

El principio de interés superior del niño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos del niño

The principle of the best interests of the child in the Inter-American Court of Human Rights and the Committee on the Rights of the child

Jesús Efraín MACEDO GONZÁLES*

RESUMEN: Esta investigación es un análisis comparativo de criterios y conceptos establecidos sobre Interés superior del niño dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de los Derechos del Niño de la ONU, ya que la Convención de los Derechos del Niño hace una mención a este principio, sin definir la forma en la cual será aplicada por los Estados. Se tiene como conclusión, que el Interés Superior del Niño es un concepto tridimensional: como derecho sustantivo, norma de procedimiento y principio de interpretación; que se funda en la dignidad del ser humano, las características específicas de los niños, conforme a su nivel de desarrollo, es un criterio imperativo en los procesos judiciales, administrativos, y la vida de los niños tanto en lo público como en lo privado, que demanda a los Estados recursos, normas, políticas y servicios que permitan el ejercicio cabal de este principio.

* Magister en Ciencia Política de Western Illinois University (Estados Unidos). Actual docente de pregrado de la Escuela de Gestión Pública y Desarrollo Social de la Universidad Nacional de Moquegua (Perú) y subdirector del Instituto de Formación Social Comunicación y Juventud (Perú). Ha trabajado en diversas ONGs vinculadas a Infancia y juventud en el Perú. Contacto: <abogadomacedo@gmail.com>. Fecha de recepción: 15/02/2021. Fecha de aprobación: 02/05/2021.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño; derechos del niño; Corte Interamericana; Convención de los Derechos del Niño, Comité de los derechos del Niño.

ABSTRACT: This research is a comparative analysis of criteria and concepts established on the Best Interest of the Child given by the Inter-American Court of Human Rights and the UN Commission on the Rights of the Child, since the Convention on the Rights of the Child makes a mention of this principle, without defining the way in which it will be applied by the States. As a conclusion, the Best Interest of the Child is a three-dimensional concept: as substantive law, procedural norm and principle of interpretation; which is based on the dignity of the human being, the specific characteristics of children, according to their level of development and is an imperative criterion in judicial and administrative processes, and in the lives of children both in public and in private, that demands from the States resources, norms, policies and services that allow the full exercise of this principle.

KEYWORDS: Best interests of the child; Children's rights; Inter-American Court; Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, se constituyó en el tratado internacional que reconoce a los niños como sujetos de derecho. Este tratado estableció el interés superior como un principio según el artículo 3 inciso 1 de dicha Convención. Esto significa que los operadores judiciales, administrativos y los tomadores de decisión deben considerar este criterio al momento de analizar situaciones que vulneran los derechos del niño y del adolescente. Sin embargo, este tratado no establece cuales son los criterios que los Estados deben considerar al momento de elaborar políticas públicas, normas o resolver conflictos en donde los niños, niñas y adolescentes estén involucrados. En consecuencia, el objetivo de esta investigación es describir cuáles son los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU han establecido para aplicar este principio del derecho internacional por parte de los Estados.

La bibliografía existente se centra en el aporte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Interés Superior del Niño tales como Ibáñez Rivas, (2010), Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2008) Nogueira (2015), Cano (2014), Torrecuadrada (2016), Simón Campaña (2013), o la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), que sistematiza la Opinión Consultiva OC-17/2002. La Defensoría de la Niñez de Chile a través de su informe anual (2019) hace una referencia breve a los aportes del Comité de los Derechos del Niño y de la Corte, pero no profundiza sobre el tema, del mismo modo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados- ACNUR (2008), ha definido “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño en función solamente de los tratados internacionales.

No obstante, todos estos trabajos no consideran las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, organismo que forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos expresado

en las Observación General N°14(2013) y que se complementa con los criterios de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disipando de este modo la incertidumbre jurídica ocasionada por la Convención de los derechos del Niño, que no conceptualiza, ni establece criterios para su aplicación a nivel de los Estados, este trabajo es un intento de suplir este vacío en la dogmática del derecho internacional.

II. EL PRINCIPIO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana tiene dos funciones esenciales, entre otras, consultiva y jurisdiccional. Además, la función consultiva es ejercida de manera complementaria con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es la institución que presenta los casos ante la Corte cuando no se logra llegar a un arreglo pacífico entre los Estados. La otra función es jurisdiccional, a través de las sentencias que emite la Corte sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el interés superior del niño a partir de una consulta hecha por la Comisión Interamericana de los Derechos del Niño a la Corte en relación a la situación de muchos niños en América Latina. En cuanto a la jurisprudencia internacional a partir de diversas sentencias relevantes, la OEA en “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños, niñas y adolescentes”¹ sistematiza a partir de sentencias relevantes el concepto de interés superior del niño. Estos dos documentos serán considerados en esta investigación.

