



INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

GUÍA DE APLICACIÓN PRÁCTICA
PARA EL SISTEMA DE JUSTICIA



Poder Judicial
URUGUAY



INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO GUÍA DE APLICACIÓN PRÁCTICA PARA EL SISTEMA DE JUSTICIA



Poder Judicial
URUGUAY

unicef 
para cada infancia

**Interés superior del niño. Guía de aplicación práctica
para el sistema de justicia**

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay
Poder Judicial, Uruguay

Coordinación por UNICEF:

Lucía Vernazza
Alexa Cuello

Autoras:

Ester Valenzuela Rivera, consultora de UNICEF,
especialista en derechos de infancia, adolescencia y familia
Stefania Rainalidi, consultora de UNICEF,
especialista en derechos humanos

Equipo de trabajo de la Suprema Corte de Justicia:

María Sol Bellomo Peraza y Viviana Granese, magistradas
Cecilia Notejane y Sandra Divito, defensoras públicas
Silvia García Pelua, perito psicóloga del Instituto Técnico Forense

Corrección de estilo: Leticia Ogues Carusso

Diseño gráfico editorial: ESTUDIO DI CANDIA

Impresión: Gráfica Mosca

Primera edición, Montevideo, julio de 2024

Nota: La Convención sobre los Derechos del Niño se aplica a todas las personas menores de 18 años, es decir, niños, niñas y adolescentes mujeres y varones. Por cuestiones de simplificación en la redacción y de comodidad en la lectura, se ha optado por usar en algunos casos los términos generales *los niños y los adolescentes*, sin que ello implique discriminación de género.

Contenido

Presentación	7
Objetivo	8
Metodología	8
I. Marco conceptual y jurídico	11
¿Qué es el interés superior del niño?	12
¿Cómo se determina el ISN según el Comité de los Derechos del Niño?	12
¿Cuáles son los elementos propuestos para la determinación del ISN?	13
El ISN en el marco normativo nacional	15
II. Elementos para la determinación del interés superior del niño	19
Cuidado, seguridad y protección	20
Entorno familiar y contexto	22
Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa	24
Edad, madurez y desarrollo	26
Identidad del niño, niña o adolescente	28
Situaciones de mayor vulnerabilidad	30
Salud biopsicosocial	32
Educación	34
Necesidad de estabilidad del niño, niña o adolescente	36
Afectación e impacto del tiempo en el niño, niña o adolescente	38
Vivienda adecuada	40
Medioambiente	42
Cualquier otro elemento que resulte pertinente en el análisis del caso concreto para la determinación del interés superior	44
III. Operacionalización	45
1. Evaluación de la información inicial	47
2. Audiencia (inicial) o audiencia antes de las 72 horas / levantamiento de información en la prueba	48
3. Recepción de la información levantada o recabada y determinación del ISN	49
4. Adopción de la decisión / defensa de la teoría del caso	50
5. Fundamentación de la decisión	51
6. Etapa de cumplimiento	52
IV. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño	53
1. El derecho del niño a expresar su propia opinión	54
2. La determinación de los hechos	55
3. La percepción del tiempo	55
4. Formación para el trabajo con niños, niñas y adolescentes	56
5. Representación letrada	56
6. Motivación, justificación y explicación acorde al ISN	56
7. Existencia de recursos	57
8. La evaluación del impacto en los derechos del niño	57

V. Anexo de jurisprudencia internacional y nacional y principio de interés superior del niño, niña o adolescente	59
Cuidado, seguridad y protección	60
Entorno familiar y contexto	62
Estabilidad y desarrollo	65
Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa	66
Situación de mayor vulnerabilidad y desventaja	68
Identidad	69
Transcurso del tiempo en su desarrollo	70
Salud biopsicosocial	71
Educación	74
Medioambiente	75
Otros recursos generales. Definición de ISN	76
Bibliografía	78

Presentación

La *Guía de la aplicación práctica del interés superior del niño* tiene como objetivo ser una herramienta que facilite la determinación de ese interés en casos específicos, a través de la identificación de elementos pertinentes, su evaluación y la posterior ponderación. Esta guía se fundamenta en un mecanismo de evaluación y ponderación de elementos, lo cual posibilita un análisis detallado de los casos con el fin de tomar decisiones coherentes con este principio fundamental.

Los elementos dispuestos en esta guía se apoyan en estándares derivados de tratados internacionales ratificados por Uruguay, así como en las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño,¹ junto con la jurisprudencia nacional e internacional emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se espera que esta guía sea una contribución para los operadores judiciales que intervienen en casos concretos, especialmente para los jueces—en la toma de decisiones y en la fundamentación de las sentencias— y para los abogados defensores—en la construcción de la teoría del caso y en la definición de la estrategia jurídica en todas las instancias del proceso—.

Objetivo

Esta propuesta instrumental busca ir más allá de concebir el interés superior del

niño (ISN) como un concepto abstracto y lo posiciona como el principio rector que realmente es, para simplificar así la tarea del operador judicial, quien puede evaluar y determinar, en cada caso, el ISN, con una fundamentación más efectiva de sus estrategias o decisiones judiciales.

Metodología

En el marco del Memorando de Entendimiento firmado en 2023 entre la Suprema Corte de Justicia (SCJ) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), se creó un grupo de trabajo constituido por juezas, defensoras públicas y una perita psicóloga, designadas por la SCJ, y coordinado por dos consultoras de UNICEF Uruguay² para la elaboración de esta guía.

En conformidad con el ejercicio del derecho a ser oído, una vez finalizado el primer borrador, se organizó un taller presencial en la ciudad de Rivera, con adolescentes del Consejo Asesor y Consultivo del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), para presentar su propósito y principales elementos. Durante esta sesión, los jóvenes tuvieron la oportunidad de comentar, opinar y ofrecer sugerencias sobre el contenido de la guía. La mayoría de los aportes fueron considerados y adoptados por el grupo de trabajo. Posteriormente, se llevó a cabo un segundo taller, para proporcionar retroalimentación a los adolescentes sobre cómo sus opiniones y sugerencias habían sido integradas, detallando los cambios realizados en la guía con base en sus contribuciones.

La guía se desarrolló integrando la investigación teórica y la recopilación de in-

1 El Comité de los Derechos del Niño es un órgano integrado por 18 expertos independientes, que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados miembros. También supervisa la aplicación de los protocolos facultativos de la Convención —sobre la participación de niños en conflictos armados, la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil— y el Tercer Protocolo, relativo a procedimientos de comunicaciones (<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc>). Así, las observaciones generales ayudan a abordar aquellos aspectos sobre los que el Comité constata que falta la debida atención, las interpretaciones erróneas o insuficientes, y nuevos aspectos de creciente preocupación (Plataforma Infancia, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/general-comments>).

2 El grupo del Poder Judicial designado por la SCJ estuvo conformado por las magistradas María Sol Bellomo Peraza y Viviana Granese, las defensoras públicas Cecilia Notejane y Sandra Divito, y la perito psicóloga Silvia García Pelua, del Instituto Técnico Forense. La coordinación general estuvo a cargo de Ester Valenzuela Rivera, consultora especialista en derechos de infancia, adolescencia y familia, y Stefanía Rainaldi, consultora en derechos humanos de UNICEF.

formación relevante sobre la práctica judicial en los ámbitos nacional y regional.

Para lograr su propósito, la guía se estructura de la siguiente manera:

- I. La primera parte presenta el marco conceptual y normativo del isn. Así, responde qué es el isn, cómo se determina y cuáles son los elementos que lo integran conforme a la definición del Comité de los Derechos del Niño.
- II. La segunda parte incluye diferentes elementos para la determinación del isn en casos concretos, de forma no taxativa, como son: cuidado, seguridad y protección; entorno familiar y contexto; opinión y punto de vista; edad, madurez y desarrollo; características identitarias; situaciones de mayor vulnerabilidad; salud biopsicosocial; educación; necesidad de estabilidad; afectación e impacto del tiempo; vivienda; medioambiente; y cualquier otro elemento que resulte pertinente. Cada elemento se define, se presentan sus dimensiones y posibles preguntas para facilitar su consideración e identificación.
- III. La tercera parte detalla la operacionalización de los elementos para la determinación del isn. En este sentido, se presentan las diferentes etapas del proceso de evaluación y determinación para la aplicación del isn en casos concretos.
- IV. La cuarta parte identifica las garantías procesales que deben ser tenidas en cuenta en aquellos procesos en donde participen niños, niñas y adolescentes.
- V. Por último, la guía cuenta con un anexo de recopilación de jurisprudencia comparada y nacional de utilidad para la determinación del ISN.

I.

Marco conceptual y jurídico

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece el deber de los Estados de asegurar a niños y niñas 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 ellos ante la ley. En la misma línea, el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) establece el principio de protección, que implica que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Lo anterior se traduce en que niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección especial y esta se basa en la imposición al Estado del deber de otorgarles una mayor prioridad en su protección. Este enfoque se fundamenta en la condición de niños y niñas como individuos en crecimiento y se justifica en las diferencias que poseen con respecto a las personas adultas. Estas diferencias son esenciales para garantizar el ejercicio efectivo y la plena vigencia de sus derechos.

Es esencial reconocer que niños, niñas y adolescentes tienen características particulares y por esto precisan de una protección distinta a la de los adultos. Se trata de una etapa de la vida de las personas de mayor vulnerabilidad y, por tanto, se requiere de una protección especial.³

¿Qué es el interés superior del niño?

El Comité de los Derechos del Niño, al definir el ISN en la Observación General n.º 14, afirma que: “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno

o varios niños en una situación concreta. 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”.⁴

Para el Comité, el ISN constituye: a) un derecho sustantivo, b) un principio jurídico interpretativo fundamental y c) una norma de procedimiento. A continuación, se definen estas expresiones:

- **Derecho sustantivo:** Se refiere a una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida y a la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte “a un niño o grupo de niños”.
- **Principio jurídico interpretativo fundamental:** Implica que, ante diversas interpretaciones posibles, se elegirá aquella que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.
- **Norma de procedimiento:** Cuando deba tomarse una decisión que afecte al niño, debe incluirse “una estimación de las posibles repercusiones” de la decisión en él. La evaluación y la determinación de las posibles repercusiones requieren de garantías procesales (ver el capítulo IV de esta guía), así como de la mención expresa del modo en que se ha realizado.

¿Cómo se determina el ISN según el Comité de los Derechos del Niño?

Al evaluar y determinar el ISN para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deben seguir los siguientes pasos:

3 Valenzuela, Ester (2023). El Servicio de Protección Especializada de la Niñez y adolescencia: Una oportunidad de protección para los niños, niñas y adolescentes del país. En *Perspectivas globales sobre el derecho de familias: Actas del Congreso Internacional 2023* (en prensa).

4 Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/ GC/14). Párrafo 46. Disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher,CES-CR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>

- En primer lugar, es necesario determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás.
- En segundo lugar, se debe seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

El Comité señaló que la evaluación del ISN consiste en 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. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su equipo, y requiere la participación del niño o niña involucrado. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinarlo, tomando como base la evaluación del interés superior.⁵

¿Cuáles son los elementos propuestos para la determinación del ISN?

Los elementos propuestos por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n.º14 son los siguientes:

1. La opinión del niño
2. La identidad del niño
3. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones
4. El cuidado, la protección y la seguridad del niño
5. La situación de vulnerabilidad
6. El derecho del niño a la salud
7. El derecho del niño a la educación

El Comité establece que la lista de elementos que propone no es ni exhaustiva ni jerárquica. Esto significa que pueden existir más elementos para considerar en cada caso concreto y otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños específico. Lo que sí es claro es que todos los elementos de esta lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y, al mismo tiempo, ser flexible.

Siguiendo estos lineamientos, el equipo a cargo de la creación de la guía consideró otros posibles elementos que complementan los mencionados en la Observación General n.º14 y pueden brindar luz de acuerdo con la realidad nacional para determinar el ISN en casos concretos. Por lo tanto, se propone la siguiente lista de elementos, la cual no es taxativa ni jerárquica:

- Cuidado, seguridad y protección
- Entorno familiar y contexto
- Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa
- Edad, madurez y desarrollo
- Identidad del niño, niña o adolescente
- Situaciones de mayor vulnerabilidad y desventajas
- Salud biopsicosocial
- Educación
- Necesidad de estabilidad del niño, niña o adolescente en las soluciones que se adopten
- Afectación e impacto del tiempo en el niño, niña o adolescente
- Vivienda
- Medioambiente
- Cualquier otro elemento que resulte pertinente para la determinación del interés superior

Todos los elementos mencionados son analizados y desarrollados en el capítulo II de esta guía.

5 Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/ GC/14). Párrafo 47. Disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher,CES-CR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>

Cuadro comparativo entre los elementos establecidos por la Observación General n.º 14 (OG 14) del Comité de los Derechos del Niño y la Guía de aplicación práctica del interés superior del niño de Uruguay

OG14	Guía ISN Uruguay	Fundamentación
La opinión del niño	Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa	Artículo 12 CDN. Párrafo 53-54 OG 14
La identidad del niño	Identidad del niño, niña o adolescente	Artículo 8 CDN Párrafos 55-57 OG 14.
La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones	Entorno familiar y contexto	Artículos 9, 18 y 20 CDN. Párrafos 58-70 OG 14.
El cuidado, la protección y la seguridad del niño	Cuidado, seguridad y protección	Artículo 3 CDN. Párrafos 71-74 OG 14.
La situación de vulnerabilidad	Situaciones de mayor vulnerabilidad	Párrafos 75-76 OG 14.
El derecho del niño a la salud	Salud biopsicosocial	Artículo 24 CDN. Párrafos 71-74 OG 14. El agregado de "biopsicosocial" fue propuesto por los adolescentes consultados para resaltar las diferentes dimensiones del derecho a la salud.
El derecho del niño a la educación	Educación	Artículo 28 CDN. Párrafo 79 OG 14.
-	Edad, madurez y desarrollo	El Comité lo incorpora vinculándolo a los elementos opinión y salud. En esta guía se evaluó por su relevancia en los casos concretos considerarlo como un elemento adicional independiente.

OGI4	Guía ISN Uruguay	Fundamentación
-	Necesidad de estabilidad del niño, niña o adolescente en las soluciones que se adopten	El Comité lo señala de manera transversal en la búsqueda del equilibrio al evaluar los distintos elementos, indicando que "las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño". Debido a esto la guía lo incorpora como un elemento específico a evaluar.
-	Afectación e impacto del tiempo en el niño, niña o adolescente	El Comité considera la percepción del tiempo dentro de las garantías y salvaguardias que deben ser consideradas por quienes determinan el ISN. Dada su relevancia en la tramitación de causas, se estimó que debía relevarse como un elemento independiente.
-	Vivienda	Este elemento fue sugerido por los adolescentes y aprobado por quienes elaboraron la guía como un elemento pertinente a considerar.
-	Medioambiente	Este elemento fue sugerido por los adolescentes y aprobado por quienes elaboraron la guía como un elemento pertinente a considerar.

Precisiones

1. Los elementos propuestos no siguen un orden específico, ya que dependerán del caso concreto y su análisis. Sin embargo, en casos que requieran un posible pronunciamiento previo, se sugiere comenzar con la evaluación del elemento de cuidado y seguridad y luego seguir por entorno familiar, a efectos de evaluar alguna medida cautelar que implique adoptar una decisión urgente de protección respecto del niño, niña o adolescente.
2. Los elementos propuestos no son taxativos, ya que admiten la posibilidad de otros elementos, es decir, la lista no incluye todos los elementos posibles y, por tanto, podría haber otros elementos además de los mencionados.
3. No todos los elementos son pertinentes en todos los casos, esto implica que, dependiendo de las circunstancias particulares, sólo algunos de los elementos serán pertinentes, mientras que otros no lo serán.
4. La identificación de elementos debe realizarse desde el inicio, esto contribuye a intencionar la prueba y así lograr que la información recabada tribute al análisis.

El ISN en el marco normativo nacional

El artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)⁶ establece el “interés superior del niño y adolescente” como criterio específico de interpretación e integración, y define que “consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.

El CNA menciona el ISN también en otros artículos, por ejemplo:

- **Derecho al disfrute de sus padres y familia (artículo 12):** Cuando establece el derecho al disfrute de sus padres y familia, sostiene que el niño, niña o adolescente sólo puede ser separado de su familia cuando, “en su interés superior y en el curso de un debido proceso”, las autoridades determinen otra relación personal sustitutiva. También sostiene que siempre se respetará el derecho del niño, niña o adolescente de mantener sus vínculos afectivos y contacto directo, “salvo si es contrario a su interés superior”.
- **Deberes del Estado (artículo 14):** Cuando se establecen los deberes del Estado de protección, se indica que la “preocupación fundamental será el interés superior del niño”, tanto del Estado como de ambos padres o representantes legales.
- **Tenencia alternada o compartida. Facultades y deberes del juez de familia (artículo 35):** El juez debe resolver atendiendo las circunstancias del caso y “siempre considerando el interés superior del niño o adolescente”. El ISN se menciona varias veces más en el artículo para la determinación del régimen de tenencia, así como se menciona en el artículo 35 bis y en el artículo 36 para modificar el régimen de tenencia o visi-

tas cuando alteren este principio o para establecer la tenencia por terceros.

