

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS RECIENTES

TÍTULO

**“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
COMO DERECHO Y PRINCIPIO RECTOR EN EL MARCO DE
LA CONVENCIÓN”**

Apellido y Nombre del/la alumno/a: **ARRIETA, Abril.**

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Internacional Público.

Encargado de Curso: BERTOLÉ, Cecilia.

Año que se realiza el trabajo: 2019.

Santa Rosa – La Pampa

ÍNDICE.

Resumen.	3
Introducción.	5
CAPÍTULO I. El principio de Interés Superior del Niño	7
I.1. Qué es y cómo se materializa.....	8
I.2. Funciones y alcances.....	11
CAPÍTULO II. Evaluación y determinación del Interés Superior del Niño. ¿Cuándo se aplica y para qué?	19
II. 1. Elementos que se deben considerar al evaluar en Interés Superior del Niño.....	21
II. 2. Equilibrio entre los elementos para evaluar el Interés Superior del Niño.....	27
II. 3. Salvaguardias y garantías que se deben tener en cuenta en la evaluación del Interés Superior.....	28
CAPÍTULO III. El Interés Superior del Niño y su relación con otros principios de la Convención.	32
III. 1. El Interés Superior del Niño y el derecho a la no discriminación.....	32
III. 2. El Interés Superior del Niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo..	32
III. 3. El Interés Superior del Niño y el derecho a ser escuchado.....	33
CAPÍTULO IV. El principio de Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia.	35
IV. 1. Casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posteriores a la reforma Constitucional de 1994.....	35
IV. 2. Jurisprudencia en la provincia de La Pampa.....	39
Conclusiones.	41
Bibliografía.	44

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo de los niños y las niñas, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las Naciones y, de hecho, de la civilización humana”

Cumbre Mundial a favor de la Infancia.

Resumen.

La presente investigación tiene como objeto analizar el principio rector de “*Interés Superior del Niño*” considerado como un derecho y valor fundamental, como así también la estrecha relación que existe entre éste y todos los derechos que la Convención Internacional de los Derechos del Niño reconoce.

El objetivo del concepto “Interés Superior del Niño” es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño y la niña; esto es en palabras del Comité de los Derechos del Niño, el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

Lo que pretende es que sus intereses se tengan en cuenta de manera primordial. Para eso, se requiere tomar conciencia de la importancia que se debe dar a los mismos en todas las medidas o decisiones que se adopten y tener la voluntad de darles prioridad en todas las circunstancias. El Interés Superior del Niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones que se hagan en cada caso concreto, es decir, debe ser priorizado y puesto de relieve.

Al hacer referencia a este principio, no nos referimos a un concepto cerrado, estático, de fácil delimitación y definición. Es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y que se relaciona con todos los demás derechos y principios generales que están incluidos en la Convención. Por este motivo al momento de evaluarlo se requiere además el análisis del resto de los derechos con los que se relaciona.

Se trata de un derecho-principio, es decir, el Interés Superior del Niño es un derecho en sí mismo, y una pauta interpretativa “maximizadora” de los demás derechos¹.

PALABRAS CLAVES: NIÑEZ- DERECHOS DEL NIÑO - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO – EVALUACIÓN DEL INTERES SUPERIOR - PRINCIPIOS GENERALES - CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO – COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

¹ Cillero Bruñol, Miguel *“El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”* en Revista Justicia y Derechos del niño nº 9, UNICEF.

Introducción.

Durante el siglo XX se ha desarrollado un dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de niños y niñas cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1989.

La evolución que ha tenido el pensamiento jurídico permite afirmar que a la noción de “derechos humanos” subyace la idea de que todas las personas, incluyendo a niños y niñas, gozan de derechos y que es una obligación primordial de los Estados promoverlos y garantizarlos de manera igualitaria.

La rica y extensa normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de “menores”, donde niños y niñas fueron tratados como objetos de protección, se funda en que los derechos de los mismos derivan de su condición de persona. Estos dispositivos de protección son complementarios -no sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos que se reconocen a la totalidad de las personas, por eso es que gozan de una *superprotección* de sus derechos, que no es autónoma si no que está fundada en la protección jurídica en general.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña es una síntesis de normas que provienen de instrumentos generales, principios y derechos propios de la tradición jurídica que se vincula a la infancia. Todas sus disposiciones deben ser interpretadas y comprendidas de manera sistemática y armónica, y esto tendrá particular importancia a la hora de interpretar en este nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia como lo es el “Interés Superior del Niño”.

Este principio ha sido uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés de niños y niñas como un interés que debía ser pública y jurídicamente protegido.

Solo con el proceso iniciado con la Convención en el que dichos intereses se convierten en genuinos derechos, es que podrán oponerlos como límites de actuación de la familia y del Estado².

Esto es así porque el artículo 18 de la Convención, reconoce el derecho y responsabilidad de las familias a la crianza y educación, y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo. Además, señala que madres y padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: *el Interés Superior del Niño*.

El objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es que el niño y la niña ejerzan derechos reconocidos en la Convención de acuerdo a la evolución de sus facultades.

El estado tiene el deber de apoyar a las familias en este rol, pero también debe garantizar a este colectivo que su crianza y educación sea dirigido hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Los roles parentales no son derechos absolutos, ni poderes o deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños y niñas, es decir, por su interés superior.

El principio de Interés Superior del Niño ha sido elevado por la misma Convención al carácter de norma fundamental, que se proyecta hacia las políticas públicas y orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos.

El Comité de los Derechos del Niño, establece a este principio como uno de los cuatro principios generales considerándolo como “rector-guía” de la Convención. De este modo, cualquier análisis que se haga de la misma, no podrá dejar de lado esta noción.

² Cillero Bruñol, Miguel *“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”* en Revista Justicia y Derechos del niño nº 9, UNICEF.

CAPÍTULO I.

El principio de Interés Superior del Niño.

El principio de Interés Superior del Niño se encuentra regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 párrafo 1 que establece: “*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*”.

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que este artículo enuncia *uno de los principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño*³.

