

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR”

Apellido y Nombre/s del/la alumno/as: DEMARCHI, Nadia Soledad
RODRIGUEZ LORENCES, Ana Paula

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

Encargado del curso Prof.: BERTOLE, Cecilia Andrea.

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2019.

Sumario: INDICE; INTRODUCCION; INTERES SUPERIOR DEL NIÑO;
NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES;
EVALUACION Y DETERMINACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO;
ELEMENTOS PARA AL EVALUACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO;
GARANTIAS PROCESALES EN LA OBSERVANCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL
NIÑO; CONCEPTO Y DELIMITACION DEL TERMINO INTERES SUPERIOR DEL
NIÑO; NOCIONES TEORICAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONCEPTO DEL
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO; DELIMITACION DOCTRINAL DEL CONCEPTO; EL
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION; FUNCIONES
DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y NIÑA; JURISPRUDENCIA; EL INTERES
SUPERIOR DEL NIÑO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACION; CASOS ANTERIORES A LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994; CASOS POSTERIORES A LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994; EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA
JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE
LA PAMPA; CONCLUSION.

Índice

Introducción	4
Interés superior del niño.....	6
Naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes.....	7
Evaluación y determinación del interés superior del niño.....	10
Elementos para la evaluación del interés superior del niño.....	11
Garantías procesales en la observancia del interés superior del niño.....	15
Concepto y delimitación del termino interés superior del niño.....	17
Nociones teóricas y jurisprudenciales sobre el concepto del interés superior del niño.....	18
Delimitación doctrinal del concepto.....	18
El interés superior del niño en el marco de la Convención.....	22
Funciones del interés superior del niño y niña.....	25
Jurisprudencia.....	26
El interés superior del niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	26
Casos anteriores a la reforma constitucional de 1994.....	27
Casos posteriores a la reforma constitucional de 1994.....	30
El interés superior del niño en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Pampa.....	34
Conclusión.....	40
Bibliografía.....	42

Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido aprobada por los Estados miembros de las Naciones Unidas. Este instrumento internacional reconoce a las niñas, los niños y adolescentes como sujetos de derechos, y establece que los Estados deben garantizar sus derechos de manera prioritaria. El Comité de los Derechos del Niño ha dado a conocer el contenido de la Convención, el mismo interpreta el alcance de los artículos por medio de las Observaciones Generales.

El objeto del presente trabajo es un análisis sobre la Observación General N° 14, la cual reconoce al niño y a la niña el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que lo afecten, en la esfera pública y en la privada. Dicha observación se encuentra establecida en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención mencionada anteriormente.

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y tendientes al desarrollo holístico del niño y la niña. En la presente Observación General, la expresión “el interés superior del niño” abarca tres dimensiones: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

El interés superior del niño es un concepto flexible y adaptable, debe evaluarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño/a o grupo de niños/as. La evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos - la opinión del niño; identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad del niño; situación de vulnerabilidad y el derecho del niño a la salud- que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No

todos los elementos serán oportunos en todos los casos, incluso en ciertos casos pudiendo entrar en conflicto los mismos.

Asimismo, para garantizar la observancia del derecho del niño establecido en la pertinente observación general se deben establecer y aplicar algunas garantías procesales que estén adaptadas a sus necesidades, las cuales son, el derecho del niño y la niña a expresar su propia opinión, la determinación de los hechos, la percepción del tiempo, la representación letrada, entre otras.

Impone a los Estados una obligación jurídica y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome. Significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones.

Interés superior del niño

El 20 de noviembre de 1989, los Estados miembros sancionaron en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención de los Derechos del niño. Este instrumento internacional reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece como uno de sus principios rectores al interés superior en su artículo 3, párrafo 1. El mismo reconoce al niño y niña el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, en la esfera pública y en la privada.

El objetivo de la aplicación del concepto de interés superior del niño es garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

El Comité ya ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño¹. Esto conduce a reconocer el pleno y efectivo disfrute de todos los derechos establecidos por la Convención.

Este término al ser un concepto jurídico indeterminado, presenta algunas dificultades al momento de ser evaluado. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, serán los encargados de aclarar ese concepto.

En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño y niña en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas, se debe valorar y establecer el interés superior del niño

¹ UNICEF. (2013) “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3,párrafo 1)”. En “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño”. (pp. 259).

en general atendiendo a las situaciones del grupo concreto o los niños y niñas en general. Siempre respetando en ambos casos los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.

No obstante, este concepto al ser flexible puede dejar margen para la manipulación, ya que ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales.

Para poder garantizar la aplicación de este concepto se establece una obligación intrínseca para los Estados, de aplicación directa e inmediata y puede invocarse ante los tribunales. Los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

El propósito general de la Observación General N° 14, es promover un cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños y niñas como titulares de derechos. Esto se refleja en algunos aspectos, como son: la elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos; las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan; las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto; entre otros.

Naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial. Para tal fin, el artículo 3, párrafo 1, establece tres tipos de obligaciones que deben cumplir los Estados partes, ellas son:

1.1 La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique en todas las medidas de las instituciones públicas;

1.2 La obligación de velar por todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños, que las mismas dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial;

1.3 La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado.

Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas de aplicación de conformidad con los artículos 4, 42 y 44, párrafo 6, de la Convención; entre ellas se encuentra: examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar y que se tenga en cuenta el interés superior del niño tanto en las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, como en los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles; revalidar el interés superior del niño en la asignación de los recursos nacionales para programas y medidas destinados a dar efectos a los derechos del niño, en las actividades que reciben asistencia internacional o ayuda para su desarrollo; proporcionar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores, para que comprendan el alcance del derecho protegido, crear las condiciones necesarias para que los niños expresen su punto de vista y velar por que a sus opiniones se les dé la importancia debida; asimismo aportar información y capacitación sobre la aplicación del artículo 3, párrafo 1 a quienes son los responsables de la toma de decisiones que afectan al niño y niña, sea directa o indirectamente; etcétera.

