

JORNADAS

# Familia Justicia & Trauma



HUELVA 21 Y 22 DE OCTUBRE

La perspectiva de derechos de los niños, niñas y adolescentes en toda acción llevada a cabo en el ámbito de la Familia, Justicia y Trauma

**Jorge Cardona Llorens**

Catedrático de Derecho Internacional  
Universidad de Valencia

Antiguo Miembro del Comité de los Derechos del Niño  
Naciones Unidas

# Significado de la CRC

(196 Estados y medio = todos menos medio)

Primer instrumento jurídicamente vinculante, en el que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como agentes sociales y titulares activos de sus propios derechos

CAMBIO DE PARADIGMA



**El aspecto revolucionario de la CRC: 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 como una consideración primordial 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 tomada 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**

El Comité ha considerado importante explicar el contenido de ambos derechos: OG 12 y OG 14

## El art. 3 de la CRC

*"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”
- Respuesta (errónea) del juez: “el interés superior del niño es aplicar el sentido común”
- Ideas extendidas: los padres son los que saben lo que es mejor para el niño, debe dejárseles que ellos decidan

## Lo cierto es que, como reconoce la misma OG 14:

La **flexibilidad** del concepto de interés superior del niño **permite su adaptación a la situación de cada niño** y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, **también puede dejar margen para la manipulación**: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia. (par. 34)

Por eso era necesaria una OG que interpretara el significado del art. 3

Llegué al Comité en mayo de 2011 y en la primera reunión vimos un borrador de OG sobre el ISN:





**Punto de  
partida  
consensuado:**

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. (par. 4)  
(\*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

# Cabecero de mi pizarra:

$$\begin{array}{l} 5 \longrightarrow 1 = 1 \\ 1 \longrightarrow 5 = 5 \end{array}$$



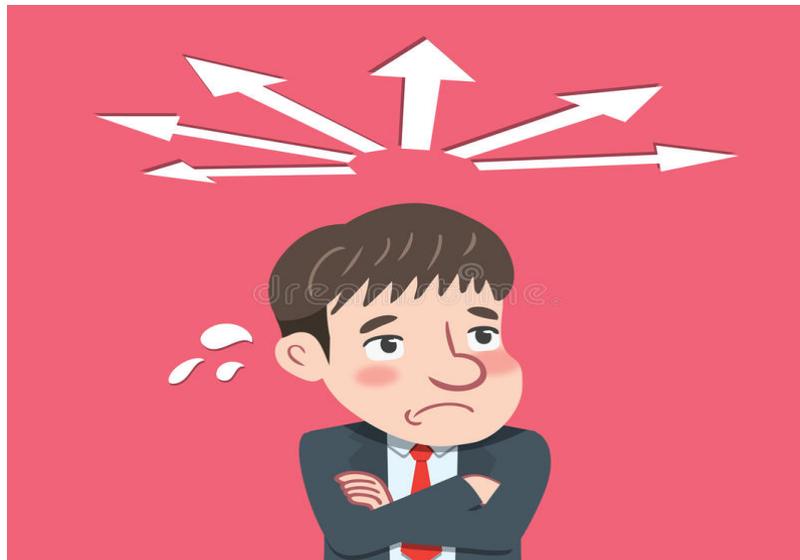
# Objeto de la OG 14 (par. 11)

No = determinar para siempre objetivamente

Si = instrumento para evaluar y determinar caso a caso

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

# Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño



Dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión:

1. 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 o los niños en general.

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 protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del NNA

La satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas como emocionales y afectivas

La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado. Priorización de la permanencia en su familia de origen y del mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el NNA. Valoración de las posibilidades y conveniencia del retorno a familia biológica, 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

Los demás criterios que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto

**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**

Los criterios establecidos en la legislación específica aplicable

La toma en consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del NNA, 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

La preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del NNA, así como la no discriminación del mismo por estas o cualquier otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad

La edad

nivel de madurez

Su situación de especial vulnerabilidad



**Circunstancias (entre otras) que deben ser evaluadas para ponderar los criterios generales (elementos de ponderación)**

El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo

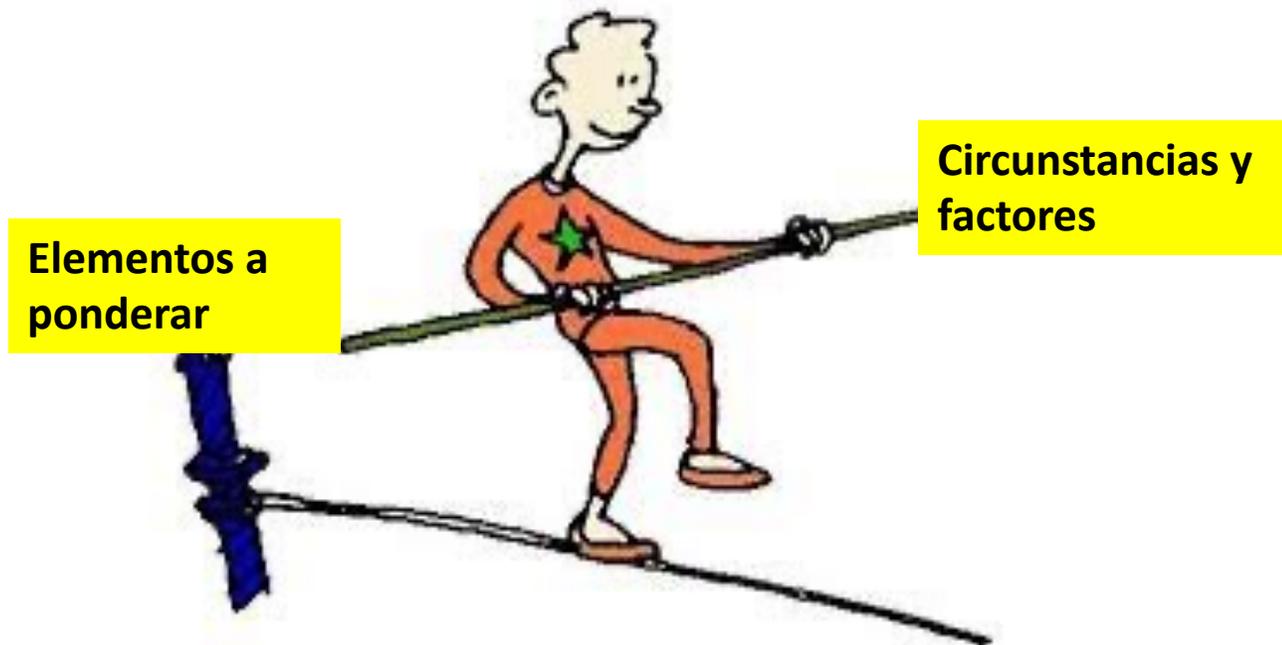
Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten sus derechos

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

# Los equilibrios: 4 situaciones



# Primer equilibrio



**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. Por ello los 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 NNA no restrinja o limite más derechos que los que ampara**

# Segundo equilibrio



**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

# Tercer equilibrio

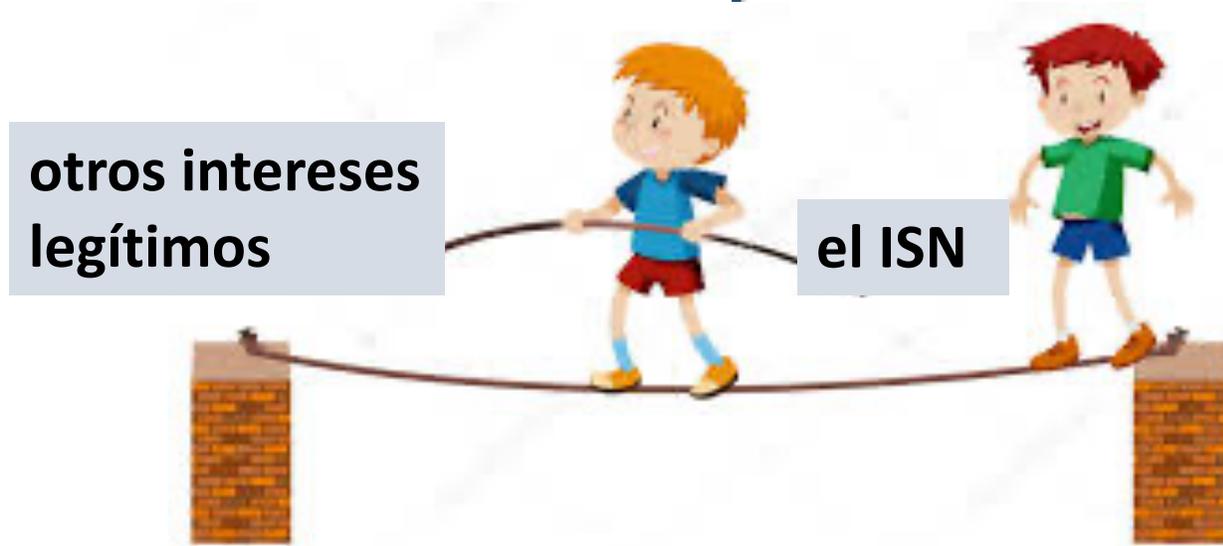
El niño en tanto que sujeto en evolución

la necesidad de estabilidad



**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

# Cuarto equilibrio



**Clave:** “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 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 para velar por la observancia del ISN