De este modo se entiende que los principios generales son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

El Interés Superior del Niño no debe “inspirar” las decisiones de las autoridades, lo que dispone es una verdadera limitación, obligación, una prescripción imperativa para las autoridades e instituciones privadas que deben estimarlo como una consideración primordial, y no porque éste sea considerado un “interés valioso”, sino porque los niños y niñas tienen derecho a que al momento que se tome cualquier medida respecto de ellos/as, se prioricen aquellas que promuevan sus derechos y sus decisiones.

Tener en cuenta el Interés Superior y garantizarlo, es un derecho de la niñez y una obligación del Estado independientemente del órgano a través del cual se ejerzan las funciones. Los operadores y agentes, deberán dar a conocer la forma en que han tomado y

³ Observación General nº 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 12.

puesto en práctica estos derechos, exigiéndosele un gran esfuerzo interpretativo y de argumentación.

Este principio rector se configura como una cláusula difícil de definir y de aplicar. Es un principio que pone acento en el niño y la niña como sujetos dignos de atención y protección, pero lejos de configurarse como un concepto pacífico, fue objeto de diversas controversias.

Una de ellas la enfrentamos cuando tratamos de determinar ¿cuál es y cómo se concreta el *Interés Superior del Niño*?

Pretender definir lo que debe entenderse como “Interés Superior del Niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado y por esto es que dicho concepto deberá entenderse en una forma dinámica, de manera que se pueda ir perfilando caso por caso para poder tomar una decisión a favor del niño o niña.

Además, tratar de dar una significación rígida, estricta e inamovible a una cláusula de este estilo sería contrario a la propia finalidad que la inspira, ya que cuando se trata de este tipo de conceptos, en los cuales su objeto no admite determinación precisa ¿cómo puede quedar fijado su contenido sin que ello implique contradicción con la esencia de la norma?

Entonces, se plantea un problema de interpretación: no existen varias soluciones justas, sino una sola, a la que hay que llegar interpretando el caso concreto, y esta solución no será igual para todos los casos.

I. 1. Qué es y cómo se materializa.

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones de “Interés Superior del Niño” y es posible afirmar que el Interés Superior del Niño es la

plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican.⁴

A partir de la lectura del artículo 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, se puede observar que la misma explica el concepto de manera similar a la definición que Cillero Bruñol aborda en cuanto al Interés Superior, la cual comparto.

Este artículo establece que *el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente es la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos en la ley*. Además incorpora una nómina de derechos que se ven englobados en el concepto y que deben respetarse, tales como: la condición de sujetos de derecho; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; el respeto del desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural; la edad, el grado de madurez y el discernimiento, el equilibrio entre derechos y garantías que les corresponden y el respeto por su centro de vida.

El Interés Superior del Niño puede entenderse entonces como la protección de aquellos derechos a los que el ordenamiento jurídico les atribuye la categoría de fundamentales.

El comité, en su *Observación General numero 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial* subraya que el Interés Superior del Niño es un concepto abarcativo de tres dimensiones que determinan su naturaleza jurídica:

Es un **derecho sustantivo**: es decir, el derecho de niños y niñas a que su interés superior sea una consideración primordial y sea tomada en cuenta al evaluar distintos intereses al momento de tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y además, la garantía de que ese

⁴ Cillero Bruñol, Miguel *“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”* en Revista Justicia y Derechos del niño nº 9, UNICEF.

derecho se pondrá en práctica. Esto es una obligación intrínseca para los Estados, de aplicación directa y puede ser invocada ante los Tribunales.

Es un **principio jurídico interpretativo fundamental**: por lo tanto, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el Interés Superior del Niño o Niña. El marco interpretativo está establecido en la Convención y sus protocolos facultativos.

Es una **norma de procedimiento**: siempre que se tenga que tomar una decisión general o particular que afecte a niños o niñas, la adopción de las mismas deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones que pueden generar en ellos/as, ya sean positivas o negativas. La justificación de dichas decisiones debe revelar que ese derecho ha sido tenido en cuenta.

Los Estados partes deberán explicar cómo ha sido respetado el derecho en la decisión, qué se ha considerado que atendía al Interés Superior, qué criterios han sido utilizados y cómo se han ponderado los intereses de los niños o niñas afectados frente a otras consideraciones.⁵

La Observación General tiene por objeto garantizar que los Estados Partes en la Convención den efecto al Interés Superior del Niño y lo respeten, proporcionando un marco normativo para evaluarlo y determinarlo, pero sin pretender establecer lo que es mejor en una situación y un momento concretos.

Lo que se pretende es mejorar la comprensión y observancia del derecho de todos los niños y niñas a que su Interés Superior sea evaluado y tomado en consideración para favorecer el pleno respeto de los mismos como titulares de derechos.

Así, este principio repercute y se debe concretar en los siguientes aspectos:⁶

⁵ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 6.

- a) La elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- b) Las decisiones individuales de las autoridades judiciales o administrativas o entidades públicas a través de sus agentes que afecten a niños y niñas en concreto;
- c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil, el sector privado y organizaciones con y sin fines de lucro que presten servicios relacionados con los niños y niñas;
- d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con niños y niñas, en particular padres y cuidadores.

I. 2. Funciones y alcances.

Desde la vigencia de la Convención, el Interés Superior del Niño deja de ser un objetivo social deseable y pasa a ser un principio jurídico que obliga a las autoridades. La Convención formula este principio como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, e identifica el Interés Superior con la satisfacción de ellos. Es decir, dicho principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares de los mismos y las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

De este modo, se abandona cualquier interpretación paternalista/autoritaria del Interés Superior, debiendo tenerlo en cuenta en relación con los demás derechos evitando dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso del derecho.

Partiendo de la base de que los niños y niñas son titulares de derechos fundamentales, el principio de Interés Superior del Niño se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico les atribuye. Como consecuencia, las regulaciones y resoluciones tanto administrativas como judiciales que deban decidir en relación a conflictos

⁶ Objetivos que establece la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 12.

o situaciones donde tanto niños como niñas sean los protagonistas deben asegurar en su contenido la efectividad de los mismos.

Desde el punto de vista jurídico-formal puede bastar identificar el interés de los niños y niñas con la dignidad y los derechos que le son inherentes.

