

## *Hagamos realidad el interés superior del niño\**

Por María A. Aiello de Almeida

### **1. Introducción**

En numerosas ocasiones nos hemos referido al llamado “interés superior del niño” y con la misma frecuencia hemos expresado nuestra preocupación de que esa premisa, que debe regir las decisiones de los adultos en relación a los menores de edad, se convierta sólo en un mal slogan que justifique cualquier tipo de medida que se adopte respecto de los seres más indefensos de nuestra sociedad.

Tanto la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece que una consideración primordial a que deberá atenderse será “el interés superior del niño”<sup>1</sup>; como la ley nacional 26.061, que determina que los derechos por ella reconocidos están sustentados en el principio de “interés superior del niño”<sup>2</sup>; no dejan lugar a dudas sobre cuál debe ser la preocupación que oriente las decisiones de los adultos.

### **2. Estado real de la situación**

Sin embargo, vemos a menudo que ese principio se vulnera echando por tierra los legítimos derechos de los niños, pues pareciera que los ejecutores de las decisiones consideran que la sola invocación del slogan obra como varita mágica para sanear el cercenamiento de derechos concretos con que se afecta a las criaturas.

Con muy buenas intenciones y en el afán de adecuarse a las exigencias de los convenios internacionales suscriptos por nuestro país, se han ido dictando leyes, a nivel nacional y en las distintas provincias que han quitado a los jueces la potestad directa de tomar decisiones respecto de los niños cuyos derechos aparecen prima facie transgredidos por su familia.

Esto ha provocado que las medidas de protección de derechos estén en manos de organismos administrativos, personificados en el accionar directo, por psicólogos, abogados y asistentes sociales, designados por las municipalidades sin ninguna de las garantías que reviste la designación de los jueces y sin ninguna de las atribuciones que otorgan credibilidad a la función judicial, como son la inamovilidad y la imparcialidad.

Sin quitar mérito a dichos profesionales, esta realidad nos enfrenta con personas que, más allá de sus buenas intenciones, valoran la conducta de los padres de los niños, supuestamente en riesgo de sus derechos, con la limitada vara de sus propias convicciones y prejuicios.

Sabemos que las medidas de protección de derechos de los niños recaen en la franja de población más humilde y postergada de la sociedad, con carencias de

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Art. 3, inc. 1.

<sup>2</sup> Art. 1, segundo párrafo.

todo tipo pero, no por ello, con menos amor y valoración de sus hijos que en otras clases sociales. Y recaen sobre ellos, no porque en las clases sociales medias y acomodadas no se vulneren los derechos de los niños, sino porque en esos ámbitos no se permite que el Estado meta la nariz en las intimidaciones familiares, salvo casos excepcionales que toman estado público en la esfera del derecho penal.

Hay un párrafo muy interesante, en una obra publicada por UNICEF, que pone bien a las claras lo que sucede con las personas que tienen a su cargo decidir las medidas de protección de derechos, el cual transcribo para no desnaturalizar el sentido que han pretendido darle las autoras: “Para finalizar, es fundamental hacer hincapié en una situación que se da en la valoración de las madres y que, desde la perspectiva de las autoras de este libro, está producida y potenciada por el mismo sistema de intervenciones. Es posible observar en la práctica –de manera ampliamente difundida y pobremente fundamentada con estudios académicos– que, cuando los abusos sexuales se cometen en el ámbito de la familia nuclear y el padre es acusado por la madre de haber abusado del hijo o hija de ambos, cae sobre la madre un manto de sospecha. Comienzan a ponerse en tela de juicio sus acciones (tanto si hizo la denuncia sin consultar con un profesional como si la hizo luego de haber consultado), sus reacciones (tanto si llora desconsoladamente como si habla con tranquilidad), sus actitudes (si consulta a uno o más profesionales, si toma nota de lo que su hijo o hija le cuenta, si lo filma o lo graba), de modo tal que se presume una motivación maliciosa en la denuncia, mucho antes de investigar su validez. Si la actitud general de la madre llama la atención por ruidosa, tal vez escandalosa, claramente desesperada, empieza a circular la idea de que la madre está loca. Pero si la madre no actúa, es negligente. La pregunta es, entonces, ¿qué madre es la que esperan (o incluso desean) encontrar los agentes de intervención y cuánto de sus propios prejuicios acerca de lo que una madre debería ser se ponen en juego en esta valoración anticipada?”<sup>3</sup>.

