a través de los cuales en las normas se incluyen como jurídicamente relevantes hechos y concepciones cambiantes. Es decir, cuando una norma remite a concepciones sociales, éticas, políticas o ideológicas mediante la interpretación, se incorpora en el contenido normativo hechos extrajurídicos. Para Böckenförde esto es lo que se espera de la norma, pues aunque tiene lugar un efecto de los fenómenos extrajurídicos en el contenido de la norma constitucional, lo que cambia es el contenido material de la norma, pero esto es admitido y dispuesto por ella misma, es decir, ella tiene esto

² Böckenförde, E.W., *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, In: FS Peter Lerche. 1993, p. 9.

como su objetivo. Böckenförde se refiere, como ejemplo al concepto excluyente de la “moral y buenas costumbres” (*Sittengesetz*) en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental alemana. En México, nuestra Constitución³ también habla de la “moral” como límite a la libertad de expresión o de imprenta.

El problema de entender el ISN como concepto excluyente es que cuando se resuelven casos sobre derechos de los niños en familias homoparentales, al permitir que se remita a concepciones éticas de la autoridad o juez que tiene la facultad discrecional, muchas veces no se atiende necesariamente al bienestar del niño, sino que se resuelve conforme con lo que el juez o la autoridad considera *bueno* para el niño y ello puede no coincidir con el ISN, por lo que discrimina y lastima derechos.

En un Estado constitucional, los estándares bajo los cuales una autoridad jurisdiccional debe interpretar el ISN deben ser los derechos de los niños, y no sus concepciones sobre lo bueno, sobre lo que considera debe ser “la familia ideal” o las tradiciones culturales, cuando éstas son contrarias a los derechos humanos. En este trabajo se analizará el contenido del concepto del ISN y se demostrará con dos ejemplos, cómo al no existir un modelo para su interpretación, algunos jueces abusan del ISN para discriminar por razón de orientación sexual. Finalmente, se propondrá un modelo de interpretación del ISN tomando como base la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

II. Interés Superior del Niño. El concepto.

La evolución de la concepción del niño de ser un objeto de protección a ser sujeto de derechos, implicó también una nueva concepción del principio del ISN. Mediante la Doctrina de la situación irregular el ISN fue entendido como una potestad del adulto, sea el padre o la madre, el legislador, la autoridad o el juez, para determinar qué es lo mejor para el niño, atendiendo a sus propias creencias o ideas de lo que es el ISN. Hoy, gracias a la Convención sobre los Derechos de los Niños, el para-

³ El concepto del ISN será muy probablemente introducido al artículo 4to. de la Constitución mexicana. En noviembre de 2010, los diputados aprobaron la modificación al artículo 4to. para adicionar el ISN como principio rector de las políticas públicas. En marzo de 2011, la Cámara de Senadores la aprobó con modificaciones, por lo que regresó a la cámara de origen.

digma cambia y el ISN pasa a ser el fundamento de la autoridad parental —o judicial— cuya condición jurídica adquiere en fin autonomía propia⁴. El ISN se convierte en el puente de reconocimiento del principio de autonomía —progresiva— de los niños y de su titularidad de derechos.

Según la doctrina⁵ de los derechos de los niños, el ISN es un 1) principio jurídico garantista —en el sentido de Ferrajoli⁶— en cuanto a que obliga a la autoridad a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales; 2) una regla frente a tradiciones culturales contrarias a los derechos humanos; 3) un ordenador —limitador y controlador— de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia; y 4) un principio de carácter interpretativo y de resolución de conflictos.

Es importante destacar que es deber de los Estados promover y garantizar la efectiva protección igualitaria de los derechos humanos y que en virtud de ello, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños⁷. Ello implica que los niños, si bien son sujetos de derechos y son titulares de todos ellos, requieren de una protección especial. Por ello, la Convención establece dispositivos complementarios, no sustitutos, de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos, es decir, “los niños gozan de una superprotección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino que se funda en la protección jurídica general”⁸.

De esta forma, al interpretar el ISN se debe atender la unidad de la Convención y la interdependencia de los derechos en ella reconocidos, así como los demás derechos iusfundamentales que sean reconocidos

⁴ Cfr. Voto del juez Antonio Augusto Cançado Trindade a la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 38 y ss.

⁵ Ver: Freedman, Diego, *Funciones Normativas del Interés Superior del Niño*, Jura Gentium. Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. I 2005, pag. 1. Así como, Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago, Chile. Agosto, 2007. Y Zermatten, Jean, *El Interés Superior del Niño*, Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de L'enfant.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta. Madrid, 1995.

⁷ Cfr. Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago, Chile. Agosto, 2007, p. 125.

⁸ Ídem.

por otras vías. Según Jean Zermatten⁹, el ISN es un concepto jurídico relativo al tiempo y al espacio y debe ser interpretado como una noción a largo plazo, debe estar conectado con un proyecto de vida. Y esto se relaciona directamente con el artículo 5° de la Convención, que reconoce el principio de autonomía progresiva, es decir, el derecho del niño a ejercer sus derechos y participar en todos los asuntos que le afecten¹⁰.

En este sentido, cobra relevancia la posibilidad de que el niño realice su plan de vida y sus potencialidades. Los padres y las autoridades deben tomar en consideración que el niño es un ser abierto al futuro y que las decisiones que se tomen sobre su persona deben siempre tener esto en cuenta. Por ello, cualquier interpretación autoritaria o paternalista del ISN debe ser desterrada. Las decisiones sobre los asuntos en donde están involucrados los derechos de los niños deben ser enlazados con sus derechos y no con lo que los adultos creen mejor para ellos. En este sentido, dice Cançado Trindade¹¹: “no puede de ello seguirse que el juez sea ahora el adulto que tiene la discrecionalidad para definir qué es el ISN y qué puede lastimarlo o causarle detrimento... El niño tiene una personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Es un fin en sí mismo.” Y sigue: “Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida.”

La obligación de atender siempre el ISN se establece en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño:

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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

⁹ Zermatten, Jean, *Op. Cit.* p. 11 y ss.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta. Madrid, 1995.

¹¹ Cfr. Miguel Cillero Bruñol. *El Interés Superior del Niño en el marco.*, *Op. Cit.*, p. 136.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Se trata de una prescripción positiva: asegurarse de su bien. Un dato básico para comprender el alcance del ISN es que tanto la Convención como la aplicación del principio se fundan en la individualidad del niño y en que es sujeto de derechos. Gracias al nuevo paradigma planteado en la Convención sobre los Derechos de los Niños, pasaron de víctima de protección a sujeto de derechos. De manera que la autonomía —y futuro— de los niños y las niñas debe ser un ancla en la interpretación y aplicación del ISN.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos define el ISN en los párrafos 56 al 61, donde describe que:

Este principio regulador [el interés superior del niño] 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.” A continuación vincula la Corte el principio con la “Convención sobre Derechos del Niño [que] alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

De acuerdo con esta opinión, las medidas de protección reconocidas y garantizadas por la vía de la Convención emanan de la protección de la dignidad de los niños y las niñas como seres humanos y tienen como fin asegurar la esfera de las relaciones inter-individuales, los valores fundamentales y los aspectos esenciales de la vida privada¹².

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, la Corte Interamericana confirmó que “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”¹³. De manera que para definir su alcance, deben tomarse ambas en cuenta.

Por otro lado, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) ha argumentado ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que: “[El] principio de interés superior del niño/a, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño(a), en el artículo 3, numeral 1, responde a la doctrina de protección integral, enmarcada en el derecho internacional de los derechos humanos, según la cual, niños y niñas, son sujetos/as de derechos y no sólo sujeto/as de protección”¹⁴.

Asimismo, la Corte Interamericana ha resuelto en diversos casos¹⁵ que el Estado debe velar siempre por el “pleno y armonioso desarrollo

¹² Ver para todo el voto del juez Antonio Augusto Cançado Trindade a la Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. Cit.* Cançado cita en su voto el caso X y Y vs. Holanda de 1985, donde se reclama al Estado no proveer protección legal contra abusos en relaciones privadas o inter-individuales. Según el juez, el Estado está obligado a tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo vis-à-vis las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no-estatales. Las obligaciones de protección de los niños son *erga omnes*. Ver párrafos 57 y ss. Esto resulta fundamental para los casos que se analizan adelante.

¹³ Cfr. CoIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 166; CoIDH, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 24; y CoIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párr. 194.

¹⁴ *Amicus Curiae* que para el caso 12.89 de *Dilcia Yean y Violeta Bosica contra la República Dominicana*, de 22 de febrero del 2001, presentó el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

¹⁵ Cfr. CoIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 26, párrs. 124, 163-164, y 171; CoIDH, *Caso Bulacio*, párrs. 126 y 134; y CoIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, cfr. CoIDH, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrs. 56 y 60; y CoIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párr. 188.

de su personalidad a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”¹⁶. Así como que “la condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”¹⁷. La CorIDH establece de manera clara que “en esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹⁸. En su decisión sobre el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, la Corte afirmó que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”¹⁹.

