

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL

The best interests of the child as a principle of procedural law

IRMA ALFONSO DE BOGARÍN ¹
JORGE VASCONSELLOS ²

RESUMEN

Desde la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, a principios de este siglo, se ha incorporado formalmente a la legislación positiva nacional la expresión “interés superior del niño”, cuyo germen se había instalado poco más de setenta y siete años antes, con la *Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños*, y posteriormente es recogida en la Declaración de los derechos del Niño, y finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹ Presidenta del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, sede Capital. Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializada en la Protección Internacional de la Niñez. Representante de la Corte Suprema de Justicia como operadora de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica (IberRed). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y de la Escuela Judicial del Paraguay. Profesora invitada a seminarios y congresos en distintas universidades del país y exterior. Ex-Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y juventud.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Posgrados en Derecho Procesal Penal, litigación en juicio oral, destrezas en el proceso acusatorio y didáctica universitaria. Se desempeña como encargado de cátedra de “Taller de jurisprudencia”; de la Facultad de Derecho UNA, de la filial de Benjamín Aceval. Auxiliar de la cátedra de Derecho Romano I, tercera cátedra, turno noche, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) sede Central.



La proclamación del “interés superior del niño”³ en nuestro derecho interno, nada más que al inicio mismo de ella, hace que sus disposiciones se proyecten a todo su contenido, incluyendo, no solo los aspectos relacionados a las cuestiones de fondo, sino que – además – las de naturaleza procesal, que también son materia de regulación en el mismo cuerpo legal.

A partir del texto de la norma, redactado en términos generales, resulta indispensable procurar la adecuada comprensión de su propósito, sus alcances y significado, como condición indispensable para hacer efectiva su vigencia, en todas y cada una de las decisiones judiciales y/o administrativas, que vayan a adoptarse en cuestiones o materias que involucren directa o indirectamente derechos e intereses de niños y adolescentes.

Ello hará posible brindarle un contenido preciso al principio consagrado por la norma, evitando distorsiones interpretativas, que – en algunos casos se han registrado – permitiendo el desconocimiento o detrimento de otros principios.

El sistema legislativo internacional, al igual que el interno, constituyen un todo armónico, cuya interpretación no tolera contradicciones o menoscabos, y desde esta perspectiva la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “...*a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN (Convención de los Derechos del Niño), por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos...*”.

En este trabajo pretendemos adentrarnos en el estudio y el análisis del tema, con el objetivo de procurar una interpretación acorde a las orientaciones internacionales, que permita lograr una aplicación de la norma, consistente con su naturaleza y propósito.

Palabras clave: principio- interés superior- niño- adolescente

³ Artículo 3. Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley N° 1680/01.

ABSTRACT

Since the Code of Childhood and Adolescence, at the beginning of this century, the expression “the best interest of the child” has been formally incorporated into national positive legislation, whose germ had been installed a little more than seventy-seven years before, with the Geneva Declaration on the rights of children, and later it is included in the Declaration of the Rights of the Child, and finally in the Convention on the Rights of the Child.

The proclamation the “best interests of the child” in our internal norm, only at the very beginning of it, with the third article dealing with it, means that its provisions are projected to all their content, including, not only the aspects related to the substantive issues, but also - those of a procedural nature, which are also matters of regulation in the same legal body.

From the text of this law, written in general terms, it is essential to seek an adequate understanding of its purpose, scope and meaning, as an indispensable condition to make effective its validity, in each and every one of the judicial and / or administrative decisions, that will be adopted in matters or issues that directly or indirectly involve the rights and interests of children and adolescents.

This will allow to provide an accurate content to the principle enshrined by the rule, avoiding interpretive distortions, which - in some cases have been documented - has allowed the ignorance or impairment of other principles.

The international legislative system, as the internal one, constitutes a harmonious whole, whose interpretation does not tolerate contradictions or impairments, and from this perspective the Inter-American Commission of Human Rights has maintained that “... based on the doctrine of integral protection, sustained In the same CRC (Convention on the Rights of the Child), the best interests of the child must be understood as the effectiveness of each and every one of their human rights ... “.

In this chapter we intend to delve into the study and analysis of the topic, with the objective of work toward an interpretation according with international guidelines, in order to let us achieve an application of the norm, consistent with its nature and purpose.

Keywords: *principle-higher interest- child- adolescent.*



1. Introducción

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 1680/01), incluye en su texto normas de carácter sustancial que tienen como propósito la regulación de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, y en los Libros IV y V incluyen reglas de carácter procesal. En el primero de ellos organiza la jurisdicción especializada, define su integración y competencia, y seguidamente establece los distintos procedimientos admitidos en la jurisdicción especializada, y regula el diseño de cada uno de ellos. El segundo, incluye normas de carácter procesal penal, aplicables en las causas seguidas a menores infractores⁴.

Esta suerte de introducción al tema, tiene como propósito dejar en evidencia, la ausencia de una separación o división clara, en materia legislativa, entre el derecho sustantivo y adjetivo, es decir, entre aquellas que establecen derechos y garantías de los sujetos de protección, y las que tienen como propósito regular el procedimiento para hacerlas efectivas.

Como consecuencia de ello, en algunos casos resulta difícil distinguir si nos encontramos ante normas de fondo o de forma, resultando esto más notorio, en los casos de los Artículos 94 (De la restitución), 102 del CNA (Autorización Judicial para contraer matrimonio), entre otros.

A su vez, el examen general de las normas procesales contenidas en los Libros IV y V del Código de la Niñez, nos permite concluir, que nos encontramos ante una regulación procesal que pretende ser autónoma de las demás disciplinas procesales, aunque aún está lejos de lograrlo.

La parquedad de normas específicas de regulación de la forma, contenido y requisitos de la demanda, de la contestación, los casos en que procede la recusación y/o excusación de magistrados, fiscales y demás funcionarios, del régimen de las notificaciones, de los presupuestos de las medidas cautelares, de la actividad probatoria, determinando las pruebas admisibles y las prohibidas, las pruebas de oficio o medidas para mejor proveer, como igualmente una amplia y necesaria regulación de las

⁴ Desde el Artículo 192 en adelante.

formas, modos y requisitos de las resoluciones judiciales, tanto en lo que hace a los procesos seguidos en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, como en la Jurisdicción Penal del Adolescente, hacen que las normas de aplicación supletoria (Código Procesal Civil y Código Procesal Penal), definidas por el mismo Código, adquieran un carácter trascendente y tengan un impacto importante al momento de desarrollar la labor interpretativa del sistema procesal establecido por el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Esta situación se traduce en la inexcusable necesidad de recurrir permanentemente a principios propios del procedimiento de la jurisdicción especializada, que en algunos casos reconoce la existencia de tensiones, que nos obliga a buscar el modo más adecuado de conjugar la vigencia de principios que aparecen como contrapuestos, tales como el de disponibilidad de la acción, de contradicción, tercero excluido y varios otros, frente al del interés superior del niño y el principio pro homine que dimana de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya fuerza jurídica en el ordenamiento interno en la actualidad es indiscutible.

2. Concepto

Desde el punto de vista gramatical, *principio* (del latín *principĭum*), se define por la Real Academia de la Lengua Española, en sus seis primera acepciones, como: 1. m. Primer instante del ser de algo: 2. m. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa: 3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia: 4. m. Causa, origen de algo: 5. m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes: 6. m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. U. m. en pl.

En atención a lo señalado por el organismo rector del lenguaje español, cualquiera de estas acepciones, resulta válida para concluir que los principios son el punto de partida o la idea fundamental que deben regir en el desarrollo de una actividad cualquiera.



Pérez Pinzón ⁵, sostiene que “...desde el ángulo epistemológico, es una proposición universal que domina todas las ciencias o una proposición general que domina una teoría...”, y agrega que “... según el criterio de los estudiosos de la teoría general del derecho, un principio es una norma muy general, vaga, programática o finalística, representativa de los valores supremos del ordenamiento jurídico, dirigidas a los aplicadores del derecho, equivalente a regla legal (regula iuris), es decir, un enunciado o máxima del derecho, caracterizado por su considerable grado de generalidad; y estándar – modelo, patrón, tipo muy extendido –, motivo por el cual debe ser observada o cumplida en cuanto es una exigencia de justicia y equidad...”.

El Profesor argentino Alvarado Velloso⁶, aborda el punto señalando que “...Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar que se entiende por principio, se trata simplemente de un punto de partida. Así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección hacia adelante, hacia atrás, etc.), este punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr...”, precisando que “...Si lo que se desea es un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los principios necesarios para lograrlo implica también como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema...”.

En el sistema jurídico nacional, el interés superior del niño, ha abandonado el plano meramente teórico, y ha sido consagrado por las normas escritas, aunque, sin abandonar su carácter de “...norma muy general, vaga, programática o finalística...” como lo señala Pérez Pinzón, ni su condición de “...líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia...”, al decir de Alvarado Velloso.

⁵ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Los principios generales del proceso penal; Edit. Universidad del Externado de Colombia; 2004; pág. 19.

⁶ Adolfo Alvarado Velloso; Introducción al estudio del Derecho Procesal; Primera Parte; Rubinzal-Culzoni Editores; pág. 259.

3. El interés superior del niño como principio, análisis y desarrollo

La consagración del “interés superior del niño”, como norma general y línea directiva fundamental, se encuentra en el cuerpo del artículo 54 de la Constitución Nacional de 1992, cuando atribuye como responsabilidad del Estado “...la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación...”⁷, en perfecta sintonía con las disposiciones normativas internacionales, que reconocen en la Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños⁸, su primera regulación explícita y específica, que posteriormente se recogen en Declaración de los derechos del Niño⁹, y finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ de un modo más específico y taxativo, en el plano normativo interno, a los efectos de hacerlo operativo y obligatorio en el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que dice:

Artículo 3°.- *Del principio del interés superior.*

Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías.

Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

⁷ Artículo 54. DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e íntegro, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

⁸ 20 de diciembre de 1924.

⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1959.

¹⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.



Esta disposición normativa, incluida dentro de las disposiciones generales del Código de la Niñez y la Adolescencia, que precede al desarrollo de las normas sustantivas y adjetivas o procesales, nos llevan a sostener que la misma constituye la línea directiva fundamental que debe ser imprescindiblemente respetada en la consideración, interpretación y aplicación de las demás normas que integran el ordenamiento legal especializado.

En el plano estrictamente procesal, este principio no es único, debe convivir con otros que son propios del sistema jurídico en general y del procesal en general.

La misma Constitución Nacional enuncia la vigencia de otros principios de carácter procesal, tal como el que surge del Artículo 16¹¹, que consagra el derecho ciudadano a ser juzgado por jueces y tribunales “...*competentes, independientes e imparciales...*”.

La idea de la imparcialidad del juez, supone la condición de este como tercero, extraño a la controversia, tal como enseña *Rita Mill*, al desarrollar su análisis sobre este aspecto, vinculado con el juez en la Jurisdicción Penal, cuando sostiene que “...*La imparcialidad es la condición de “tercero desinteresado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses ... (del demandante o del demandado) ... ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos; y la actitud de mantener durante todo el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia...*”¹².

A partir del principio de la imparcialidad del juzgador, se entiende y resuelven otros principios, como el de la igualdad de las partes litigantes, tal como lo afirma *Binder*, cuando sostiene que “...*la estructura adversarial significa la primacía del litigio*

¹¹ Artículo 16. DE LA DEFENSA EN JUICIO.

La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

¹² Manual de Derecho Procesal Penal de las Cátedras A, B y C de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, p. 144; cit. por *Rita Mill*, Principios del Proceso Penal, XXVI Congreso de Derecho Procesal, Santa Fé, Argentina, junio 2011.

*por sobre el trámite y el litigio presupone la “igualdad de armas” entre los contendientes. Esta igualdad de armas no sólo tiene un valor en sí misma, sino que ella es condición para que la imparcialidad deje de ser una mera fórmula, muchas veces confundida con virtudes morales abstracta y no con una posición concreta frente al caso también concreto...”*¹³.

Del principio de imparcialidad del juzgador, se deriva igualmente el principio de congruencia procesal, que impide al juzgador fallar sobre cuestiones o puntos que no han sido objeto de la pretensión expuesta por los litigantes.

El aforismo latino que reza “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*” y que se traduce el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes, constituye principio rector del Derecho Procesal moderno, que ha evolucionado desde la concepción medieval del juez que abandonando su rol de juzgador, para dedicarse a la búsqueda de la “verdad real” mediante la incorporación de pruebas de oficio, y determina los límites de la labor judicial en la sustanciación y resolución de procesos. La violación o trasgresión de estas limitaciones se traducen en la emisión de resoluciones que reconocen vicios de incongruencia, que se conocen como *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*, de las que derivan usualmente declaraciones de nulidad.

Esta misma situación de aparente dicotomía, entre principios procesales consagrados por nuestro ordenamiento jurídico interno, según se trate de fuero, jurisdicción y/o materia, es nada más que el reflejo de las normas internacionales sobre la materia.

Así, el texto del artículo 14 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado durante el XXI Periodo de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresa: “...*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...*”, en concordancia y coincidencia con las disposiciones previstas en la norma internacional de carácter regional que nos rige en materia de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa

¹³ Alberto M. Binder; La fuerza de la inquisición y la debilidad de la Republica.



Rica), cuyo artículo 8, consagra, el derecho a contar con jueces competentes, independientes e imparciales “...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

Estas disposiciones internacionales – conforme es posible advertir – consagran y garantizan la vigencia de los principios procesales referenciados en este análisis, lo que en apariencias pondría al margen del sistema procesal al juez activista, publicista o como quiera denominarse a aquel que, escapándose de las limitaciones que imponen dichos principios, ordenan la producción de pruebas de oficio, deciden otorgar más de lo demandado, algo distinto a ello.

En la órbita del sistema procesal del niño y el adolescente, pareciera levantarse un paradigma distinto, en contradicción con el anterior, que por encima de los principios de neutralidad o imparcialidad, es decir, de tercero excluido, autoriza al magistrado a desprenderse de las pretensiones de las partes y de la actividad probatoria de éstas, para privilegiar un “interés superior del niño” enunciado en términos etéreos, vagos e imprecisos, tal como está presente y enunciado, no solamente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, sino en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3º, reza:

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 asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cum-*

plan 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.

La lectura de este artículo permite obtener una garantía, dado que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos haciendo referencia específica a los tribunales, como sujetos obligados al compromiso de “atender” con carácter primordial “el interés superior del niño”.

Del total de cincuenta y cuatro artículos de la Convención, en siete (Arts. 3; 9; 18; 20; 21; 37; 40 y 41), se hace mención expresa al interés superior del niño, tanto en la consideración, promoción y protección de los derechos sustanciales reconocidos, como en cuanto a los criterios procesales que habrán de aplicarse en la tramitación de las causas judiciales en las que ellos se encuentren involucrados, sean de orden civil y/o penal.

Entonces, ¿cómo conciliar estos principios del Derecho Procesal en general (la imparcialidad del juez, la igualdad de armas y la congruencia procesal), con el principio específico del régimen procesal del menor? ¿Es posible hacerlo?

Ensayar una respuesta coherente y razonable no es tarea fácil, sobre todo si se considera que en el plano normativo internacional conviven las mismas aparentes contradicciones. Sobre todo, cuando los principios de carácter general forman parte esencial de ese conjunto de principios procesales que caracterizan lo que la doctrina denomina “debido proceso legal” o “proceso legal debido”.

La interpretación y aplicación adecuada de los postulados del artículo 40.2.b.iii, de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un gran desafío y marca el verdadero fundamento de la coexistencia de todos los principios hasta aquí reseñados.

La norma mencionada expresa “...Que la causa será dirimida sin demora por una **autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial** en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al **interés superior del niño**, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...”.



Como es posible advertir, en una misma disposición normativa se reafirman la vigencia del principio de la imparcialidad del juez, junto con el del interés superior del niño, proyectando un mensaje claro que representa el criterio rector que debe seguirse en la labor de interpretación y aplicación de la Convención toda, al igual que, de las normas internas que corresponden a los Estados dictar sobre la materia.

En el afán de ir decantando la respuesta adecuada al planteamiento, lo primero que debemos considerar es que, en términos reales, objetivos y formales, en las contiendas judiciales en el fuero ordinario de la niñez, el niño o adolescente no es parte. Para que se entienda mejor, no es litigante, sino sujeto y objeto del derecho respecto al cual se desarrolla la controversia.

La circunstancia de que la ley determine su derecho a “ser parte” ⁽¹⁴⁾ del procedimiento, más allá de su participación al solo efecto de “ser oído” permite que el niño y el adolescente puedan colocarse en la posición procesal de litigante, al reconocerle el derecho al ejercicio de la acción, de manera autónoma a la decisión y voluntad de sus padres, tutores o guardadores, sin perjuicio de la asistencia y acompañamiento que se le pudiera proveer desde la Defensoría de la Niñez, el Ministerio Público, e inclusive aquellos nombrados, que —en principio— ejercen su representación legal para estar en juicio, aunque ya no más de modo absoluto, sino relativo, como resulta de la redacción del artículo 167 ¹⁵ del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre

¹⁴ Artículo 168.- DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención.

¹⁵ Artículo 167.- DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO.

El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, intermediación y bilateralidad.

Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez o Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez.

El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez.

Las sentencias del Juez serán fundadas y no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aun dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que las motivaron.

todo en controversias o conflictos que pueden presentarse entre sus intereses y los del menor.

El anterior criterio interpretativo de que el interés superior del niño se limita a consultar su opinión respecto a las decisiones judiciales que podrían afectarle, que pareciera sugerir la *Declaración y Programa de acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹⁶ encarece a los Estados Partes "...*La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados...*", ha evolucionado hacia el reconocimiento de su legitimación procesal, es decir de su derecho a estar en juicio.

Desde esta doble mirada (el niño como sujeto de protección y el niño como litigante), se impone —en consecuencia— la necesidad de compatibilizar y armonizar los principios generales del Derecho Procesal, frente al principio que proclama el interés superior del mismo.

*Gonzalo Aguilar Cavallo*¹⁷, citando a *Diego Freedman*¹⁸, el Principio del Interés Superior del Niño expresa "...en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo..." y agrega seguidamente que "...en realidad cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo menor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos del niño...".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 17/02 de 28 de agosto de 2002¹⁹ y en el Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales*

¹⁶ 25 de junio de 1993.

¹⁷ *Aguilar Cavallo, Gonzalo*; El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Estudios Constitucionales, Año 6; N° 1, 2008, pp. 223-247

¹⁸ *Freedman, Diego*; "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Ius Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.urgentium.unifi.es/surveys/latina/Freedman.htm>

¹⁹ Serie A N° 17, párrs. 37 y 53;



y otros) vs. Guatemala. Fondo ²⁰, ha sentado el criterio de compatibilidad entre el Principio del Interés Superior del Niño y los demás principios y garantías establecidos en otros instrumentos normativos internacionales de protección y promoción de derechos humanos, de alcance general, expresando: “...*Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19* ²¹ *de la Convención Americana...*”.

Entonces, a partir de lo expresado por la Corte IDH, debemos entender que las disposiciones contenidas en la Convención sobre los derechos del niño, en cuyo texto se inserta el reconocimiento del interés superior del niño, forman un todo armónico, correspondiendo a ésta última como instrumento destinado a fijar el contenido y alcances de las reglas y principios de carácter general, que se establecen en los demás instrumentos supranacionales sobre la materia.

En “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” ²², elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aborda –también– el punto dejando en claro que “...*la Comisión ha considerado que, a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos...* (Párrafo 23).