¹ Organización de Estados Americanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes*, 2018, p. 40. Consultado en <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>>.

A) LA OPINIÓN CONSULTIVA DADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 del agosto de 2002², es un documento estructurado en 10 ítems: *i) Presentación de la consulta, ii) Procedimiento ante la Corte, iii) Competencia, iv) Estructura de la opinión, v) Definición de niño, vi) Igualdad vii) Interés superior del niño viii) Deberes de la familia, la sociedad y el estado, ix) Procedimientos judiciales o administrativos en el que participan los niños x) Opinión.* Esta opinión consultiva no se refiere solamente al interés superior del niño, sino a los derechos del niño en general, y tiene como insumo las opiniones de algunos Estados miembros de la OEA, como el Instituto Interamericano del Niño y otras ONGs internacionales muchas de ellas bajo la modalidad de *amicus curie*. Por lo tanto, esta investigación se centrará solamente en la definición de interés superior del niño y los criterios para su aplicación establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

La Opinión Consultiva (2012), refiere que la mayoría de edad permite el ejercicio de derechos (capacidad de actuar), por lo tanto, las personas pueden ejercitar derechos subjetivos personalmente, asumir obligaciones jurídicas, personales patrimoniales entre otros. Y que los niños carecen de esa capacidad, y que los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana, y que la normativa

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, P. 67. Consultado en <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Una característica de los derechos del niño, en su aplicación es que se ejecutan a partir de un trato diferenciado. La Corte señala que, los niños poseen derechos que corresponden a los seres humanos, sean menores o adultos, y derechos especiales respecto de la familia, sociedad y el Estado. Concluye que el trato diferenciado que se otorga a los menores de edad, no es per se discriminatorio, al contrario, permite el ejercicio cabal de los derechos reconocidos al niño.

Definir qué se entiende por niño, implica no sólo quedarse en la expresión del Artículo 1 de la Convención que considera a todos aquellos que son menores de 18 años, sino que además es considerado sujeto de derechos, ya que, el derecho Internacional le otorga una serie de facultades que se traducen en derechos económicos, sociales, culturales. Algunos sostienen que la Convención es la carta que les da ciudadanía a los niños, ya que además les otorga derechos civiles o políticos a través de diversas libertades como el derecho, de opinión, expresión u organización. Esto es esencial porque el interés superior del niño sirve como principio y criterio para determinar cómo los Estados deben evaluar las diversas situaciones que enfrentan los niños en el mundo.

Fundamentos del principio interés Superior del Niño y otros derechos del niño

La Corte define a la expresión “interés superior del niño”, del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conjuntamente con “desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, y que deben ser considerados como *criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*. La Corte hace una interpretación de este

principio conjuntamente con los derechos del niño, se constituyen en criterios para la producción de normas³.

Otro aporte esencial de la Corte, es el fundamento que da existencia a este principio:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴.

Es decir, la dignidad del ser humano es un atributo reconocido a los niños, el cual no depende de la edad, sino de su condición de ser humano. Del mismo modo, los niños tienen características específicas y en consecuencia derechos específicos a través de los cuales se expresan. Este principio en contraste con el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece puede adoptar de reglas y medidas específicas en relación con los niños, y su condición de niños exige que se tenga un *trato diferente en función de sus condiciones especiales*. Y la Corte agrega que “*este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños*”⁵. En esa línea, los niños deben alcanzar su desarrollo, y sus potencialidades y que la aplicación de este principio debe permitir este fin.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, p. 86. Consultado en <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, Numeral 46, p. 86. Consultado en <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

⁵ *Idem*.

Otro elemento para la aplicación de este principio, tiene que ver con las oportunidades y servicios que deben tener los niños para ejecutarse de manera real. La Opinión Consultiva hace referencia al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959)⁶ que establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Las oportunidades y servicios se vinculan con la necesidad de que el Estado tenga personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas, para la atención a los niños⁷.