Pero si tomamos en consideración el punto de vista humano, y aún más tratándose de los sujetos a los cuales nos referimos, que pueden encontrarse muchas veces vulnerables ante ciertas situaciones por las que transcurren, no puede prescindirse de la referencia a lo que a ellos/as les genera felicidad y bienestar, tratando de mantener su equilibrio emocional y afectivo ya que “ni la personalidad, ni el interés del niño son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta”⁷

En cuanto a las funciones del principio en el marco de la Convención⁸, en primer lugar cumple una función hermenéutica, porque permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos de la niñez.

En segundo lugar permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio se desarrolla en el contexto de una vida social en la que todos los niños y niñas tienen derechos y también en donde se pueden producir situaciones donde deviene incompatible el ejercicio conjunto de los mismos. En estos casos, la función del principio es arbitrar conflictos jurídicos de derecho que puedan presentarse.

Es la propia Convención que en situaciones de esta naturaleza, relativiza el orden de prelación de los derechos dejándolos sujetos al Interés Superior del Niño o Niña, en cada caso concreto.

⁷ Ravetllat Ballesté, Isaac, “*El interés Superior del Niño: concepto y delimitación del término*” en *Educatio Siglo XXI*, Vol 30 nº 2, Universidad de Barcelona.

⁸ Según Cillero Bruñol, Miguel “*El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*” en *Revista Justicia y Derechos del niño* nº 9, UNICEF.

A efectos de determinar el alcance del art. 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, lo más apropiado (y así lo hace el Comité en la Observación General nº 14) es analizar los términos empleados por dicho artículo.

1. “En todas las medidas concernientes a los niños”

a. *En todas las medidas:*

El objetivo es velar porque el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con los niños/as. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en dicho concepto⁹.

b. *Concernientes a:*

Dicha expresión se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con niños y niñas. En segundo lugar, a otras medidas que repercutan en ellos/as, aunque no sea de manera directa. La expresión “concernientes” debe entenderse en sentido muy amplio¹⁰.

Naturalmente, ello no significa que cada medida que tome el Estado deba prever un proceso completo y oficial para evaluar y determinar el Interés Superior del Niño. Sin embargo, cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños o niñas, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su Interés Superior.¹¹

⁹ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafos 17 y 18.

¹⁰ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 19.

¹¹ Cardona Llorens, Jorge “*El Derecho del Niño a que su Interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención*”

c. Los niños:

El artículo 3.1 habla de los “niños”. Esta expresión nos revela dos cosas: la primera, que hace referencia a toda medida que concierna a menores de 18 años, pues niño es de 0 a 18 años conforme al art. 1 de la Convención. La segunda, que el Interés Superior debe ser una consideración primordial tanto en las medidas individuales como en las colectivas, es decir, que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no solo se aplica a los niños y niñas con carácter individual, sino también con carácter general o como grupo.¹²

En la actualidad, teniendo en cuenta la importancia con la cual se desarrollan todas las temáticas relativas al género como una construcción social que tiene cada vez más peso en la sociedad, me parece importante hacer alusión, que el término “*niños*” ya no se considera suficiente para hacer referencia a todo el colectivo. Es importante adoptar el concepto de *niños y niñas* cuando nos referimos a un concepto con carácter general. Todos y todas se deben ver incluidos e incluidas en él.

2. “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”¹³

a. Instituciones públicas o privadas de bienestar social:

Estas instituciones no solo abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, sino también las que se ocupan de los derechos y libertades civiles. Las instituciones privadas de bienestar social incluyen a las organizaciones del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en prestaciones de servicios esenciales, como

¹² Cardona Llorens, Jorge “*El Derecho del Niño a que su Interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención*”

¹³ La Observación General nº 14 aclara, que aunque no se mencione explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el Interés Superior del Niño será “su preocupación fundamental” (artículo 18, párrafo 1)

alternativas a los servicios públicos, en nombre de ellos o junto con ellos para que los niños y niñas disfruten de sus derechos.¹⁴

b. Los tribunales:

Este término alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya sea integrado por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños y niñas, sin restricción alguna. Incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje.

En la vía penal¹⁵, el principio del Interés Superior del Niño se aplica a aquellos/as que se encuentran en conflicto con la ley o en contacto con ella, así como aquellos que son afectados por la situación de padres en conflicto con la ley.¹⁶

c. Las autoridades administrativas:

El Comité pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Las decisiones particulares tomadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del Interés Superior del Niño y han de estar guiadas por él.¹⁷

¹⁴ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 26.

¹⁵ El Comité subraya que la protección del Interés Superior del Niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se trate de menores delincuentes (OG 14, par. 28)

¹⁶ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafos 27 y 28.

¹⁷ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 30.

d. Los órganos legislativos:

La aprobación de leyes, reglamentos y/o convenios (que afecten a niños y niñas) deben regirse por el principio de Interés Superior. Esta obligación también se aplica a la aprobación de presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el Interés Superior del Niño a fin de respetar sus derechos.¹⁸

3. El Interés Superior del Niño.

El *Interés Superior del Niño* es un concepto complejo y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez, o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención.

El concepto de Interés Superior del Niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de manera individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niña y teniendo en cuenta el contexto y las necesidades personales.

La flexibilidad del concepto permite su adaptación a cada situación y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil.¹⁹

4. Una consideración primordial a que se atenderá.

La expresión “A que se atenderá” impone una obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el Interés Superior del Niño es una consideración

¹⁸ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 31.

¹⁹ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 32 y 34.

primordial, sino que la misma debe valorarse y se le debe atribuir la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.²⁰

Según Cardona Llorens²¹, la expresión “una consideración primordial” tiene un doble sentido. En primer lugar debemos destacar que califica a la consideración como “primordial”, no dice “la única consideración que se tendrá en cuenta”. Esto porque el artículo 3 párrafo 1 abarca muchas situaciones, y el Interés Superior del Niño puede entrar en conflicto con otros derechos o intereses, ya sean propios o de otras personas o grupos de personas.

Estos posibles conflictos se deben resolver caso por caso sopesando los intereses de las partes, con el compromiso adecuado de siempre privilegiar el Interés Superior del Niño y la Niña, y en caso de que no se puedan armonizar, el Comité indica que los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta (y este es el segundo aspecto del significado) que los intereses de los niños y niñas tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones.