Recientemente, en Rosendo Cantú y otra vs. México, esta Corte ha ratificado que:

“De conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad... La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la in-

¹⁶ CoIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Párr. 146 y 191.

¹⁷ CoIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 124.

¹⁸ *Ibid.* Párr. 163. Así como: CoIDH, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 122, párr. 56; y *cfr.* *Caso Bulacio*, supra nota 6, párr. 134.

¹⁹ CorIDH, sentencia de 8 de septiembre de 2005 CIDH. Párr. 134.

formación e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”²⁰.

De acuerdo con la Opinión OC-17/02,²¹ debe existir un balance entre intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. El Estado tiene entonces, obligaciones positivas de protección. No sólo está obligado a abstenerse, sino que tiene el deber de promover y proteger los derechos, así como establecer medidas que promuevan la unidad familiar. Por ello resulta de gran importancia que no se emitan valoraciones morales en los juicios de custodia. Los menores enfrentan la separación de sus padres y si el juez valora la conducta de éstos de forma intuitiva y contraria a los derechos humanos, con ello contribuye a la destrucción del núcleo que ya estaba lastimado con la separación y/o divorcio. Decisiones en donde se retira la custodia de los hijos a un padre/madre por el sólo hecho de ser homosexual con base en el abuso de la interpretación del ISN enfrentan a los hijos con sus padres y da legitimidad a los reclamos entre ex-cónyuges, a los prejuicios sociales y al rechazo en general. Al discriminar a las personas por su orienta-

²⁰ Cfr. CoIDH, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 201, CoIDH, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrs. 56, 59 y 60; CoIDH, *Caso Servellón García Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. párr. 116, y CoIDH, *Caso Chitay Nech y otros*, párr. 164, CoIDH, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 261, párrs. 60, 86 y 93; CoIDH, *Caso De la Masacre de Las Dos*, párr. 184, y CoIDH, *Caso Chitay Nech y otros*, párr. 164. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51^o período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de julio de 2009), párr. 21 in fine, 24, 34, 64 y 70.

²¹ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Op. Cit.

ción sexual, los tribunales discriminan y omiten proteger a todas las familias diversas, pero en especial lastiman el ISN, que suponen proteger.

III. Dos ejemplos de abuso del ISN en casos sobre homoparentalidad.

1. *Narrativas sobre orientación sexual en la jurisprudencia de la Corte Europea. Salgueiro da Silva Vs. Portugal.*

El 21 de diciembre de 1999, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió el caso de Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal²². En el caso Salgueiro, la Corte de Estrasburgo reconoce una violación a la cláusula de no discriminación por motivo de la orientación sexual, es decir, se declara que la orientación sexual entra dentro de las categorías del artículo 14 de la Convención que establece que “El goce de los derechos y libertades reconocidos ha de ser asegurado sin distinción alguna” De acuerdo con la Corte, la orientación sexual es un concepto cubierto por el artículo 14, pues la lista de la cláusula es ilustrativa más no exhaustiva, como se demuestra con las palabras “cualquier otra situación”²³.

La decisión de la Corte portuguesa estuvo basada en el hecho de que el aplicante es homosexual y en que “la hija debería vivir en una familia portuguesa tradicional.” La Corte Europea determinó que esta distinción, basada en consideraciones relacionadas con la orientación sexual, no era aceptable bajo la Convención Europea de los Derechos Humanos y que era violatoria del artículo 14 (prohibición de la discriminación) junto con el artículo 8 (derecho a la vida privada y la vida familiar).

La Corte portuguesa determinó que “en los casos en que se involucra la responsabilidad parental, los intereses de los niños son superiores, independientemente de los —a veces egoístas— intereses de los padres. Para poder establecer qué es en interés del niño, un tribunal debe tomar en cuenta los valores familiares, educativos y sociales dominantes de la sociedad en la que el niño crece.” Y concluye que “como ya se ha asentado y se ha establecido en otros casos con autoridad precedente, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas y las realidades de la vida diaria, y por razones relacionadas con la naturaleza humana, la custodia de niños

²² *Case of Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (Application no. 33290/96). Judgment ECHR Strasbourg 21/03/2000. Traducción libre del inglés.

²³ *Ídem*. Parr. 28.

pequeños debe ser entregada a la madre por regla general, a menos que existan razones de peso en su contra.”

A pesar de que la Corte de Apelaciones intenta motivar su decisión en el interés superior de la niña, es claro que las razones son otras:

“El hecho de que el padre de la niña, quien ha aceptado su homosexualidad, desee vivir con otro hombre, es una realidad que debe ser aceptada. Es bien sabido que la sociedad es cada vez más tolerante de estas situaciones. Sin embargo, no puede ser argumentado que un ambiente de este tipo sea el más sano ni el más apto para el desarrollo psicológico, social y mental de un niño, especialmente dado el modelo dominante de nuestra sociedad, tal y como la apelante correctamente señala. La niña debe vivir en un ambiente familiar, una familia portuguesa tradicional, lo que ciertamente no es el que su padre ha decidido que sea, desde que él decidió vivir con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es nuestra tarea aquí determinar si la homosexualidad es o no es una enfermedad o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos es una anomalía y los niños no deben crecer a la sombra de situaciones anormales, así son los dictados de la naturaleza humana²⁴. Recordemos que fue el demandante mismo quien reconoció esto cuando, en su demanda inicial del 5 de julio de 1990, él mismo declaró que

²⁴ La argumentación de quien pretende prohibir los matrimonios o las adopciones o custodias de menores con base solamente en la orientación sexual, no difiere de la que se utilizó durante décadas en los Estados Unidos para prohibir la “mezcla de razas” por la vía del parentesco civil. El sistema de castas en que se basa la discriminación racial parte de la percepción de que existe de una jerarquía entre los seres humanos basada en *principios naturales*, de los mismos que habla la Corte portuguesa. En el mismo sentido subyace a la decisión una jerarquización entre los heterosexuales, *conformes con la naturaleza de las cosas* y los homosexuales, *contrarios a ella*. Por ello, al parecer los jueces consideran que no es ni siquiera necesario demostrar por qué la niña viviendo con su padre homosexual sería discriminada o sus intereses serían lastimados, pues es evidente que tienen un interés en la permanencia jurídica de esta jerarquización de personas que, basada en prejuicios, no solo sucede jurídicamente sino que todavía sucede socialmente. El sistema de castas aplica también a la discriminación hacia las mujeres (el estereotipo de que los hijos pequeños deban vivir con su mamá) o hacia las personas homosexuales, pues atribuye a la naturaleza las características personales y en consecuencia parte de la idea de que existen diferencias naturales insuperables entre seres humanos que los hacen no sólo diferentes sino que los jerarquizan, “hay seres humanos superiores e inferiores.” El entendimiento de estas diferencias naturales y la consecuente jerarquización entre hombres y mujeres, y entre personas heterosexuales y homosexuales, estaría enclavado en el reconocimiento a unos principios naturales, que según la Corte portuguesa definen *la sociedad doméstica y su estructura fundamental*, es decir, que deben ser los que guíen la actividad legislativa de un Estado Constitucional. No está de más recordar que la Corte está obligada a respetar la Constitución, y la Constitución prohíbe la jerarquización de seres humanos. Sobre el tema, ver el Informe de la Asamblea del Distrito Federal (México) de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 párr. 27 en adelante

había dejado definitivamente el hogar conyugal para irse a vivir con un novio, una decisión que no es normal de acuerdo con criterios comunes.”

Y al concluir que otorgará la responsabilidad parental a la madre, la Corte advierte que

“No hay duda alguna acerca del amor del padre por su hija o de su habilidad para cuidarla durante los periodos en los que se le ha confiado su cuidado, pues es esencial que ambos se frecuenten, siempre y cuando los objetivos mencionados sean cumplidos, esto es, asegurando el bienestar de la niña y su desarrollo personal” pero que “sería muy imprudente de su parte actuar en cualquier modo que haga que su hija se dé cuenta de que su padre vive con otro hombre, como si fueran marido y mujer.”

La Corte Europea, procedió a evaluar si la diferencia de trato de la Corte portuguesa fue arbitraria o no, es decir, discriminatoria. Pues “de acuerdo con los precedentes de las instituciones de la Convención, una diferencia de trato es discriminatoria de acuerdo con el artículo 14, si no tiene una justificación objetiva ni razonable, esto es, que no persigue un fin legítimo o que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende realizar.” Se sigue que a pesar de que “la decisión de la Corte de Apelaciones indudablemente persiguió un interés legítimo, a saber, la protección de la salud y los derechos de la niña” al examinarse si se satisfizo el segundo requerimiento, éste falla en la relación de proporcionalidad, pues el factor de la homosexualidad del demandante no fue meramente un *ober dictum*, sino que tuvo efecto directo en el resultado de la causa. La Corte europea concluye que “los pasajes mencionados del juicio en cuestión, más allá de ser meramente desafortunados y torpes, como sostiene el Gobierno, o que hayan sido mera *ober dicta*, en realidad sugieren, muy al contrario, que la homosexualidad del demandante fue un factor decisivo en

“Sobre las formas de perpetuación de la homofobia”: represión penal, patologización médica y encubrimiento jurídico. En especial el encubrimiento jurídico que se explica ampliamente a partir del párrafo 71. Así como la Amicus Curiae presentada por Ombudsgay ante la Suprema Corte mexicana para la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y Ver: *Homosexuality and the Constitution*. Cass R. Sunstein. 70 Ind. Law Journal. 1. 1994-1995. En especial las páginas 12 en adelante.

la decisión final” y “por lo tanto está obligada a encontrar, a la luz de lo anterior, que la Corte de Apelación hizo una distinción basada en consideraciones en cuanto a la orientación sexual del demandante, una distinción que no es aceptable bajo la Convención.”

