

unicef 

para cada infancia



EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

TEMA 4

PAUTAS PARA CONCRETAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CRITERIOS NORMATIVOS Y LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ/JUEZA

Contenido: Noción y objetivos de los criterios normativos. Análisis de los criterios de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. Criterios establecidos en el artículo 12 del Código Niña, Niño y Adolescente, Ley 548. Garantías Procesales para velar por la Observación del ISN. Especial referencia a la argumentación de las decisiones. Criterios en la legislación y Guías de la región Latinoamericana.

No hay fórmula mágica, ni preestablecida para determinar el interés superior del niño en un caso concreto. Nadie puede saber, de ante mano, cual es el ISN de un NNA en un caso, por ejemplo, de conflicto de guarda, de adopción, etc. Porque cada caso es diferente del otro, tiene sus peculiaridades y está rodeado de sus propias circunstancias. Por más parecidos que sean, cada caso es irrepetible.

Recuérdese que, por su propia naturaleza el ISN es un conjunto indeterminado, pero limitado en su aplicación, (como ya se explicó en el módulo 1), entre otros elementos por pautas, es decir orientaciones que emanan de normas legales y por jurisprudencia. Es así como, quien tenga que decidir sobre el ISN ya no puede utilizar libremente su discrecionalidad, sino que está también limitado por las orientaciones internacionales y por las normas internas vigentes en el país.

4.1. Noción y objetivos de los criterios normativos

Por criterios normativos se entiende el conjunto de pautas legales cuya finalidad es orientar la determinación del ISN en los casos particulares. En efecto, las legislaciones alrededor del mundo están previendo una lista de criterios para la determinación del interés superior, en aras de restar su potencial abusivo. Con ello, se trata de contribuir para evaluar el caso y construir un juicio acerca de lo que se considera lo más conveniente para el niño y luego para justificar la decisión que se tome. El artículo 12.a) de la Ley 548 es un ejemplo de esta tendencia.

Todas esas legislaciones, incluyendo el CNNA de Bolivia se inspiraron en la Observación General N° 14 de Comité de los Derechos del Niño,

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

donde no sólo se encuentran pautas sustantivas como procedimentales para la concreción del ISN.

4.2. Análisis de los Criterios de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño

Este documento internacional empieza por advertir que la evaluación y determinación del ISN es “un acto singular que debe realizarse en **cada caso**, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, grupo de niños o los niños en general”.

Expresa también que la determinación del ISN debe empezar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Y que eso conlleva a la utilización de algunos elementos y no de otros.

El Comité distingue entre evaluación y determinación el ISN: la evaluación consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión respecto a un determinado niño. Por determinación del ISN entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para establecer el ISN, tomando como base la evaluación realizada.

La Observación N° 14, en sus párrafos 54 y siguientes ofrece orientaciones para determinar el ISN en el caso concreto (no necesariamente individual, pues a veces es necesario determinar el interés superior tratándose de derechos difusos o colectivos). Para ese fin se debería ponderar:

- **La opinión del niño, niña o adolescente.** Sobre el particular ya se abundó anteriormente, así que ahora se recalca que es imprescindible oír y tener en cuenta la opinión de NNA, inclusive de los más pequeños o con alguna discapacidad, que tienen su propia forma de expresarse;
- **La identidad del niño, niña o adolescente,** en el entendido de que ellos no constituyen un grupo homogéneo. La identidad implica que para establecer el ISN se debe tener en cuenta el sexo, orientación sexual, nacionalidad, identidad cultural, creencias y la personalidad. Resumiendo, hay que ponderar los aspectos personales físicos, sociales, culturales, así como la evolución de sus facultades;
- **La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones,** vista su importancia para el sano desarrollo de los niños, entendiendo la familia en sus varias modalidades: biológica (nuclear o ampliada), de acogida y adoptiva.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

La decisión tendrá en cuenta que la separación del niño de su familia debe ser el último recurso y que los motivos económicos, por sí solos, no justifican la separación del niño de sus padres;