También por la aplicación de la ley 26.061, en nuestro país, se establece como una obligación legal que en caso de conflictos entre derechos e intereses de niños y niñas frente a otros derechos que sean igualmente legítimos, siempre prevalecerán los primeros.

Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño o niña porque si los intereses de los mismos no se ponen de relieve, suelen descuidarse.

Finalmente, no debe olvidarse que, tanto en materia de adopción (art. 21 de la Convención), como en la de las decisiones relativas a la separación de los niños/as de sus progenitores (art. 9 de la Convención), el derecho del Interés Superior se refuerza aún más;

²⁰ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 36.

²¹ CARDONA LLORENS, JORGE. Catedrático de Derecho Internacional Universidad de Valencia, Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

no es simplemente "una consideración primordial", sino "la consideración primordial". Es decir, la única consideración: el Interés Superior del Niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción o la separación.

CAPÍTULO II.

Evaluación y determinación del Interés Superior del Niño. ¿Cuándo se aplica y para qué?

Por “determinación del Interés Superior” se entiende *el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el Interés Superior del Niño tomando como base la evaluación del interés superior.*²²

Para una correcta aplicación del principio se requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse la medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.²³

Los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidas para evaluar y determinar el Interés Superior del Niño y de la Niña en las decisiones que le afectan, incluidos los mecanismos de evaluación de los resultados. Deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, jueces o las autoridades administrativas.

Al evaluar y determinar el Interés Superior del Niño para tomar una decisión determinada, la Observación General nº 14 establece que deberían seguirse los siguientes pasos:

- Determinar cuáles son los elementos pertinentes para evaluar el Interés Superior, dotarlos de contenido concreto y ponderar su importancia.

²²Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 47 in fine.

²³CILLERO BRUÑOL, Miguel en “*El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”

- Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

La evaluación del Interés Superior consiste en la realización, por parte del órgano o agente encargado, de ciertas valoraciones y de sopesar todos los elementos que sean necesarios para tomar una decisión en una situación concreta, y requiere de forma necesaria la participación de los principales protagonistas: niños y/o niñas.

Es una actividad singular que se realiza de forma distinta en cada caso concreto, porque en definitiva no todos los casos son iguales. Es por esto que no puede seguirse siempre el mismo parámetro de evaluación, sino que se deben tener en cuenta las circunstancias concretas.

Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o niña que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia o no a un grupo minoritario, la existencia de discapacidades de cualquier índole y el contexto social y cultural. Es decir, aquellas circunstancias que hacen que sean únicos, y por eso en cada caso se utilizarán algunos elementos y no otros y también será distinta la manera en que se ponderan entre sí.

El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del Interés Superior que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido²⁴.

El carácter no exhaustivo significa que es posible no limitarse a ellos y poder tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o niña, o grupo de ellos/as. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y se requiere de una ponderación y selección dependiendo de cada situación.

²⁴ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 50

La lista debe ofrecer orientaciones concretas para los Estados parte y los responsables de la toma de decisiones y al mismo tiempo ser flexible, es decir, que de ser necesario se podrían añadir otros elementos que sean considerados apropiados.

Pero no cualquier elemento podría añadirse, al realizar esta actividad, el Comité señala, que el fin último del Interés Superior de Niño debe ser garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos y el desarrollo holístico de los niños y niñas que se encuentren comprometidos.

En consecuencia, los elementos que resulten contrarios a esos derechos consagrados en la Convención, o que tienen efectos opuestos a los mismos no pueden ser considerados para realizar la evaluación.

II. 1. Elementos que se deben considerar al evaluar el Interés Superior del Niño.

El Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el Interés Superior del Niño son los siguientes:

a. La opinión del niño o niña.

El derecho de niños y niñas a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan está establecido en el artículo 12 de la Convención. Si la opinión del niño o niña no es tenida en cuenta, o no se le atribuye la importancia que merece en una cuestión que es parte, o al momento de tomar una decisión que le afecte, no se respeta la posibilidad de que participe en la determinación de su Interés Superior.

La situación de que sean pequeños, no les priva el derecho a expresar su opinión ni tampoco reduce la importancia que se le debe otorgar.

En estas situaciones se debe someter el Interés Superior a una evaluación que dé una función a los propios niños o niñas en el proceso, prestarles apoyo para garantizar su plena participación y permitir introducir *ajustes razonables*, es decir, “*modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada e indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar (...) el goce y ejercicio en igualdad de condiciones con las demás personas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”²⁵

b. La identidad del niño o niña.

Abarca características tales como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión, las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

Todos los niños y niñas comparten las necesidades humanas universales básicas, pero la expresión de las mismas depende de una variedad de aspectos personales, físicos, sociales, incluida la evolución de las facultades de cada uno.

El derecho de los niños y niñas a preservar su identidad está garantizado por la Convención en el artículo 8 y debe ser respetado y tenido en cuenta en la evaluación de Interés Superior.

Un claro ejemplo de la preservación de la identidad al momento de la evaluación del Interés Superior (en cuanto a su identidad religiosa y cultural o el idioma), se da en situaciones en las cuales el niño o niña se encuentran en hogares de guarda o en los casos de adopción, donde se tendrá que prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación en base al respeto de su origen étnico, religioso, lingüístico y cultural.

²⁵ Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, artículo 2.

Esto sin perjuicio de que, las prácticas que sean incompatibles con los derechos que establece la Convención no responden al principio de Interés Superior. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que nieguen al niño o niña los derechos que les garantiza la Convención.²⁶

c. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.

En el contexto de una posible separación del niño o niña de su familia es indispensable realizar una evaluación de su Interés Superior. Esto es así, porque la familia es la unidad fundamental y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular niños y niñas, según el preámbulo de la Convención.

El derecho que gozan a vivir en familia está protegido por la Convención en su artículo 16. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a madres y/o padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5).²⁷

Prevenir la separación y preservar la unidad familiar son elementos importantes en el régimen de protección de los niños/as y se basa en el derecho que recoge el artículo 9, párrafo 1 de la Convención, que exige “*que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño*”. Asimismo, si se encuentra separado de uno o ambos progenitores, tiene derecho “*a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al Interés Superior del Niño*”. Esto no solo se aplica con los progenitores, sino

²⁶ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 57

²⁷ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 59

también con las personas que tengan el derecho de custodia, tutores, padres y madres adoptivos y todas las personas con las cuales el niño tenga una relación personal estrecha.