El mismo documento enumera y analiza los “principios generales del sistema de justicia juvenil” desde la perspectiva de la complementariedad de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, y la Convención Americana de los Derechos Humanos, incluyendo en el catálogo elaborado, las garantías en el sistema de justicia, en cuyo desarrollo señala que “...*la Corte ha considerado que, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y*

²⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

²¹ Artículo 19. Derecho del Niño. Toda persona tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²² OEA/Ser.L/V/II.; Doc. 78; 13 julio 2011; Original: Español.

garantías... ”²³ (párrafo 146), agregando poco después, que “...*La Corte ha resuelto con absoluta claridad que la obligación de observar las normas y principios del debido proceso legal en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños abarca: [...] las reglas correspondientes a juez natural competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos...*”²⁴ (Párrafo 149).

En estas condiciones, y a partir de los criterios claramente expuestos por los órganos supranacionales de protección de Derechos Humanos, no pueden caber dudas o especulaciones respecto a la complementariedad y especificidad de los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, respecto a los recogidos con carácter general por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo tanto, en el plano procesal, no puede pretenderse el establecimiento de gradaciones ni la negación o mengua de éstos, respecto a aquellos.

Desechada la hipótesis de dicotomía, corresponde adicionalmente señalar que el reconocimiento y protección de los derechos del niño constituyen objeto del proceso, del cual éste participa como sujeto titular de los derechos en disputa, permite comprender la posibilidad de convivencia armónica entre el principio de imparcialidad del juzgador y el principio del interés superior del niño que aquel debe atender en todo momento, sin que ello signifique o autorice el desconocimiento, relativización o mengua de los principios, derechos y garantías, reconocidos a este y a los demás litigantes, por la legislación procesal interna y/o los Tratados y Convenciones Internacionales de carácter general.

En efecto, cuando el Código de la Niñez y la Adolescencia autoriza al juez a ordenar “...*de oficio la producción de otras pruebas que considere necesario...*”²⁵, debe

²³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 98.

²⁴ 150 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, punto resolutivo N° 10.

²⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 174, penúltimo párrafo.



entenderse que dicha facultad está concebida (y concedida) en beneficio del menor, en protección de sus intereses. No como una autorización legislativa destinada a romper el equilibrio de oportunidades procesales de los litigantes, ni como medio lícito para reparar la negligencia de alguna de las partes, en beneficio de ésta, en perjuicio de la otra, sino como instrumento normativo que, utilizado adecuada y prudentemente por el magistrado, permitirá dictar una sentencia justa y equitativa que atienda los derechos y necesidades del menor, y no las pretensiones personales de los litigantes.

4. Conclusión

El principio del interés superior del niño en consecuencia, no es otra cosa que, parafraseando a Alvarado Velloso, citado más arriba, un punto de partida que debe ser visto “...*en función de lo que se pretende hallar o lograr...*”.

Lo que se pretende hallar o lograr mediante los procesos litigiosos que afectan de modo directo los derechos o intereses del menor, es precisamente que ellos tengan una posición privilegiada en la consideración del Magistrado, tanto en la tramitación de las causas judiciales, como en la solución y resolución de dichos conflictos.

Si en los pleitos ordinarios, uno gana y el otro pierde, en los procesos judiciales relacionados con menores, este concepto es mucho más amplio, pues los efectos del juicio, y de la sentencia, repercutirán indefectiblemente en el nivel de bienestar del niño. En todo caso, independientemente cuál de las partes en litigio gane o pierda, los derechos, intereses y el bienestar del menor sufrirá un impacto que merece ser medido con otros parámetros.

Así entendido, el principio del interés superior del niño no es excluyente de los otros principios procesales relacionados en este análisis, sino por el contrario, constituye una herramienta poderosa que permite su adecuación a las necesidades del sujeto objeto de protección en función de la edad y madurez del niño.

Piero Calamandrei, sostenía “...*El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despejo, es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en convivencia o amistad con uno*

o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente... ”²⁶.

En las enseñanzas del ilustre italiano se condensa con claridad la idea de un juez imparcial, despegado, extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto del proceso, aunque constreñido por intereses superiores, que –agregamos nosotros– afectan de manera directa o indirecta los derechos de niños se suma, con carácter prevalente, el interés superior de éste, independientemente de las pretensiones procesales defendidas por las partes.



²⁶ *Piero Calamandrei*, *Proceso y Democracia*; Ara Editores; pág. 52.