- **El cuidado, protección y seguridad del niño**, que debe interpretarse en sentido amplio para abarcar todas sus necesidades materiales, físicas, emocionales y educativas. Tener en cuenta su seguridad es considerar el derecho a estar protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, acoso sexual, presión ejercida por sus compañeros, la intimidación, explotación sexual y económica, el uso de alcohol y estupefacientes, conflictos armados y otros. La evaluación de la seguridad e integridad del niño no se agota en el momento de la decisión, sino que la precaución exige valorar también la posibilidad de riesgo y daños futuros;
- **Las situaciones concretas de vulnerabilidad**, lo que varía de niño a niño, razón por la cual habrá de realizarse una evaluación individualizada a cada uno;
- **La garantía del derecho a la salud**, para lo cual se debe sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles, riesgos y efectos secundarios, siempre teniendo en cuenta la opinión del niño;
- **La garantía del derecho a la educación**, sin perder de vista que se debe asegurar al niño el acceso a una educación temprana, de calidad, gratuita, considerando la educación no académica y las actividades conexas.

4.3. Criterios establecidos en el artículo 12 del Código Niña, Niño y Adolescente, Ley 548.

Como ya se sabe, el artículo 12 del CNNA establece 4 criterios que deben ser considerados por quien debe decidir, para determinar el ISN de NNA en una situación concreta.

- Su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora, guardador, tutora o tutor;
- Su condición específica como persona en desarrollo;
- La necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes;
- La necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas.

Para mayor explicación:

- a) *Sobre la opinión del niño, progenitores, guardadores y tutores.*

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

La incorporación de la opinión del niño y demás personajes citados en el artículo es un elemento de juicio que opera en su interés y, por lo tanto, es un elemento esencial para la toma de decisión.

Recuérdese que, lo referente a la opinión del niño involucra otro principio del artículo 12 -el de participación- el cual ya se comentó oportunamente. Ahora se llama la atención sobre el hecho de que el artículo 36 del Código de las Familias y del Proceso Familiar concede valor procesal a la opinión del CNNA, cuando dispone:

“Las hijas y los hijos menores de edad tienen garantizado el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, en función de su madurez. **Se les escuchará directamente en todo procedimiento judicial o administrativo** que les afecte, con apoyo del equipo técnico especializado del ente correspondiente” (Negritas propias).

- b) *Sobre la condición específica del niño como persona en desarrollo.* Por estar en etapa de desarrollo, los NNA tienen necesidades particulares que deben orientar la toma de decisión en el caso concreto, a fin de asegurar que ésta la favorezca o evite obstaculizarla. Para ello, se tomará en cuenta la edad, sexo, sus necesidades físicas, emocionales, educativas; sus sentimientos, deseos, aspiraciones, su individualidad dentro del grupo familiar y sus características personales. Además, se apreciará el daño sufrido o en riesgo de sufrir por NNA; la capacidad de los adultos involucrados para satisfacer sus necesidades y garantizarles los derechos, efectos y cambios que la decisión tendrá en su vida.
- c) *Sobre el equilibrio entre los derechos y deberes del niño.* No se trata de correlatividad entre derechos y deberes, sino del equilibrio entre éstos, lo cual dará la justa medida para acordar, cumplir, restituir o hacer cumplir derechos de NNA, sin condicionarlos al cumplimiento de deberes. En otras palabras, hay que tener siempre presente que el desconocimiento o incumplimiento de deberes por parte del niño, de ningún modo implicaría la negación de derechos.

Ejemplifica la búsqueda de equilibrio entre unos y otros la necesidad de poner en la balanza el derecho a la intimidad y vida privada o el derecho al libre tránsito con el deber de obediencia a los padres; o el derecho al esparcimiento y juego con el deber de cumplir las obligaciones escolares. Otro buen ejemplo del equilibrio entre derecho y deber sería la ponderación que el Juez y Jueza debe hacer cuando

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

se vea en la necesidad de imponer a NNA en situación de calle la medida de internación para el tratamiento por dependencia de drogas (artículo 169 e), medida a la cual NNA atenderá en cumplimiento de su deber de preservar su vida y su salud (CNNA, artículo 158a), lo que debe equilibrarse con su derecho a la libertad personal (CNNA, artículo 141).

- d) *Sobre el equilibrio entre los derechos y garantías de NNA y los derechos de las demás personas.*

Se trata del equilibrio que debe haber entre dos intereses igualmente legítimos, especialmente cuando los derechos les son atribuidos al niño y a un tercero, en su condición de seres humanos y no aquellos que correspondan al niño como persona en desarrollo. Por ejemplo, si se trata del derecho del niño de ser informado y del adulto a su intimidad.

Sobre el particular hay dos interpretaciones: La primera considera que en aplicación del ISN, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de NNA frente a otros derechos o intereses igualmente legítimos, prevalecerán los del niño. La segunda plantea que, aun cuando el interés del niño sea prioritario, el logro de lo que se supone es su interés superior no puede implicar el menoscabo de intereses legítimos de terceros.

Ejemplo de ese tipo de conflicto sería un caso de desalojo de una familia de la vivienda en que habita, por el incumplimiento de los pagos de alquiler. En esta situación, están contrapuestos el derecho de NNA a un nivel de vida adecuado (CNNA, artículo 17) y el derecho del propietario (que no tiene la obligación de garantizar el derecho del niño en cuestión) de disponer de su bien.

4.4. Garantías Procesales para velar por la observancia del ISN. Especial referencia a la argumentación de las decisiones

La evaluación y determinación del ISN deben estar cercadas de salvaguardas procesales. En este sentido se manifiesta la Observación General N° 14, expresando que:

Los Estados deben establecer procedimientos oficiales con garantías procesales suficientes y estrictas para evaluar y determinar el ISN en las decisiones que afecten a NNA, incluyendo mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, jueces y

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

autoridades administrativas (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14, parágrafo 87).

Para ello hay que prestar especial atención en:

1. Las condiciones propicias para que NNA puedan expresar su opinión;
2. La obtención de la información pertinente para la evaluación y determinación del Interés Superior;
3. El tiempo, es decir diseñar procesos rápidos porque la toma de decisiones que demoran tienen efectos particularmente adversos en los niños;
4. Profesionales cualificados. Para la evaluación del ISN deben contribuir profesionales especializados en desarrollo de NNA;
5. Tener representación letrada adecuada, cuando tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar el ISN;
6. Los mecanismos para revisar decisiones que parezcan no ajustarse al procedimiento de evaluación y determinación del ISN;
7. Argumentación como límite a la discrecionalidad abusiva.

El Comité de los Derechos del Niño considera que una de las salvaguardas que debe establecerse para asegurar y demostrar que se ha respetado el ISN es la correcta argumentación, para lo cual cualquier decisión (principalmente la judicial) debe ser motivada, justificada y explicada.

Las decisiones deben demostrar cómo y porqué la decisión tomada contribuye para asegurar el Interés Superior del Niño, para lo cual se debe hacer constar explícitamente:

- Todas las circunstancias del hecho;
- Los elementos pertinentes para la evaluación del interés superior;
- Cómo fueron ponderados los elementos para determinar el interés superior;
- Porqué se ha tomado una decisión que difiere de la opinión del niño;
- Todas las consideraciones que prevalecieron para la determinación del ISN.

4.5. Criterios en la legislación y Guías de la Región Latinoamericana

Desde el punto de vista normativo, varios países latinoamericanos, cuya legislación especial para la niñez y adolescencia preceden de la

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

Ley 548 de Bolivia, contemplan criterios normativos que, en lo esencial, no difieren de los establecidos en el artículo 12 de CNNA. Este es el caso, por ejemplo, del Estatuto do Criança e do Adolescente de Brasil (1990); de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente de Venezuela (1998); de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador (2009).

Por otra parte, otros países de la región como es el caso del Perú y Ecuador se han esforzado para entregar a los órganos decisores elementos objetivos de consideración y análisis para que éstos evalúen y determinen, de la forma más acertada, el ISN.