La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten.

El interés superior del niño, es un concepto flexible, se debe evaluar y determinar en función de las circunstancias específicas. Una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado.² Lo mismo debe realizarse si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño. Si no es posible lograr una armonía entre los mismos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y apreciar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, es decir, que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones.

Como mencionamos anteriormente, el interés superior del niño se vincula y relaciona con otros derechos establecidos en los artículos 2, 6 y 12 de la Convención. Comenzamos haciendo referencia al *derecho a la no discriminación* –artículo 2- el cual exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas a fin de garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos, y evitar de esta manera que se den situaciones de desigualdad.

² UNICEF. (2013) “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. En “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño”. (pp. 266).

Otro de los derechos mencionados por la Convención, en su artículo 6, es el *derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*, en el cual los Estados deben crear un contexto en el que se respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños y niñas.

El artículo 12 de la Convención establece el *derecho a ser escuchado*, el mismo debe abarcar el respeto de otros derechos, como expresar libremente su opinión y a que esta se tenga en cuenta en todas las decisiones que afectan a su vida. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, se debe tener en cuenta la evolución de las facultades del niño. El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior³. En el caso de los bebés y los niños que no quieran o no puedan expresar su opinión, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados para evaluar su interés superior. La Convención establece el derecho del niño a ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Evaluación y determinación del interés superior del niño

A la hora de tomar una decisión, la evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse.

La “evaluación del interés superior” es una actividad singular que consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el

³ UNICEF. (2013) “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. En “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño”. (pp. 267).

sexo, el grado de madurez, la experiencia, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores.

La “determinación del interés superior del niño” es un proceso estructurado que cuenta con garantías específicas para determinar el interés superior del niño, y toma como base la evaluación del interés superior.

Elementos para la evaluación del interés superior del niño

El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido:

2.1 La opinión del niño: el artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión se toma, sin tener en cuenta el punto de vista del niño o no le otorga a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad del niño a que participe en la determinación de su interés superior. En el caso de niños muy pequeños o que se encuentre en una situación vulnerable, se deben adoptar las medidas concretas a fin de no privarlo del derecho a expresar su opinión, y no reducir la importancia que debe concederse a sus opiniones.

2.2 La identidad del niño: comprende características como el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a preservar su identidad está reconocido y garantizado en el artículo 8 de la Convención. En cuanto a la identidad religiosa y cultural se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso,

cultural y lingüístico, y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño⁴.

2.3 *La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones:* es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres.

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, especialmente los niños. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida.

En el régimen de protección del niño, dos elementos importantes son, prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar. Los mismos se vinculan con el derecho establecido en el artículo 9, párrafo 1, 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”. El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene igualmente derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso y con el fin de proteger al niño. Es decir, antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño. La separación del niño de los padres no puede basarse en motivos económicos, pero estos deben considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar el apoyo apropiado a la familia.

⁴ UNICEF. (2013) “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3,párrafo 1)”. En “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño”. (pp. 270).

En caso de producirse la separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados cuando sea posible, con la colaboración judicial apropiada a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Cuando sea necesaria la separación, los responsables de la toma de decisiones serán los encargados de velar por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares, entre otros), salvo que sea contrario a su interés superior. En las decisiones relativas a la periodicidad y duración de las visitas, debe tenerse en cuenta tanto la calidad de la relación como la necesidad de conservarla.

La conservación del entorno familiar abarca la preservación de las relaciones del niño, las mismas comprenden a la familia ampliada - los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela- y el entorno en general.

2.4 Cuidado, protección y seguridad del niño: se vinculan con la idea de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, comprende tanto sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

Dentro de las necesidades básicas del niño, se encuentra el cuidado emocional; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, si el mismo es adecuado, mantenerlo a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

La evaluación del interés superior del niño asimismo debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de daño o abuso físico o mental, el acoso sexual, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual, económica, laboral, etcétera.

2.5 *Situación de vulnerabilidad*: la consideración de este elemento en la determinación del interés superior del niño se refiere al pleno goce de los derechos establecidos en la Convención, y en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. Las situaciones de vulnerabilidad que pueden presentarse son: tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, vivir en la calle, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, etcétera.

Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única⁵. Se debe efectuar una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, y durante todo el proceso de desarrollo del niño.

2.6 *El derecho del niño a la salud*: si el niño padece una enfermedad y hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben evaluar las distintas ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios.

Se debe proporcionar al niño información adecuada para que entienda la situación y todos los aspectos oportunos en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado. Es decir, se tiene en cuenta la opinión del niño en función de su edad y madurez.

2.7 *El derecho del niño a la educación*: los Estados partes deben contar con docentes y otros profesionales relacionados con la educación que estén perfectamente capacitados a fin de promover la educación o una educación de mejor calidad para más niños. También debe tener

⁵ UNICEF. (2013) “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. En “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño”. (pp. 272).

un entorno adecuado para los niños, métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados, teniendo en cuenta que la educación es una inversión de cara al futuro, y una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto y la participación y el cumplimiento de las ambiciones.

Al ponderar los distintos elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos consagrados en la Convención, y el desarrollo holístico del niño.

Garantías procesales en la observancia del interés superior del niño

Para asegurar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas garantías procesales que estén adaptadas a sus necesidades.

Los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan. También deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, especialmente en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.

Al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño se deben observar las siguientes garantías:

3.1 *El derecho del niño a expresar su propia opinión:* la comunicación con los niños es un elemento fundamental del proceso para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. Cuando el niño expresa su opinión mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento mediante el cual el niño pueda acudir a una autoridad para determinar otra forma de representación (por ejemplo, un curador ad litem), si es necesario.

3.2 *La determinación de los hechos:* los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos para la evaluación del interés superior del niño. Se pueden realizar entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto a diario con el mismo, entre otras cosas. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de ser utilizados.

3.3 *La percepción del tiempo:* los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos perjudiciales en la evolución de los niños. Por lo expuesto, conviene dar prioridad a los procesos que están vinculados con los niños, y resolverlos en el menor tiempo posible. La decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evolucionan sus facultades y su capacidad para expresar su opinión.

3.4 *Los profesionales cualificados:* son los encargados de evaluar las características y necesidades propias de cada niño. En dicha evaluación lo adecuado sería contar con la participación de un equipo interdisciplinario de profesionales.

3.5 *La representación letrada:* el niño deberá contar con representación letrada adecuada cuando los tribunales hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior.

3.6 *La argumentación jurídica:* cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada, indicando explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los mismo y la forma en que se han ponderado para

determinar el interés superior del niño. En el supuesto que la decisión no coincida con la opinión del niño se deben exponer los motivos por los que se ha optado.

3.7 Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones: cuando alguna decisión parezca no ajustarse al procedimiento pertinente de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños, se puede acudir a estos mecanismos establecidos por los Estados. Dichos mecanismos deben darse a conocer al niño, debe tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, se deben examinar todos los aspectos, por ejemplo si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño.

3.8 La evaluación del impacto en los derechos del niño: debe incorporarse en todos los niveles y lo antes posible a los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño.

El análisis de la propia evaluación del impacto debería culminar en la formulación de recomendaciones de modificaciones, alternativas y eventuales mejoras, poniendo las mismas a disposición del público.

El Comité recomienda a los Estados que difundan la presente Observación General entre los parlamentos, las administraciones públicas y el poder judicial, en los planos nacional y local. Asimismo debe llegar a conocimiento de todos los niños, los profesionales que trabajan para los niños y con ellos (abogados, docentes, tutores o curadores, trabajadores sociales, entre otros) y la sociedad civil en general.

Concepto y delimitación del termino interés superior del niño

El principio del interés superior del niño ha sido escogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas nacionales más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad.

Tal interés tiene una justificación objetiva como es la imposibilidad que tienen los niños y las niñas de dirigir plenamente sus vidas con el acompañamiento durante el desarrollo de su autonomía progresiva en la toma de decisiones, y en la necesidad de que las situaciones que los rodean les sean especialmente favorables en esta etapa de su vida.

Rivero en el texto “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” afirma que, cuando se trata de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta el interés superior del niño se enfrenta a la primera disconformidad; las personas que abordan y deciden esa cuestión –como son los representantes legales y jueces- en la mayoría de los casos, no logran apartarse de sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encarando la cuestión y valorando ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de pensar única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y valores.

Se debe analizar si realmente se está aplicando esta noción por parte de los actores sociales que rodean la vida del niño y cómo se está procediendo a ello, para evitar que dicha expresión pueda dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho.

Nociones teóricas y jurisprudenciales sobre el concepto del interés superior del niño

Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Por este motivo, dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el favor filii, es decir, un principio jurídico básico que se resume en la protección integral de los hijos, entendiéndose como superior a cualquier otro derecho del menor, que primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto.

Delimitación doctrinal del concepto

En el ámbito doctrinal, hay distintas opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés superior del niño y de la niña, y también son variadas las perspectivas psicosociales y jurídicas que han contemplado dicho interés.

Dentro de los doctrinarios, Roca Trias en la obra “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado. El elemento central de cualquier discusión sobre el tema debe partir de que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, afirma que el interés superior del menor es una proyección de la personalidad de las personas menores de edad.

Desde este punto de vista, el interés del niño y niña es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del niño, con miras a facilitar el libre desarrollo de su personalidad.

Borrás, desde una perspectiva más internacional, sostiene que partir del interés superior del niño lleva a englobar instituciones que bajo cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

En síntesis, los mencionados derechos han sufrido una importante evolución, pasando de un estadio en el que predominaba el poder paterno, a una etapa en la que prevalecen los derechos del individuo.

Siguiendo la tendencia expuesta por Borrás, esa evolución queda patente en diversos Convenios de La Haya que comprende desde 1902 hasta 1996, donde la mencionada conferencia adoptó el Convenio de 19 de octubre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes.

Otra concepción un tanto limitada es la de Sánchez y Seijas, la misma entiende que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, en base a los datos que las partes interesadas le van facilitando. En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, conforma a todas las pruebas que se le ofrecen a lo largo del proceso.

Esta opinión, es cuestionable ya que la aplicación de dicha cláusula no sólo le corresponde a la autoridad judicial. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cita, asimismo al juez, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y en su artículo 18.1, cita a los padres o representantes legales.

El ordenamiento jurídico inglés se ha preocupado en determinar qué es el bienestar o interés del menor, entre sus principales expositores se encuentra la opinión de Bromley, uno de los autores de referencia del derecho de familia anglosajón, al tratar el “welfare principle” (principio del bienestar) sostiene que, aunque ese principio es considerado como la piedra angular del moderno “custody law” (derecho de custodia), es difícil encontrar una concreción judicial de lo que se cree que signifique el término welfare (bienestar), problema que comparten asimismo los autores españoles. En su obra cita como una de las pocas definiciones, la del Juez Lindley, en el caso *Re McGrath* (“Infants”), 1893, quien declaró que “el bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por comodidad física. La palabra bienestar - “welfare” - debe ser entendida en el sentido más amplio del término. El bienestar

moral y religioso debe ser tomado tan en consideración como el bienestar físico. Tampoco, por descontado, deben ser ignorados los vínculos de afecto”.⁶

Es importante además, considerar las palabras del juez Hardy Boys, en el caso *Walter v. Walter and Harrison*, originado en 1981 en Nueva Zelanda, al afirmar que el término *welfare* era omnicomprendivo. Abarca de esta manera el bienestar material, en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, y en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de una buena salud.

La estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño. Lo material debe valorarse pero en un plano secundario.

Por todo lo expuesto anteriormente, podemos decir que el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas. Como resultado de esto, la regulación que se desarrolle de este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas originados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas y de forma independiente para reclamar su efectividad.

En el ámbito jurisprudencial, tampoco se ha resuelto este tema. Este concepto es concebido como una noción abstracta, que confiere cierto grado de autonomía a los órganos jurisdiccionales, según las circunstancias en cada caso concreto. Algunos autores se manifiestan a favor de esta ambigüedad e indeterminación, porque la consideran como elemento fundamental que faculta al juez para acercarse a la verdadera situación en que se halla el niño y decidir así lo más favorable para él.

⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. (2012). “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. En *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n° 2. (pp. 89)

El interés superior de niño, al ser un concepto jurídico indeterminado, necesita ser circunscripto a cada situación específica. En estos casos la norma no ofrece la solución directa de cada caso, la misma debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto.

La introducción de cláusulas generales en un ordenamiento jurídico tiene sus ventajas como la posibilidad de que el intérprete adapte las soluciones a los criterios de conciencia social que han de prevalecer en cada momento en la aplicación de una materia en constante evolución como es el caso del Derecho de familia. Permite la adaptación del mandato establecido por ley a cada supuesto concreto, atendiendo a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse, y el mantenimiento de su validez a lo largo de un amplio período de tiempo gracias a la posibilidad de ser interpretada de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo.

La inclusión de este tipo de cláusulas en la legislación también presenta inconvenientes como la interpretación personal, que puede acarrear desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado.

El interés superior del niño en el marco de la Convención

Durante el siglo XX se ha desarrollado un intenso proceso destinado a abordar el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, siendo su máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos del mundo en temas de gran relevancia como son los derechos y deberes de las familias y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos, entre otros. Es decir, se considera a la convención como un instrumento de amplia aceptación social.

Una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos es la superación de visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas referentes a sus derechos fundamentales.

Sin embargo, se presenta un problema vinculado a la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las diferentes culturas, así lo sostiene la vertiente “comunitarista”, dando origen a debates. Esta polémica se ha extendido también al ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto, surgieron argumentos que sostenían que el principio del interés superior del niño podía operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural. Permitiendo de este modo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquirirían en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podía exigir, en determinadas circunstancias contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

En oposición a la vertiente “comunitarista” mencionada anteriormente, surge la idea de un “minimalismo” que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1996).⁷

Como consecuencia de lo expuesto, la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con los derechos reconocidos por la Convención,

⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2007). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. En UNICEF, “Justicia y derechos del niño” Número 9, Comité editorial. (pp. 125).

la aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos.

La Convención es una especificación de los derechos de los niños para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, sus derechos y deberes recíprocos. Es decir, constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos. Desde esta perspectiva, el enfoque de los derechos humanos permite organizar desde una mirada diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

En este sentido, la Convención representa una oportunidad para desarrollar un nuevo esquema para comprender la relación del niño con el Estado y las políticas sociales-públicas. Asimismo, actúa como un ordenador de las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, el cual se organiza a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos.

El reconocimiento de los derechos de los niños, en los distintos sistemas jurídicos ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que los niños fueron ignorados por el derecho y solo se protegían jurídicamente las facultades, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado quedando fuera de la regulación de los asuntos públicos.

En una segunda etapa, se percibe un aumento en la preocupación por los niños y comienza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos distintos a los de sus padres. En esta fase el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes o disposiciones. En efecto, se puede decir que los intereses de los niños pasan a formar parte de los asuntos públicos.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por

consecuencia, jurídicamente protegido.⁸ Dicho principio ha ido evolucionando conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ha alcanzado un importante grado de desarrollo. Debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y trasgresión de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

El interés superior del niño es la plena satisfacción integral de sus derechos, pretende otorgarle efectividad y exigibilidad a los mismos. El contenido del mismo son los propios derechos.

La Convención plantea este principio como una garantía de la vigencia de los demás derechos, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos, titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. Toda decisión vinculada al niño, debe considerar primeramente sus derechos.

En síntesis, el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

Funciones del interés superior del niño y niña

Este principio garantista cumple además distintas funciones, entre las cuales se encuentran:

1.1 Función hermenéutica: se lo considera una norma de interpretación, que permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. Su interpretación sistemática asegura la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

1.2 Resolución de conflictos: interviene en situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estas circunstancias el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho, recurriendo a una ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería

⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2007). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. En UNICEF, “Justicia y derechos del niño” Número 9, Comité editorial. (pp. 125).

conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.⁹

Puede ocurrir en otros casos, que se presenten conflictos entre los derechos del niño – interés del niño- y los derechos de otras personas –interés colectivo-, donde la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar relegada por el interés colectivo. Es decir, los derechos del niño, deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de terceros; se considera con alguna prioridad a la infancia.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción concurrente de todos sus derechos. Una correcta aplicación del principio, exige un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que pueden verse afectados por la resolución de la autoridad. Siempre debe tomarse la medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de los mismos, considerando el número de derechos afectados y su importancia relativa.

Jurisprudencia

El interés superior del niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tanto en el ámbito nacional como en el provincial, se produjo un desarrollo jurisprudencial, el cual ha cambiado luego de la reforma constitucional del año 1994, como consecuencia de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestra Carta Magna, a través del artículo 75 inciso 22.

Con anterioridad a la reforma constitucional, fueron limitadas las causas vinculadas con los derechos del niño que han llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con

⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2007). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. En UNICEF, “Justicia y derechos del niño” Número 9, Comité editorial. (pp. 125).

posterioridad a la mencionada reforma, se produjo una proliferación en la utilización del interés superior del niño como principio rector.

Asimismo, se han dado avances en la construcción de una nueva visión sobre la niñez, y una protección integral de la misma, abandonando la doctrina de la situación irregular, y el lenguaje utilizado por dicha doctrina que instalaba a la niñez como objeto de compasión y represión.

También se observa una continua aplicación por parte de los tribunales del interés superior del niño, y un incremento del espectro de derechos humanos de las niñas y niños, protegidos por la jurisprudencia.

Casos anteriores a la reforma constitucional de 1994

Caso de derecho a la identidad

En este acápite se seguirá el desarrollo jurisprudencial elaborado en “La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa (1994-2013)”, mencionando el siguiente caso: “*Schvartz, Jacobo León y otra s/ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino*”. Del 16 de diciembre de 1957 (Fallo 239:67). Estaba bajo cuestionamiento la adopción del niño Alberto Lorenzo Camino, formulado por los actores, sobre la base de la diferencia de religión existente entre aquel y estos, y siendo esta una circunstancia que debía ser examinada y determinar así si es conveniente para el menor. El juez de primera instancia otorgó la adopción. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y no hizo lugar al pedido de adopción del menor Alberto Lorenzo Camino formulado por los actores. Los recurrentes interpusieron recurso extraordinario el cual fue concedido.

La Corte dejó sin efecto la sentencia de Cámara autorizando la adopción, otorgada en primera instancia ya que se había acreditado que el niño había sido recogido por sus padres adoptivos cuando solo tenía cuatro años y medio de edad y en un estado de raquitismo agudo

y desnutrición acentuada. Sin embargo, la Corte revoco la decisión de primera instancia en cuanto obligaba a los adoptantes a educar al menor en un determinado género de colegio religioso.

El máximo tribunal para fundamentar su decisión, sostuvo los siguientes criterios jurisprudenciales: 1) La falta de identidad de religión entre adoptante y adoptado “constituye empero una de las tantas y variadísimas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar criterio acerca de si la adopción es conveniente para el menor. El examen tiene que hacerse en concreto y no en abstracto. 2) No es legítimo, so pretexto de examinar si la adopción es conveniente para el menor, examinar el interés del padre natural, para inclinarse a favor de este toda vez que el interés del menor, que es el que primordialmente tiene en vista a ley, no se identifica con el de cualquier persona.

Caso de patria potestad

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la fuente mencionada anteriormente, remitimos al caso: “*Rojo, Luis Cesar s/ adopción*” del 28 de noviembre de 1949 (Fallo 215:359). La abuela del niño Luis Cesar Rojo, pretendía ser designada como tutora del mismo, y se decretara la pérdida de la patria potestad que tenía la madre.

El juez de primera instancia decidió revocar la tutela de la abuela e intimarla a que restituya al niño Luis Cesar Rojo. La Cámara de Apelaciones en lo civil de Capital Federal revoco dicha resolución, declarando que la madre había perdido la patria potestad. Ante esta decisión la madre del menor interpuso recurso extraordinario, el cual fue denegado y dio origen a la queja que llevo al máximo tribunal a revocar la resolución.

La Corte fundamento su decisión sosteniendo que el ejercicio de la patria potestad se juzga en base al cumplimiento de un deber muy grave y esencial por parte de los padres y la decisión corresponde al destino de los hijos. Por tal motivo, el juicio no se ha de pronunciar sin que haya existido plena garantía de defensa por el respeto a la responsabilidad paterna y

al interés moral de los hijos, ya que la natural dependencia de ellos hacia los padres, condiciona su recta formación.

Caso de tenencia

Otro caso de gran trascendencia, siguiendo la fuente antes mencionada es “*Gadea de García, María Elena Matilde c/ García, Jorge Alfredo*” del 28 de julio de 1955 (Fallo 232:387). Se decretó el divorcio por culpa del marido, se otorgó la tenencia definitiva del hijo menor a la madre y se dispuso la separación de bienes de la sociedad conyugal. El marido pretendía la venta del inmueble a lo que la actora se opuso con fundamento en que se trata de una “unidad económica familiar”.

El juez de primera instancia fallo desestimando las pretensiones de la actora, la cual fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil.

El máximo tribunal modificó dicha decisión, sosteniendo entre sus argumentos: 1) El bien de familia ha de ser del goce de todos sus miembros, en razón de que el principio constitucional al que se refiere al mismo tiene por finalidad proteger a la familia. La dificultad aparece cuando una familia se encuentra separada judicialmente, por cuanto en este supuesto correspondería determinar cuál de las partes constituye la familia defendida por la Constitución. 2) Es evidente que quienes necesitan mayor amparo legal son los niños, por cuanto ellos no pueden bastarse a sí mismos y, en el sub causa, el cónyuge a quien se ha confiado la tenencia del menor se encuentra en el derecho de usar también del único bien de la familia, pues lo contrario sería repugnante al designio constitucional. 3) Aquí se persigue la división de un bien evidentemente nociva para los intereses del hijo menor de los cónyuges y de la esposa inocente que lo habitan, corresponde mantener en esas condiciones la indivisión hasta que el niño alcance la mayoría de edad.

Caso de derecho a la educación

Siguiendo el desarrollo jurisprudencial elaborado en la citada fuente, otro caso es “*Barros, Juan Carlos, en representación de sus hijos Pablo A., y Hugo M. Barros c/ Consejo Nacional de Educación y otra s/ demanda de amparo*” del 06 de marzo de 1979 (Fallos: 301:151). La Cámara Federal en lo Contencioso administrativo, confirmatoria de la de primera instancia, desestimó la acción de amparo promovida por Juan Carlos Barros en representación de sus hijos, quienes fueron separados del establecimiento escolar por negarse a reverenciar los símbolos patrios, según las disposiciones paternas fundadas en las convicciones religiosas. El actor, Juan Carlos Barros, interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

El máximo tribunal revocó la sentencia, utilizando los siguientes argumentos: 1) Cuesta admitir la decisión que afectaba a dos menores de edad carentes de discernimiento cuya actividad meramente pasiva no constituía una manifestación razonada de falta de respeto a los símbolos patrios, pero sí de obediencia a la autoridad paterna. En consecuencia, negar todo acceso a quienes todavía no están habilitados para apreciar por sí mismos el valor de esos bienes es impedir la formación posterior del propio juicio y minimizar la función educativa de la enseñanza primaria, con desconocimiento del alto interés nacional. 2) La medida disciplinaria aplicada, por sus efectos y alcances, provoca un serio perjuicio para los menores ya que reviste el carácter de una inhabilitación permanente para asistir a la escuela pública argentina. Si se considera el motivo de la conducta, ello causa una lesión actual al derecho de aprender, máxime frente a la importancia de la continuidad de los estudios primarios y la periodicidad de los cursos lectivos. 3) Al derecho constitucional de aprender, al deber del Estado de asegurar la educación primaria y a la obligatoriedad de ésta, se opone la medida impugnada que cierra todo acceso al ejercicio de aquellos derechos y al cumplimiento de esa obligación.

Casos posteriores a la reforma constitucional de 1994

En los siguientes casos, se seguirá los lineamientos jurisprudenciales propuestos anteriormente.

Caso de derecho a la identidad

“Guarino, Mirta Liliana s/ querella” del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319:3370).

D.A.C y A.E.A. de C. para entonces embarazada, fueron privados de su libertad en noviembre de 1977 y conducidos a distintos centros clandestinos de detención donde la mujer dio a luz a un varón, en marzo de 1978. G.H.G habría nacido el 20 de abril de 1978 asistido por la partera R.P, según surge de la partida y el certificado de nacimiento obrantes. Ello habría ocurrido en el domicilio de M.M de G y M.G, sosteniendo los mismos que se trataba de su hijo biológico y negaron que el mismo fuese víctima de sustracción, retención o alteración de su estado civil.

El juez de primera instancia dispuso la realización de un examen hematológico de histocompatibilidad, a los fines de determinar si el menor G.H.G era hijo biológico del matrimonio conformado por M.M de G y M.G. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó lo resuelto en primera instancia. La Defensora Oficial ejerciendo la representación del menor, interpuso recurso extraordinario contra el pronunciamiento de la Cámara.

La Corte declaró admisible el recurso y confirmó la resolución apelada, estableciendo: 1) Que la extracción compulsiva de sangre a un menor víctima de un delito de acción pública, a los fines de un examen hematológico de histocompatibilidad genética con miras a la tutela a su derecho a la identidad no afecta garantía constitucional alguna. 2) Negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que en las particulares circunstancias de

la prueba ordenada aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor G.H.G.

Caso de tenencia

“*V., M. N. c/ S., W. F. s/ autorización*” del 14 de septiembre de 2010 (Fallos: 333:1776).

En primera instancia, se autorizó al menor D.S.V a salir del territorio de la República Argentina con destino a España, para vivir allí junto a M.N.V. La Cámara Nacional en lo Civil revocó la resolución de primera instancia. Se interpuso recurso extraordinario, el máximo tribunal revocó la sentencia apelada y autorizó la salida del país del niño y su radicación en el territorio español.

La Corte fundamentó su decisión, sosteniendo los siguientes argumentos: 1) La labor decisoria debe solventarse en función del mayor bienestar del niño, puesto que el modo de ser propio de este tramo fundacional de la existencia humana impone que se busque lo más conveniente para él y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. 2) Asimismo la determinación del interés superior del niño hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad y le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.

Caso de visitas

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

El juez de primera instancia hizo lugar a dicha suspensión. La Cámara Civil y Comercial revocó la sentencia, disponiendo que hasta tanto se resolviera el incidente interpuesto debía cumplirse con el régimen de vistas estipulado en su momento por los padres.

Por su parte, el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre y estableció 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.

La actora interpuso recurso extraordinario contra dicha decisión y la Corte Suprema, declarándolo admisible, decidió dejar sin efecto las sentencias que autorizaban el régimen de visitas. El máximo tribunal sostuvo que: 1) Cualquier solución que se adopte debe empezar por recordar que el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen sus hijos de tener una vinculación permanente con ambos padres son cánones únicamente aceptados, como también lo es que debían 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 imponga otro proceder. 2) Asimismo consideró que 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 la 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) Por último, resulta trascendental la designación de un letrado especializado en la materia para que patrocine a niñas y niños.

Caso de representación procesal de los menores y capacidad del niño para estar en juicio

“Rivera, Rosa Patricia c/ Estado nacional y/o Estado Mayor General” del 06 de julio de 2010 (Fallos: 333:1152). Rosa Patricia Rivera promueve una demanda, por si y en representación de sus hijos menores, condenando al Estado nacional al pago de una indemnización por no haber adoptado las medidas de control necesarias como dueño del camión en el cual se conducía la víctima Jorge Raúl Oteiza, quien se desempeñaba como Sargento Ayudante del Ejército Argentino y así evitar su muerte.

En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda. A su turno, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia, en cuanto al fondo, pero modificó el monto de la indemnización. Esta decisión motivó la interposición del recurso extraordinario, por parte del demandado ante el máximo tribunal.

La Corte declaró la nulidad de las resoluciones dictadas por falta de intervención del Ministerio Público. Los estándares utilizados por la Corte fueron: 1) Es descalificable una sentencia que, al confirmar una resolución, omite dar intervención al Ministerio Público para que ejerza la representación promiscua de la niña, pues importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho Ministerio y no solo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones. 2) El Ministerio Público es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiera lugar sin su participación.

El interés superior del niño en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Pampa

Como lo mencionados precedentemente en el ámbito de la provincia de La Pampa, se ha dado un desarrollo jurisprudencial en materia de interés superior del niño. La aplicación de

este principio por parte de los tribunales locales si bien en un principio fue escasa ha ido aumentando progresivamente.

En base a dicho desarrollo jurisprudencial, en “La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa (1994-2013)” elaborado por Cecilia Bertolé y Lucia Carolina Colombato se mencionan algunos casos trascendentes, los cuales serán desarrollados a continuación.

“*Avendaño de Ferradas, Susana y Ferradas, Antonio s/ Recurso de Amparo*”, del 13 de Noviembre de 2001 (expediente 467/00). Un matrimonio argentino residente en Canadá había planteado un amparo ante el Juzgado de la Familia y el Menor a efectos de que no se publicase en el matutino La Arena, de la provincia de La Pampa, información referida a un expediente judicial que involucraba a una niña cuya guarda les había sido otorgada. El referido matutino había publicado la información alegando que se encontraba en juego la comisión de un delito por parte del personal policial provincial y la presunta inobservancia del sistema vigente en relación a la guarda preadoptiva.

El Juzgado dicto una medida cautelar que prohibía propalar o insertar imágenes o el nombre de la niña, a solicitud de los demandantes. Esa resolución fue confirmada por la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial.

El matutino La Arena, interpuso recurso extraordinario provincial, el cual fue rechazado por el máximo tribunal provincial, privilegiando así el derecho a la identidad de la niña. Dicho tribunal, utilizando algunos fundamentos ya vertidos por la Corte Suprema de Justicia de La Nación –en el caso “S. V. c/ M. D.A. s/ medidas precautorias”- mantuvo los siguientes estándares: 1) Los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva, atento a la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de

la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio. 2) Una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación ulterior subsane el daño que dicha divulgación provoque. Ello máxime cuando no se ha invocado que la intervención periodística responda al esclarecimiento de asuntos vinculados con la cosa pública, móvil que podría justificar la existencia de un interés social en la intromisión de la esfera privada. 3) No se está, lisa y llanamente, frente a un supuesto de censura previa tal como lo pretende la recurrente, ni tampoco frente a un exceso en la tutela necesaria para preservar la intimidad de la menor involucrada. 4) La tutela debe limitarse a la publicación de aquellos datos que propicien o permitan su identificación, entre ellos, su nombre, imagen, domicilio o cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación. 5) Del contenido de esa resolución no resulta que se está prohibiendo a la empresa periodística recurrente difundir cualquier noticia, pensamiento o idea; tampoco que efectúe críticas o comentarios, sino solamente que lo que publique no permita la identificación de la menor, para que no se violen sus derechos.

“Barcar, Néstor Enrique en causa 113/03 (Reg. Cámara en lo Criminal N°1) s/ recurso de Casación”, del de marzo de 2005. El núcleo del caso residía en determinar si el testimonio, de una niña víctima de un abuso sexual con acceso carnal, afectaba las garantías del debido proceso y del derecho a defensa del imputado, al no permitirle a éste el control de dicho acto.

El Defensor General interpuso recurso, el cual fue rechazado por el máximo tribunal provincial. Los criterios utilizados para dicha decisión fueron: 1) Ante la posibilidad de que la niña víctima 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 sobre 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 la 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 la víctima nuevas situaciones de angustia. 4) A menudo el sistema penal se aleja de la compensación 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 del imputado, sino que existieron argumentos pertinentes y suficientes que permiten limitar el acceso del recurrente a la declaración de la víctima.

“S.G.N. c/ P.E.Y.R. y P.C.A s/ impugnación de paternidad y filiación”, del 5 de Septiembre de 2012 (Expediente 1228/11). S.G.N. demandó al matrimonio P.E.Y.R. y P.C.A. con el objeto de impugnar la paternidad sobre la niña N.I.A.P, argumentando que durante algunos años había mantenido una relación sentimental con la mujer y que habría quedado embarazada de su parte. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil, en cuanto prohibía la acción al padre biológico.

El matrimonio había contestado la demanda negando los hechos, pero sin desconocer expresamente la condición de padre del actor, el señor S.G.N. La Asesora de Menores y el agente del Ministro Público se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la norma. El Juzgado de Familia y el Menor, al momento de sentenciar, siguió este último criterio. El matrimonio apeló la decisión, y la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial decidió hacer lugar a lo solicitado en el recurso, revocando la declaración de inconstitucionalidad.

El Superior Tribunal de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto, y declaró la inconstitucionalidad requerida.

La Cámara de Apelaciones sostuvo que para el logro de una solución adecuada, la que siempre presentara graves dificultades y seguramente dejara secuelas, debe partirse del caso concreto analizando las circunstancias, desde el interés superior del niño y no desde los derechos de los padres biológicos o legales que se consideren conculcados. Indicó que no puede desplazarse a la niña de su estado de familia legítima y de su entorno, porque no podría comprender las razones de la medida y ello afectaría la madurez de la misma. Dispuso, por último, que cuando la niña cumpla los catorce años, contando con autorización judicial y un curador ad litem, podrá, si así lo quiere, ejercer su derecho para completar su verdad de origen y, para ello, sus padres, en actuación responsable, conforme se vayan dando las circunstancias de la vida, deberán informar de la existencia de esta causa.

Ya en un fallo anterior, “Martínez, Marcelo Rubén c/ Campo, Sandra Marina s/ Impugnación de Paternidad” (Expte. 15184/08 r.CA.), de fecha 15 de Junio de 2006, la Cámara había utilizado como criterios la “estabilidad en las relaciones familiares” y el “orden público familiar” para rechazar un planteo de inconstitucionalidad del mencionado artículo 259 del Código Civil.

Los criterios utilizados por el máximo tribunal provincial, fueron los siguientes: 1) Existe una postura doctrinaria que se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil a partir del fundamento del mantenimiento de la paz familiar por sobre el derecho a la identidad, considerando que este último derecho no estaría afectado en definitiva ya que podría ser concretado con posterioridad, cuando el niño tenga la edad adecuada. Otra postura sostiene que la falta de legitimación del padre biológico sería inconstitucional porque existe una efectiva vulneración del derecho a la identidad del niño involucrado. 2) En el ámbito de la jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Kroon y otros v.

Países Bajos”, de fecha 27 de Octubre de 1994, declaro que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no se impugnada por el marido de la madre es violatoria del derecho a la vida familiar previsto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. 3) La limitación que surge del artículo 259 del Código Civil vulnera no solo el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia contemplado en la Constitución 66 Nacional sino también el derecho a la identidad consagrado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme lo prevé el inciso 22 del artículo 75 del texto constitucional. 4) Los valores fundamentales que deben prevalecer son el derecho a la identidad y el interés superior del niño. Todo hijo tiene derecho a saber quién es su verdadero padre y a gozar de la relación correspondiente desde su más temprana edad. Como contrapartida, todo hombre tiene derecho a saber de quién es padre y a ejercer su paternidad de manera responsable. Estos valores deben estar por encima de una pretendida armonía familiar, que en realidad no existe, puesto que está basada fundamentalmente en la intención de ocultar la verdad biológica.

Conclusión

Desde el siglo XX tanto a nivel nacional como internacional se ha dado un cambio paradigmático considerando a los niños como sujetos de derechos, convirtiéndose el interés superior del niño en el centro de protección, teniendo los niños, niñas y adolescentes los mismos derechos que una persona adulta más un plus de protección.

El interés superior del niño ha ido creciendo de manera progresiva convirtiéndose en un principio rector; pasando por una primera etapa donde solo se protegía las facultades de los padres y llegando en la actualidad a ser un principio que protege exclusivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Dicho principio rector, no tiene una definición determinada, más bien es flexible y adaptable. Esto da lugar a que el órgano encargado de resolver lo implemente como herramienta en las resolución de conflictos, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Aunque en la realidad, no siempre se llega al resultado pretendido, porque puede dar lugar a que se aplique de manera abusiva o que se resuelva según opiniones del juez. Cualquier decisión debe ser fundada, motivada y detallada sobre los factores que se tuvieron en cuenta para arribar a la misma. No debemos olvidar que hay una obligación por parte de los Estados e instituciones de adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento del mencionado principio.

Como mencionamos anteriormente el interés superior del niño tiene reconocimiento internacional, nacional y provincial. Dentro de cada uno de estos ámbitos se pretende que la legislación tenga como punto de partida, el mencionado principio a la hora de resolver los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes; nos encontramos con un largo desarrollo jurisprudencial que muestra como los tribunales han ido aplicando de manera progresiva el principio en cuestión.

La satisfacción de este principio se logra con el disfrute pleno y efectivo de los distintos derechos que los amparan; teniendo en cuenta una valoración no solo económica y física sino también su desarrollo social, psicológico, educativo, entre otros. Esto da lugar a que el principio no actúe como excluyente de los demás derechos del niño sino que debe tener una armonización con los mismos porque el mencionado principio tiende a la satisfacción integral de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Un actor fundamental en este ámbito es el rol de la familia, ya que se trata de preservarla constituyendo la unidad de contención y desarrollo de los menores esenciales para el crecimiento de estos. Siendo el último recurso separarlos de sus familias solo con el fin de protegerlos, no es argumento válido los problemas económicos que puede acarrear la familia ya que este sería un motivo más para brindarle apoyo como parte del cumplimiento de este principio. A la hora de hacer una evaluación previa a la aplicación de este principio se debe ponderar el grado de madurez y la edad de los menores en cuestión.

En conclusión, el interés superior del niño depende de que lectura e intervención tengamos, sobre todo con qué compromiso social lo miremos; la legislación y la jurisprudencia han otorgado como consecuencia jurídica a este principio, la prevalencia de los derechos de la infancia frente a derechos e intereses de terceros. La importancia de la evolución legislativa es que no se transforme en un mero cambio discursivo, sino que sea acompañado de verdaderas transformaciones de prácticas institucionales que den cuenta de la importancia de respetar y garantizar este principio.

Bibliografía

Obras

BERTOLE, Cecilia - COLOMBATO, Lucia Carolina “La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa (1994-2013)” EdUNLPam, Santa Rosa La Pampa, 2015.

Artículos

CILLERO BRUÑOL, Miguel “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. Revista Justicia y Derechos del Niño, 2007.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. En Educatio Siglo XXI, Vol. 30 n° 2, 2012.

Normativa

Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, Mayo 2013.