A esta actitud inequitativa se suma otra que hemos observado en alguno de los llamados Servicios Locales de Protección de Derechos. Se trata de la falta de respeto y consideración con que ciertos agentes de intervención se relacionan con los padres y familiares de los niños cuyos derechos proclaman proteger.

Desde un lugar de superioridad y prepotencia les quitan los hijos, dictan una medida de “abrigo” sin informar a los padres dónde llevan a sus niños, desvinculando durante meses a las familias y desarraigando a los niños de sus afectos, sin darles más explicación que los separan de su familia porque sus padres no saben cuidarlos.

Estas decisiones, tomadas con apuro, sin indagar en los casos de supuestos abusos de un papá hacia sus hijos, cuál es la realidad de la familia y qué grado de responsabilidad puede haber a la madre en ello, desarticulan el núcleo familiar por completo, sumergen a los niños en la angustia y la incertidumbre y resquebrajan la autoridad materna, pues la mayor parte de las veces la progenitora no tuvo que ver con el supuesto abuso. A esa madre, el sistema la deja sin la posibilidad de conocer de qué se la acusa, sin posibilidad de conocer dónde se encuentran sus hijos, sin posibilidad de continuar manteniendo contacto con los niños.

---

<sup>3</sup> Baita, Sandra - Moreno, Paula, *Abuso sexual infantil: Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*, Uruguay, UNICEF, 2015.

Convengamos que tal como funciona el sistema en la actualidad, el juez de familia poca intervención tiene en este contexto, toda vez que la ley otorga al Servicio Local de Protección de Derechos, órgano que depende de cada Municipio, la facultad de disponer de los niños bajo abrigo por espacio de ciento ochenta días con la única obligación de informar al Juzgado de Familia que se ha adoptado la medida, respecto de la cual el juez se limita a reconocer su legitimidad.

Lo preocupante es que en algunos casos los jueces no imponen el cumplimiento de la limitación en el tiempo de las medidas excepcionales, que surge de la reglamentación, por ejemplo de la ley 13.298 (decr. 300/05), que establece que las medidas excepcionales de abrigo, sólo podrán tomarse por un máximo de treinta días, con posibilidad de extenderse treinta días más, si las circunstancias así lo exigen, debiendo aplicarse dicha extensión en base a dictamen fundado e informado al superior jerárquico.

Así las cosas, en muchos casos, las madres deambulan por el Servicio Local y por la Defensoría de Pobres hasta que se cumplen los ciento ochenta días y allí comienza la batalla para oponerse al estado de adoptabilidad de sus hijos<sup>4</sup>.

Entendemos que procurar mayor intervención del control judicial no desnaturaría los principios rectores de la actual legislación y seguramente contribuiría a garantizar con más fuerza los derechos de los niños en su totalidad. Fundamentalmente, porque cuando un niño sufre vulneración de sus derechos y, en especial, cuando ello implica una separación del núcleo familiar, cada minuto que transcurre es de vital importancia para no profundizar el sufrimiento y el atraso que tales situaciones provocan en el desarrollo de los menores<sup>5</sup>.

### **3. Interés superior del niño en la normativa vigente**

El art. 3 de la ley 26.061 establece que se entiende “por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y

<sup>4</sup> Arg. art. 607, Cód. Civil y Com. de la Nación.

<sup>5</sup> “La institucionalización causa perjuicios a los niños, niñas y adolescentes que la sufren y debe ser limitada a casos absolutamente excepcionales y por períodos muy breves. Además de exponerlos a situaciones que pueden implicar graves violaciones a sus derechos, las instituciones no son el ámbito apropiado para los niños y su permanencia en éstas genera atrasos en el desarrollo. Una regla general, que ha sido señalada, es que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución, pierde un mes de desarrollo. Estudios recientes demostraron que las largas etapas de institucionalización, especialmente durante los primeros años de vida producen daños permanentes” (*La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*, UNICEF, [www.relaf.org/biblioteca/UNICEFLaSituaciondeNNAenInstitucionesenLAC.pdf](http://www.relaf.org/biblioteca/UNICEFLaSituaciondeNNAenInstitucionesenLAC.pdf)).

adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

En el artículo siguiente, al establecer las pautas sobre las cuales deberán elaborarse las políticas públicas, se señala en primer lugar el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. Ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 b y 16, párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño lo consagra en su art. 3° y la observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño, con el objeto de garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, ha definido los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices, es decir, todas las medidas de aplicación, relativas a los niños en general o a un determinado grupo<sup>6</sup>.