El derecho del niño a expresar su propia opinión

La percepción del tiempo

Los profesionales cualificados

La determinación de los hechos

La representación letrada

La motivación jurídica

Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones

N  
A  
T  
U  
R  
A  
L  
E  
Z  
A  
  
J  
U  
R  
I  
D  
I  
C  
A  
  
I  
S  
N



Es un derecho sustantivo



Es un principio jurídico interpretativo fundamental



Es una regla de procedimiento que exige garantías den su evaluación y determinación

## **Necesidad de conjugar los artículos 3 y 12:**

Para evaluar y determinar en cada caso el ISN, los NNA deben ser escuchados

# El derecho del niño a ser escuchado (no solo oído)

## Artículo 12 Convención derechos del niño (CRC)

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el **derecho de expresar su opinión** libremente en todos los asuntos que afectan al niño, **teniéndose debidamente en cuenta las opiniones** del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño **oportunidad de ser escuchado**, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

# Desembalaje de Art. 12 CRC



# Algunas cuestiones clave

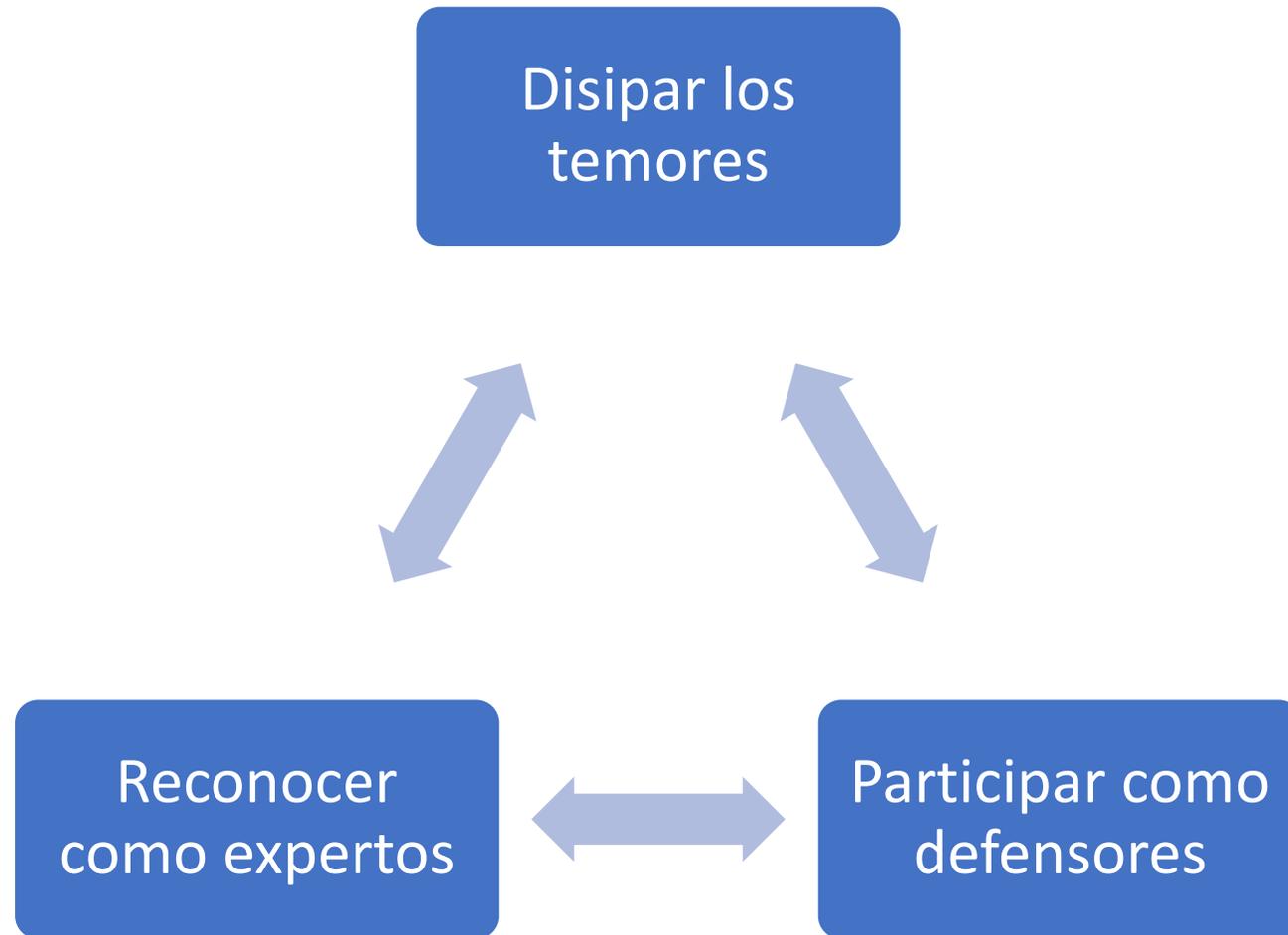
- Debe ser un derecho del niño, no una prerrogativa del juez (ni de quien deba adoptar una decisión que le afecte)
- Es un derecho en todos los casos: no sólo en casos conflictuales
- Es un derecho renunciabile: “El niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo.” (Manual de aplicación CRC)
- Es un derecho que se tiene a cualquier edad: diferencia entre “escuchar y tomar en cuenta” (art. 12 CRC)
- Madurez = capacidad para expresar sus opiniones sobre cuestiones de forma razonable e independiente. No precisa que tenga conocimiento exhaustivo de todos los aspectos de la cuestión
- Presunción de que el niño está en condiciones de formarse un juicio propio