Dada la gravedad, en algunos casos, de los efectos que se producen cuando son separados de su familia, dicha medida solo debe aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño o la niña se encuentren en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo. La separación no debe llevarse a cabo si se los/as puede proteger.

Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a la familia para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la misma para cuidar al niño o la niña, a menos que la separación sea necesaria para protegerlos. Los motivos económicos no pueden ser una justificación la separación.²⁸

El propósito de esto, es velar para que dichos sujetos no estén en acogimiento alternativo de manera innecesaria, y que cuando sea necesario dicho acogimiento se haga en condiciones adecuadas que respondan al Interés Superior.

La separación solo debe barajarse en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad es insuficiente para evitar el riesgo de descuido o abandono, o un riesgo para su seguridad.

Siempre que se llegue a la instancia de la separación del niño o niña de su familia, el Estado es el encargado de garantizar que la situación de tales ha sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales con colaboración judicial, a fin de asegurar que es la única opción que satisface el Interés Superior.

Los responsables de esa decisión, velarán para que el niño o niña mantenga lazos y una relación con los familiares con los cuales ha tenido relación personal y afectiva, a menos que

²⁸ Observación General nº 14 (2014) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 61

eso sea contrario a su Interés Superior. Siempre se debe tener en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad o no de conservarlas considerando la elección e interés de cada sujeto en particular.

Al ser la separación la última ratio, como se dijo anteriormente, es necesario realizar una evaluación interdisciplinaria de los perjuicios que la misma podría llegar a provocar, y considero que en todos los casos que se omite, habrá una clara falta de fundamentación en la decisión de la separación del niño o niña de su familia. Pero también creo que los trabajos interdisciplinarios para evaluar las relaciones y la necesidad o no de mantenerlas, en algunos casos se tornan abrumadores para los mismos, colocándolos en una situación de intranquilidad, sin certeza de lo que puede pasar y termina por ser perjudicial para ellos/as. Se afectan sus derechos y se posterga la toma de otras decisiones, que pueden resultar más complejas pero muchas veces son necesarias.

Con esto quiero decir que existen determinados casos donde el apoyo por parte del Estado a las familias para que puedan continuar ejerciendo sus responsabilidades parentales y no llegar al extremo de la separación no hace más que dilatar una situación irreversible.

Con respecto a la responsabilidad parental, el único criterio que debe tenerse en cuenta es el Interés Superior del Niño en particular. Es contrario al Interés Superior que la ley, o los operadores judiciales en ejercicio de sus funciones, concedan de manera automática la responsabilidad parental a uno de los progenitores, sin tener en cuenta cual es el interés del niño o niña. Se debe evaluar teniendo en cuenta el derecho a conservar la relación con los progenitores junto con el resto de los elementos que resultan pertinentes en cada caso concreto.

d. Cuidado, protección y seguridad del niño o niña.

Al igual que la preservación del entorno familiar, la protección y el cuidado de niños y niñas también deben interpretarse en un sentido amplio. El objetivo se expresa en relación con el ideal de garantizar su bienestar y desarrollo, esto es, las necesidades físicas, materiales, educativas, y emocionales, así como su afecto y seguridad.

La evaluación del Interés Superior del Niño también debe tener en cuenta la seguridad de los mismos. Con respecto a esto la Convención establece en su artículo 19 el derecho de niños y niñas a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, y luego en los artículos 32 a 39 determina la protección contra el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y otros tratos degradantes, así como contra la explotación laboral, los conflictos armados, entre otras.

e. Situación de vulnerabilidad.

El Interés Superior del Niño en una situación de vulnerabilidad, no será el mismo que el de todos los niños/as en la misma situación de vulnerabilidad.

Se deben tener en cuenta, al momento de la evaluación, los distintos grados de vulnerabilidad de cada uno, ya que cada niño o niña son únicos y su situación debe ser evaluada de acuerdo a esa condición.

La evaluación debe ser individualizada, del historial de cada uno/a desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de su desarrollo.²⁹

²⁹ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 76

f. El derecho del niño a la salud.

El derecho a la salud, y el estado de salud son fundamentales para evaluar el Interés Superior. Se les debe proporcionar toda la información adecuada y apropiada para que entiendan la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.³⁰

g. El derecho de niños y niñas a la educación.

El acceso a la educación gratuita de calidad, la educación de primera infancia, académica o extra académica y las actividades conexas son importantes para evaluar el Interés Superior. La educación no es solo una inversión para el futuro, sino también una oportunidad de esparcimiento y participación, por ende, satisfacer esa necesidad y fomentar la responsabilidad de los niños y niñas, responde al Interés Superior.

II. 2. Equilibrio entre los elementos para evaluar el Interés Superior del Niño.

La evaluación básica del Interés Superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el Interés Superior del Niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y pueden utilizarse de diferentes maneras.

El contenido de cada elemento variará necesariamente de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.³¹

³⁰ Observación General nº 15 (2013) sobre el Derecho del Niño al disfrute del más alto nivel posible de Salud (art 24), párr. 31.

³¹ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 80

Los elementos de la evaluación pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto, en dichas situaciones se deben ponderar entre sí para determinar la solución que atienda mejor al Interés Superior del Niño o Niña, teniendo en cuenta de manera necesaria y en todos los casos, que la determinación del interés superior es *garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos que reconoce la Convención y el desarrollo holístico de niños y niñas*.

También, hay que tener presente que las capacidades de los niños y niñas evolucionan. Por lo tanto los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan ser sujetas a revisión o modificación en lugar de adoptar decisiones que sean definitivas o irreversibles.

Se debe tener en cuenta las posibles hipótesis de su desarrollo y analizarlas a corto y largo plazo.

II. 3. Salvaguardias y garantías que se deben tener en cuenta en la evaluación del Interés Superior.³²

Un elemento fundamental en el proceso de evaluación del Interés Superior es la **comunicación con los niños y niñas**. Se les debe informar sobre los servicios que existen a su disposición, las soluciones posibles y pedirles opinión respecto de información determinada.

En el caso de que se expresen a través de un representante, la obligación de este es proporcionar las opiniones del niño o niña, y en caso de conflicto se debe establecer un procedimiento para determinar otra representación.

³² Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 85 a 99.

Otro elemento es la **determinación de los hechos y la información**, que debe ser obtenida mediante profesionales capacitados para la evaluación del Interés Superior. La información y los datos que se recojan se deben analizar y verificar antes de utilizarlos en la evaluación.

La **percepción del tiempo** no es la misma en los adultos que en los niños o niñas, por ende debe ser tenido en cuenta. Los procesos de toma de decisiones que demoran mucho tiempo, pueden resultar adversos en su evolución. Por eso conviene siempre dar prioridad a los procedimientos donde los mismos participen y se puedan ver afectados y ultimarlos en el menor tiempo posible con respecto a otros casos.

Los **profesionales** que se encargan de tomar decisiones en los procesos donde forman parte los niños y las niñas deben ser calificados y especializados en cuestiones que se relacionen con el desarrollo de los mismos. El proceso se debe llevar a cabo en un ambiente agradable y seguro, por profesionales capacitados que formen un equipo multidisciplinario (psicología infantil, desarrollo humano y social de los niños) y que examinen la información de manera objetiva.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los niños y niñas deben contar con **representación letrada**, más aún si se ha sometido a un procedimiento judicial o administrativo.

La **argumentación jurídica** es sumamente importante a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño o la niña a que su Interés Superior sea evaluado y constituya una consideración primordial.

Todas las decisiones deben estar motivadas, justificadas y explicadas de manera detallada. Se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño o la niña,

los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación del Interés Superior, el contenido de los mismos, y como se han ponderado.

En caso de que la decisión difiera o no atienda al Interés Superior, se deben exponer las razones por las cuales se ha tomado dicha medida. Se debe demostrar que igualmente el Interés Superior del Niño o la Niña ha sido una consideración primordial, aunque la decisión haya sido otra.

No basta con que la argumentación sea de manera general, o la simple explicación de que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al Interés Superior, ya que no tenerlo en cuenta en la decisión final, constituye una excepción y no la regla.

Con esto, y siguiendo lo que expone el Comité en la Observación General n° 14, me refiero a que la decisión debe fundamentar de manera explícita, clara y detallada las consideraciones que han sido tomadas en cuenta en el caso concreto y se deben explicar los motivos por los cuales algunas han tenido más peso que otras y por qué el Interés Superior no ha sido considerado suficientemente importante.

Los Estados están obligados a establecer **mecanismos de revisión** en sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños y niñas en caso de que no se ajuste al procedimiento de evaluación del Interés Superior. Los niños y niñas, deben conocer y tener acceso a éstos mecanismos de forma directa o por sus representantes, cuando se hayan incumplido garantías procesales, los hechos sean inexactos, no se haya concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas o no se haya realizado adecuadamente la evaluación. Todos estos aspectos deben ser evaluados por el órgano revisor.

Otra consideración fundamental es la **evaluación del impacto en los derechos del niño y de la niña**. A través de la misma se pueden prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa en el disfrute de sus derechos.

Se debería realizar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño y de la niña.

Dicha evaluación se debe incorporar en todos los procesos utilizando diferentes metodologías y prácticas, como mínimo se debe utilizar la Convención y sus Protocolos Facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en principios generales. Además pueden utilizarse aportaciones de los niños y niñas, de la sociedad civil, de expertos en la materia, organismos públicos, investigaciones académicas, entre otros.

CAPÍTULO III.

El Interés Superior del Niño y su relación con otros principios generales de la Convención.

Se debe tener en cuenta que la relación del Interés Superior del Niño no es solamente con los demás principios generales, sino también con los demás principios y derechos que establece la Convención, de los cuales algunos se tienen en cuenta como elementos para la evaluación antes mencionada.

En cuanto a los principios generales, sabemos que el Interés Superior del Niño es receptado como uno de ellos por parte de la Convención, y se relaciona con los otros tres principios generales³³ que serán expuestos a continuación.

III. 1. El Interés Superior del Niño y el Derecho a la no discriminación (art. 2).

El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños y todas las niñas la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

III. 2. El Interés Superior del Niño y el Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6).

Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños y niñas. Al evaluar y determinar el Interés Superior, el

³³ Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una consideración primordial, párrafo 41 a 43

Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

III.3 El Interés Superior del Niño y el Derecho a ser escuchado (art. 12).

La evaluación del Interés Superior debe abarcar el respeto del derecho del niño o niña a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así lo establece con claridad la Observación General n° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos entre el artículo 3, párrafo 1 y el artículo 12.

Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el Interés Superior del Niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o niña y su inclusión en todos los aspectos que le afectan, incluida la evaluación de su propio Interés Superior.

El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños y niñas en todas las decisiones que afecten su vida.

El Comité ha determinado que a medida que el niño o niña maduran, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su Interés Superior. Esto no excluye, como ya hemos dicho, que el interés de niños y niñas pequeños o bebés no se tenga en cuenta, ellos tienen los mismos derechos que los demás a que su Interés Superior sea tenido en cuenta. En esos casos, al no poder expresarse por sí mismos, los Estados deben proporcionar y garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación cuando corresponda, ya que el párrafo 2 del artículo 13 establece el derecho de los niños y niñas a ser

escuchados/as ya sea directamente o a través de un representante, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

CAPÍTULO IV.

El principio de Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia.

Para realizar el análisis jurisprudencial, se han seguido las líneas de investigación utilizadas en “La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa”³⁴, bibliografía donde se analizan casos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación y fallos del Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa.

IV. 1. Casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posteriores a la Reforma Constitucional de 1994.

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al plexo constitucional, mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, ha marcado la evolución jurisprudencial en materia de protección de derechos de niños y niñas. El impulso que ha generado la Convención en el cambio del Paradigma de la Situación Irregular a la Protección Integral ha motivado la lenta pero incesante transformación en las opiniones y decisiones de los jueces.

Si bien se presencian resabios de la doctrina de la Situación Irregular, no puede desconocerse los avances realizados en la construcción de una visión de la niñez, reflejada en jurisprudencia consonante con el Paradigma de Protección Integral.

Es posible advertir que con anterioridad a la reforma constitucional las causas que arribaron al máximo tribunal y que abordaban el análisis del principio del Interés Superior del Niño habían sido escasas. Con posterioridad, se generó una proliferación en la utilización de este principio rector.