En el Sistema Europeo el caso paradigmático con el que se inicia la visibilización de la homosexualidad y el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI²⁵ fué el de *Dudgeon Vs. Reino Unido* de 1981, en el que por primera vez se reconoce que la criminalización de la homosexualidad es una violación a la Convención Europea. A la fecha existen ya varias decisiones sobre derechos familiares. En todos ellos, la Corte ha llegado a la conclusión general de que la orientación sexual de las personas no es una razón para limitar su derecho a formar una familia. En su más reciente decisión, *Schalk & Kopf Vs. Austria*, la Corte de Estrasburgo reconoce que las relaciones homosexuales entran en el ámbito de la vida privada protegida por la Convención Europea de Derechos Humanos y que en consecuencia deben entrar también en el ámbito de protección de la vida familiar. De acuerdo con la Corte, la provisión de familia en la Convención recoge también a la familia de facto, en donde las partes que la componen viven juntas pero fuera del matrimonio²⁶ y muestra de que las familias integradas por personas homosexuales entran dentro del ámbito del artículo 8 de la Convención es la rápida evolución que ha habido de las actitudes sociales para con las parejas homosexuales y la existencia creciente de provisiones en la Unión Europea para incluir a las parejas gay en la noción de familia. Por ello, en vista de esta evolución, la Corte considera artificial mantener una visión en la que una pareja homosexual —a diferencia de una pareja heterosexual— no pueda gozar de la protección del artículo 8.²⁷

En el caso *Fretté Vs. Francia* de 2002, al Sr. Fretté le fue rechazada su aplicación para adoptar a un menor de edad por su orientación sexual. La Corte afirma que “[A] través de la suposición de que los homosexuales son padres menos cariñosos y atentos, el prejuicio social niega la existencia de la común humanidad entre homosexuales y heterosexuales.” El caso más reciente en

²⁵ Las siglas se refieren a personas Lesbianas, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexuales.

²⁶ *Case of Schalk & Kopf Vs. Austria* (Application no. 30141/04) Judgment ECHR Strasbourg 24 June 2010. Párr. 90 y ss.

²⁷ *Ibid.* Párrafo 94.

que la Corte de Estrasburgo se ha pronunciado a favor de la adopción por parte de personas homosexuales es el de E.B. Vs. Francia²⁸ de 2008. En él se analiza la negativa para adoptar un hijo a una mujer lesbiana, únicamente por su orientación sexual y en opinión de la Corte, si las razones presentadas para tal diferencia de trato son basadas únicamente en las consideraciones sobre la orientación sexual de la aplicante, esto implica una discriminación bajo los términos de la Convención.

2. *Narrativas sobre orientación sexual ante el Sistema Interamericano. Karen Atala e hijas Vs. Chile.*

En el Sistema Interamericano todavía no se construye una narrativa sobre orientación sexual, la Corte apenas en septiembre ha recibido el primer caso por discriminación y la Comisión únicamente se ha pronunciado una vez en ese mismo asunto. La construcción de una narrativa sobre orientación sexual es necesaria para establecer una cobertura de derechos para la comunidad LGBTI en el continente americano. El sistema europeo cuenta ya con una serie²⁹ importante de casos que van desde el derecho a la igualdad y no discriminación hasta la familia y seguridad social, así como casos relacionados con la penalización de la homosexualidad. Por lo pronto, se tiene la esperanza de que la Corte se pronuncie de manera amplia en el único caso de discriminación por orientación sexual que ha llegado a su conocimiento: Karen Atala e Hijas Vs. Chile.

A principios de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió su informe final sobre el caso de Karen Atala e Hijas contra Chile³⁰, en donde se resuelve acerca de la custodia de tres hijas biológicas de Atala, quien mantiene una relación homosexual. La Comisión resolvió a favor de Atala pues encontró en la decisión de la Corte chilena un trato discriminatorio y no encontró razón alguna para prohibirle la convivencia con sus hijas, más aún, la Comisión recomienda a Chile reparar el daño causado a Karen Atala y sus hijas, así como

²⁸ *Case of E.B. Vs. France* (Application no. 43546/02) Judgment ECHR Strasbourg. 22 January 2008.

²⁹ En la página de internet la Corte Europea se pueden consultar las compilaciones de estos casos: www.echr.coe.int

³⁰ *Karen Atala e Hijas Vs. Chile*. Caso 12.502. CIDH, Petición Karen Atala e hijas vs. Chile, 1271-04 Informe 42/08, www.cidh.org.

adoptar legislación y medidas no discriminatorias en contra de las personas homosexuales.

A pesar de las recomendaciones de la Comisión, el incumplimiento del Estado obligó a que se presentara una demanda ante la Corte Interamericana. El día 17 de septiembre de 2010, la Comisión Interamericana (CIDH) presentó una demanda ante la Corte Interamericana (CorIDH) para solicitar que se declaren violados diversos derechos a Karen Atala y a sus hijas (derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la privacidad y a la vida familiar y garantías judiciales) y otras medidas de reparación.

Como queda constancia en la demanda de la CIDH ante la Corte, la demanda interpuesta por el Sr. Ricardo Jaime López Allende para obtener la custodia de las niñas M. V. y R., hijas de su matrimonio con la Sra. Karen Atala Riffo, tuvo como propósito abusar del principio del ISN utilizándolo como un concepto esclusa que permite la discriminación de la madre por su orientación sexual. La demanda del Sr. López, presentada ante el tribunal de primera instancia el 15 de enero de 2003, sostiene que debido a su orientación sexual, Karen Atala “no se encuentra capacitada para velar y cuidar de ellas, su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, están produciendo y producirán necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores”³¹. Desde este momento, el sistema judicial dio un trato diferente arbitrario a la Sra. Atala por su orientación sexual, justificándolo en el principio del Interés Superior de M. V. y R.

El tema central en el caso de Karen Atala e hijas es que las instancias judiciales chilenas consideraron que el contacto entre la Sra. Atala y sus hijas no era *prima facie* coincidente con el Interés Superior del Niño³², y con ello, se invirtió la carga de la prueba. La Sra. Atala tuvo que probar que la convivencia con sus hijas no lastimaba su bienestar. Si Karen Atala hubiera sido heterosexual y hubiera iniciado una vida en pareja con un hombre, probablemente los jueces chilenos hubieran pedido al Sr. López que acreditara objetivamente el daño al Interés Superior por la convivencia de M. V. y R. con su madre. Todo el “camino judicial” de Karen Atala y sus hijas, entre el Juzgado de Primera Instancia, el

³¹ *Karen Atala e Hijas Vs. Chile*. Demanda de la CIDH. Pag. 11.

³² Ver: *Sahin Vs. Germany*. Sentencia del 8 de julio de 2003. Párrs. 64, 65 y 88.

Tribunal de Apelación y la Corte Suprema, estuvo basado en la premisa falsa de que ser homosexual es malo, es dañino para los niños y es socialmente incorrecto y por ende, reprochable.

A pesar de que las niñas M. V. y R. ya se encontraban viviendo de nuevo con su madre, el Sr. López interpuso un recurso de apelación el 11 de noviembre de 2003. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada. Sin embargo, el 5 de abril de 2004, el Sr. López interpuso un recurso de Queja ante la Corte Suprema de Justicia y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Con fecha 31 de mayo de 2004 y mediante un fallo dividido de tres contra dos votos, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile concedió la tuición de M. V. y R. al Sr. López.

Entre los argumentos en que se fundamenta la sentencia, se alude a que según la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales, la Sra Atala “[es] una personal normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico”, a pesar de ello, la Corte determina que “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.” A pesar de que la Corte intenta fundamentar un supuesto deterioro en la vida de M. V. y R. no logra acreditarlo en hechos, sino en riesgos potenciales: “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.” A ello se sigue que: “dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Y por ello, concluye que “las condiciones descritas constituyen ampliamente la ‘causa calificada’

que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.” La Corte llega a la conclusión de que los jueces recurridos fallaron en no haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en “*una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social*”³³.

La Corte Suprema de Justicia de Chile considera que existen familias anormales y por ello, despreciables. En lugar de condenarlo, lo vuelve ley haciendo uso abusivo³⁴ del principio Interés Superior del Niño, pues M. V. y R. aunque no convivan con su madre, siguen siendo sus hijas³⁵. De estos argumentos, se desprende claramente el abuso cometido por parte de los jueces de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile al interpretar el principio del ISM como un concepto esclusa donde tienen cabida sus prejuicios y sus juicios morales sobre “como debería comportarse una madre chilena.” Para los jueces de la Corte chilena, el desempeño de ciertos roles esperados socialmente, prevalece sobre cualquier derecho personalísimo, como lo es el desarrollo de la identidad personal, y por supuesto de la identidad sexual³⁶, ello implica

³³ Se citan los considerandos décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, del 31 de mayo de 2004.

³⁴ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55. “Los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención.” Párr. 62. “Salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no puede ser separado de su madre.” Párr. 65. “Toda decisión estatal, en aras de la tutela efectiva del niño, que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.” Párr. 66. “El Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.”

³⁵ Ver adelante los argumentos de: M.P., PLAINTIFF-RESPONDENT Vs. S.P., DEFENDANT-APPELLANT. Del 23 de julio de 1979. Superior Court of New Jersey, Appellate Division.

³⁶ Ver Amparo Directo Civil 6/2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Págs 50. y ss y la Sentencia T-268/00 de la Corte Constitucional de Colombia.

una transgresión grave en la dignidad de la Sra. Atala y de sus hijas³⁷, pues la homosexualidad de su madre forma parte de su identidad personal. Ni los jueces ni el Sr. López, mucho menos la sociedad podrán cambiar este hecho, y al darles un trato diferente arbitrario, al confirmar por la vía legal los prejuicios sociales y el rechazo, la Corte comete una violación al principio del Interés Superior del Niño, justificándose precisamente en él.

IV. Modelos de Interpretación del ISN.

1. Principio de proporcionalidad y categorías sospechosas

Se ha propuesto resolver los casos de custodia de niños con padre/madre homosexual a partir del test de escrutinio estricto que se aplica para casos en que el Estado aplica medidas arbitrarias que se reclaman como discriminatorias. Es decir, lo que se hace es revisar si la medida, la remoción de la custodia del padre/madre homosexual, es un trato diferente arbitrario. Tanto la Corte Europea, como la Comisión Interamericana han coincidido en integrar la orientación sexual a las categorías de las cláusulas no discriminación de los artículos 14 de la Convención Europea y 1 (1) de la Convención Americana. En el caso de Karen Atala e hijas Vs. Chile³⁸, la Comisión ha resuelto en los mismos términos en que

³⁷ Ver Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 2 (2) Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 43,49, 52. Así como su nota 54: En cuanto al principio de no discriminación, éste ha sido analizado por el Comité de Derechos del Niño se ha pronunciado en varias ocasiones, *cf.*, *inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe el Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999.

³⁸ *Karen Atala e Hijas Vs. Chile*. Caso 12.502. Ver CIDH, Petición Karen Atala e hijas vs. Chile, 1271-04 Informe 42/08. Párrafo 96 y 103. La Comisión señala que la orientación sexual ha sido aceptada como categoría sospechosa tanto por la Corte Europea, como por el Comité de Derechos Humanos, pues "ambos organismos han establecido de manera consistente que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación de los tratados internacionales respectivos. Asimismo, se ha establecido la aplicación de un escrutinio estricto cuando la distinción se basa en la orientación sexual. Además del consenso que existe en el sistema de casos mencionado en el párrafo precedente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció recientemente que la "orientación sexual" es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de 'cualquier otra condición social'.

hace 11 años resolviera la Corte Europea en *Salgueiro*³⁹. Se reconoce que de acuerdo con la interpretación acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se entiende que a pesar de que la orientación sexual no se encuentre literalmente mencionada en la cláusula del artículo 1 párrafo 1 del Pacto de San José. Es decir, tanto la Corte Europea como la Comisión Interamericana reconocen que la orientación sexual es una categoría que funciona al mismo nivel que el sexo, el origen o la religión para los casos de discriminación⁴⁰. Es pertinente destacar aquí que la Corte ha dicho que la Convención es un “instrumento vivo”⁴¹ que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes.

El *approach* o la manera de abordar los casos de discriminación que usan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos es esencialmente el mismo que utiliza la Corte Europea. Este mismo abordaje se ha utilizado en los casos de discriminación por orientación sexual en casos de familias homoparentales ante la Corte Europea. De acuerdo con el artículo 14 de la Convención, la Corte revisa las medidas atendiendo el principio de proporcionalidad desarrollado en la dogmática alemana⁴² y utilizado en los Tribunales Constitucionales continentales.

³⁸ Ver *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, Op. Cit. párrafo 28: “The Court is accordingly forced to conclude that there was a difference of treatment between the applicant and M.’s mother which was based on the applicant’s sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French “notamment”) (see the *Engel and Others Vs. the Netherlands* judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 30-31, § 72).”

⁴⁰ La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de confirmar o no esta interpretación. En septiembre de 2010, la Comisión ha demandado a Chile por el incumplimiento de sus recomendaciones en el caso de Karen Atala e Hijas. La audiencia ante la Corte tendrá lugar en el periodo de 2011. Lo más probable es que se confirme este criterio, pues es congruente con la jurisprudencia de derechos humanos, nacional e internacional.

⁴¹ Ver párr. 46 de *E.B. v France* “The Court is not therefore called upon to rule whether the right to adopt, having regard, *inter alia*, to developments in the legislation in Europe and the fact that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, in particular, *Johnston and Others Vs. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53).”

⁴² Ver: BVerfGE 7, 377 [405 ff.] Apotheken-Urteil. Asimismo, ver: Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, 2002, p. 81 y ss. Michael, Lothar. *Die Drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze. Methodik der Fallbearbeitung für Studenten*. JuS 2001, Heft 2, p. 148 y ss.

Este principio consta de las siguientes premisas:

- 1) La discriminación se debe referir al disfrute de un derecho, ya sea reconocido en la Convención o en el ámbito nacional.
- 2) El trato diferenciado no es violatorio de derechos humanos si está justificado.
- 3) Para que pueda entenderse como justificado, el Estado tendrá que probar que:
 - a) tiene un fin legítimo;
 - b) la medida mediante la cual se diferencia a personas en situaciones similares es adecuada o idónea para alcanzar el fin (es decir que existe una causalidad lógica entre medio y fin);
 - c) que la medida es necesaria, es decir que no hay otro medio que sea adecuado para el fin y que no implique una carga menor; y
 - d) que la medida es proporcional, aquí es donde se realiza un balance entre derechos o entre políticas y derechos para buscar una concordancia práctica entre ambos y lograr optimizarlos.

En el Sistema Interamericano las categorías de no discriminación reciben el nombre de “categorías sospechosas” y es que, tanto en la Comisión como en la Corte, la sistemática con la que se revisa la posible discriminación es más parecida a la desarrollada en el Case Law de los Estados Unidos. En los Estados Unidos al no existir una cláusula de no discriminación que enliste categorías, como lo hacen por ejemplo el artículo 1 tercer párrafo de la Constitución mexicana, o el propio artículo 1 primer párrafo del Pacto de San José, se ha tenido que *ir creando una lista* a través de decisiones jurisdiccionales⁴³.

⁴³ De acuerdo con la Suprema Corte de los Estados Unidos se debe realizar un escrutinio estricto en el caso de medidas discriminan contra un grupo identificable como de riesgo. Éstos grupos deben cumplir con tres características para ser identificadas como pertenecientes a una categoría sospechosa: (i) si están sujetas a prejuicios; (ii) si existe un historial de discriminación, pasado y presente; y, (iii) si el grupo carece de poder político. Ver: *City of Cleburne Vs. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado los siguientes criterios para determinar si una categoría es sospechosa: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios con base en los cuales sea posible

La Comisión ha dicho que las categorías del artículo 1 párrafo 1 del Pacto son por su naturaleza consideradas como sospechosas y por tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención, sólo pueden invocarse razones de mucho peso que deben ser analizadas de manera pormenorizada y recae sobre el Estado la carga de la prueba. Las categorías incluidas en la cláusula de no discriminación de la Convención son “automáticamente” categorías sospechosas, pero tanto la Comisión como la Corte Interamericanas pueden incluir otras a través de la interpretación, pues al igual que en el Sistema Europeo, la lista no es exhaustiva sino ilustrativa.

Este análisis estricto es precisamente “la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción”⁴⁴. Más adelante la Comisión señala que la orientación sexual ha sido aceptada como categoría sospechosa tanto por la Corte Europea, como por el Co-

efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05 discutida en CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/III. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80, nota 113. Asimismo, la Suprema Corte de la Nación se ha referido al escrutinio estricto para resolver casos de discriminación en diversas ocasiones, destaca la Tesis: 1a./J. 37/2008. Jurisprudencia. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS): “El artículo 10. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto....Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas..... En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.”

⁴⁴ *Karen Atala e Hijas v Chile*. Párr. 96. Se citan: Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Párr. 211. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC- 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 84. CIDH: *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. , Doc. 68. 20 enero 2007. Párr. 81 a 83. Entre otros.

mité de Derechos Humanos, pues “ambos organismos han establecido de manera consistente que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación de los tratados internacionales respectivos”. Asimismo, se ha establecido la aplicación de un escrutinio estricto cuando la distinción se basa en la orientación sexual. Además del consenso que existe en el sistema de casos mencionado en el párrafo precedente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció recientemente que la ‘orientación sexual’ es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de “cualquier otra condición social”⁴⁵.