- **Procesos por infracciones (artículos 85, 100 y 110):** En lo que refiere a procesos por infracciones, hay varios artículos que refieren al interés superior del adolescente. Así, el artículo 85 establece que el juez puede aplicar medidas socioeducativas no privativas de la libertad teniendo siempre en cuenta el interés superior del adolescente, el principio de proporcionalidad y la idoneidad de las medidas. En la misma línea, en el numeral 3 del artículo 100 se establece dentro de la competencia de los jueces la visita a los centros de internación y las inspecciones por lo menos cada tres meses, en el contexto de lo cual pueden tomar las medidas que más convengan al interés superior del adolescente. También el artículo 110 establece el libre acceso al expediente, salvo que a solicitud de partes y en atención al interés superior del adolescente se considere que procede la reserva.
- **Procesos de protección (artículo 120):** El artículo 120-1 establece como principio general que el juez debe especialmente asegurar el cumplimiento estricto del ISN a la hora de establecer medidas para proteger derechos amenazados de niños, niñas o adolescentes. En la misma materia, el artículo 120-6 establece que, en relación con los programas de atención residencial de régimen de veinticuatro horas, el INAU debe informar a la Fiscalía si existiera oposición de los progenitores considerando la opinión del niño, niña o adolescente y su interés superior.
- **Alternativas familiares (artículo 132-1):** Establece que el INAU debe tomar medidas provisionales, que consistirán en integrar al niño, niña o adolescente siguiendo un orden preferencial que no podrá dejar de observarse salvo motivos fundados en el “interés superior”. Es así que se plantea que la internación provisional será el último recurso y por el menor tiempo posible, y procederá úni-

6 Disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

camente cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo requiera, por tratarse de circunstancias de hecho excepcionales.

- **Integración familiar de niños, niñas o adolescentes en tenencia o guarda con fines de adopción (artículo 133-2):** Hace referencia al ISN como criterio para que el tribunal pueda apartarse de la selección realizada por el equipo técnico del INAU por motivos especialmente fundados. Esta decisión se complementa con los informes solicitados y su sana crítica.
- **Preservación de vínculos personales y afectivos con la familia de origen (artículo 138):** Entiende por vínculo altamente significativo aquel que implique una relación importante para el niño, niña o adolescente, según informes periciales requeridos por la sede judicial. La significación del vínculo debe ser considerada desde la perspectiva del interés superior del niño.
- **Adopción de familias que residen en el extranjero (artículo 153):** Plantea que los adoptantes deberán residir y convivir con el niño, niña o adolescente en el territorio nacional, aún en forma alternada, por un plazo de seis meses durante el lapso de la tenencia. Por razones fundadas y teniendo en cuenta el ISN, el plazo podrá ser reducido por el juez competente. También se menciona en el artículo 156 en relación con los juicios de anulación de adopciones.
- En lo que respecta al trabajo, el ISN es mencionado en varias oportunidades en lo que refiere a la habilitación de excepciones al régimen y límites del de-

recho al trabajo de adolescentes. Así, el artículo 162 establece como edad de admisión mínima los 15 años, salvo las excepciones que establezca el INAU conforme al ISN. También el artículo 169 establece que los adolescentes mayores de 15 años no pueden trabajar más de seis horas diarias, aunque como excepción el INAU puede autorizar trabajar ocho horas, previa evaluación técnica individual, estudio del lugar y del puesto de trabajo y teniendo en cuenta el ISN. El artículo 172 refiere a su consideración para la autorización del trabajo nocturno.

- Por último, el artículo 218 crea un sistema de datos de registro de información de niños, niñas y adolescentes, que depende del INAU, y el artículo 221 establece el principio de reserva en concordancia con el ISN.

Asimismo, el artículo 5 de la Ley de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género (Ley n.º19.580)⁷ establece en su literal g) que “en todas las medidas concernientes a las niñas y las adolescentes debe primar su interés superior, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”. Lo anterior se complementa con el artículo 46, sobre valoración de la prueba, que establece que “en todos los casos se respetará el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a dar su opinión, la cual deberá analizarse aplicando las reglas de la sana crítica. No será válido utilizar argumentos técnicos para disminuir la credibilidad de sus testimonios”.

7 Disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19580-2017>

II. Elementos para la determinación del interés superior del niño

A continuación, se desarrollan los elementos específicos para la determinación del ISN en Uruguay, en atención a su normativa, especialmente al CNA, a su cultura jurídica, la jurisprudencia y la realidad de niños, niñas y adolescentes y sus familias.

Cuidado, seguridad y protección

Niños, niñas y adolescentes requieren del cuidado y la protección necesarios, que atiendan a sus características especiales en relación con su edad. Por lo tanto, esta protección debe ser una protección especial, distinta a la protección de una persona adulta. En este sentido, la CDN reconoce desde su preámbulo que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales”.

La seguridad se vincula a la protección que debe tener el niño, niña o adolescente contra toda forma de violencia, comprendiendo está en el sentido más amplio posible. Niños y niñas, por tanto, tienen derecho a la seguridad y este derecho implica protegerles de cualquier situación que pueda poner en peligro su bienestar físico o mental. Las medidas que se adopten deben estar de acuerdo con el ISN en cada caso concreto.

Para la determinación del ISN se debe revisar la seguridad del niño, niña o adolescente, verificando si su vida o su integridad física y psíquica se encuentran afectados o vulnerados, o si existe algún daño efectivo. Se debe también verificar la presencia de amenazas o riesgos que pue-

dan comprometer los derechos actuales o futuros, así como causar perjuicios a la integridad física y psíquica del individuo. Al evaluar el caso concreto, resulta crucial determinar si la medida propuesta es adecuada para salvaguardar al niño, niña o adolescente contra daños presentes o futuros, o si la omisión de dicha medida conlleva un riesgo o amenaza de vulneración de derechos y perjuicios inminentes o futuros. Además, es esencial tener en cuenta su seguridad e integridad, así como evaluar los posibles efectos que la acción o decisión tomada pueda tener en su desarrollo futuro, de manera directa o indirecta. Una vez determinado el ISN, se deben adoptar medidas acordes a él. En otras palabras, la intensidad de dichas medidas debe ser coherente con la situación de desprotección, es decir, a mayor situación de peligro o afectación de la seguridad, la medida será más intensa. Por esto, se requiere indagar si el niño, niña o adolescente está o podría estar en una situación de verdadero peligro, inseguridad y desprotección, para así adoptar o implementar medidas de mayor envergadura.

Preguntas orientadoras

- ¿Está la seguridad del niño comprometida o en riesgo de vulneración grave de derechos que se justifique la intervención de la justicia?
- ¿En qué medida las características especiales del niño, niña o adolescente en relación con su edad requieren en este caso cuidado y protección especial?
- ¿La vida o la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente están actualmente comprometidos o en peligro? ¿Está en riesgo su derecho a la vida, al desarrollo y la supervivencia?

Entorno familiar y contexto

En su preámbulo, la CDN considera a la familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar y protección de todos sus miembros y, en particular, de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. **La separación del niño de su entorno familiar siempre debe ser una medida de *ultima ratio* y deben priorizarse medidas que permitan trabajar con la familia para fortalecer su rol protector y que el niño o niña pueda ejercer su derecho a vivir en familia.**

Para la determinación del ISN se debe considerar el entorno familiar y evaluar prioritariamente los niveles de violencia a los cuales el niño o niña está expuesto dentro de su familia, identificando así el grado de afectación de sus derechos.

Asimismo, para determinar el ISN, es preciso evaluar cuáles y cómo son los lazos emocionales y de afecto del niño, niña o adolescente con cada uno de los miembros de la familia, cómo se vincula afectivamente con los padres o cuidadores, el apego que tiene con ellos y cómo los padres se vinculan con él o ella, es decir, analizar si dicho entorno es o no favorable para su bienestar. Asimismo, es esencial investigar el contexto específico y evaluar los vínculos comunitarios que pueda tener el niño, niña o adolescente. Se debe verificar si la institucionalización es una medida realmente imprescindible, pertinente y que traerá mayores beneficios al niño.

La separación del niño de su familia debe considerarse como último recurso,

excepcional, y deberá ser temporal. La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar a un niño, niña o adolescente del cuidado de sus padres.⁸ La medida de separación sólo se debe dictar después de haber intentado otras medidas de fortalecimiento y apoyo a la familia de origen y escuchado a todas las partes involucradas, incluyendo al propio niño. En caso de que la decisión final sea la separación, se debe evaluar la posibilidad de mantener las relaciones familiares y comunitarias. Por consiguiente, se debe priorizar el contacto directo y regular, siempre que no afecte el ISN, y es necesario tener definido dicho interés previamente. Cuando se separa al niño de su familia es crucial contar con un plan de acción que priorice trabajar de manera oportuna y efectiva con la familia de origen para revertir las causas que originaron la separación. Asimismo, es necesario revisar la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia periódicamente, para: a) verificar si él o ella se encuentra bien y no ha sido víctima de vulneraciones en la residencia o en la familia de acogida; b) revisar si ha existido un cambio de circunstancias; y c) constatar si los planes de intervención se han llevado a cabo con el niño y su familia.

