

## EL INTERES SUPERIOR DE LA NIÑEZ COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES



SANTIAGO MAMERTO LLANCARI ILLANES

*Alumno de Post Grado UNMSM*

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN II.- DEFINICIÓN DEL NIÑO O NIÑA III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS IV.- NOCIÓN CONCEPTUAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS V.- FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO "PRINCIPIO GARANTISTA VII.- CONCLUSIONES, VIII -BIBLIOGRAFÍA.

### I.- INTRODUCCIÓN.

Como vemos el correr de los días, el menor de edad, niña o niño se encuendocentiatra ubicado como centro de nuestra atención y su lugar en la sociedad no se discute. Esto no significa, que el menor reciba toda la debida protección de todos, y que no sea maltratado física ni psicológicamente. Ya que, él es un ser que representa una gran parte de nuestras esperanzas, de nuestras nostalgias, de nuestros temores, nuestro futuro. Porque se trata de un ser vulnerable a todo tipo de violencia y que aún no se encuentra plenamente realizado aunque, por quién nosotros fundamos ya tantas esperanzas y en quién, a menudo, proyectamos nuestros propios sueños o a través de quién soñamos realizarnos en la vida.

Es así que inicialmente tratado a este ser humano como objeto de Derecho, con el correr de los años y surgimiento de los Derechos Humanos en el mundo, hoy en día sujeto de derechos, surge un principio fundamental de respeto a los derechos y libertades que tiene la niña o niño, denominado interés superior de los

niños y niñas, pensando en el bienestar y desarrollo integral del menor de edad. Establecida por primera vez en la declaración de los Derechos del Niño, para posteriormente regular este principio general en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989, convirtiéndose de esta forma en un instrumento jurídico-político para todas las naciones, la misma que fue ratificada por el Perú el año 1990, convirtiéndose en una norma obligatoria conforme así lo establece la Constitución Política del Perú.

### RESUMEN.

El interés superior de la niñez, tiene como finalidad fundamental el bienestar de la niña o niño durante su desarrollo integral, para tal efecto, los estados deben tomar 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 ante todo.

**ABSTRACT.**

The best interests of the children, has the primary purpose the welfare of the girl or boy during its development, for that purpose, states must take all measures concerning children to take the public or private institutions of social welfare, the courts, the authorities administrative or legislative bodies, a primary consideration at the outset

**PALABRAS CLAVES.**

Niñez, derechos, protección, bienestar, interés superior del niño.

**KEY WORDS.**

Childhood, Rights, protection, welfare, Best interests of the child

**II.- DEFINICIÓN DEL NIÑO O NIÑA.**

Debemos entender que, NIÑEZ. Es la edad o periodo de la vida humana que comprende desde la etapa de concepción hasta los dieciocho años, época en que necesita de protección plena por parte de los padres, tutores o el estado.

La Convención sobre los Derechos de Niño, define al niño en su artículo primero de la siguiente manera "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Por su parte nuestro Código de los Niños y Adolescentes, define al niño en su artículo

primero del título preliminar, que a la letra dice "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

Debo manifestar el comentario efectuado por Rachel Hodgkin y Peter Newell<sup>1</sup>, respecto al comienzo de la infancia, manifiestan que. Ni la declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924) ni la Declaración de los Derechos del Niño (1959) definen el comienzo o el fin de la infancia. Pero el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño llama la atención sobre la afirmación que aparece en la Declaración de 1959: "...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, *incluso la debida protección legal, tanto como después del nacimiento*". Debo manifestar conforme a esta última parte, se entiende que la niñez se inicia desde la concepción, conforme así lo establece en forma correcta nuestro Código de los Niños y Adolescentes.

**III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**

El principio del interés superior de los niños y niñas, se regula por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, establecida como **Principio 2**<sup>2</sup>, y posteriormente con la dación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, preocupados por el bienestar del niño, se regula como instrumento jurídico obligatorio en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre del año 1989 en su **Artículo 3**<sup>3</sup>. Que finalmente adoptada y

<sup>1</sup>En Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Unicef-Fondo de las Naciones Unidas para la infancia. p. 3.