La sistemática que aplica el Sistema Interamericano para revisar si las razones justifican la medida son las mismas que las ocupadas por el Sistema Europeo. Es decir se evalúa la razonabilidad y objetividad de la medida de acuerdo con la existencia de un fin legítimo, la relación lógica de medio a fin entre el objetivo que se persigue y la distinción y el balance de intereses en juego.

En el Sistema Interamericano apenas se comienza a generar un discurso en el tema de derechos de la comunidad LGBTI, la resolución *Atala* es apenas el segundo caso⁴⁶ que por orientación sexual llega ante la Comisión. En *Atala*, la Comisión llega a la misma conclusión que en *Salgueiro*, que es que la *ratio decidendi*, es decir, la razón que lleva a la decisión para otorgar la custodia de un hijo o para permitir la adopción de un menor por parte de una persona homosexual no puede ser la orientación sexual, pues esto es discriminatorio y contradice los derechos humanos. Tanto en *Salgueiro*, como en *Atala*, los tribunales nacionales argumentaron estar protegiendo el ISN, pero ambas decisiones tuvieron como *ratio decidendi* la orientación sexual del padre (en *Salgueiro*) y de la madre (en *Atala*), su imposibilidad por su orientación sexual, de proporcionar a sus hijos una “familia tradicional” y la fatalidad de que lo único podrían ofrecer es la “anormalidad” de sus relaciones con una pareja de su mismo sexo. Es claro que ambas decisiones están basadas en prejuicios y que ambos tribunales abusaron de la discrecionalidad

⁴⁵ *Karen Atala e Hijas v Chile*. Párrafos 100 y 101. Se cita: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2 de julio de 2009. Observación General n° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Párrs. 15 y 27.

⁴⁶ Cfr. *Marta Lucía Álvarez Giraldo Vs. Colombia*. Informe n° 71/99. Caso 11.656. 4 de mayo de 1999.

que la apertura interpretativa que el ISN permite al proponerlo como fin legítimo en el test de proporcionalidad o de escrutinio estricto.

El principio de proporcionalidad sirve para restringir el uso de la arbitrariedad (interdicción del exceso, conocida en alemán como *Übermaßverbot*), de la acción insuficiente (prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente, en alemán *Untermaßverbot*) o, como ya se aclaró arriba, de la discriminación a través de cualquier medida que emane del poder público. Para definir las premisas del análisis existen reglas, es decir, si se pretende que este principio limite el poder discrecional de la jurisdicción, será necesario establecer criterios racionales que permitan justificar los resultados. El test de escrutinio estricto responde a las premisas del principio de proporcionalidad en casos de discriminación.

Así, el fin legítimo, premisa válida para emitir una medida potencialmente limitadora de derechos, debe ser claramente definido. Al respecto, Lothar Michael dice “en este punto se deben desarrollar, con un sentido jurídico-político, los motivos de la decisión y cuál es el objeto de la medida”⁴⁷ y al tratarse de una decisión jurisdiccional, ésta debe estar motivada y fundamentada legalmente. Es decir, no basta tan sólo mencionar que el fin legítimo es el ISN, sino que es necesario argumentar cuál es su contenido, mismo que se definirá caso por caso. Lothar Michael rechaza que el legislador pueda hacer referencia al “interés público” como fin legítimo de una ley que limite derechos, pues es claro que el último objetivo de toda ley es éste, pero al tratarse de un concepto tan amplio y abstracto, sería fácil argumentar siempre este interés y siempre sería éste prevalente sobre los derechos individuales. De la misma forma, no puede aceptarse que en casos de custodia, el juez argumente como fin legítimo de una medida el ISN, pues es claro que –de acuerdo con el artículo 9 de la Convención– el juez está obligado a garantizar el ISN, siempre, en la adopción de decisiones relacionadas con niños.

El reto sería entonces dotar de contenido al ISN y con ello fijar objetivamente qué intereses o derechos del niño o niña están siendo protegidos a través de la medida, para verificar si ésta es necesaria, adecuada y proporcional. Aquí entra pues el ejercicio argumentativo del juez, quien en todo momento debe decidir sin perder de vista el ISN y no lo que él cree que sea mejor para el niño.

⁴⁷ Lothar, Michael, *Die Drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*. Op. Cit. Pag. 148. Traducción libre.

La resolución judicial sobre los casos de custodia y patria potestad es en efecto un acto discrecional⁴⁸, pero ello no puede implicar que el juez pueda incluir sus prejuicios. Debe existir evidencia que demuestre condiciones materiales que pueden dañar el bienestar de los niños. Por ello resulta indispensable que el principio del Interés Superior del Niño sea dotado de un contenido objetivo, para evitar que sea utilizado por jueces y autoridades administrativas como concepto esclusa a través del que incluyen vía interpretativa prejuicios y narrativas patriarcales que llevan a una aplicación de la ley totalmente contraria al bienestar de los niños y las niñas, y lastiman lo que suponen proteger, el ISN.

Como arriba se explicó, el problema del concepto del ISN es que permite la introducción de valores subjetivos sobre lo que debe ser un ambiente familiar de bienestar y estabilidad. El ISN permite un margen amplísimo de discrecionalidad judicial, lo que se traduce en un detrimento de los derechos de los niños y en nombre del ISN se contradice la función y contenido de la Convención sobre los Derechos de los Niños: la protección integral.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha advertido⁴⁹ sobre el abuso de la discrecionalidad en los casos de custodia y patria potestad:

⁴⁸ Ver: ELLEN DOREENE NADLER Vs. THE SUPERIOR COURT OF SACRAMENTO COUNTY del 30 de octubre de 1967. DISTRICT COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, THIRD APPELLATE DISTRICT. Se apela la sentencia que retira la custodia a una madre por su orientación sexual. La Corte falló en su deber de ejercitar la discrecionalidad que tiene al negar la custodia en base a la homosexualidad de la madre. "It is also the rule that the matter of the custody of a minor is vested in the trial courts, and these courts are given a very broad discretion in determining the best interest of the child. (Prouty Vs. Prouty, 16 Cal. 2d 190, 191 [105 P2d 295].) Both of the foregoing rules are succinctly set forth by the Supreme Court in *Taber Vs. Taber*, 209 Cal. 755, at pages 756-757 [290 P2d 36]: "[The] trial court is necessarily allowed a wide latitude in the exercise of its discretion. In the first instance it is for the trial court to determine, after considering all the evidence, how the best interests of the child will be subserved. The question is to be determined solely from the standpoint of the child, and the feelings and desires of the contesting parties are not to be considered, except in so far as they affect the best interests of the child." If additional emphasis be needed, it is not until the trial court has considered all the evidence that it may exercise its discretion as to how the welfare of the child will best be served. We are not saying here that the trial court abused its discretion. Rather, we are saying that the trial court failed in its duty to exercise the very discretion with which it is vested by holding as a matter of law that petitioner was an unfit mother on the basis that she is a homosexual. We therefore hold that the trial court erred in failing to exercise its discretion and ruling as a matter of law that petitioner was an unfit mother."

⁴⁹ Amparo Directo en Revisión 6/2005. Pags. 21 y ss.

“La pérdida o restricción de la patria potestad entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el que la ejerce, puesto que de alguna manera la resolución que se tome, también afecta a la familia como núcleo de la sociedad, es por ello que los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio.

Ahora bien, como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado, dando posibilidad de participar y de defenderse a ambos padres e inclusive de escuchar al menor, pues no puede ser una decisión que se tome unilateralmente sin dar intervención a los posibles afectados.

Es por ello que el juzgador en ejercicio de sus más amplias atribuciones y siempre velando por el valor superior del bienestar de los menores, se allegará de los medios probatorios necesarios, a fin de poder determinar si procede o no la restricción o suspensión del ejercicio de la patria potestad o bien del derecho de convivencia”.

Jean Zematten ha propuesto la idea de que son tres artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño los que fundan la noción del niño como sujeto de derechos y que no pueden leerse sin estar vinculados: el artículo 2 sobre la igualdad y la no discriminación, el artículo 3 sobre el ISN y el artículo 12 sobre la garantía de la palabra del niño. “Son como pivotes alrededor de los cuales se articulan todos los derechos, se trata de disposiciones bisagra que al no contemplarse, contrarían el interés del niño”⁵⁰. Miguel Cillero⁵¹ incluye a la propuesta de Zematten el principio de efectividad (art. 4) y el principio de autonomía (art. 5), pues son principios estructurales del ISN.

⁵⁰ Zematten, Jean, *El Interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'enfant.

⁵¹ Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago, Chile. Agosto, 2007.

Por otro lado, Diego Freedman⁵² ha propuesto un núcleo duro del ISN que consiste en aquellos derechos absolutos que la Convención señala, a saber: derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (art. 6); derecho a la nacionalidad, al nombre y los padres (art. 7); derecho a la identidad (art. 8); libertad de pensamiento y de conciencia (art. 14.1); derecho a la protección frente al abuso (art. 19); derecho a la salud (art. 24); derecho a tener un nivel de vida adecuado para el desarrollo (art. 27); derecho a la educación (art. 28); derecho al descanso y al juego (art. 31) y garantías dentro del proceso penal (art. 40).

Entonces, se propone que el contenido del ISN sea el compuesto por los principios de no discriminación, efectividad, autonomía, protección y participación, propuestos por Zermatten y Cillero; y las libertades y derechos mencionados por Freedman. Así pues podemos hablar de contenido esencial del ISN, mismo que en la dogmática alemana de los Derechos Fundamentales garantiza un contenido mínimo de disfrute. Es decir, aunque los derechos y libertades puedan ser limitados, debe existir un contenido esencial garantizado que no vacíe el derecho de su núcleo y que permita su ejercicio y disfrute. “El contenido esencial es producto de las barreras resultantes que limitan derechos a través de la tarea de la concordancia práctica. La concordancia práctica es la tarea que exige una clasificación proporcional de los derechos –de acuerdo con el principio de proporcionalidad”⁵³. Según Konrad Hesse, el principio de concordancia práctica permite una ponderación óptima entre bienes constitucionales de manera que cada uno de ellos gane realidad, es decir, cuando existan colisiones de valores, debe haber una optimización de ambos a través de límites con la finalidad de que todos puedan tener una efectividad óptima”⁵⁴. La idea del núcleo duro⁵⁵ o contenido

⁵² Freedman, Diego, *Funciones Normativas del Interés Superior del Niño*. Jura Gentium. Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. I, 2005.

⁵³ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller. Heidelberg, 1990, pp. 142 y 148.

⁵⁴ Hesse, Konrad, Op. Cit., p. 24. En el mismo sentido Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 160 y ss. En específico, Alexy se refiere a Hesse en la página 164. Y Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa 5. Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Alicante, 1988.

⁵⁵ Freedman, Diego, *Funciones Normativas del Interés Superior del Niño*, Jura Gentium. Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. I (2005). Pag. 2.

escencial del ISN da funcionalidad al concepto, reduce el margen de discrecionalidad y es congruente con los principios de funcionalidad, interdependencia e integralidad de los derechos de los niños.

De acuerdo con la dogmática alemana de los derechos fundamentales⁵⁶, cuando se está frente a una presunta transgresión de un derecho, podemos hablar de tres categorías donde se pueden verificar las transgresiones a los derechos: del uso de arbitrariedad en cuanto al ejercicio de libertades (*Übermaßverbot*), de la acción insuficiente, relacionada con obligaciones del Estado de proteger, garantizar y promover derechos (*Untermaßverbot*) o de una medida discriminadora, referida a derechos de igualdad y no discriminación. Sin embargo, el esquema básico de diagnóstico cumple con los mismos tres pasos que se deben revisar para verificar si la limitación es o no válida: en primer lugar, se debe determinar el ámbito protegido del derecho en cuestión, es decir, cuál es el ámbito que el ISN protege. Después, analizar la legalidad de la medida, es decir, si el juez actuó conforme a derecho; y por último, si el derecho lastimado es limitable. Lo último se refiere a la justificación del límite, donde entraría el principio de proporcionalidad o test de escrutinio estricto.

Caso por caso, el juzgador deberá determinar cuál o cuáles de esos derechos del núcleo duro están siendo lastimados o están en peligro de serlo por la conducta del padre/madre que tiene la custodia del niño, para después argumentar el nexo entre la acción paterna/materna y el daño al derecho. En los casos de custodia se debe realizar una ponderación entre el contenido del ISN y la situación que ofrece cada padre/madre, de manera objetiva y el detrimento leve, medio o grave debe ser razonado y justificado conforme con el derecho⁵⁷ (contenido del ISN). Así tendríamos entonces un ejercicio de ponderación en donde el ISN es el fin legítimo y frente a este se pondera la remoción de la custodia con relación al derecho a la custodia del padre/madre que la ostenta y de quien se dice, lastima el ISN de su hijo.

El ejercicio sería entonces:

- 1) Definición del derecho o derechos que en el caso concreto dan contenido al ISN (fin legítimo);

⁵⁶ Cfr. Pieroth/Schlink. *Grundrechte Staatsrecht II*. C.F. Müller. Heidelberg, 2005. Michael/Morlok. *Grundrechte*. Nomos. Baden-Baden, 2008.

⁵⁷ Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. Fontamara. México, 2005, p. 65 y ss.

- 2) Legalidad formal y material de la medida;
- 3) Ejercicio de proporcionalidad (en el mismo sentido arriba planteado): Aquí se procede a examinar la medida (la remoción de la custodia) en relación con el fin (ISN): su adecuación y su necesidad al fin (proteger el ISN) y su proporcionalidad . Aquí se deberán analizar las ventajas y desventajas y se deberá buscar una solución óptima. Así mismo, se ha planteado que para decisiones sobre custodia, el juez deberá tomar en consideración⁵⁸:
 - a) La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo, los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales.
 - b) La edad y preferencia del menor si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa.
 - c) La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener continuidad.
 - d) La estabilidad en las condiciones de vida del menor.
 - e) El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el niño.
 - f) La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre, incluyendo el acceso físico.
 - g) La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños.
 - h) El deseo de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.
 - i) El efecto en el niño, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.

⁵⁸ Las propuestas vienen de: Lledó Yague, Francisco, *Sistema de derecho familiar civil*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 270 y 271 y Pérez Contreras, María de Montserrat, *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos*. La custodia compartida y las reformas de 2004. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 116 Mayo-Agosto. Año 2006. La legislación británica "Children Act" de 1989 ha intentado, de forma similar, establecer una serie de criterios objetivos que el juzgador o autoridad administrativa deberá tener en consideración en casos de custodia. En el mismo sentido, Zermatten, *Op. Cit.*, menciona el proyecto de la "Divorce Act" canadiense.

- j) Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor.

Es decir, en el ejercicio de ponderación, para lograr optimizar el derecho del padre/madre con el fin (el ISN) deberá analizar y argumentar uno a uno las consideraciones propuestas, con el objetivo de lograr una decisión no solamente acorde con el principio de concordancia práctica, sino con el principio de funcionalidad e integridad del ISN.

Sin embargo, este modelo presenta tres problemas:

El primero es que no se toma en cuenta el ISN como un derecho subjetivo, sino como un fin que el juez debe fijar para poder limitar el derecho del padre/madre a la custodia de sus hijos. Es decir, en este modelo se sigue el paradigma ya superado en que el juez tiene la potestad para determinar el contenido del ISN y proteger al niño, como objeto valioso para la sociedad. La persona del niño y su titularidad de los derechos sobre los que se está decidiendo, se pierde en la argumentación. Ello resulta contrario al espíritu de la Convención. “El niño es persona, y como no ha desarrollado la titularidad de sus derechos, debe hacerlos valer por medio de los adultos. Para ello, se ha debido inventar un instrumento jurídico para hacer valer esta posición: el Interés Superior del Niño”⁵⁹. Al ser un fin determinable por el juzgador, su calidad de derecho subjetivo se desvanece, pues se vacía de contenido iusfundamental. Con ello, se vuelve a la Doctrina de la Situación Irregular, donde los niños les era negada la titularidad de derechos por su minoría de edad y en consecuencia, el modelo se aleja del espíritu de la Convención.

El segundo problema es que el núcleo del ISN está compuesto por derechos absolutos por lo que el ejercicio de ponderación tendría siempre el mismo resultado: el ISN precede a la custodia del padre/la madre. La ventaja sería que esto permite demostrar uno a uno los posibles daños a los derechos y su grado de detrimento. Este problema está directamente enlazado con el siguiente.

El tercer problema que presenta este modelo, es que el ISN se presenta como una norma de principio, lo que implica un mandato de optimización y no, como debe ser en el caso de la custodia, en una regla.

⁵⁹ Zermatten, Jean, *Op. Cit.*, p. 27.

Utilizando la distinción de Alexy: “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁶⁰. De esta forma, si se observa el artículo 3 en conexión con el artículo 9⁶¹, inciso 1 de la Convención sobre Derechos de los Niños, es muy claro que el ISN no es una norma de principio, es decir, ponderable frente a otra, sino que se trata de una regla que debe ser cumplida, siempre, por la autoridad encargada de determinar la custodia de los niños. “Cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños”⁶². El ISN garantiza la vigencia de los demás derechos y existen algunos derechos que no son limitables, es decir, que no son ponderables frente a otros y por ende, adquieren el carácter de reglas.

Por lo anterior, habrá que considerar otro modelo.

2. *El Interés Superior del Niño como regla para los casos de custodia.*

La doctrina considera al ISN como un principio en tanto que ordena las relaciones de los niños con el Estado y la familia. En este sentido, se entiende “principio” como una norma abstracta y general que tiene un contenido valorativo a desarrollar. Los principios, por su estructura, son ponderables frente a otros principios, así, cobra sentido hablar de límites a los derechos de los niños cuando hablamos de la protección de terceros o de intereses colectivos (ver artículos 10.2, 13.2, 14.3, 15.1 y 15.2). Asimismo, el ISN adquiere carácter de principio cuando funciona como criterio de control para el legislador o cuando se habla sobre las obli-

⁶⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 86.