Luego, en los procedimientos judiciales y administrativos este principio se debe aplicar de manera complementaria con el derecho a ser escuchado. Al respecto, refiere el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño a ser escuchado de acuerdo las condiciones de éste, que no redunde en perjuicio de su interés genuino, y que deben ser en función a su madurez, y si tiene condiciones para formar su propio juicio, y de manera especial en todo procedimiento judicial y administrativo directamente o con un representante. La Corte indica:

La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior,

⁶ *Ibidem*, Numeral 57, p. 61.

⁷ *Ibidem*, Opinión conclusiva N° 06, p. 86.

objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio⁸.

Consecuentemente, la Corte considera que debe procurarse la mayor participación y acceso del menor en la ponderación de sus derechos y el examen de su propio caso. Por otro lado, en cuanto a procesos judiciales donde se involucren a menores, el principio de publicidad es limitado por el interés superior del niño. Estos límites atienden al interés superior del niño”, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura.

B) EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Corte (2018), en “*Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana De Derechos Humanos N.º 5: niños, niñas y adolescentes*”, conceptualiza al niño como sujeto de derecho, el ejercicio progresivo de sus derechos en función de su desarrollo y vulnerabilidad. En cuanto a interés superior del niño, considera los siguientes componentes: que las medidas y protección del estado deben respetar el interés superior del niño o niña, la determinación y ponderación del interés superior de los niños y niñas, y la reparación y la relación con el derecho a ser oído. Este informe, también menciona consideraciones particulares sobre derechos específicos establecidos según la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como: el derecho a la personalidad jurídica (art. 3 CADH), a la vida (a. 4 CADH), a la integridad personal (art. 5 CADH), libertad personal (art. 7 CADH), entre otros. También refiere a los niños en situaciones particulares vin-

⁸ Corte Interamericana de derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, Numeral 101. Consultado en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

culados a migración, conflictos armados, privados de libertad, los cuales no son materia de investigación. Por lo tanto, solo se tomará en cuenta la parte vinculada a Interés Superior del Niño que sistematiza las sentencias sobre estos ítem.

Medidas y protección del Estado sobre interés superior del niño/a

Una institución a la cual la Corte Interamericana de derechos Humanos le asigna un rol fundamental es la familia, como primera institución que debe velar por este principio y que *constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos*⁹. Sin embargo, este principio también es un criterio para determinar la separación de los niños de su familia, esta permanencia del niño en su núcleo familia debe ser la regla, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, la cual debe ser excepcional y, preferentemente, temporal⁹. Refiere además que el Estado debe apoyar a la familia brindar protección a los niños que forman parte de ella. Del mismo modo reitera el fundamento del interés superior del niño en la dignidad misma del ser humano, las características propias de los niños, y la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos¹⁰. Así como los cuidados especiales y medidas de protección que requieren los niños, considerando su “debilidad, inmadurez o inexperiencia (Párrafo 56)”¹¹.

No obstante, este principio involucra a todos los derechos del niño en su aplicación e interpretación. Al respecto, menciona el Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala¹² que en su párrafo 184 indica:

⁹ *Ibidem*, Opinión conclusiva 4-5 – p. 86.

¹⁰ *Ibidem*, Párrafo 56, p. 61.

¹¹ *Ibidem*, Párrafo 16, p. 14.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de las dos Erres vs. Guatemala Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Numeral 184, p.55. Consultado en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>.

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad¹³.

Es decir, el principio interés superior del niño implica la satisfacción de todos los derechos, no es sólo un criterio de interpretación y el rol del Estado en tomar en cuenta las necesidades y derechos del niño tomando en cuenta su condición de vulnerabilidad. Esto como se verá en su momento revela rasgos de la situación irregular del menor, que valdría la pena incidir, puesto que no es lo mismo un niño en situación de la calle siendo adolescente de 15 años con uno de 11 años, o incluso dentro de la familia, por cuanto la situación de vulnerabilidad requiere ser definida, si se afirma que un niño está en situación de vulnerabilidad, sería hasta cierto punto no reconocer ciertas capacidades en función de su edad y omitir su desarrollo progresivo.

Asimismo, la Corte en el asunto L.M. respecto Paraguay refiere que en los procedimientos administrativos y judiciales donde se discute derechos humanos de los niños, tales como: adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Y agrega textualmente lo siguiente:

Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en

¹³ *En el mismo sentido se considera en el Caso Comunidad Indígena XákmoK Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 257. P. 66. Consultado en: Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala (Sentencia de 24 de noviembre de 2009).*

posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte¹⁴.