³⁴ Colección “Libros Académicos de Interés Regional”. Ed.: Bertolé, Cecilia – Colombato, Lucía (2014) pp. 41 y ss.

Es importante destacar también, que los jueces comenzaron a aplicar progresivamente el principio de Interés Superior en sus decisiones, con arreglo a la situación concreta del niño o niña afectados, teniendo en cuenta el contexto, la situación y necesidades personales. Además de la ampliación del espectro de derechos protegidos, existe un aumento significativo de la variedad de derechos de niños y niñas cuya protección se ha perseguido en la jurisprudencia.

▪ **“Torres Alejandro Daniel s/ adopción”, del 15 de febrero de 2000 (Fallo 323:91)³⁵**

Julia del Carmen Canelo había solicitado la adopción del niño Alejandro Daniel Torres sin especificar qué tipo de adopción requería y la legislación vigente, en ese momento, negaba eficacia jurídica a una petición en tal sentido (artículo 21 segunda parte de la ley 19134 de adopción de menores). La sentencia de primera instancia había concedido la adopción plena y se había limitado a apreciar la idoneidad de la peticionante de la adopción sin tomar en cuenta el hecho de que el niño mantenía contacto, aunque esporádico, con su madre biológica y deseaba continuar manteniéndolo.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había confirmado dicha resolución y rechazado también el pedido formulado por el Asesor de Menores acerca de que se declarara la nulidad del fallo que había hecho lugar a la adopción plena y se dictara uno nuevo otorgándole el carácter de simple, fundado en que se habían violado las disposiciones de la ley 19.134 (Régimen de adopción de menores).

Todo ello había motivado que la actora interpusiera el Recurso Extraordinario Federal, cuya denegación permitió el planteo de queja ante la Corte. El máximo tribunal resolvió hacer lugar al recurso, dejó sin efectos las decisiones apeladas y otorgó la adopción simple del niño Alejandro Daniel Torres a Julia del Carmen Canelo.

Entre sus fundamentos, la Corte aplicó los siguientes criterios:

³⁵ Texto del libro “La incorporación de nuevos Sujetos y nuevos Derechos Humanos en La Pampa” pp. 49-50.

1. El encasillamiento del otorgamiento de la adopción en los artículos 11 y 16, inciso c de la ley 19.134 que disponen que *“el padre o la madre del menor no serán necesariamente citados a juicio, y no se admitirá su presentación espontanea en los siguientes casos: [...] cuando hubieren manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial, o por instrumento público”*, a fin de justificar la adopción plena resulta insuficiente para concederla toda vez que, al dictarse la sentencia, la Convención sobre los Derechos del Niño ya había adquirido rango constitucional y su artículo 3 manda a los tribunales a atender primordialmente el Interés Superior del Niño. A su vez, el artículo 21 de la ley lo reitera en materia de adopción y el artículo 8 compromete a los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad. El artículo 330 del Código Civil, que establece que *“el juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple”*, solo establece como recaudo para la adopción simple, justamente, el hecho de que ésta sea mas conveniente para el menor que la plena, es decir, basta la sola conveniencia del mantenimiento del vínculo con la familia biológica y que, al haberse otorgado la adopción plena, no se consultó el interés del menor.

2. Como no se ha tenido en cuenta la información relativa a la situación jurídica del niño en relación con sus padres, se exige llegar a la solución más adecuada al desarrollo de la personalidad del menor, en un contexto de vida sano, equilibrado, afectivo y educativo.

3. El haber consentido la adopción plena, no impide el otorgamiento de la adopción simple porque se trata de un proceso voluntario, para el cual las normas procesales deben adecuarse a las sustanciales, máxime si el adoptante y el propio menor prestaron su conformidad con el cambio requerido por el representante promiscuo.

- **“G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, del 26 de octubre de 2010 (Fallo 333:2017)³⁶**

La actora, madre de dos niñas de diez y catorce años de edad, había iniciado un incidente por cesación del régimen de contacto que sus hijas mantenían con su padre, quien estaba acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas y solicitaba verlas.

La primera instancia había hecho lugar a dicha suspensión; a su turno, la Cámara Civil y Comercial había revocado la sentencia, disponiendo que hasta tanto se resolviera el incidente interpuesto debería cumplirse con el régimen de visitas estipulado oportunamente por los padres. Por su parte, el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires había resuelto hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre de las niñas y establecido un sistema de encuentros más acotado y asistido, con la presencia de la psicóloga del Juzgado actuante, hasta tanto se resolviese el incidente de supresión de visitas.

Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso Recurso Extraordinario y la Corte Suprema, declarándolo admisible, decidió dejar sin efecto las sentencias que autorizaban el régimen de visitas.

La Corte destacó que:

1. Cualquier solución que se adopte debe empezar por recordar que el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres son cánones unánimemente aceptados, como también lo es que deberían favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia a raíz de la falta de convivencia, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya seriedad importe otro proceder.

³⁶ Texto del libro “La incorporación de nuevos Sujetos y nuevos Derechos Humanos en La Pampa” pp. 54-55.

2. Frente a la manifestación extrema de violencia, como el abuso sexual, no es razonable que las decisiones se funden maquinalmente.

3. Los jueces deben evitar desenvolverse a espaldas de las disciplinas de salud, por lo que el alcance de los mecanismos de intervención judicial deberían establecerse con ajuste a una visión especializada.

4. No es desatinado provocar la inmediata separación del niño respecto del supuesto perpetrador, sobre todo, en un plano estrictamente precautorio con miras a detener el progreso y la perpetuación del eventual abuso y de prudencia, ya que posponer la cautelar a las resultas de una investigación previsiblemente prolongada, podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable.

5. Resulta trascendental la designación de un letrado especializado en la materia para que patrocine a niños y niñas.

IV. 2. Jurisprudencia de la provincia de La Pampa.

- **“Barcar, Néstor Enrique en causa 113/03 (reg. Cámara en lo Criminal n°1) s/ Recurso de Casación”, del 8 de marzo de 2005. Fallo del Superior Tribunal de Justicia.**³⁷

El meollo del caso consistía en determinar si el testimonio de una niña, víctima de delito de abuso sexual con acceso carnal, brindado en la Etapa de Instrucción e incorporado al debate mediante lectura, afectaba las garantías del debido proceso y del derecho de defensa del imputado, al no permitírsele a esa parte el control de dicho acto. El Superior Tribunal de Justicia rechazó el recurso interpuesto por el Defensor General.

