



SÍNDIC DE GREUGES
COMUNITAT VALENCIANA

JORNADA SOBRE PROTECCIÓ A LA INFÀNCIA: NOVES OPORTUNITATS

Alicante, 18 de novembre de 2015

**El derecho del niño a que su interés superior sea una
consideración primordial
(artículo 3, párrafo 1 CDN y art. 2 de la nueva
LOPJM)**



Jorge Cardona Llorens

Catedrático de Derecho Internacional

Universidad de Valencia

Miembro del Comité de Derechos del Niño

Naciones Unidas



La Convención de los Derechos del Niño: un instrumento internacional extraordinario

- . 20 de noviembre de 1989: 26 años y 196 Estados (y medio): primer tratado con universalidad
- . **Significado:** un cambio de paradigma
- . **Perspectiva:** las obligaciones del Estado
- . Un contenido **clasico** :
 - la **asistencia básica** (educación, salud, alimentación...)
 - las **medidas de protección** (contra los abusos, el trabajo, la explotación de niños por los adultos...)
 - los derechos y libertades civiles (nombre, identidad...)
- .Y un aspecto **revolucionario** : art. 3 et 12



Artículos 3 y 12

- **Art 3** (interés superior del niño) obliga a los decisores a tener en cuenta el interés del niño en cada decisión
- **Art. 12** impone a los Estados la obligación de escuchar al niño en todas las decisiones que tengan para él importancia
 - y esa opinión debe ser tenida en cuenta
 - y puede influir en la decisión
- Estos dos artículos deben ser **leídos conjuntamente**
- Estos dos artículos dan un nuevo estatuto al niño: **sujeto de derechos**
- En consecuencia, producen nuevas relaciones entre los adultos y los niños: **una dinámica democrática**

Además los Protocolos

En **2000** : **dos protocolos facultativos** para 2 cuestiones particulares:

- **OPSC = Venta de niños, Prostitución de los niños y Pornografía infantil** (171 ratificaciones)
- **OPAC = Niños en los Conflictos armados** (162 ratificaciones)
- (Ambos aceptan ratificaciones de Estados no parte en CDN: USA)

En **2012**: El **Tercer Protocolo (OPIC)** (peticiones individuales e investigaciones)

(en vigor desde 14 abril 2014, hasta hoy 21 ratificaciones)



Mecanismo de control:

El Comité de Derechos del Niño

Composición: 18 miembros (expertos, independientes, representativos)

Periodos de sesiones: 3 al año

Competencias:

- Explícitas: control
- Implícitas: Interpretación y promoción. En especial:
 - ❖ Comentarios generales:
 - ❖ Días de discusión general
 - ❖ El Comité toma también decisiones denominadas « recomendaciones »,
 - ❖ Medidas de **seguimiento** (seminarios regionales, visitas, informes complementarios...)





Tema objeto de esta sesión: El Interés Superior del Niño: Art. 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."

Problemas detectados

- Algunos Estados (ejemplos al azar):
 - Prohibido el castigo corporal “salvo en interés superior del niño”
 - Edad de matrimonio de las niñas será 14 años, salvo que el juez autorice matrimonio antes “en interés superior de la niña”
- Se preguntaba a los Estados: ¿Cómo garantizan ustedes el ISN? Respuesta: Nosotros lo hacemos todo en interés superior del niño
- Ideas extendidas: los padres son los que saben lo que es mejor para el niño, debe dejárseles que ellos decidan





Objeto de la OG 14 (par. 11)

El interés superior del niño es un concepto dinámico (concepto jurídico indeterminado) que abarca diversos temas en constante evolución. La presente observación general proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concretos



Objetivo del ISN (par. 4):

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico* del niño.

(*desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño).

En la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño



Naturaleza del ISN (par. 6)

El ISN es un concepto triple:

- a) Es un derecho sustantivo
- b) Es un principio jurídico interpretativo fundamental
- c) Es una regla de procedimiento



¿Qué dice el art. 3.1?

- a) **"En todas las medidas"** (no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas)
- b) **"Concernientes a"** (directa e indirectamente)
- c) **"Los niños"** (individual y colectivamente)
- d) **"Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos"** (todos, también los padres: art. 18)
- e) **"Una consideración primordial a que se atenderá será"** (sólida obligación jurídica; con flexibilidad pero cuidado con adopción: art. 21)
- f) **"El interés superior del niño"**



Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño

Dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión: evaluación y determinación

I. La "evaluación del interés superior": valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto (para ello: determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás)

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños.



Evaluación y determinación del ISN

2. La "**determinación del interés superior**": proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior (es decir, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho)

La determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí.



Lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones:

- **Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño:**
 - a. La opinión del niño
 - b. La identidad del niño
 - c. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
 - d. Cuidado, protección y seguridad del niño
 - e. Situación de vulnerabilidad
 - f. El derecho del niño a la salud
 - g. El derecho del niño a la educación

Las **circunstancias que deben ser evaluadas** se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, la identidad de género, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a

Los equilibrios: 3 situaciones

I. El equilibrio entre los elementos, circunstancias y factores a tener en cuenta: Los diversos elementos tomados en consideración para evaluar el interés superior del niño en un caso concreto y las circunstancias que le son propias están en conflicto.

Clave: el propósito de la evaluación y la determinación del ISN es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y el desarrollo holístico del niño



Los equilibrios: 3 situaciones

2. El equilibrio **entre la protección y el empoderamiento** del niño: Los factores vinculados a la protección del niño (que pueden implicar una limitación o restricción de derechos) deben ser evaluados en relación a las medidas de empoderamiento (implicando el pleno ejercicio de derechos, sin restricciones)

Clave: la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos. Para evaluar su nivel de madurez debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño



Los equilibrios: 3 situaciones

3. El equilibrio entre **el niño en tanto que sujeto en evolución y la necesidad de estabilidad** para el niño: cuestión derivada del carácter evolutivo de las capacidades del niño y la necesidad de que las decisiones contemplen medidas que puedan ser revisadas o ajustadas en consecuencia en lugar de adoptar medidas definitivas e irreversibles; y, a la vez, la necesidad de evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación actual y futura del niño.

Clave: no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño





El interés superior del niño y el interés superior de los niños: ¿cómo evaluar y determinar el interés superior de los niños respecto de la adopción de medidas generales?

“los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan. Ello atañe en particular a todas las medidas de aplicación. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que, por ejemplo, la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos”

(Observación general N° 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párr. 30)



Evaluación y determinación del ISN respecto de la adopción de medidas generales: ¿dónde, cuándo?

“El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no solo en las normas que se refieren específicamente a los niños. Esta obligación también 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”



Evaluación y determinación del ISN respecto de la adopción de medidas generales: ¿cómo?

LAS EVALUACIONES DE IMPACTO

La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño . La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño»



La relación entre el ISN y otros intereses legítimos en presencia: el conflicto entre el ISN y el interés público o el interés de otros actores. ¿Qué criterios?

“el Comité reconoce la necesidad de cierto **grado de flexibilidad** en su aplicación. El ISN, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo 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**. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. **Si no es posible** armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que **el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones**. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.” (par. 39)



Situaciones más claras

- Art. 21: Adopción
- Art. 9 : separación de sus padres
- Art. 10 : reunificación familiar;
- Art. 37 c) : separación de los adultos durante la privación de libertad;
- Art. 40-2 b) ii): garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley



No siempre es tan fácil. Tres reflexiones:

1. El ISN debe ser evaluado en todo caso.
2. La expresión « consideración primordial » significa que el ISN no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.
3. Considerar el ISN como «primordial», requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate



Garantías procesales para velar por la observancia del ISN

- El Comité invita a los Estados y a todas las personas que se hallen en situación de evaluar y determinar el interés superior del niño a que presten atención especial a las salvaguardias y garantías siguientes:
 - a. El derecho del niño a expresar su propia opinión
 - b. La determinación de los hechos
 - c. La percepción del tiempo
 - d. Los profesionales cualificados
 - e. La representación letrada
 - f. La motivación jurídica
 - g. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
 - h. La evaluación del impacto en los derechos del niño



Reforma del art. 2 LOPJM

Redacción anterior:

Artículo 2. Principios generales

1.-En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Nueva redacción:

(necesito 4 diapositivas)



Proyecto de reforma del art. 2 LOPJM

Artículo 2.- Interés superior del menor.

1.- Todo menor tiene **derecho** a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Por ello, como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor.



2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes **criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable**, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas como emocionales y afectivas.
- b) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre las necesidades del menor sobre los derechos de la familia.
- c) La preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualquier otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.
- d) La toma en consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.



3. Estos criterios se **ponderarán** teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y nivel de madurez del menor.
- b) Su situación de especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten sus derechos.

Los anteriores elementos deberán ser **valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el mejor interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.**



4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a ese interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.



Y además...nuevo artículo 22 quincuies de la LOPJM

*Impacto de las normas en la infancia y en la
adolescencia.*

Las memorias del análisis de impacto
normativo que deben acompañar a los
anteproyectos de ley y a los proyectos de
reglamentos incluirán el impacto de la
normativa en la infancia y en la adolescencia.



Gracias por su atención

Jorge Cardona
Jorge.cardona@uv.es