Es decir, el interés superior del niño es un principio que no solo es una garantía procesal, sino que exige celeridad en su aplicación e incluso bajo este criterio se puede determinar asuntos sustanciales a efecto de asegurar la decisión futura de los niños. Esto se evidencia en el párrafo 18 de dicha resolución¹⁵ cuando afirma que el transcurso del tiempo puede constituir un factor crucial que puede favorecer los vínculos en la familia que acoge al niño, o de lo contrario podría incrementar el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo”. Esto puede ocasionar un daño cuando hay dilación en los procesos y se convertiría en una negación perjudicial de los intereses del niño LM en ese caso.

Otro elemento, es el carácter imperativo y los cuidados especiales que deben tener los niños al respecto. Así, en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile¹⁶, en su párrafo 108 indica:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011 Medidas provisionales respecto de Paraguay Asunto L.M.* 2002, Párrafo 65, p. 63. Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

¹⁵ *Ibidem*, Párrafo 18, p. 15.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas)*. 2012. Párrafo 108, p. 38.

de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección¹⁷”.

Por lo tanto, el interés superior del niño, no sólo es un fin a alcanzar al analizar los derechos del niño, sino que tiene carácter imperativo; es decir de obligatorio cumplimiento. Además de tomarse en cuenta dos elementos: los cuidados especiales que requieren los niños y *medidas especiales de protección*. Esto sobre todo cuando se trata de niños con discapacidad conforme se estableció en el Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina (Sentencia de 31 de agosto de 2012), en su párrafo 138.

Una sentencia que si es fundamental de la Corte IDH es el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (Sentencia de 9 de marzo de 2018), la cual aplica los cuatro principios rectores del Sistema Integral de Protección de los niños, tomado del Comité de los Derechos del Niño, como se verá en este trabajo:

En toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber:

- I. La no discriminación
- II. El interés superior del niño
- III. El derecho a ser oído y participar, y
- IV. El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. La Corte reitera que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la nece-

¹⁷ Este mismo fundamento se da en el Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 49.

sidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹⁸.

Determinación y ponderación del interés superior de los niños y niñas

Inicialmente la Corte indicó en los Casos *Atala Riffo vs Chile*¹⁹ y el Caso *Fornerón e hija vs Argentina*²⁰, que el interés superior del niño sirve para determinar los aspectos vinculados a familia evaluando el comportamiento de los padres al aplicar este principio. Así, en diversas sentencias, la Corte establece que para determinar el interés superior del niño “se debe evaluar los comportamientos de los padres, y el impacto negativo probado de ser el caso que no corresponde usar: especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”. Esto es lo que paso en esta sentencia la Corte Suprema de Chile que resolvió en base a especulaciones no probadas respecto de la orientación sexual de la madre, la Corte:

La Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 152, p. 33. Consultado en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf>.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 109 p. 39. Consultado en: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012., párr. 50, p. 19 Consultado en: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>.

de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona²¹.

Un primer criterio sería la necesidad de probar la existencia de los riesgos o daños en que se ampara la aplicación de interés superior del niño, no basta su sola mención. Mas aún en sociedades donde la homosexualidad es censurada, este principio no puede amparar el derecho del padre o la madre por su orientación sexual. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia²².

Inicialmente, el poder judicial de Chile negó a una pareja homosexual, la posibilidad de una custodia de sus hijos aumentando que “los niños” hijos de una de las parejas, sería discriminado, por cuanto la sociedad no está preparada para un tipo de familia homosexual. Así la sentencia en su numeral 98 indica:

Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica¹¹⁹ utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (supra párr. 41), y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicio-

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012*. Párrafo 110 p. 39. Consultado en: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

²² *Ibidem*, Párrafo 101, p. 39.

nal” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (supra párr. 41). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (supra párr. 97), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría²³.

En este caso, la Corte Suprema en la misma sentencia Numeral 121 expresa que no se puede usar el principio del interés superior del niño indicando que puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, en función “a un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre”, no puede considerarse un “daño” valido a los efectos de la determinación del interés superior del niño”. Y que aun existiera discriminación “es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad” como en el caso de la Señora Atala por la presunta discriminación que las niñas podrían sufrir por su orientación sexual.