<sup>2</sup>Principio 2. 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 del niño.

<sup>3</sup>Artículo 3°. 1. 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. 2. Los estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los estados Partes se aseguraran de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.



regulada actualmente este principio en el Código de los Niños y Adolescentes en su **artículo IX. Del Título Preliminar.**<sup>4</sup>

#### **IV.- NOCIÓN CONCEPTUAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.**

Para el autor, Interés Superior de los Niños y Niñas, es fundamentalmente la preocupación en el bienestar que debe tener el menor de edad, en su desarrollo integral, físico y psicológico, como sujeto de derecho, respetando ante todo los derechos y libertades que ellos tienen, en consecuencia, se deben tomar todas las medidas concernientes a los niños y niñas por parte del estado de cada país.

Los principios de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño, deben tenerse en cuenta para determinar en interés superior del niño en una situación concreta o el interés superior de niños considerados como grupo. La determinación de interés superior debe hacerse en función del corto como del largo plazo. Debe corresponder al espíritu de la convención en su totalidad –y, en concreto al énfasis que ésta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como personas con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales.

Los estados Partes no pueden subordinar el interés superior a sus prácticas culturales y utilizar dicha interpretación para negar al niño derechos que le son garantizados por la Convención, como por ejemplo la protección contra las prácticas tradicionales y los castigos violentos<sup>5</sup>.

El concepto del “interés superior del niño” ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro concepto de la Convención sobre los Derechos del Niño. En muchos casos, su inclusión en las legislaciones nacionales es anterior a la ratificación de la Convención, y el concepto no es, ni mucho menos, nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2<sup>o</sup>.

Debemos manifestar que este principio fundamental, se refiere a que todas las acciones que se emprendan en torno a la vida de un niño/a deben realizarse en favor de su interés superior, lo que incluye todas las decisiones que le afectan y que son tomadas por los garantes: la familia, la comunidad, instituciones de la sociedad civil y el Estado.

Cuando el artículo 3. De la Convención, establece en su último párrafo como “una consideración primordial” nos dice que esta formulación indica que el interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños o grupos de niños, o entre los intereses de los niños y de los adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario poder demostrar que se han investigado los derechos del niño y que se les ha dado consideración primordial<sup>7</sup>.

#### **V.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS<sup>8</sup>**

##### **Funciones**

Se puede decir que la noción del interés del niño, tal como está definida en la CDE, aunque

<sup>4</sup>Artículo IX. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones. Así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

<sup>5</sup>Comentado en Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. Cit. p. 40.

<sup>6</sup>Ibidem. Cit. p. 39.

<sup>7</sup>Comentado en Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. Cit. p. 40.

<sup>8</sup>Zermaten, Jean. El Interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Ages Sante Societe. Informe de trabajo 3-2003. Institut International Des Droits del Lenfant. pp. 10-11.



también por ejemplo en la Convención de la Haya sobre la adopción.

El interés superior del niño internacionales, es una noción que tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución).

- Criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control.

- Criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño.

Debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los Niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es "en el Interés del niño". Es "la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad Psicológica".

### CARACTERÍSTICAS

La noción del interés superior del niño reviste varias características:

1. Contrariamente a la mayoría de los artículos de la Convención, el art. 3 cf. 1 no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación.
2. Esta disposición impone sin embargo una obligación a los Estados: la de tomar en cuenta el interés superior del Estado desde que una decisión oficial debe ser tomada.
3. Este artículo 3 cf. 1 no puede ser estudiado separadamente. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo estatuto: el niño sujeto de derecho.

Esta dependencia confiere a este concepto

una dimensión particular, en particular si se le enlaza al principio de no-discriminación (art. 2 CDE) y a la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño (art. 12 CDE).