⁸ Naciones Unidas (2009). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/673583/files/A_RES_64_142-ES.pdf

Preguntas orientadoras

- ¿Es posible fortalecer el papel protector de la familia y garantizar que el niño o niña pueda ejercer su derecho a vivir en familia?
- ¿Se han adoptado medidas previas de trabajo con la familia? Si han fracasado, ¿por qué?
- ¿Se ha evaluado exhaustivamente si la separación del niño o niña de su familia es realmente el último recurso y la opción más beneficiosa para su bienestar?
- En caso de estar separado o evaluarse una posible separación (como medida de *ultima ratio*), ¿cómo se evalúa que el niño, niña o adolescente mantenga contacto con su entorno familiar?, ¿hay otros familiares con los que el niño pueda mantener contacto?

Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa

El niño debe ser escuchado en todas aquellas instancias donde se adopten decisiones que le afecten. Estas decisiones pueden provenir de tribunales, al adoptar resoluciones o fallar en un caso determinado, y también pueden ser las adoptadas por sus defensores al momento de elaborar la teoría del caso. **La expresión de la opinión del niño requiere que este disponga de información suficiente y adecuada, información que debe ser presentada de manera que permita a niños, niñas y adolescentes formarse opiniones e impresiones sobre el asunto en cuestión, ajustándose a sus necesidades lingüísticas, evolutivas y funcionales.** Es crucial que la entrega de esta información se adapte a la edad y madurez del niño, niña o adolescente, de lo contrario esa información, al ser inadecuada, podría afectarle.

Es fundamental proporcionar información adecuada para que el niño o niña pueda desarrollar un juicio propio de manera razonable e independiente, considerando siempre su edad y nivel de madurez.

La escucha se debe producir en un entorno que no sea intimidatorio, sino accesible y adaptado a sus necesidades. Es esencial que los niños sean escuchados y que quienes tomen decisiones que los afecten conozcan su opinión. Es importante afirmar que los peritajes o informes psicosociales no sustituyen la opinión del niño, niña o adolescente y desempeñan un propósito completamente diferente al ejercicio del derecho a ser escuchado. La opinión tampoco equivale a una declaración testimonial utilizada como medio probatorio. Es crucial no confundir el testimonio de un niño con su opinión o el interés expresado.

La opinión del niño o su interés manifestado surgen del derecho a ser escuchado

y, por lo tanto, es posible decidir no ejercer ese derecho, ya que se trata de un derecho y no de una obligación. El niño puede optar por no expresar su opinión o abstenerse de participar en una audiencia. Sin embargo, tiene la opción de compartir sus opiniones y manifestar su interés de forma privada al defensor. Siempre es importante que quien adopte la decisión verifique si el niño fue realmente escuchado.

Es fundamental señalarle al niño que su opinión podrá ser o no considerada, a efectos de ajustar las expectativas. Además, se requiere, dado lo extensos que suelen ser los procesos judiciales, conocer la opinión del niño no sólo al inicio, sino también durante dicho proceso, ya que tanto las circunstancias como la percepción del niño y su correspondiente opinión pueden cambiar.

Para determinar el ISN, se debe tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del niño, niña o adolescente, conforme a su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, valorando esa opinión en el contexto del caso concreto.

Es crucial destacar la diferencia entre el derecho a ser oído y la opinión del niño. El derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten es un derecho fundamental que debe ser ejercido siempre, excepto en casos excepcionales donde su ejercicio sea imposible. Por otro lado, la opinión del niño es su voz, su interés manifestado, y debe ser considerada en la determinación del ISN. Esta opinión debe ser evaluada en función de la edad y la madurez del niño, así como en relación con otros elementos relevantes en el caso en cuestión.

Preguntas orientadoras

- ¿Se ha escuchado al niño? ¿En qué momentos del proceso fue escuchado?
- ¿Se ha informado al niño de forma comprensible acerca de su situación y su derecho a ser escuchado?
- ¿Se ha adaptado el procedimiento de escucha a las necesidades específicas del niño?
- ¿Cuáles son los deseos y opiniones del niño respecto al caso?
- Teniendo en cuenta que las circunstancias y la percepción del niño pueden cambiar con el tiempo, ¿ha existido una consideración continua de la opinión del niño a lo largo del proceso judicial?

Edad, madurez y desarrollo

Con respecto a la edad, es fundamental destacar que, aunque por sí sola no constituye un indicador absoluto de desarrollo, debe ser tomada en cuenta. En cuanto a la madurez, esta se refiere a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto específico, por lo que resulta esencial considerarla al evaluar la capacidad de cada niño o niña. Es relevante subrayar que los niveles de comprensión de los niños no siguen un patrón uniforme en relación con su capacidad biológica. En términos generales, los niños adquieren habilidades y facultades progresivamente, dependiendo menos de los adultos responsables a medida que avanzan en su desarrollo.

Para la determinación del ISN se debe considerar que las capacidades de niños y niñas evolucionan con el tiempo, lo que implica que las decisiones que se tomen con respecto a ellos, por un lado, deben ser revisables y ajustables según su desarrollo y, por otro, deben tomarse con base no sólo en sus necesidades actuales, sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo a corto y largo plazo según su nivel de desarrollo psicológico y madurativo.

Es fundamental comprender que la evolución de las facultades varía en cada niño o niña, y es influenciada por diversos factores, como la cultura, las experiencias de vida y el entorno.

Preguntas orientadoras

- ▾ ¿Se han tenido en cuenta la edad, la madurez y la capacidad de comprensión del niño o niña para el análisis de su situación?
- ▾ ¿Cuál es su nivel de madurez?
- ▾ ¿Cómo se evaluó su capacidad de comprensión?
- ▾ ¿Se ha adaptado la comunicación de todo el proceso de acuerdo con la capacidad para comprender y, además, para evaluar las consecuencias de la situación del niño o niña en este caso concreto?
- ▾ Si es un adolescente, ¿se está respetando su derecho a la intimidad con la decisión?
- ▾ ¿Hay elementos culturales, sociales o de experiencia vital que tengan impacto en la madurez del niño en este caso?

Identidad del niño, niña o adolescente

La identidad está formada por la percepción que la persona tiene de sí misma, que le distingue como alguien único y diferente de todos los demás.⁹

La identidad es un proceso que inicia con el nacimiento y se desenvuelve a través del tiempo. Al ser un fenómeno dinámico, se deben considerar diferentes factores durante el crecimiento, ya que el niño va constituyendo su identidad en contacto con su familia, su historia y el medio social y cultural en el que se desarrolla.¹⁰

Para la determinación del ISN se debe considerar que niños, niñas y adolescentes no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su ISN. Es así que la identidad juega un rol fundamental, ya que abarca características como el nombre, el origen familiar, la etnia, el idioma, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.¹¹

9 Amey Gómez, Paola, y Fernández Acuña, Ana Cristina (2011). El derecho de identidad desde la perspectiva de los derechos de las personas menores de edad. *ECA Estudios Centroamericanos*, 66(726), pp. 427-434.

10 Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación (2009). *Derecho a la identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas*. Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos.

11 Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º14.

Preguntas orientadoras

- ¿Hay características específicas de la identidad del niño o niña que deberían ser consideradas en este caso?
- ¿Dichas características son determinantes en este caso?, ¿deben ser consideradas?
- ¿Qué religión profesa el niño o niña?
- ¿Cuál es su autopercepción étnico-racial?
- ¿La orientación sexual o su identidad de género son elementos relevantes en este caso?
- ¿Existe alguna práctica cultural o social dañina a la que pueda ser sometido por su identidad?
- ¿El niño se reconoce como parte de un grupo o de una familia?
¿Tiene sentido de pertenencia?
- ¿A quiénes reconoce como padres, madres o familia?

Situaciones de mayor vulnerabilidad

Niños, niñas y adolescentes requieren una protección especial. A esto se pueden sumar otras situaciones de mayor vulnerabilidad que deben ser consideradas a la hora de evaluar el ISN para su protección.

Para la determinación del ISN se debe identificar si el niño, niña o adolescente enfrenta situaciones de mayor vulnerabilidad o desventaja, como encontrarse en situación de discapacidad, en situación socioeconómica vulnerable, discriminado por su etnia, orientación sexual o su origen nacional —por ejemplo—, que involucren desventajas que afectan o impiden el ejercicio de sus derechos. Es preciso utilizar el enfoque interseccional como una herramienta de análisis que permite identificar aquellos casos en que existe

confluencia de factores de discriminación, que se diferencia de la simple acumulación de distintas causas discriminación y que, por tanto, implica situaciones de desigualdad y vulnerabilidades mayores. Esto permite promover que todo niño, niña o adolescente sea tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, género, edad, origen étnico o racial, religión o condición social (artículo 9 del CNA; artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Este tipo de casos (niños o grupos de niños en situación de mayor vulnerabilidad) requiere protección reforzada, es decir, aquella que se brinda a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de mayor desventaja.

Preguntas orientadoras

- ¿Pertenece el niño o niña a algún colectivo especialmente vulnerable?
- Si el niño está en situación de discapacidad, ¿se está teniendo en cuenta esta situación y sus necesidades?
- ¿Se ha evaluado la información con perspectiva de género?
- Si es un niño migrante, refugiado o solicitante de refugio, ¿cuenta con interpretación en su idioma? ¿Se han tomado en cuenta aspectos específicos de su cultura y su entorno en el análisis?
- Si es un niño en situación de calle, ¿cómo se lo está protegiendo?
- ¿Se ha evaluado la necesidad de protección reforzada?