Existen en la observación apreciaciones muy precisas para evitar que la interpretación del “interés superior del niño” sea utilizada de manera subjetiva. Es así que ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”.

A su vez, el Comité destaca que el interés superior del niño engloba un triple concepto:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y 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.

Para que no queden dudas de esta pauta de comportamiento, reafirma el Comité que el art. 3, párrafo 1, de la Convención, establece una obligación intrínseca para los Estados, que es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las

---

<sup>6</sup> Resumen extraído del propio documento.

posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

No cabe duda que por más que la observación general se refiere a los Estados partes, esas obligaciones pesan sobre cada una de las personas concretas que sean designadas por los Estados para desempeñarse como gestores activos de la protección de derechos del niño.

En el intento de diseñar las pautas para distinguir cuál es en cada caso concreto el “interés superior del niño”, la observación general 14 ha dedicado doce párrafos específicos a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.

Los párrafos 58 a 70 describen el lugar de la familia en la determinación del “interés superior del niño”.

Es así que el párrafo 59, establece: “La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16)”. Y continúa el párrafo 60: “Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el art. 9, párrafo 1, que exige que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando... tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

La directiva del párrafo que transcribimos a continuación nos parece fundamental, dado que es una de las situaciones que menos en cuenta tienen los agentes de intervención a la hora de tomar medidas de abrigo con los niños con derechos supeuestamente vulnerados. Veamos: “61. Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres”.

Como hemos señalado, la ley 26.061 acoge la normativa que exige que las decisiones de los adultos respecto de los niños sean tomadas teniendo en cuenta el interés superior de éstos.

En la República Argentina también lo hacen las leyes provinciales, como lo es la ley 13.298 de la provincia de Buenos Aires, que en su art. 4 prácticamente reproduce los conceptos ya analizados sobre interés superior del niño y en su art. 34

reafirma que “se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”.

#### **4. Posibles medidas para que el interés superior del niño sea una realidad**

La gran carencia que aqueja a los niños no es la falta de una legislación que proteja sus derechos, sino la implementación de dichas normas que practican los adultos encargados de su protección.

Las leyes están, pero en numerosos casos no se aplican correctamente. “La familia forma la primera línea de defensa de la infancia. Cuanto más lejos están los padres de sus hijos, más vulnerables se convierten ellos”<sup>7</sup>.

Esta premisa está contemplada en la Convención Internacional sobre Derechos del Niños, la confirma el Comité de los Derechos del Niño y la ha recogido la legislación argentina.

Sin embargo, a la hora de tomar decisiones en ocasiones se dejan de lado los diagnósticos, los esfuerzos por averiguar qué ocurre con ese niño y esa familia concretos y se echa en el olvido el nuevo paradigma establecido por la Convención, que ha restituido al niño su condición de sujeto.

En la práctica de las “medidas de preservación de derechos” muchas veces se objetaliza al niño y también a su familia.

¿Por qué decimos que el niño vuelve a convertirse en objeto? Pues porque no se lleva a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres, como lo exige el párrafo 58 de la observación 14 del Comité sobre Derechos del Niño.

Se presume un peligro que no se constata científicamente y se toma la decisión de separar al niño de su familia, vulnerando uno de sus derechos más fundamentales, sin que se explique por qué esa medida protegería mejor su “interés superior”.

¿Cómo podría evitarse esta vulneración de derechos? Esta es nuestra propuesta: Cuando el organismo de protección toma conocimiento de un hecho que puede haber constituido un abuso de un adulto hacia un niño, la primera medida debería ser efectuar un diagnóstico serio, con la implementación de los estudios correspondientes, que los hay y que pueden determinar si ha existido o no abuso con bastante exactitud. Diagnóstico que deberá ser realizado por profesionales médicos y psicólogos expertos en el tema, cuya formación y capacidad hayan sido evaluadas al ser designados para el cargo.

---

<sup>7</sup> Vilma Medina, directora de Guiainfantil.com, 2 de noviembre de 2018.

Contemporáneamente, los asistentes sociales del organismo deberían realizar un informe ambiental en el hogar del niño y en su vecindario, con el objeto de evaluar la posible existencia de riesgos para el niño en el entorno familiar.

Si se confirmara la existencia del abuso, deberán adoptarse las medidas necesarias para efectuar la respectiva denuncia penal, obtener la exclusión del hogar del abusador y sostener el seguimiento de la causa penal hasta obtener la condena del culpable.