Estos mismos criterios son ratificados en el Caso Fornerón e hija Vs. Argentina (Sentencia de 27 de abril de 2012), donde se reafirma que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos, el impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño y el rechazo a presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. Así también el peligro que significaría la dilación de los procesos judiciales en temas de familia, los cuales podrían ocasionar daños emocionales²⁴ y que no se debe usar el interés superior del niño

²³ *Ibidem*, Párrafo 98, p. 35.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012., párr. 52, p. 19 Consultado en:

para negar la patria protestad por la condición de homosexualidad de un padre o madre²⁵.

Relación con el derecho a ser oído

El principio de interés superior del niño según la Corte se ejerce con el derecho de los niños a ser escuchados. La Corte establece que “el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño refuerza la funcionalidad del artículo 12 al considerar que los niños deben ser escuchados a efecto de garantizar la aplicación del interés superior del niño, esto es ratificado en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (Sentencia de 24 de febrero de 2012) donde toma en cuenta de manera específica, la Observación General No. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas que resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado. Y considera que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional²⁶

²⁵ *Ibidem*, Párrafo 99, p. 32.

²⁶ UNICEF Comité Español. *Convención de los Derechos del Niño*. 2006. Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) Artículo 12, p.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN EL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

El Comité de los Derechos del Niño en Inglés the Committee on the Rights of the Child (CRC) es una instancia internacional formada por 18 expertos independientes que se encarga de monitorear el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados partes. También, se encarga de supervisar la aplicación de dos protocolos facultativos de la Convención, sobre la participación de niños en conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Este Comité emite una serie de informes sobre la aplicación de la Convención que adoptan diversos nombres, tales como: comentarios, recomendaciones, directrices u observaciones. Precisamente es la “observación General N° 14(2013) denominada” sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 1 Párrafo 1), a cual fue aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero al 1 de febrero de 2013) que es tomada en cuenta en esta investigación (en adelante la Observación 14). Este informe está dividido en seis partes: introducción, objetivos, naturaleza y alcance de las obligaciones de los estados partes, Análisis Jurídico y relación con los principios generales de la Convención, aplicación de la evaluación y determinación del interés superior del niño y difusión.

A) EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO MEDIANTE LA “OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (2013)

El Comité de los derechos del Niño mediante la Observación 14 (2013), establece una serie de criterios sobre cómo se interpreta el

13. Consultado en: <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>.

interés superior del niño, su conceptualización, sus alcances entre otros, que se analizan en este trabajo.

Un primer elemento está vinculado a la mención explícita que hace la Convención del principio interés superior del niño en otros artículos distintos al inciso 1 artículo 3 de la convención: artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3). (Comité Derechos del Niño, 2013, numeral 3).

Un segundo elemento es el concepto tridimensional de interés superior del niño: i) Como principio jurídico interpretativo fundamental, ii. Como derecho sustantivo y iii) Como norma de procedimiento²⁷. Como *derecho sustantivo* ante un conflicto es “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 concreto o genérico o a los niños en general.” y es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”. Como *principio jurídico interpretativo fundamental*, se debe interpretar de manera que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y conjuntamente con todos los demás derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos. Y finalmente, como *una norma de procedimiento se debe evaluar* una estimación de las posibles repercusiones (positi-

²⁷ *Ibidem*, Numeral 6, p 261.

vas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados, además se constituye en garantías procesales a favor de un niño o grupo de niños²⁸.

La tercera recomendación está en función a la “naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes”, que convierte al interés superior del niño en un criterio rector en diversos espacios donde se definen derechos de los niños a nivel administrativo y judicial. Así se debe tener en cuenta este principio en “el proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas, y directrices” vinculadas a los niños en general o a un determinado grupo. El Comité recomienda que esta observación “guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores”²⁹.

El cuarto elemento ubicado en el numeral III “naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes en relación al principio del interés superior del niño según el artículo 3 párrafo 1 de la Convención agrega algunos criterios a considerar en los procedimientos públicos y privados, tales como: que se agregue de manera sistemática este principio en los procedimientos administrativos y judiciales, que al aplicarlo en dichos procedimientos se debe explicar cómo se ha evaluado el principio de interés superior del niño y la importancia atribuida en cada decisión, la aplicación de este principio en el sector privado incluidos proveedores de servicio cuando se refiera a decisiones que afecten o tengan que ver con los niños³⁰.

El quinto elemento está referido a pautas de implementación que deben tener en cuenta los Estados en virtud de los artículos

²⁸ *Idem.*

²⁹ UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de los derechos del Niño*, Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013, Numeral 13, p 261. Consultado en: <<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>.

³⁰ *Idem.*

42 y 44 de la Convención sobre Interés Superior del Niño en sus políticas y legislación interna. En ese sentido el Comité establece: que se debe considerar el interés superior del niño en: en las leyes y fuentes del derecho, las políticas a nivel nacional, regional y local; los mecanismos y procedimientos de denuncia, los recursos nacionales a los programas, en la información sobre este principio se apoye estudios relacionados con los derechos del niño y la capacitación sobre este principio y la que se entregue a los niños en su lenguaje, así como a familiares y cuidadores

Otro elemento fundamental es que el Comité establece los parámetros a tomar en cuenta para lograr su efectividad, los cuales copiamos textualmente:

- a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
- b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
- c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención;
- d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención;
- e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo ³¹.

Los otros aspectos de la Observación 14 del Comité se reflejan al análisis Jurídico y la relación con los principios generales de la Convención. Así, el término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas”, y que dichas medidas tienen que ver con la pasividad o inactividad y las omisiones respecto a las medidas tomadas o no para proteger a los niños del

³¹ UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de los derechos del Niño*, Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013, Numeral 16, p 263. Consultado en: <<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>.

abandono o los malos tratos. Así también cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior y en función de las circunstancias de cada caso para evaluar los efectos de la medida en el niño.

El concepto sobre niño es definido no solo en cuanto a menores de 18 años, sino a su carácter colectivo e individual. Además, indica que las decisiones relativas a un niño en particular y los intereses de los niños en general. Sin embargo, conforme el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente³².

Asimismo, describe que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tomar en cuenta el interés superior del niño, esto incluye a los padres, aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, este principio será “su preocupación fundamental” (art. 18, párr. 1). Esas instituciones abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medio ambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), y las que se ocupan de los derechos y libertades civiles; por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos. En cuanto a los “Los tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, y los procesos de conciliación, mediación y arbitraje.

Luego hace una diferenciación entre los procesos civiles y penales y la forma en cómo se aplica el interés superior del niño. En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley, a las víctimas o testigos, a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley.

³² *Ibidem*, Numeral 21-24 p. 263.

En cuanto a la vía civil, el Comité considera que “el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida, ya que, en situaciones particulares como adopción, divorcio, custodia o visita, el niño puede verse afectado por el juicio, así como en los procesos por malos tratos o abandono. “El tribunal es deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente”³³.

Asimismo, refiere en su numeral 31 que las decisiones de las autoridades administrativas incluyen diversos campos: la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Y que deben ser evaluadas en función del interés superior del niño. Del mismo modo en cuanto a los órganos legislativos, reitera que leyes, reglamentos o tratados debería regirse por el interés superior del niño y debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente. Esta obligación se aplica a “la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos”³⁴.

El Comité (2013), en su numeral 32 indica que el concepto de interés superior del niño es complejo, flexible y adaptable y su contenido debe determinarse caso por caso. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta o circunstancias específicas del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales, esto se debe aplicar en las decisiones colectivas (como las que toma el legislador) y en diferentes casos. Según el comité “permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil.

³³ *Ibidem*, Numeral 27-29, p. 2.

³⁴ *Ibidem*, Numeral 31. p. 265.

Asimismo, según el Comité de los Derechos del Niño, este principio exige que al publicarse disposiciones legislativas o formular políticas se debe tener en cuenta un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prevenir las consecuencias que pudieran originarse en estas normas y políticas o en la asignación presupuestaria y evaluar los efectos y consecuencias reales sobre los derechos del niño. Luego hace referencia en el numeral 37 a la expresión, “consideración primordial” de la Convención en su artículo 3.1, la cual tiene su fundamento en la situación especial de los niños: dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz, ya que los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses.

Otro elemento analizado por el Comité es que “la flexibilidad del concepto interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos, de otros niños, o los padres. Y los posibles conflictos respecto de este principio a nivel individual, grupal 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” Esto significa que al resolver estos conflictos su interés superior será una consideración primordial, donde los intereses del niño tienen máxima prioridad y significa además tomar conciencia de la prioridad a esta principio y que no son una de tantas consideraciones.