Salud biopsicosocial

La noción de salud biopsicosocial integra tres dimensiones (la vinculada a la vida, la vinculada a psicología y la social) y ofrece un enfoque holístico que permite una evaluación y un manejo más completos y personalizados de la salud humana. Así, se aborda la salud de una persona considerando cómo estos factores interactúan y afectan su estado general, y comprendiendo que la salud y el bienestar están determinados por una combinación de factores genéticos y biológicos, así como por factores psicológicos y sociales.

Considerar la salud biopsicosocial a la hora de evaluar el ISN en un caso concreto es fundamental.¹² La salud física y mental implica la realización de tratamientos ambulatorios, médicos, psiquiátricos, psicológicos y otros, e, incluso, procedimientos preventivos para la atención de la salud física, mental, emocional o espiritual que sean favorables para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

Para determinar el ISN, es necesario investigar si el niño, niña o adolescente presenta algún problema de salud física o mental que deba ser tomado en cuenta.

Además, es crucial examinar la viabilidad de acceder a la asistencia médica y garantizar la continuidad de la atención sanitaria necesaria en el caso particular. Este aspecto también implica evaluar los problemas relacionados con el consumo problemático de alcohol, drogas u otras sustancias que puedan poner en riesgo su desarrollo y su supervivencia.

La determinación del ISN debería tener en cuenta la información que se le entregará al niño, niña o adolescente sobre su situación y, asimismo, el respeto de la confidencialidad, de acuerdo con lo establecido en la normativa nacional y en los estándares internacionales sobre derechos del paciente, en razón de su edad y su madurez.

Es preciso considerar la edad del niño, niña o adolescente en la toma de decisiones sobre métodos de prevención en salud sexual, así como métodos anticonceptivos u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder. Es preciso también considerar la posible arista preventiva en la determinación del ISN, como la nutrición, la higiene, el saneamiento ambiental, las medidas de prevención de accidentes, el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, y la salud sexual y reproductiva.

¹² Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º14.

Preguntas orientadoras

- ▾ ¿Está el niño sano? ¿Necesita un tratamiento médico?
- ▾ ¿Tiene dicho tratamiento alguna contraindicación? ¿Se le está garantizando la mejor alternativa a su situación?
- ▾ ¿Se requiere la derivación del niño a un programa especializado (psiquiátrico o tratamiento de consumo problemático de drogas, por ejemplo)? ¿Es la mejor opción para el niño?
- ▾ Considerando la autonomía progresiva del niño, ¿se está respetando su derecho a la confidencialidad en el tratamiento?
- ▾ Si se trata de un caso de salud sexual y reproductiva, ¿es el entorno el mejor para el bienestar físico y mental del niño o niña?

Educación

La educación, tanto formal como no formal, implica contar con herramientas que contribuyan al desarrollo integral del niño, niña o adolescente y debe ser un elemento a considerar al evaluar el ISN.

El objetivo debe ser promover la educación, teniendo en cuenta el entorno propicio para el niño, niña o adolescente, así como los métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados. La educación no sólo implica la asistencia a clase y el acceso, sino que también se relaciona con el esparcimiento, la promoción del respeto, la participación, la prevención en temas de salud y la construcción de la identidad.¹³

Para la determinación del ISN se debe considerar el acceso a la educación inicial a partir de los 4 años, la educación primaria y secundaria como obligatoria de acuerdo con la Ley General de Educación, así como el fomento de la educación terciaria y la educación no formal. Para respetar la opinión del niño se debe garantizar que disponga de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tenga acceso a ellas.

¹³ Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º14.

Preguntas orientadoras

- ¿Accede el niño o niña a la oferta educativa más apropiada para su edad y sus necesidades?
- Si el niño tiene una discapacidad, ¿recibe educación adaptada a sus necesidades? ¿Existe la posibilidad de un asistente o acompañante terapéutico en su escuela?
- En el caso de niños extranjeros, ¿acceden a los recursos educativos en igualdad de condiciones que los niños nacionales?
- Si el niño ha experimentado situaciones de violencia, acoso o discriminación en su centro de estudios, ¿qué medidas se han considerado o se piensa solicitar para su atención, reparación y no repetición?

Necesidad de estabilidad del niño, niña o adolescente

La estabilidad aporta seguridad, armonía y equilibrio al niño en su vida, promueve además la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente en las sociedades, por ello que es relevante su consideración como un elemento al momento de determinar el ISN.

Para la determinación del ISN se debe considerar la necesidad de estabilidad del niño, niña o adolescente por tanto las medidas que se adopten deben minimizar los

riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. **Ante cualquier decisión es preciso considerar si el niño ha estado en un ambiente y condiciones de estabilidad o no y evaluar la flexibilidad y capacidad de adaptación, y su comprensión de las nuevas pautas, nuevos vínculos del niño, niña o adolescente, evaluar si los posibles cambios le aportan de manera significativa o no a su bienestar.**

Preguntas orientadoras

- ▾ ¿Se encuentra el niño actualmente en una situación estable?
- ▾ ¿Qué circunstancias favorecen la estabilidad de la situación del niño?
- ▾ ¿El cambio de situación solicitado aporta positiva o negativamente a esa estabilidad?
- ▾ En este caso concreto, ¿qué alternativa logra minimizar los riesgos y garantizar la estabilidad del niño?
- ▾ ¿Qué impacto tendrían estos posibles cambios en el bienestar general del niño, niña o adolescente?

Afectación e impacto del tiempo en el niño, niña o adolescente

Los niños y los adultos no perciben el tiempo de la misma manera, por ello la demora en la toma de decisiones puede tener efectos particularmente adversos en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Esto requiere que se dé prioridad a los procedimientos que afectan a los niños y ultimarlos en el menor tiempo posible.

Cuando se ha optado, como medida excepcional, por la separación del niño o niña de su familia de origen, es preciso revisar la duración de dicha medida, considerando que debe ser acotada y breve, y se debe estimar el tiempo de duración de la medida de separación en relación con la percepción del niño: un año puede significar la mitad de la vida de un niño.

Para determinar el ISN en el caso, es esencial considerar el tiempo y la afectación que su transcurso tendrá en niños y niñas. Además, debe existir celeridad en los procedimientos y en la toma de decisiones, precisamente porque el tiempo transcurre de una manera diferente en los niños que en los adultos y los tiempos de internación pueden tener consecuencias graves que afecten el desarrollo de habilidades en las distintas etapas del curso de vida. La institucionalización impacta en la consolidación de los vínculos familiares que se van estableciendo en las experiencias cotidianas, perjudica el desarrollo de habilidades sociales y limita la autonomía y otros derechos.

Preguntas orientadoras

- ▾ ¿Está siendo el proceso lo suficientemente ágil?
- ▾ ¿Se está considerando cómo afecta al niño el transcurso del tiempo?
- ▾ ¿Cómo lograr mayor celeridad en el proceso?
- ▾ ¿Es necesario conocer nuevamente la opinión del niño para verificar si esta ha cambiado con el transcurso del tiempo? O bien, dado el paso del tiempo, ¿se plantean nuevos temas que deban ser consultados en consideración de la evolución de sus facultades?

Vivienda adecuada

Debe considerarse que el niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y la vivienda es un elemento fundamental para la protección de ese derecho. Es así que se debe valorar si las medidas que se toman son las apropiadas para ayudar a la familia a la protección del derecho a un nivel de vida adecuado.

Para la determinación del ISN, es preciso evaluar las circunstancias de estabilidad del entorno habitacional del niño, verificando que este cuente con protección jurídica contra desalojos forzosos, hostigamiento y otras amenazas, y proporcionando un entorno estable y seguro para su

desarrollo. Es preciso afirmar que en general la permanencia del niño en su entorno habitacional es crucial para su desarrollo y estabilidad emocional. Asimismo, se requiere evaluar las condiciones sanitarias y de seguridad de la vivienda, especialmente en casos de niños en situación de discapacidad. En estos casos es esencial evaluar si la vivienda les proporciona las condiciones necesarias para satisfacer sus requerimientos particulares. También debe considerarse la ubicación relacionada con su arraigo y adecuación cultural, lo que es importante teniendo en cuenta el contexto del niño y la influencia del entorno en su proceso de socialización.

Preguntas orientadoras

▸ ¿Existen amenazas actuales o futuras de desalojo forzoso u otras situaciones que puedan afectar la estabilidad de permanencia del niño o niña en su vivienda?

▸ ¿Cuál es la situación actual de las condiciones sanitarias y de seguridad en la vivienda? ¿Existen condiciones en la casa que puedan representar riesgos graves para la salud o seguridad del niño o niña?

Medioambiente

El entorno natural y el cambio climático ejercen una influencia significativa sobre el derecho a la vida, el desarrollo, la supervivencia, el nivel de vida adecuado, la salud y el disfrute del tiempo de ocio de niños y niñas. En consecuencia, resulta imperativo tomar en consideración el impacto del ambiente en su realidad cotidiana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido de manera contundente la vinculación indisoluble entre la preservación del medioambiente y la garantía plena de otros derechos fundamentales. Esta conexión se evidencia en la medida en que la degradación ambiental y los perniciosos

impactos derivados del cambio climático inciden directamente en la realización efectiva de los derechos humanos.¹⁴

Al determinar el ISN, es esencial evaluar detalladamente la situación ambiental en la que el niño reside. Este análisis debe abarcar las condiciones fácticas que podrían incidir en el pleno ejercicio de sus derechos, asegurándose de verificar cualquier afectación en su desarrollo, salud biopsicosocial integridad, entre otros aspectos.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva n.º23/2017.

Preguntas orientadoras

- ¿Cómo las condiciones ambientales afectan la situación actual del niño o niña?
- ¿Existe alguna amenaza ambiental directa en su lugar de residencia?
- ¿Existen condiciones ambientales que puedan tener consecuencias adversas para la salud del niño o niña?
- ¿Existen limitaciones medioambientales que afectan su participación en actividades educativas y recreativas?
- ¿Cómo la seguridad, la integridad, la salud, la educación y la participación del niño o niña se ven impactadas por las condiciones ambientales o los efectos del cambio climático?

Cualquier otro elemento que resulte pertinente en el análisis del caso concreto para la determinación del interés superior

Como se señaló, los elementos previamente tratados no son exhaustivos. Es decir, hay otros factores o elementos que podrían ser relevantes y necesarios para considerar en la evaluación y la determinación del ISN en una situación específica. Por consiguiente, esta guía admite flexibilidad y adaptabilidad en el proceso de análisis, reconociendo que cada caso puede tener particularidades únicas que deben ser tenidas en cuenta.

Preguntas orientadoras

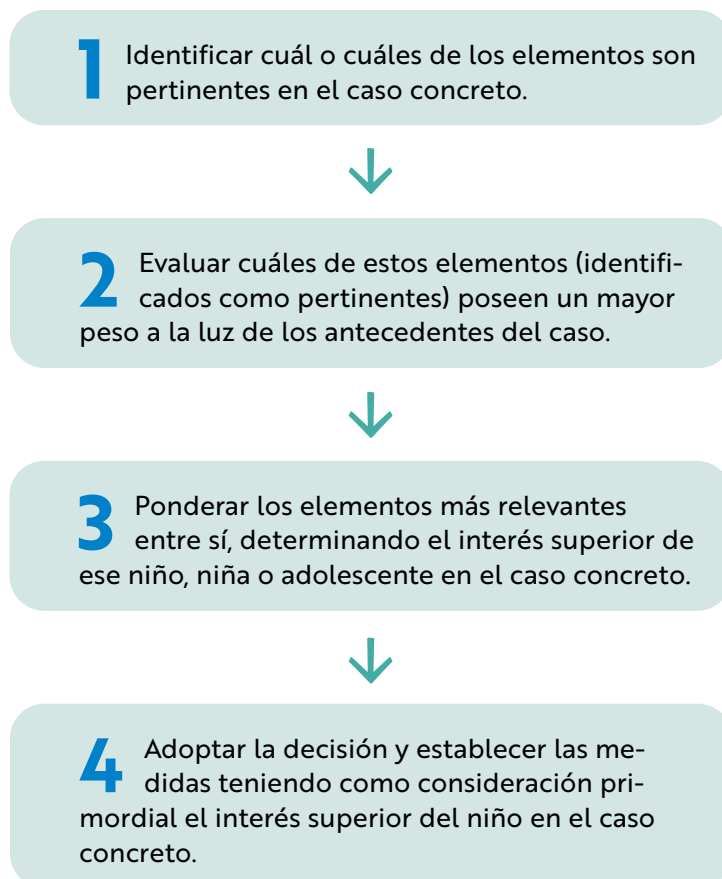
- ¿Existen otros elementos o circunstancias en el caso concreto que deberían ser evaluados y ponderados?
- ¿Esos elementos son esenciales para determinar el interés superior de este niño, niña o adolescente en el caso concreto?

III.

Operacionalización

La operacionalización del ISN en la toma de decisiones en contextos judiciales implica una serie de etapas estructuradas para garantizar que cada decisión sea adoptada con enfoque de derechos de infancia y considere primordialmente el interés superior del niño.

La metodología para la determinación del ISN consiste en:



Esta secuencia debería ser realizada cada vez que se adopte una decisión o se tomen medidas que afecten a un niño, niña o adolescente.

Las etapas son:

1. Evaluación de la información inicial
2. Audiencia (inicial) o audiencia antes de las 72 horas / levantamiento de información en la prueba
3. Recepción de la información levantada o recabada
4. Adopción de la decisión / elaboración teoría del caso / elaboración de la intervención o propuesta
5. Fundamentación de la decisión
6. Cumplimiento

A continuación, se describe cada una de las etapas y de qué forma debería ser incorporada esta metodología.

1. Evaluación de la información inicial

Al dar inicio al proceso, es necesario evaluar la información recibida, que acompaña la denuncia. Este análisis tiene como objetivo verificar la credibilidad del derecho invocado y determinar si existe un peligro inminente. La rapidez en la tramitación es esencial, ya que cualquier demora podría representar un riesgo para el bienestar del niño, niña o adolescente.

Una vez que se tiene conocimiento del caso, es fundamental identificar los elementos pertinentes, evaluarlos y verificar si existe alguna situación que requiera suma urgencia, y con base en esto adoptar decisiones según el ISN en el caso concreto. Es cierto que, al inicio, la información existente es muy precaria y bastante limitada, sin embargo, los diferentes actores involucrados deben tomar decisiones importantes. La defensa, por ejemplo, tiene la tarea de desarrollar una teoría del caso inicial y evaluar si es necesario solicitar medidas cautelares. El tribunal, por su parte, debe decidir si dicta medidas cautelares a solicitud de las partes o de oficio.

En esta etapa es necesario identificar el ISN respecto de la adopción de medidas extraordinarias. Por lo tanto, se toman diversas decisiones basadas en la información disponible y estas decisiones deben fundamentarse en el ISN.

Desde el inicio es importante, además, identificar los elementos pertinentes y con base en ellos levantar posteriormente la información necesaria que insume o tribute a cada uno de los elementos (pertinentes).

Jueces/juezas

El juez o jueza deberá identificar los elementos pertinentes, evaluarlos y ponderarlos entre sí, para decidir si es necesario o no adoptar medidas cautelares con base en el ISN.

Defensa

La defensa deberá identificar los elementos pertinentes, evaluarlos y ponderarlos entre sí, para elaborar su teoría del caso preliminar y así fundamentar posibles requerimientos de medidas cautelares u otras solicitudes con base en el ISN.

2. Audiencia (inicial) o audiencia antes de las 72 horas / levantamiento de información en la prueba

Una vez que se han identificado los elementos pertinentes al caso (de manera preliminar con base en la información disponible hasta ese momento), es preciso que se revise si hay otros elementos que inicialmente no fueron identificados, ya que resulta fundamental fomentar la prueba con el fin de obtener información relevante para tributar a cada uno de dichos elementos. De esta forma el juez y los abogados podrán contar con más información y antecedentes más específicos sobre el caso concreto, para adoptar decisiones intermedias o ir construyendo o robusteciendo la teoría del caso. En esta fase, se hace imprescindible solicitar a las instituciones pertinentes la información necesaria y que dicha solicitud de información sea precisa, apropiada y específica, con el objetivo de guiar a los profesionales encargados de levantarla y de proporcionarla (realizar informes, diagnósticos o recabar mayores antecedentes).

Es importante que el objeto del proceso y los hechos a probar determinados en la primera audiencia tengan en cuenta los elementos identificados como pertinentes de evaluar en el caso concreto.

Jueces/juezas

En esta instancia el juez o jueza deberá examinar los hechos de la causa y, habiendo identificado los elementos pertinentes, revisará si es necesario sumar otros que inicialmente no identificó.

Identificados los elementos pertinentes, es necesario levantar la información necesaria que tribute a una evaluación más completa de estos y se deberá considerar la posibilidad de pedir aclaraciones o solicitar de oficio información que permita determinar el ISN.

Defensa

La defensa revisará la información existente, evaluará las pruebas disponibles, identificará los problemas legales y formulará una teoría sólida que defienda el ISN determinado y el interés manifiesto del niño o niña.

Es importante en la audiencia inicial incentivar la prueba y dirigirla a obtener información que tribute a cada uno de los elementos identificados como pertinentes que fueron evaluados para determinar el ISN.

3. Recepción de la información levantada o recabada y determinación del ISN

En esta etapa el tribunal y las partes contarán con la información levantada o recabada. Aquí resulta fundamental evaluar si la información es suficiente, clara y consistente, si requiere aclaraciones o si surge la necesidad de levantar información adicional que tribute de mejor forma a los elementos identificados como pertinentes. Es posible que surjan nuevos elementos pertinentes a la luz de la información recabada.

La información recopilada debe estar relacionada con cada uno de los elementos identificados. Esto es crucial, ya que la información provista contribuirá a evaluar los elementos y a asignarles valor para determinar el ISN en el caso concreto.

La información debería cubrir aspectos psicosociales del caso, como una descripción detallada de los hechos, las circunstancias y la frecuencia de la vulneración de derechos, evitando generalizaciones y sesgos, así como una evaluación del impacto que ha podido ocasionar la vulneración de derechos en el niño, niña o adolescente. En caso de ser necesario, también se deben verificar factores protectores de la familia e identificación de espacios de fortalecimiento de esta.

Si la información proporcionada no es suficiente o contiene errores, es responsabilidad de la defensa solicitar las aclaraciones o correcciones necesarias, así como obtener más información. Sin embargo, el tribunal, en concordancia con el principio de oficiosidad, también puede requerir información adicional o aclaraciones, si entiende necesario contar con ella para determinar el ISN involucrado. La información obtenida en este proceso enriquecerá cada uno de los elementos pertinentes identificados, permitiendo así un análisis y evaluación exhaustivos en relación con el caso específico del niño, niña o adolescente.

Jueces/juezas

El tribunal evaluará cada uno de los elementos en conformidad con la información levantada.

En caso de que los informes sean insuficientes, estén incompletos o no contesten la pregunta psicolegal planteada, corresponderá al tribunal requerir las aclaraciones o correcciones necesarias o, en su ausencia, la obtención de mayores antecedentes.

Defensa

La defensa verificará que la información presentada o requerida sea completa, veraz y útil para nutrir los elementos identificados como pertinentes.

Si los informes requeridos no cumplen estos criterios, deberá solicitar aclaraciones necesarias o, en su ausencia, la obtención de mayores antecedentes.

Dicha información será determinante en la construcción de la teoría del caso y de la estrategia psicosociojurídica definitiva.

4. Adopción de la decisión / defensa de la teoría del caso

Contando con toda la información y prueba, el juez o jueza adoptará una decisión, la cual deberá tener como consideración primordial el ISN. Este deberá haber sido previamente determinado conforme con la metodología indicada, a la luz de los elementos, su análisis, evaluación y ponderación.

Jueces/juezas

El juez o la jueza adoptará la decisión teniendo como consideración primordial el ISN determinado en el caso específico, decretando las medidas pertinentes.

Defensa

La defensa, una vez determinado el ISN respecto del cual ejerza la defensa especializada y luego de conocer su interés manifiesto, habrá elaborado su teoría del caso y, por consiguiente, realizará dicha defensa en conformidad con la estrategia diseñada, la cual debe considerar tanto el ISN como el interés manifiesto del niño (salvo excepciones, como que no sea posible conocer el interés manifiesto o si este es contrario a derecho).

5. Fundamentación de la decisión

Tanto para la decisión del tribunal adoptada con base en el ISN determinado como para la teoría del caso elaborada con base en el ISN por parte de la defensa, deberá fundamentarse y explicarse cómo se determinó el ISN, a la luz de la metodología prevista, señalando qué elementos de la guía se consideraron, cómo se evaluaron, qué peso se le asignó a cada uno y cómo se ponderaron entre sí.

Jueces/juezas

Una vez adoptada la decisión, el juez o la jueza fundamentará la decisión, indicando cómo determinó el ISN en el caso específico, a la luz de la metodología indicada, es decir, señalando qué elementos identificó como pertinentes, detallando los motivos subyacentes que respaldaron esa elección y luego indicando cuáles considera que poseen un mayor peso o son más relevantes para la consideración y por qué, para posteriormente evaluarlos y ponderarlos, determinado así cual es el ISN en el caso concreto.

Defensa

Al elaborar la teoría del caso (en conformidad con la metodología indicada), es preciso que el defensor fundamente cómo determinó el ISN, cuestión que deberá explicitar en sus requerimientos, en el alegato y, además, en posibles presentaciones de recursos.

Su estrategia debería reflejar la evaluación y la ponderación de cada uno de los elementos que lo condujeron a la determinación del ISN.

6. Etapa de cumplimiento

Durante la fase de cumplimiento de la causa, es esencial llevar a cabo un monitoreo de las medidas adoptadas en la decisión, con el objeto de verificar su cumplimiento. Asimismo, se deben realizar revisiones periódicas, de acuerdo con el procedimiento establecido, con el fin de determinar si persisten las condiciones que motivaron la imposición de la medida. Este proceso implica una nueva evaluación de los elementos (a través de la metodología de determinación) en función de las circunstancias actuales, ya sea para reiterar medidas, cambiarlas o suprimirlas por parte del tribunal o para ajustar la teoría del caso a las nuevas circunstancias o proponer cambios en la intervención.

Jueces/juezas

En esta etapa el tribunal deberá revisar los cambios de circunstancias y evaluar nuevas medidas, o realizar cambios, o bien cerrar el caso. Para todas estas decisiones será necesario determinar el ISN en el nuevo contexto.

Defensa

La defensa deberá revisar su teoría del caso y ajustarla al nuevo contexto, verificando si las medidas dictadas corresponden en la actualidad con el ISN y con el interés manifiesto del niño, niña o adolescente y, por tanto, deberá determinarlo de acuerdo a la información que exista acerca de los elementos identificados en el contexto actual.

IV.

**Garantías procesales para velar
por la observancia del interés superior del niño**

Según la Observación General n.º14 del Comité de los Derechos del Niño, la efectiva protección del derecho del niño o niña a que su interés superior sea una consideración primordial en un proceso implica la aplicación de garantías procesales adaptadas a sus necesidades. Estas garantías, en su mayoría, están contempladas en el marco normativo nacional, especialmente en el Código General del Proceso (CGP) y en el CNA.

Dado que a continuación se hará referencia a conceptos de normas generales, se recuerda que el artículo 4 del CNA dispone que para la interpretación de la norma se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la CDN, las leyes nacionales y los demás instrumentos internacionales que obligan al país.

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión

El artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de que niños y niñas expresen su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y su madurez.

A su vez, la Observación General n.º14 plantea diferentes escenarios en los que se debe considerar la opinión y la participación del niño:

- a. Cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño.
- b. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación.
- c. Cuando estén en juego los intereses de un gran número de niños, las institucio-

nes públicas deben encontrar maneras de conocer la opinión de una muestra representativa de niños y tener debidamente en cuenta su punto de vista al planificar medidas o adoptar decisiones legislativas que afecten directa o indirectamente al grupo de que se trate, como, por ejemplo, por medio de audiencias, parlamentos u organizaciones dirigidas por niños.

En la misma línea, el artículo 8 del CNA establece también que niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten sus vidas. También reconoce su derecho a acudir a los tribunales y a ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El juez ante quien acudan tiene el deber de designarles curador, cuando fuere pertinente, para que los represente y asista en sus pretensiones. El CNA establece a los jueces como responsables de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria.

Se debe considerar asimismo que la opinión no es sólo el lenguaje verbal, sino también el paraverbal, es decir, gesticulaciones y conductas, que pueden ser descritas y convertirse en información valiosa a la hora de considerar la opinión del niño o niña.

En lo que refiere específicamente a los procesos de protección, el artículo 120 del CNA plantea la preceptiva defensa letrada de niños y niñas, la escucha de su opinión, así como la de sus representantes legales o responsables de su cuidado. También establece que se tengan especialmente en cuenta los informes técnicos.

En los casos en los que niños, niñas o adolescentes sean víctimas o testigos de actos de violencia, la Ley n.º 19.580 dispone en su artículo 9 sus derechos en los procesos administrativos y judiciales, y se detallan como tales:

- a. Ser informados por su defensa sobre sus derechos, el estado y el alcance de las actuaciones administrativas, los plazos y resoluciones judiciales en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía.
- b. Que su relato sobre los hechos denunciados sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración.
- c. La restricción máxima posible de concurrencia a la sede judicial o policial, así como evitar ser interrogados directamente por el tribunal o por personal policial.
- d. Ser protegidos en su integridad física y emocional, así como su familia y testigos, frente a posibles represalias, asegurando que no coincidan en lugares comunes con las personas denunciadas en los espacios judiciales y policiales.
- e. En las audiencias no podrá estar presente la persona denunciada como agresora y la defensa no podrá formular preguntas a la niña, niño o adolescente salvo previa autorización del tribunal y solamente a través de personal técnico especializado.
- f. El respeto de la privacidad de la víctima y los familiares denunciados respecto de terceros, manteniendo en reserva su identidad e imagen y la adopción de medidas necesarias para impedir su utilización por los medios de comunicación.
- g. Recibir información previa accesible a su edad y su madurez. Para la realización de los exámenes u otras acciones que afecten su intimidad, podrán ser acompañados por la persona adulta de confianza que ellos mismos elijan.