Resultan destacables los siguientes criterios:

³⁷ Texto del libro “La incorporación de nuevos Sujetos y nuevos Derechos Humanos en La Pampa” p. 82.

1. Ante la posibilidad de que la niña víctima del delito sufra un sentimiento mayor de pudor en su ánimo o una situación de revictimización es legítimo denegar la presencia del defensor en la audiencia. Esta protección tiene respaldo en el Interés Superior del Niño.

2. La discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encaradas desde perspectivas asistencialistas y tutelares, han cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de derechos para los más chicos.

3. El libre juego de la defensa y acusación, como así también la actividad probatoria dirigida desde el primer momento a la averiguación de la verdad real, sin perjudicar los derechos del imputado, no deben significar para las víctimas nuevas situaciones de angustia.

4. A menudo el sistema penal se aleja de la comprensión que necesita la víctima, debido principalmente a que la atención está dirigida al autor del delito.

5. No se pretende hacer prevalecer el interés del niño, restringiendo los derechos de defensa del imputado, sino que existieron argumentos pertinentes y suficientes que permiten limitar el acceso del recurrente a la declaración de la víctima.

Conclusiones.

Como se ha dicho, cuando hablamos del principio de Interés Superior del Niño, hablamos de un concepto jurídico indeterminado. La ley no precisa los límites, es un concepto amplio que debe adaptarse a las situaciones particulares para poder ser aplicado beneficiando siempre los intereses de los niños y niñas en juego.

Podría decirse que es un concepto “vacío” que se debe llenar teniendo en cuenta las características de cada caso, y por supuesto no es una tarea fácil, ni en todos los casos será igual, atento a la diversidad de circunstancias y sujetos que puedan presentarse.

Para clarificar este concepto y ponerlo en práctica es necesario principalmente interpretar de manera rigurosa las disposiciones del artículo 3 párrafo 1 de la Convención, para poder resolver con ciertos argumentos que solamente surgen de una interpretación exhaustiva de la letra de la ley.

A su vez, la Observación General n° 14 también es de gran importancia. El Comité ha elaborado una serie de elementos que pueden ser tenidos en cuenta por los operadores al momento de evaluar el Interés Superior. Conforman una lista, que si bien tiene orientaciones concretas, es flexible en el sentido de que se pueden dejar de lado ciertos elementos, o incluir nuevos atendiendo a los hechos concretos de cada situación particular, siempre y cuando sean respetuosos de los derechos de los niños y niñas.

A mi entender, sirve de norte o punto de orientación para quienes deben cumplir con el deber de tomar decisiones en asuntos donde se vea involucrado dicho colectivo. Es decir, funcionan como una guía para poder “llenar” ese concepto vacío.

El Interés Superior del Niño es un principio-derecho que debe ser aplicado y tenido en cuenta en consonancia con los demás principios y derechos reconocidos por las leyes y la Convención de los Derechos del Niño.

No solo constituye la obligación para los operadores judiciales, legislativos y de la administración de estimarlo al momento de resolver, sino que también es una limitación y una prescripción imperativa para los mismos, ya que deben tenerlo en cuenta como una consideración primordial.

Pero no en todos los casos funciona así, ni se realiza de manera adecuada. La teoría, por así decirlo, no siempre se comprueba en la práctica.

Son personas adultas las que se encargan de decidir respecto de cuestiones vinculadas a los niños y niñas, y no siempre actúan en el marco de la Protección Integral: “el nuevo paradigma”, y digo así porque hace varios años que está vigente en nuestro derecho y aún sigue considerándose *nuevo*.

Quizá sea porque todavía pueden quedar resabios de la Situación Irregular, aún con los postulados de la Convención incorporados como parte de los textos constitucionales a partir de su aprobación y entrada en vigencia en el año 1989. Además, a nivel nacional recién en el año 2005 se promulgó la ley 26.061 de Protección Integral.

Todos los procesos de aceptación y puesta en marcha de los cambios que nos trajo la Convención en nuestro país no son tan antiguos, lo que conlleva a que siga habiendo fallas en la implementación de la Protección Integral.

Con esto me refiero, a que no todas las decisiones que se toman son respetuosas de los derechos que este colectivo ha adquirido con el correr de los años.

Para que esto suceda, se requieren personas que se (pre)ocupen y estén capacitados en Derechos Humanos, y sobre todo Derechos de la Niñez y todas las temáticas vinculadas al respecto para que se cumplan con los principios plasmados por este paradigma.

Hubo grandes avances doctrinarios y jurisprudenciales, donde se decide y se argumenta dentro de los marcos de la Convención y de los postulados de la Protección Integral de los derechos de los niños y niñas, pero aún no es suficiente.

No solo se trata de tomar una decisión y plasmarla en un papel, si no considerar a los niños y niñas como sujetos con las mismas características y los mismos derechos que los adultos, brindarles protección y por sobre todo respeto.

Respeto por sus intereses, por sus derechos, y por la protección que los mismos gozan. Y esto no solo le corresponde a las autoridades, si no que nos corresponde a todos. A las familias, a las instituciones de educación, de salud, a la sociedad en general.

Todos los niños y niñas son sujetos de derecho y no más objetos de protección, y es de esa forma como deben ser tratados en todos los ámbitos de su vida.

Así, resulta necesario realizar acciones o tomar decisiones que no los vulneren en sus derechos, sino por el contrario, que los maximicen o, en última instancia, que los restrinjan de la menor forma posible.

Bibliografía.

- **“El Interés Superior del Niño: concepto y delimitación del término”** – RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac – *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n°2 – 2012.
- **“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”** – CILLERO BRUÑOL, Miguel – *Justicia y Derechos del Niño*, n° 9, UNICEF – 2006.
- **“El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna, a los XXV años de la Convención”** – CARDONA LLORENS, Jorge.
- **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.**
- **Observación General n° 14 sobre el Derecho del niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial.** – Comité de los Derechos del Niño – 2013.
- **Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.** – 2005.