...

# Algunas cuestiones clave

- Hay que garantizar el derecho a los niños con dificultades para hacer oír su opinión (el niño con discapacidad intelectual y psicosocial tiene el mismo derecho a ser escuchado)
- Las modalidades de escucha deben atender al principio de prudencia en cuanto al número, para evitar la victimización. No obstante, la escucha “debe ser entendida como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado”
- En caso de riesgo de seguridad: no quitar el derecho, reforzar la seguridad
- Libertad para expresar sus opiniones: evitar que tienda a decir lo que él piensa que los adultos esperan de él/ella

# Importante: implicar a los padres y cuidadores



# Pero...

- Aunque los puntos de vista de niños y niñas y su capacidad para expresarlos son distintos en función de la evolución de sus facultades (son muchas las circunstancias que inciden)
- No obstante:
  - No son un **mueble ni un apéndice**.
  - **Todos los niñ@s son capaces de formarse una opinión**: incluso los niñ@s muy pequeños tienen preferencias, temores o preocupaciones
  - Todos los niñ@s tienen **derecho a que se tenga en cuenta sus opiniones**
  - De acuerdo con su **edad y madurez**, el peso dado a la opinión del niñ@ dependerá del **nivel de comprensión de la cuestión**
  - Para opinar deben ser **informados adecuadamente**

# El derecho a la intimidad y privacidad

El **Artículo 16** de la CDN recoge el derecho de los niños y las niñas a que se respete su vida privada. Aplicado al ámbito sanitario, supone tomar conciencia de la privacidad e intimidad a la que tienen derecho los pacientes, menores de edad en este caso, y velar por proporcionarla en la mayor medida posible, y de manera sistemática para todos los niños y niñas.

Cuidar la privacidad es clave para respetar la dignidad de los niños y las niñas. Ello deba hacerse a diferentes niveles:

- \* Respeto **al cuerpo de los niños y niñas y su intimidad**, adaptando las intervenciones para tener en cuenta diversas variables (discapacidad, cultura, idioma, edad, etc.), de modo que se sientan lo más cómodos posible.

- \* Cuidar **los espacios** donde se llevan a cabo las intervenciones, de modo que éstos protejan la intimidad.

- \* Respetar el deseo de **confidencialidad** de niños, niñas y adolescentes que soliciten asistencia médica, siempre de acuerdo con la legislación vigente, y obtener su consentimiento antes de compartir información privada o confidencial con terceras personas.

# Itinerario de la escucha

- **Preparación:** El niño debe estar informado sobre su derecho a expresar su opinión, sobre las modalidades en las que puede hacerlo y sobre las consecuencias que ello implica (no engañar), así como sobre la forma, el tiempo y el lugar en que se desarrollará la escucha
- **Audiencia:** en un contexto propicio y que inspire confianza (mejor una conversación que un escrutinio)
- **Comunicación de los resultados al niño:** el encargado de adoptar la decisión debe comunicar al niño el resultado del proceso
- **Vías de recurso:** el ordenamiento debe prever vías específicas de recurso por violación del ISN o del derecho a ser escuchado

# Conclusión

El derecho a ser escuchado se extiende a todos los niños, sin distinción

**PERO**

No ocurrirá a menos que se tomen medidas explícitas para eliminar las barreras

Debe entenderse como un derecho, no como un privilegio

**POR LO TANTO,**

Todos los responsables deben tomar medidas para garantizar su plena realización

La participación es fundamental para la dignidad y la humanidad de cada NNA

**Y**

Representa un GANAR-GANAR para cada niño y la sociedad en la que vive

# Reflexión final

De la teoría a la práctica

Criterio esencial: los niños y niñas son sujetos de derecho

Necesidad de reconocer nuestras propias limitaciones



Gracias por su atención

Jorge Cardona  
Jorge.cardona@uv.es