Finalmente, dentro de los criterios a destacar, el Comité establece como elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, los siguientes: considerar *la opinión del niño* de acuerdo a su edad y madurez; *la identidad del niño* que incluye :sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad; *la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones*, considerando a la familia en sentido amplio, y que la separación de un niño de una familia debe ser excepcional y en beneficio del interés del propio niño: Otro elemento a considerar es *el cuidado*,

protección y seguridad del niño, y el rol del Estado en el bienestar y cuidado emocional del niño y la protección contra todo tipo de abuso; también debe considerar *la situación de vulnerabilidad* si pertenecen a algún grupo minoritario, y hacerlo desde su historia personal y con un equipo multidisciplinario. Luego, considera el *derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación*; en el primer caso, el derecho a la salud en cuanto a enfermedades implica que se les brinde a los niños toda la información debida y que se escuche su opinión; y en cuanto a educación, implica que, satisfacerla desde la primera infancia con docentes capacitados y con un entorno adecuado.³⁵

IV. INTERSECCIONES, DIFERENCIAS ENTRE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO DE LA ONU

Luego de revisar los planteamientos jurídicos de ambos organismos internacionales, se puede afirmar que hay similitudes, complementariedades y especificaciones en los criterios establecidos sobre el interés superior del niño. En primer lugar, existe una definición complementaria sobre este principio entre ambas instituciones. El Comité establece que es un concepto tridimensional: un *derecho sustantivo* que garantiza los derechos de los niños en la práctica, siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.” y es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”; un *principio jurídico interpretativo fundamental*, que permite satisfacer de manera más efectiva el interés superior del niño y conjuntamente con todos los demás derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos. Y finalmente, *una norma de procedimiento* que eva-

³⁵ *Ibidem*, Numeral 52-79, pp. 269-273.

lúa una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados, además se constituye en garantías procesales a favor de un niño o grupo de niños³⁶. Por su parte la Corte describe el fundamento del Interés superior del niño en *la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*³⁷” Adicionalmente, en el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (2018), establece que el ISN es uno de los cuatro principios rectores del Sistema Integral de Protección de los niños y que en toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal conjuntamente con el de: no discriminación, El derecho a ser oído y participar, y el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

Un segundo espacio de encuentro conceptual entre ambos organismos es considerar la expresión “interés superior del niño”, del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *conjuntamente con el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de todos sus derechos*³⁸. Esto significa que este principio se interpreta en relación con todos los derechos del niño. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos

³⁶ UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de los derechos del Niño*, 2013, Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 2013, Párrafo 6 p. 260. Consultado en: <<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 De 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, Párrafo 56, p. 61. Consultado en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

³⁸ *Ibidem*, Opinión conclusiva 2, p. 86.

de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad³⁹. Por su parte, El Comité, hace una mención explícita a los demás artículos tales como: 10, 18, 20, 21, 37 c) 40 entre otros, de la Convención que menciona este principio y los demás tratados de infancia como: el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Un tercer punto de intersección para la Corte como para la Comisión es el Interés Superior del Niño (ISN), como criterio *rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*. En ese sentido, el Comité amplía el significado de “todas las órdenes relativos a la vida del niño”, que refiere la Corte, cuando afirma que se debe considerarlo en las fuentes y leyes del derecho, en las políticas, mecanismos, procedimientos, información y presupuesto a nivel nacional, regional y local. Asimismo, plantea acciones específicas tales como: capacitación sobre este principio a todos los responsables directos o indirectos que trabajan para y con los niños; información adecuada a los niños en su lenguaje, así como a familiares y estrategias de lucha contra todas las actitudes negativas y prejuicios que impiden la plena efectividad del derecho del niño⁴⁰.

Un cuarto elemento, es que el ISN es un principio que se aplica en los procedimientos judiciales y administrativos de manera complementaria con el derecho a ser escuchado constituyéndose

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay Sentencia de 24 de Agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones Y Costas), 2010, Númeral 257, p. 66. Consultado en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

⁴⁰ UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de los derechos del Niño*, Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013, Numeral 15, p 262. Consultado en: <<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>.

en un límite y una garantía. Garantía en cuanto que según el artículo 12 de la Convención, regula su participación de acuerdo a su madurez, si tiene condiciones para formar su propio juicio, y que no redunde en perjuicio de su interés genuino, y lo puede ejercer un niño directamente o con un representante. Por otro lado, como garantía procesal exige celeridad en asuntos sustanciales a efecto de asegurar la decisión futura de los niños, ya que el transcurso del tiempo puede constituir un factor crucial que puede favorecer o desfavorecer los vínculos en la familia que acoge al niño. Y se convierte en límite sobre todo en cuanto al principio de publicidad en los procesos penales, ya que, según la Corte, preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar la vida futura de los niños.