4. El concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. La jurisprudencia va también, partiendo del estudio de casos, a aportar soluciones aplicables a otras situaciones o al conjunto de grupos de niños. Se debe confiar en quién debe decidir<sup>20</sup>. Como en su tiempo, el concepto de criterio de discernimiento (código criminal revolucionario de 1791) había también sido precisado por sus criterios y por la jurisprudencia.
5. El criterio del interés superior del niño relativo al tiempo y al espacio: al tiempo ya que él es dependiente de conocimientos científicos sobre la infancia y sobre la Preeminencia de una teoría dada en un momento determinado; relativo al espacio, ya que este criterio debería tomar en cuenta las normas válidas en un país dado o en una región dada.
6. La noción de largo plazo debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic y nunc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro.

Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su interés debería separarse de la ley del "todo enseguida", para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 CDE, hay que estar atento a este aspecto de exploración.

7. La noción del criterio del niño es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan y que no han pasado más de 13 años después de la Adopción de la Convención. La doctrina y la jurisprudencia deberían por lo tanto ayudar



a desarrollar mucho esta noción.

8. El criterio del interés del niño es subjetivo en un doble nivel. "Se trata en primer lugar de una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, que tiene una imagen del interés del niño: educación del niño en tal o tal religión por ejemplo o la denegación de todo "el exceso" de la práctica religiosa,... Se podría tomar como ejemplo la asistencia educativa y los "modos" Que ha podido conocer (que se trate del mismo tipo de medidas que tomar o de la denegación de toda pena de prisión, casi "evidente" ayer pero que comienza hoy a ser contestada... en el nombre del interés del niño").
9. Subjetividad personal. El interés del niño está también marcado por una subjetividad personal que se manifiesta en un triple nivel.
  - Subjetividad en primer lugar de los padres: ¿qué padre no pretende actuar en el interés del niño aunque parezca empujado por consideraciones sobretodo egoístas? (los jueces de divorcio lo saben muy bien).
  - Subjetividad del niño igualmente: el problema surgió en particular cuando se tomó en cuenta el parecer o los deseos del niño, ya que si el interés del niño no se reduce a la concepción que tienen los padres, no corresponde tampoco necesariamente a la imagen que el niño tiene de sí mismo.
  - Subjetividad en fin del juez, o de la autoridad administrativa investida del poder de toma de decisión, ahora bien cada uno sabe aquí como esta subjetividad es fuerte (o en todo caso el riesgo de subjetividad), aunque la decisión pretenda

asentarse sobre un análisis "científico de la situación."

Estas características del interés del niño muestran a la vez la flexibilidad y la riqueza de este criterio y de sus debilidades. No estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, este concepto podría vaciar el sentido de los derechos del niño, hasta revelarse contraproducente, es decir privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del niño. Esto es cierto y las críticas han sido (y continúan siendo) numerosas contra la imprecisión del criterio y la ligereza del concepto.

Digamos, en su defensa, que presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser admitido en todos los sitios y sirve a todos. Es "la criada" de la Convención.

## VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO "PRINCIPIO GARANTISTA"<sup>9</sup>

La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia<sup>9</sup>. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de

<sup>9</sup> Comentario efectuado por Cillero Bruñol, Miguel en Investigación monográfica "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. pp. 7-8.



"principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

### VII.- CONCLUSIÓN

De las ideas expuestas en el presente ensayo, nos damos cuenta que el principio de Interés Superior de Niños y Niñas, surge desde la regulación en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, ratificada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, existiendo de esta forma equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos por el Estado.

El interés superior de la niñez, es un principio

que nace como una satisfacción integral de los derechos que toda niña o niño tiene a través de su desarrollo físico y psicológico, teniendo en consideración ante todo el bienestar de la niñez.

### VIII.- BIBLIOGRAFÍA

Código de los Niños y Adolescentes Ley N° 27337.

Convención Sobre los Derechos del Niño del 20/11/1989.

Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Unicef-Fondo de las Naciones Unidas para la infancia.

Zermaten, Jean. El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Ages Sante Societe. Informe de trabajo 3-2003. Institut International Des Droits del Lenfant.

Cillero Bruñol, Miguel en Investigación monográfica "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO