

unicef 

para cada infancia



EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

TEMA 1

INTRODUCCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Contenido: Noción de ISN. Objetivo. El Interés Superior del Niño en el Modelo

Tutelar y en la Declaración de los Derechos del Niño. El ISN en la Doctrina de la Protección Integral y en la Convención Sobre los Derechos del Niño. La triple naturaleza del ISN. Limitaciones al Interés Superior.

El Interés Superior del Niño (ISN) es un principio clave para la efectiva garantía de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, por la cual responden las Juezas y Jueces del país, bien sea cuando actúan en procedimientos de Protección o en el Proceso Penal del Adolescente. Es el principio que guiará la interpretación de las normas jurídicas relacionadas con NNA y toda toma de decisiones que los involucre.

1.1. Definición, Objetivo del Interés Superior del Niño

El Interés Superior del Niño tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño, niña o adolescente...” por lo cual la aplicación del concepto del interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en derechos (Observación General N° 14, párrafos 4 y 5 del Comité de los Derechos del Niño, del 29 de mayo de 2013).

Lo dicho por el Comité permite ensayar una primera definición del instituto: *el Interés Superior es lo que sea mejor para el niño, es decir toda solución que favorezca su desarrollo integral y contribuya para el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.* Se trata de un principio de aplicación preferente para la interpretación y práctica social y jurisdiccional de cada uno de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

De lo expuesto queda claro que el ISN no es, de manera alguna, lo que los adultos o las instituciones consideran lo más conveniente o beneficioso para el niño, según su experiencia, cultura o tradiciones. Tampoco consiste en lo que el niño quiere, desea o piense sea lo mejor para sí mismo. El Interés Superior del Niño es, sencillamente, lo que mejor garantice sus derechos

CURSO “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

1.2. El Interés Superior del Niño en el Modelo Tutelar y en la Declaración de los Derechos del Niño

La consideración del Interés Superior del Niño no empezó con la CDN. De hecho, algunos autores ubican las primeras menciones al mismo a finales del Siglo XIX en Inglaterra y en Pensilvania (Estados Unidos). No obstante, fue en 1959, con la Declaración de los Derechos del Niño donde aparece por primera vez en un instrumento internacional, precisamente en los Principios II y VII.

El Principio II dice:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios... para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la **consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño**” (Negrillas propias).

Por su lado, el párrafo tercero del Principio VII expresa que: “(...) *el interés superior debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de la educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres*”.

Como se ve, la Declaración restringe el Principio a dos ámbitos: por un lado, a la formulación de leyes para asegurarle al niño la protección especial necesaria a fin de que pudiera desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable, así como en condiciones de libertad y dignidad; y, por otro lado, en relación con la educación.

En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el ISN era totalmente indeterminado, vacío de contenido y sirvió a la discrecionalidad, incluso a la arbitrariedad del Juez de Menores. Se depositaba toda la confianza en el buen criterio del Juez, quién decidía, de acuerdo a sus concepciones personales, cuál sería el mejor interés del menor en el caso concreto. Se le extendía una especie de cheque en blanco.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

Las investigaciones realizadas sobre las decisiones emanadas de los Jueces de Menores, en el marco de la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar revelan sentencias con motivaciones escasas, repetitivas y rutinarias.

Esto se explica perfectamente porque la Declaración, aun cuando haya sido un gran avance en lo relativo a las concepciones jurídicas en torno a la infancia, coincidió en el tiempo con la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar, vigente desde 1919 hasta 1989. Según dicha doctrina, el denominado “menor” no era sujeto de derechos sino objeto de protección y tutela, que se concretaba, principalmente, a través de la actuación de los llamados Jueces de Menores, quienes tenían competencia omnímoda y discrecional para decidir sobre todos los asuntos relativos con NNA, tanto los jurídicos como los problemas sociales.

1.3. El Interés Superior del Niño en la Doctrina de la Protección Integral y en la Convención Sobre los Derechos del Niño

Con la promulgación y puesta en vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, el Interés Superior del Niño experimentó un cambio radical, pues dejó de ser un concepto vacío para adquirir contenido. De la CDN se deriva la Doctrina de la Protección Integral, cuyo punto central es la consideración de niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos exigibles que el Estado, familia y sociedad deben garantizar. A partir de entonces, el ISN coincide con el resguardo de derechos de NNA. En tal sentido, se expresa el artículo 3 de la CDN.

“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”.

Aquí queda claro el mandato para todas las personas, de que en cualquier circunstancia y al tomar cualquier medida que afecte los derechos del niño, lo primero que habrá de tenerse en cuenta será su interés superior, para garantizar sus derechos y favorecer su desarrollo integral.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

1.4. La triple Naturaleza del ISN

El Comité de los Derechos del Niño atribuye al Interés Superior del Niño triple naturaleza, en los siguientes términos:

- Es un **derecho sustantivo**, es decir el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, así como la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general. Es un derecho de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales;
- Es un **principio jurídico interpretativo fundamental**, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos Facultativos;
- Es una **norma de procedimiento**, porque siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte en concreto a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales y, además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados Parte 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 consideraciones normativas generales o de casos concretos. (Parágrafo 5 de la Observación N° 14).