Dígase de antemano que, en ambos casos, la fuente fue la Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, que los respectivos países interpretaron y adoptaron a sus realidades y necesidades. El Perú lo hizo mediante Ley N° 30466, que *“establece parámetros y garantías procesales para consideración primordial del Interés Superior del Niño”* y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 002-2018 MIMP. El Ecuador, más precisamente su Consejo de Judicatura, elaboró la denominada *“Guía. Evaluación y Determinación del Interés Superior de la Niñez en los Procesos Judiciales”*. Se recomienda ampliamente la lectura de ambos documentos.

El principal mérito de la norma peruana es, precisamente, dar fuerza de ley al contenido de la Observación N° 14, haciéndola de obligatorio cumplimiento en su territorio, conforme queda expresado en su artículo 1° y en los artículos 11 y 12 del Reglamento, que hacen obligatorias la utilización de los parámetros contenido en la Observación para la apreciación del ISN, así como de las garantías procesales allí establecidas. Se trata de una Ley de tan solo 5 artículos, plenamente desarrollados en los 34 del Reglamento.

Es importante señalar que la ley del Perú hace explícita la obligatoriedad de la consideración primordial del ISN para otros sectores diferentes a la administración de justicia, como lo son los sectores de educación y salud, previendo para cada uno de ellos disposiciones destinadas a resguardar el ISN. También da pautas para la consideración del Principio en las medidas legislativas que involucre NNA y ofrece lineamientos para incorporarlo en las políticas públicas.

En lo referente a la **Justicia**, las previsiones abarcan aspectos tales como:

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

- El derecho de NNA a ser oído y estar informado de forma accesible sobre el proceso, los servicios judiciales existentes y sobre las posibles soluciones temporales y permanentes que su caso pueda tener;
- La obligación de brindar a NNA representación procesal mediante una abogada/abogado y, de ser necesario un curador procesal;
- La atención protectora y prioritaria que se concede a NNA en todo proceso judicial y/o administrativo en el que se verifique afectación a sus derechos;
- La obligación de mantener la reserva del proceso y de la identidad de NNA, en todo momento;
- La evaluación del impacto de la decisión judicial o administrativa, que debe prever las repercusiones positivas o negativas para el desarrollo integral de NNA, previéndose también el seguimiento de dicho impacto;
- La obligación de garantizar la capacitación y actualización permanente de los operadores de justicia con enfoque en derechos; coordinación intersectorial y multidisciplinaria para la adecuada aplicación del ISN.

La *Guía* del Ecuador está concebida para orientar específicamente los procesos judiciales. Y quien espera de ese documento un recetario, una especie de manual o protocolo a ser seguido por los Jueces y Juezas se equivoca y decepciona, porque se trata de un importante documento que ofrece fundamentes teóricos, referencias normativas, tanto las internacionales como las nacionales que apuntalan la interpretación del ISN. Y sobre todo un concienzudo y detallado análisis de las pautas dictadas por el Comité de los Derechos de Niño en su Observación N° 14. Es cierto que aporta orientaciones precisas sobre los pasos a seguir para la aplicación del Principio -Recaudo de información, Evaluación del Interés Superior, Toma de Decisiones o Determinación del ISN-, pero sin alejarse ni un milímetro de la Observación y siempre alineada con la legislación interna del Ecuador.

Así debe ser. Con esta afirmación concluimos este Módulo: en el medio judicial se observa una cierta obsesión por lo “práctico”, y cierto rechazo por lo “teórico”, como si fueran conceptos antagónicos, cuando en realidad son complementarios. No hay duda con respecto a que las falencias y errores que se constatan en la práctica de los juzgados se deben, mayormente, a la falta de comprensión de los aspectos doctrinales que involucran la cabal comprensión de las implicaciones del Interés Superior del Niño.

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 N° 30466 que establece Garantías Procesales para la Consideración primordial del Interés Superior del Niño y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 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.