⁶¹ **Artículo 9: 1.** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

⁶² Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 229.

gaciones de los padres. Sin embargo, no siempre el ISN funciona como un mandato de optimización, es decir, como un principio. En realidad, la mayoría de las veces el ISN funciona como una regla, es decir, como una regla iusfundamental. Una regla, en cambio, exigen cumplimiento pleno. Si una regla es válida, es obligatoria y por tanto sólo pueden ser cumplidas o incumplidas⁶³.

El ISN al nivel normativo funciona igual que la norma de la dignidad de la persona⁶⁴, pues se trata, la mayoría de las veces de un principio de carácter absoluto, es decir, una norma que nunca puede ser desplazada por otra y que en casos de colisión siempre precede a otros principios, “no conoce límites jurídicos, sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable”⁶⁵. Al no existir posibilidad de limitar los derechos del contenido esencial del ISN, estamos frente a un principio absoluto que no cede frente a otros principios, es un principio ilimitable. Si los principios son mandatos de optimización, el ISN como principio no sería optimizable, sino que debe ser cumplido, es decir, es una regla, en los términos de Robert Alexy. Alexy explica que la norma de la dignidad es tratada como principio y como regla, tiene un doble carácter: “El carácter de regla de la norma de la dignidad de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no. Sin embargo, en vista de la vaguedad de la norma de la dignidad de la persona, existe un amplio espectro de respuestas posibles a esta pregunta”⁶⁶.

⁶³ Cfr. Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa 5. Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1988. Pag. 143-144.

⁶⁴ La Ley Fundamental alemana establece en su artículo 1º párrafo 1 que la dignidad de la persona es intocable. De acuerdo con ello, se ha desarrollado una dogmática cerrada en donde el principio precede siempre frente a otros. Para una explicación más amplia ver Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002 y el clásico comentario de Günter Dürig al artículo 1º en Theodor Maunz, Günter Dürig (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar*. C.H. Beck, München, 1958 o la más reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 115, 118 sobre la Ley de Seguridad Aérea de 2005.

⁶⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 106.

⁶⁶ *Ibid.* p. 107

La ventaja del ISN frente a la norma de la dignidad de la persona estriba en que estamos en posibilidades de darle un contenido y por lo tanto limitar el espectro de respuestas a la pregunta de si es violado o no. De esta forma, para los casos de custodia, atendiendo a los artículos 3 y 9 de la Convención se propone la siguiente fórmula:

$$(\text{ISN } p \text{ Cu}) C = R$$

p es la relación de precedencia entre el ISN y la custodia (Cu) y C se refiere a las condiciones con las que siempre el ISN tendrá precedencia. R se refiere al resultado, es decir, la remoción de la custodia del padre/madre que lastima el ISN de su hijo. El razonamiento de C debería ser de este tipo:

- 1) Siempre que se dañe X se lastima ISN
- 2) Siempre que A se dañe X
- 3) La acción a' de P/M es igual a A
- 4) Siempre que $A \rightarrow R$

Las circunstancias para que el ISN preceda a la custodia serán: Siempre que exista un daño a los derechos del contenido esencial –absoluto– del ISN (X), existe un daño a éste. Siempre que se cometa un acto A (se golpea al niño) se dañe su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del artículo 6 (X). El Padre/la Madre golpea a su hijo siempre que llega tarde del colegio (a'). Entonces el ISN del niño golpeado por su padre/madre precede a la custodia y deberá ser removida (R).

Tenemos pues que en los casos de custodia no podemos hablar de ponderación, pues en este caso el ISN se comporta como regla (todo o nada) y no como principio (mandato de optimización). Lo que existe en este caso es una excepción a una regla. El artículo 9 reconoce el derecho de los niños a vivir con sus padres (D) siempre y cuando esto no lastime su interés superior. La regla del interés superior establecida en el inciso 1 del artículo 9 determina la resolución de un posible conflicto cuando el derecho del niño a vivir con sus padres, lastime su interés. El ISN opera como una razón definitiva, prevalece siempre.

El problema que se presenta ante los casos de custodia es que los jueces de lo familiar siguen aplicando viejos paradigmas en donde deben

actuar como “buen páter familias” y tomar la mejor decisión para la infancia, y no la mejor decisión para *ese* niño.

En los casos de custodia no colisionan el derecho del padre contra el derecho de la madre para vivir con sus hijos, en realidad la construcción de la regla es la excepción a un derecho del niño (vivir con sus padres) por parte del ISN, entendido como regla.

Las razones por las que se “activa” este conflicto entre el derecho de vivir con los padres (D) y el ISN son –o se presume que son– los actos por parte del padre o la madre que –prueba mediante– lesionan el ISN. El ISN es un derecho individual que limita otro de la misma persona: el niño en cuestión y no una colisión entre derechos del padre y la madre.

Siempre que A debe limitarse D

Cuando en los casos de custodia no se pierden de vista los derechos del niño, se está en condiciones de comprender que se trata de ellos y que dar un trato discriminatorio a sus padres –como sucede en los casos Salgueiro y Atala– se está dando un trato discriminatorio a los niños, pues se limita su derecho por una cualidad de sus padres. Ello contradice frontalmente el artículo 2 de la Convención⁶⁷.

En Salgueiro y en Atala se limita D de los hijos por el hecho de tener un padre o una madre homosexual. Ello es violatorio del inciso 2 del artículo 2 y del propio artículo 9, en tanto que no se comprueba nunca C.

El ejercicio argumentativo del juez debe justificar el nexo entre a’ y el daño a X. Como arriba se mencionó, la Corte de Estrasburgo en Slagueiro⁶⁸ realiza un test de escrutinio o ejercicio de ponderación en

⁶⁷ **Artículo 2:** 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

⁶⁸ Del mismo modo en el caso *Hoffmann Vs. Austria* (Application no. 12875/87) Judgment ECHR Strasbourg, 23 de junio de 1993. La Corte realiza el mismo ejercicio para determinar que se discrimina a la madre por su religión (Testigo de Jehová) y por esa cuestión se retira la custodia de sus hijos.

donde coloca como fin de la medida el ISN, pero se habla de que el derecho lastimado es el del padre, como si D no contara y cuando en realidad la norma que se acciona para retirar la custodia es precisamente la contenida en el artículo 9 de la Convención.

Evidentemente, cuando se toman decisiones que presuntamente contradicen las cláusulas de no discriminación, es necesario realizar un ejercicio para verificar que ésta esté justificada, pero en realidad cuando se está frente a casos de custodia, en primer lugar se debe verificar el contenido del ISN y el nexo entre su daño y el comportamiento del padre o madre.

3. Reglas para casos de custodia

El artículo 9⁶⁹ contiene las siguientes reglas y excepciones:

Regla 1: El Estado garantizará al niño vivir con sus padres (derecho del niño a vivir con ellos)

Excepción 1 a Regla 1: Si vivir con los padres contraría el ISN, el Estado podrá separarlos.

Excepción 2 Regla 1: Si los padres viven separados, el Estado deberá determinar la separación de uno de ellos, de acuerdo con el ISN.

Regla 1 para las Excepciones 1 y 2 a la Regla 1: Para determinar la separación, el Estado deberá determinarlo de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables.

Regla 2 para las Excepciones 1 y 2 a la Regla 1: En los procedimientos de separación se ofrecerá a todos participar (en conexión con el artículo 12).

⁶⁹ **Artículo 9:** 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Regla 3 para las Excepciones 1 y 2 a la Regla 1: Es derecho del niño mantener relaciones con sus padres y contacto directo regular.

Excepción 1 a la regla 3: Salvo si ello es contrario al ISN.

La regla 1 para las excepciones a la regla es igual al artículo 3 inciso 1. Es decir, se establece en ella que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales se deberá tener una consideración primordial al ISN*. De manera que el propio inciso 1 del artículo 9 al remitir de nuevo al artículo 3, coloca a la autoridad frente a la obligación de dotar de contenido al ISN, lo que deberá realizar atendiendo a los principios de integralidad y funcionalidad de los derechos. Y el contenido esencial del ISN se conforma con los derechos absolutos reconocidos en la Convención.

En los dos casos arriba comentados, al Sr. Salgueiro y a la Sra. Atala les fue removida la custodia de sus hijos por considerarse que su orientación sexual lastimaba el ISN, sin embargo nunca se mencionó específicamente qué derechos de los niños serían lastimados por la homosexualidad de Salgueiro y de Atala.

Bajo el modelo propuesto, las cortes portuguesa y chilena deberían de haber actuado así:

(ISN p Cu) C

C= a' lastima X

a' = orientación sexual del padre /madre

X= el desarrollo personal de los niños (art. 6 y 27)

El juez deberá razonar por qué a' lastima X, es decir, la argumentación judicial se debe enfocar a encontrar el nexo entre a' y el daño al ISN. Es difícil encontrar argumentos para justificar que la orientación sexual de una persona lastimen el derecho al desarrollo integral de los niños. La homosexualidad no puede ser una causa de daño del ISN, a menos que se entienda como mala *per se*. Y eso es un prejuicio de la misma magnitud que pensar que la raza, la nacionalidad, la religión o la etnia por sí mismas serían dañinas para los niños.