En cuanto a especificaciones, la Corte establece que en los procesos penales, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley, a las víctimas o testigos, a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité especifica de la siguiente forma “*la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva*” cuando se trata de niños y adolescentes. En cuanto a la vía civil, además de que los niños pueden participar de manera directa o con un representante, los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente ,sobre todo en asuntos vinculados a familia como adopción, divorcio, custodia o visita, donde el niño puede verse afectado por el juicio, así como en los procesos por malos tratos o abandono⁴¹. ”

La Corte establece que para determinar el interés superior del niño se debe evaluar los comportamientos de los padres, y el impacto negativo probado de ser el caso. Esto significa que no

⁴¹ *Ibidem*, Numeral 27-29, p. 264.

se puede hacer sólo mención en las sentencias a este principio y usar: especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia y mucho menos como un principio discriminador en contra de los padres como consta en el Caso Atala Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile(2012) donde se negó la patria potestad a una pareja de padres homosexuales amparados en este principio.

El comité, por otro lado, indica que el principio de interés superior del niño al evaluarse tiene una dimensión colectiva al considerar a todos los niños en general y también una evaluación individual al momento de determinar decisiones que les afecten. Asimismo, el Comité establece como elementos para evaluar el interés superior del niño: *la opinión del niño, su identidad la preservación del entorno familiar, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación*. Y que este principio tiene un carácter imperativo, en instituciones públicas y privadas, por otro lado, que la flexibilidad de este concepto, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos, de otros niños, el público o los padres, y a nivel individual, grupal de niños o los de los niños en general. Esto significa sopesar los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado, donde los intereses del niño tengan la máxima prioridad y que no son una de tantas consideraciones (Nº. 38, 40).

V. CONCLUSIONES

Luego de analizar los aportes tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Comité de los Derechos del Niño de la ONU se puede concluir que los conceptos, y criterios de aplicación sobre interés superior del niño, están definidos a nivel dogmático y procedimental, para ser aplicados por los Estados. No obstante, por la naturaleza jurisdiccional de la Corte se centra

más en aspectos vinculados a los procesos judiciales y a la valoración y aplicación del principio en las motivaciones judiciales de los Estados; mientras que el Comité amplía criterio a la formulación de políticas y elaboración de normas que debe tener al interés superior del Niño como principio.

Primero, mientras el Comité se centra en el concepto tridimensional del Interés Superior del Niño como norma procedimental, derecho sustantivo y principio jurídico de interpretación; la Corte señala el fundamento de este principio en la dignidad de todo ser humano, incluido los niños, las características especiales que tienen los niños y la necesidad de promover sus potencialidades en función a su desarrollo.

Segundo, ambos organismos internacionales coinciden en afirmar que el Interés Superior del Niño, se aplica conjuntamente con el desarrollo y el ejercicio pleno de todos sus derechos, mencionados en la Convención de los derechos del niño y otros tratados internacionales vinculados con la infancia.

Tercero, tanto la Corte como la Comisión establecen que el ISN es un criterio *rector e imperativo para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*. Ya sea desde las fuentes y leyes del derecho, o las políticas, mecanismos, procedimientos, información y presupuesto a nivel nacional, regional y local, de todos los Estados.

Cuarto, el Comité establece como elementos para evaluar el interés superior del niño: la opinión del niño, su identidad la preservación del entorno familiar, su cuidado, protección y seguridad, su situación de el derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación.

Quinto, Según la Corte el ISN es un principio que se constituye en un límite procesal al principio de publicidad en procesos penales que involucren a niños y una garantía del ejercicio de sus derechos en cuanto a celeridad en las decisiones que se deban tomar a favor de los niños.

Sexto, ambos organismos internacionales prescriben que en los procedimientos judiciales y administrativos el ISN se ejerce

con el derecho a ser escuchado de acuerdo a su madurez, condiciones para formar su propio juicio, lo cual puede ser ejercido por los niños directamente o con un representante.

Séptimo, al aplicar este principio, según la Corte, en los procesos judiciales se debe evaluar el comportamiento de los padres y se debe probar las posibles implicancias de tomar una decisión que le afecte y no se debe usar especulaciones o la sola mención de este principio.

Finalmente, la Comisión establece que si bien es cierto el ISN es un principio de carácter imperativo tiene un carácter flexible que puede entrar en conflicto con los intereses otros niños, padres o público en general. No obstante, su evaluación implica una dimensión colectiva e individual de los derechos del niño.