1.5. Delimitación del Interés Superior del Niño

El Interés Superior, por ser un concepto jurídico indeterminado, sigue siendo un espacio importante para la discrecionalidad (que no es lo mismo que discrecionalidad abusiva o arbitraria). Pero lo fue mucho más durante la vigencia de la Doctrina de la Situación Irregular, época en la cual se denominaba Interés Superior del Menor, y en la que como ya se dijo antes, se concedía al Juez de Menores una especie de cheque en

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

blanco para decidir, según sus concepciones personales, cuál sería el mejor interés del menor en el caso concreto. Para ello, gozaba de ilimitada e incuestionada discrecionalidad, a veces rayana en arbitrariedad.

Entiéndase que la discrecionalidad es propia de la actividad judicial. Las autoridades responsables de resolver los casos tienen un margen de apreciación al interpretar un concepto jurídico, sobre todo si es indeterminado como el ISN. En la discrecionalidad abusiva se nota la imposición de preferencias, creencias y valores de quien debe resolver y, en este caso, dar contenido al ISN, aprovechando el margen de discrecionalidad que le otorga la indeterminación del concepto. La arbitrariedad implica la no aplicación de normas, no consideración de hechos relevantes, falta de motivación y violación de precedentes sin justificación.

Después de la CDN y de los esfuerzos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales, la indeterminación del ISN está limitada, primero y principalmente, por el reconocimiento mismo de NNA como sujeto de derechos que se deben garantizar. Su contenido consiste en asegurar la efectividad de los derechos, es decir sólo constituye interés superior del niño aquello que favorezca sus derechos y garantías. En tal sentido, el ISN ya no sería un concepto vacío y constituiría freno a la discrecionalidad abusiva.

Más allá de ello, el concepto se viene limitando por:

- El mayor peso que la CDN concede a la familia y la restricción de la injerencia del Estado en el ámbito familiar, lo cual obliga a ponderar muy bien qué es lo mejor para el niño al momento de decidir sobre situaciones que pudieran menoscabar su derecho a la convivencia familiar;
- La existencia de criterios legales que limitan la discrecionalidad y que, obligatoriamente, deben tomarse en cuenta a la hora de decidir sobre el ISN;
- La obligación de justificar la toma de decisiones; □ Los criterios que se derivan de la jurisprudencia.

En el módulo 4, se profundizará el tema de los criterios legales para la concreción del ISN, que operan como un freno para la discrecionalidad abusiva de las decisiones.

Bibliografía

CILLERO, MIGUEL (1999): “EL Interés Superior del Niño”. En *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Compiladores, Méndez y Bellof. Tamis Depalma, Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires. Pp. 60-85.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación General N° 12. *El Derecho del Niño a ser Escuchado* (CRC/C/GC/12) del 20 de julio de 2009; Observación General N° 14. *El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea Considerado Primordial* (CRC/G/2013/14) del 29 de mayo de 2013.

CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ECUADOR (2021): *Guía. Evaluación y Determinación del Interés Superior de la Niñez en los Procesos Judiciales*. Quito.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2009): *Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial del 7 de febrero de 2009. La Paz.

----- (2014): *Nuevo Código de las Familias y del Proceso Familiar*, Ley 603, del 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial N°702 del 24 de noviembre e3 2014. La Paz.

----- (2014): *Código Niña, Niño y Adolescente*, Ley 548, del 17 de julio de 2014. Gaceta Oficial N° 0664 del 23 de julio de 2014. La Paz.

----- (2015^a): *Reglamento del Código Niña, Niño y Adolescente*, Decreto Supremo N° 2377 del 27 de mayo de 2015. Gaceta Oficial N° 0760 del 27 de mayo de 2015. La Paz.

MATA, Nelly (2002) “El Interés Superior del Niño y el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente”. En *Terceras Jornadas Sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp.145-174.

MORAIS DE RAMIREZ, María G. (2021). *El Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia, Ley 548. Principios y Sistemas*. Ed. Kipus. Cochabamba.

MORALES, Georgina (202) “El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares” En *Terceras Jornadas Sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp.397-440.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Sobre los Derechos del Niño.* 20 de noviembre de 1989. Resolución 44/25.

REPUBLICA DEL PERU (2016): *Ley Nº 30466 que establece Garantías Procesales para la Consideración primordial del Interés Superior del Niño y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 002-2018-MIMP.* Lima

REYNA ROCHE, Carmen L. (2001): “Del Interés del Menor al Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes”. En *Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Cornieles, C. y Morais. Maria G. (Coordinadores). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp. 55-80.

SIMON Farith (2016): “Reducción de la Discrecionalidad Abusiva y Evaluación y Aplicación del Interés Superior del Niño. Técnicas Normativas y Argumentación”. En *Aportes al Código Niña, Niño y Adolescente. Ley 548.* Universidad Católica San Pablo, Cochabamba. Pp.41/74.

----- (2014): *Interés Superior del Niño. Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva.* Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco. Ediciones Iuris Dictio. Quito.