Debemos recordar que estos delitos que involucran a menores son de acción pública. Comprobada la exclusión del hogar del abusador, deberá velarse para que los niños no estén en acogimiento alternativo de manera innecesaria<sup>8</sup>. Para ello, deberá prestarse toda la ayuda que fuere menester al progenitor inocente, asegurándose que no se mantendrá contacto con el abusador y proveyéndole de los apoyos que correspondan para que el niño pueda ser sometido a un tratamiento reparador de las consecuencias del abuso sufrido.

Únicamente en el caso que el abusador no sea excluido del hogar o que el otro progenitor haya sido su cómplice, podrán adoptarse medidas excepcionales de separación del niño de su familia, aunque rápidamente deben buscarse referentes familiares que se hagan cargo de su cuidado, para evitar la institucionalización.

En el supuesto que el alojamiento en un ámbito institucional fuere inevitable, deberá proveerse al niño de la asistencia psicológica adecuada para ayudarlo a superar las consecuencias del abuso, sumadas a las de separación de su ámbito familiar.

Al mismo tiempo que se adoptan todas estas medidas, el organismo de aplicación debe prever un ámbito de contención para el progenitor o el familiar a cargo de los niños que resulte inocente del abuso. Sabemos que en la práctica ellos con frecuencia son objeto de mal trato por los operadores del sistema, hasta el extremo de negarles información sobre el destino de sus hijos o nietos y sobre las medidas que podrán ir adoptándose con el correr de los días.

Por supuesto, en el caso que el diagnóstico revelara que el niño no ha sido víctima de abuso, deberá ser reintegrado inmediatamente a su hogar, sin otra intervención del organismo.

Hay algo más que deberá hacerse para proteger los derechos del niño y en especial, considerar su “interés superior”.

Deberán tener presente, los operadores del sistema, que las medidas excepcionales de separación de los niños de su entorno familiar, serán procedentes una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de implementar las medidas de protección integral, debiendo observarse detenidamente lo detallado a tal fin en el art. 40.

La primera de las medidas de protección integral, enumerada en el art. 37 de la Convención, es la que propone que las niñas, niños y adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar.

Ante la decisión del organismo administrativo local de infancia de establecer una medida excepcional, queda la autoridad judicial competente de cada jurisdicción

---

<sup>8</sup> Párrafo 62, observación 14, Comité sobre Derechos del Niño.

como instancia de garantía del procedimiento, por ser una medida que, aunque necesaria, limita temporalmente derechos.

Y es aquí donde estimamos que debe reforzarse el sistema. Dictada una medida de abrigo los jueces de familia deben ser notificados de la misma en un plazo de 48 horas y deben expedirse sobre la legitimidad de la medida. Esa decisión deberían tomarla en base a un diagnóstico profesional completo, y tomando contacto con el niño y con su familia.

En esta instancia, los jueces deberían exigir al organismo administrativo, que informe de manera exhaustiva cómo y por qué ha tomado la decisión, de conformidad con lo establecido en la observación 14 del Comité sobre los Derechos del Niño.

Es importante recordar el párrafo 6, inc. c, que en su parte pertinente establece que: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto... el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas o de casos concretos”.

Esto forma parte del necesario control judicial para evitar arbitrariedades, dilaciones innecesarias y sufrimientos añadidos a los sujetos de protección integral, que son los niños, niñas y adolescentes. Abogamos porque los jueces puedan estar atentos a esta función insustituible, al analizar medidas de abrigo, antes de proceder a su legitimación automática.

Idéntica responsabilidad cabe a los Defensores y Asesores de Menores, quienes deben estar muy atentos, al elevar su dictamen al juez, de que se hayan cumplido con todos los requisitos que la normativa vigente exige; es decir, la ley nacional, leyes locales, Convención de los Derechos del Niño y las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño

Como vemos, no basta con que se invoque el interés superior del niño que, como decíamos al principio, parece funcionar como fórmula mágica para justificar cualquier tipo de medidas tomadas por los adultos, con independencia del interés concreto y de la específica protección de todos los derechos del niño.

En conclusión, si aspiramos a que las decisiones de los adultos con relación a los niños, niñas y adolescentes respeten verdaderamente su interés superior y que se los reconozca como sujetos destinatarios de ese accionar, deberá exigirse a los operadores del sistema que actúen estrictamente bajo las precisiones que dictan la Convención Internacional y las observaciones del Comité sobre los Derechos del Niño. Y los jueces de familia y los defensores de menores no pueden ser ajenos a esta exigencia, cuando intervienen al dictarse una medida de abrigo.