Para efectos comparativos, son pertinentes los argumentos de la Corte Suprema de New Jersey en el caso de M.P. v S.P.⁷⁰. “La exposición del niño a la vergüenza pública no depende de la identidad del padre/madre con quien resida... tampoco cesarán los prejuicios de la comunidad pequeña en donde viven ni la curiosidad de sus iguales sobre la naturaleza sexual del demandado con un cambio de custodia. Los hechos difíciles deberán ser enfrentados. Se trata de asuntos que las cortes no pueden controlar y existe muy poco qué ganar al crear un mundo artificial donde los niños puedan soñar que la vida es diferente a lo que en realidad es”⁷¹. El juez argumenta que “es equivocado el supuesto del demandante de que el bienestar de los niños no puede ser garantizado a menos de que sean protegidos de todas las adversidades que son inherentes a su situación de vida” pues “[S]i la demandada [la madre lesbiana] retiene la custodia, puede suceder que porque la comunidad es intolerante de sus diferencias, las niñas tengan que cargar con una fortaleza mayor que la ordinaria, pero ello no necesariamente implica que su bienestar moral o su seguridad están siendo puestas en peligro.” Y agrega: “Quitar a las niñas de la demandada puede ser realizado sólo sacrificando esas mismas cualidades que serán definitorias para enfrentar los retos que se les presentarán. En lugar de darles dominio sobre sí mismas y sensación de protección, esto fomentará con el tiempo un sentido de vergüenza por su madre”⁷².

En esta decisión, la Corte de New Jersey interpreta el ISN atendiendo a los derechos y a la dignidad de las niñas y no atiende a lo que los jueces creen que sería ideal para los niños, como hacen los jueces de Portugal y Chile. El ISN no implica guardar a los niños bajo capelos, implica respetarles como individuos con dignidad y derechos, tomando en consideración que, por su minoría de edad, requieren de una protección especial.

La identidad de los niños en familias homoparentales está conformada por la homosexualidad de sus padres/madres, el juez no puede emitir un juicio de valor sobre ello, decretar que esto es malo y arrancar

⁷⁰ M.P., PLAINTIFF-RESPONDENT Vs. S.P., DEFENDANT-APPELLANT. Del 23 de julio de 1979. Superior Court of New Jersey, Appellate Division. Traducción libre.

⁷¹ *Ibid.* Párrafo 436.

⁷² *Ibid.* Párrafos 437 a 439. Esta decisión es perfectamente congruente con la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 53 “La protección de los

de la custodia de padres o madres homosexuales a sus hijos. Su facultad no es esa. La autoridad excede la discrecionalidad implícita en los juicios de custodia. La facultad de la autoridad jurisdiccional en casos de custodia, se limita a confirmar si existe un daño o no al ISN y no a constituir el ISN como acto potestativo. El problema que el ISN presenta es que, debido a que no se ha superado el paradigma del niño objeto de protección y no sujeto de derechos, permite que en su interpretación como principio se incluyan todas las razones que puedan adoptar el carácter de argumentos. Ello mina el carácter deontológico de la norma y la priva de su carácter normativo⁷³.

Es indispensable desarrollar un modelo de interpretación del ISN que permita decisiones racionales que respeten su carácter normativo y que sean justificadas por medio de argumentos racionales conformes con el Estado Constitucional y los derechos humanos. Sólo así el ISN podrá desplegar sus efectos, de otra forma sigue siendo un cofre donde cada adulto encargado de tomar decisiones sobre un adolescente, niño o niña, puede acomodar los valores que prefiera.

El modelo aquí presentado tiene como objetivo ofrecer una posibilidad para decidir casos de custodia y dejar fuera de la determinación valoraciones y juicios subjetivos que al final del día lastiman precisamente aquello que buscan proteger: el Interés Superior del Niño.

derechos en instrumentos tiene como finalidad el desarrollo armonioso de la personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar medidas que adoptará para alentar ese desarrollo y apoyar a la familia en que ésta tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.”

⁷³ Esta argumentación está basada en la crítica que Jürgen Habermas hace al modelo de ponderación de principios de Robert Alexy. Ver Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Fontamara. México, 2005, pp. 62 y 63. El problema precisamente de la interpretación que se hace del ISN en casos de custodia es que no se hace uso de modelos racionales, sino que se permite “una ponderación, llevándola [a la decisión] a un ámbito delimitado por nociones como adecuado e inadecuado, y discreción.” Para Habermas la ponderación priva de su carácter normativo a los derechos, los lleva a un ámbito de irracionalidad y no permite la justificación de las decisiones, sino que éstas se convierten en valoraciones judiciales. El modelo de Alexy salva estas objeciones.

V. Conclusión

El ISN obtiene un nuevo significado tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, el problema es que se trata de un concepto abierto e indeterminado y permite su uso como concepto esclusa. A pesar de que se ha intentado definir este concepto por parte de instancias internacionales, éste sigue permitiendo la discrecionalidad de autoridades que toman decisiones en casos donde hay niños involucrados.

Existen diversos casos en que el ISN ha sido abusado para discriminar a padres o madres que tienen una orientación sexual diversa en casos de custodia, pues es convertido en concepto esclusa por parte del juez, justificando a través de éste la discriminación.

La Corte Europea ha intentado resolver estos casos a través del principio de proporcionalidad, sin embargo, ello desdibuja la persona del niño y su titularidad de derechos. Se requiere entonces dotar de contenido al ISN a través de los derechos que la propia Convención reconoce a los niños. Al dotarle un contenido esencial y absoluto del ISN, este se comporta como regla y no como principio (de acuerdo con la teoría de Robert Alexy).

Un modelo de reglas para la interpretación del ISN permite resolver los casos de custodia sin perder de vista los derechos de los niños y el principio de integridad y funcionalidad de los derechos de la Convención. Además, este modelo impide que el ISN pueda usarse como concepto esclusa que permita “justificar” la discriminación de los padres por su orientación sexual o cualquier otra condición.

El modelo propuesto reduce el ámbito de discrecionalidad jurisdiccional pues obliga a la argumentación racional de cada premisa y permite, además, en otras instancias, la revisión de las decisiones, evitando con ello que se abuse del ISN para que cada juzgador incluya en él lo que él cree que debe ser un buen padre, una buena madre o “una familia socialmente apreciada”.

En vista del cambio de paradigma que la Convención sobre los Derechos del Niño significó es indispensable adecuar las categorías y los modelos para la interpretación del ISN. A pesar de que la Convención tiene ya más de 20 años, la realidad es que las autoridades siguen entendiendo los derechos de los niños como potestades de la autoridad o de los padres. Es necesario analizar y diseñar nuevos modelos para la

aplicación e interpretación de las normas iusfundamentales de niños y niñas. Después de todo, los adultos somos los responsables de dirigirles hacia un pleno y responsable ejercicio de su autonomía.

VI. Bibliografía

- Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 2008.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, 2002.
- Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa 5. Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Alicante, 1988.
- Amicus Curiae que para el caso 12.89 de *Dilcia Yean y Violeta Bosica contra la República Dominicana*, de 22 de febrero del 2001, presentó el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- Böckenförde, E.W., *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, In: FS Peter Lerche. 1993.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Voto del juez a la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17.
- Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago, Chile. Agosto, 2007.
- CIDH, *Karen Atala e Hijas Vs. Chile*. Caso 12.502, Petición Karen Atala e hijas vs. Chile, 1271-04 Informe 42/08, www.cidh.org
- CIDH, *Marta Lucía Álvarez Giraldo Vs. Colombia*, 11.656, Informe 71/99. www.cidh.org
- CoIDH, *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- CoIDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CoIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CoIDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo).
- CoIDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

- Freedman, Diego, *Funciones Normativas del Interés Superior del Niño*, Jura Gentium. Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. I 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta. Madrid, 1995.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.
- Judgment ECHR Strasbourg, Case of Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, 21/03/2000 (Application no. 33290/96). www.echr.coe.int
- Judgment ECHR Strasbourg, Case of Schalk & Kopf Vs. Austria, 24/06/2010. (Application no. 30141/04). www.echr.coe.int
- Judgment ECHR Strasbourg, Case of E.B. Vs. France, 22/01/2008 (Application no. 43546/02). www.echr.coe.int
- Lothar, Michael, *Die Drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, JuS 2001, Heft 2.
- Lledó Yague, Francisco, *Sistema de derecho familiar civii*, Madrid, Dykinson, 2002.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos*. La custodia compartida y las reformas de 2004. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 116 Mayo-Agosto. 2006
- Pieroth/Schlink. *Grundrechte Staatsrecht II*. C.F. Müller. Heidelberg, 2005. Michael/Morlok. *Grundrechte. Nomos*. Baden-Baden, 2008.
- Zermatten, Jean, *El Interés Superior del Niño, Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'enfant.