Finalmente, en relación con la reunificación familiar es derecho de los niños y sus padres y madres salir de cualquier país y entrar en el propio con miras a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación entre unos y otros. Lo anterior implica

informar a niños y niñas sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión.

2. La determinación de los hechos

La determinación de los hechos debe obtenerse mediante profesionales capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del ISN. Esto, por ejemplo, implica mantener entrevistas con personas cercanas al niño o niña, con personas que estén en contacto con él o ella a diario y con testigos de determinados incidentes. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del ISN.

En esta línea, el artículo 119 del CNA establece dentro de los deberes de la defensa requerir y tener en cuenta la opinión de técnicos y profesionales que hayan tenido conocimiento o intervención en la situación para que la defensa sea adecuada a las características individuales de quien es defendido y de su contexto familiar y social.

En lo que refiere a medidas ante el maltrato y la violencia sexual, el artículo 128 del CNA establece que las pericias serán realizadas por técnicos especializados en la materia, únicamente cuando resulten imprescindibles y siempre que no existan otros medios de prueba que permitan acreditar los mismos hechos y que no se centren en el niño. Para esto, se dispone el previo consentimiento informado del niño, niña o adolescente, quien, conforme a su edad y su madurez y de acuerdo con su autonomía progresiva, podrá otorgarlo en concurrencia con sus referentes adultos de confianza.

3. La percepción del tiempo

La percepción del tiempo de los niños es diferente a la de los adultos. Esto no sólo implica celeridad, sino también considerar que el momento en que se tome la deci-

sión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Es importante destacar que se debe realizar una examinación periódica que considere la percepción del tiempo, así como la evolución de las facultades y el desarrollo del niño o niña.

En términos generales, el artículo 9 del CGP dispone como principio procesal la pronta y eficiente administración de justicia, que implica que el tribunal y, bajo su dirección, los auxiliares y operadores tomen las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso. Esto se complementa con el artículo 11 del CGP, que establece el derecho al proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, al establecer en el numeral 4 que toda persona tiene derecho a acceder a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

4. Formación para el trabajo con niños, niñas y adolescentes

Los profesionales debidamente formados para el trabajo con niños, niñas y adolescentes son necesarios. La Observación General n.º14 destaca la importancia de que los profesionales tengan experiencia en el trabajo con niños y examinen la información recibida de manera objetiva. Se recomienda para la evaluación del ISN contar con un equipo multidisciplinario de profesionales. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en el conocimiento general de las posibles consecuencias de cada potencial solución para el niño o niña.

En lo que refiere a casos de maltrato y violencia sexual, el artículo 125 del CNA establece que “los técnicos individuales de cualquier disciplina y los equipos multidisciplinarios, tanto públicos como privados

que intervengan en los diagnósticos, en la atención, reparación y en el seguimiento de las medidas de protección que se dispongan en situaciones de maltrato, violencia sexual de niñas, niños y adolescentes, deban ser especializados y contar con la debida formación previa en la temática”. También se dispone que las capacitaciones deben incluir dentro de su marco teórico y conceptual los principios y normas de la CDN, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Belém do Pará y demás normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el país.

5. Representación letrada

La representación letrada es obligatoria conforme al artículo 8 del CNA y es un requisito para que el niño o niña pueda acudir al tribunal y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos. En la misma línea, el artículo 120 establece la asistencia letrada preceptiva en relación con los procesos de protección.

6. Motivación, justificación y explicación acorde al ISN

Cualquier decisión sobre niños, niñas y adolescentes debe estar motivada, justificada y explicada a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial. En la argumentación jurídica se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su ISN, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el ISN.

- Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.

- No basta con afirmar en términos generales que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al ISN, se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular.
- En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el ISN no fue suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

En términos generales, en la misma línea, los artículos 197 y 198 del CGP disponen la forma y el contenido de las sentencias, haciendo referencia a la necesidad de exponer las razones jurídicas y los fundamentos de derecho que dan lugar a la decisión.

7. Existencia de recursos

Los recursos de reposición, apelación y casación, según el caso, deben ser herramientas para revisar que la decisión de primera instancia no se ajuste a una evaluación del ISN. Estos mecanismos de recurso deben ser explicados al niño o niña, para que pueda tener acceso por medio de su representante jurídico.

En términos generales, el artículo 241 del CGP dispone que todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo disposición expresa en contrario. En términos especí-

ficos, se puede referir a diferentes medios de impugnación dependiendo del proceso en el que nos encontremos. A modo de ejemplo, en los procesos de protección, el artículo 120-3 del CNA prevé como medio de impugnación el recurso de apelación dentro del plazo de tres días y la sustanciación mediante traslado a la otra parte y a la Fiscalía con igual plazo. El tribunal debe resolver dentro de los cuatro días siguientes a la recepción del expediente. La sentencia que deniegue, disponga o modifique una medida de protección será apelable sin efecto suspensivo. La sentencia que disponga el cese de la medida será apelable con efecto suspensivo.

8. La evaluación del impacto en los derechos del niño

La evaluación del impacto en los derechos del niño, niña o adolescente 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 ellos. La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño.

V.

**Anexo de jurisprudencia internacional
y nacional y principio de interés superior
del niño, niña o adolescente**

El presente anexo de jurisprudencia presenta extractos de sentencias nacionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se relacionan con el interés superior del niño o alguno de los elementos mencionados para su determinación. Se ordena siguiendo la organización de la guía por elementos.

Los casos se presentan con un título con la identificación de la sentencia, para poder citarla. En los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la SCJ, por su longitud, también se incluye un resumen de los hechos principales del caso. Luego figura también la cita textual referida al interés superior del niño en general y a alguno de los elementos en particular.

El texto completo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede encontrar en su Base de Jurisprudencia.¹⁵ Se puede complementar este anexo recurriendo al Cuadernillo n.º 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, donde se recopilan sentencias que abordan temas referidos a niños, niñas y adolescentes.

En el caso de las sentencias nacionales, se pueden encontrar en la Base de Jurisprudencia Nación Pública.¹⁷

Cuidado, seguridad y protección

*Caso Rosendo Cantú y otra versus México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010*¹⁸

Resumen del caso:¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de México resultó internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad, a la vida privada, a los derechos del niño, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de la señora Rosendo Cantú y su hija.

Cita: "... el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los

15 Disponible en <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/>

16 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>

17 Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

18 Disponible en <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974255>

19 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_216_esp.pdf

niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.”

*Caso Veliz Franco y otros versus Guatemala,
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014*²⁰

Resumen del caso: La Corte declaró responsable internacionalmente a la República de Guatemala por incumplir su obligación de prevenir la violencia contra la mujer debido a la omisión estatal de realizar acciones de búsqueda de María Isabel Veliz Franco (quien tenía 15 años de edad), después de que su madre denunció su desaparición el 17 de diciembre de 2001, hecho que se insertaba en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala.

Cita: “Además, la Corte ha ‘reitera[do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños’, quienes, ‘[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado’. En ese sentido, ‘han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos’. Por otra parte, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, sobre el que el Tribunal es competente [...] instituye deberes estatales para prevenir, sancionar y erradicar [la] violencia [contra la mujer]’ que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos

20 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf

consagrados en la Convención Americana, tales como los establecidos en los artículos 4, 5 y 7. 134. De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, ‘particularmente vulnerables a la violencia’. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.”

Entorno familiar y contexto

*Caso María versus Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023*²¹

Resumen del caso:²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por la violación a diversos derechos en el marco de un proceso administrativo y judicial que implicó la separación del niño Mariano de su madre María, de 13 años de edad al momento del parto, y su permanencia con una familia diferente a su familia de origen por más de ocho años y hasta la actualidad.

Cita: “En este sentido, la separación del niño de su propia familia debe ser una ‘medida de último recurso, y en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible’, debiendo revisarse periódicamente. Se impone, además, la elaboración de criterios adecuados sobre principios profesionales y técnicos para evaluar la situación del niño y la familia, ‘incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro’. Asimismo, respecto de padres adolescentes, se insta a los Estados a ejercer programas de apoyo que tengan por finalidad ‘dar a las madres y padres la posibilidad de ejercer las funciones parentales

21 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf

22 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_494_esp.pdf

en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad'. Estos principios han sido recogidos por esta Corte en su jurisprudencia, en particular, en la OC-17/02, donde indicó que 'el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal'.

En el presente caso las acciones, tanto del personal de maternidad como en el ámbito judicial, se encaminaron hacia un proceso de adoptabilidad, a pesar de que tal proceso no podía iniciarse sin el consentimiento expreso, libre e informado de los padres posterior al nacimiento del niño. De acuerdo con la legislación interna, el Estado podía tomar medidas con el fin de garantizar la protección del niño una vez nacido, si consideraba que estaba en riesgo su interés superior. Sin embargo, estas medidas debían tener un carácter temporal y no debían encaminarse forzosamente hacia un proceso de adopción. De esta forma, tal como lo menciona la testigo Alejandra Verdondoni, Defensora Civil 'el niño no debió ser entregado a una familia inscrita en el Registro único de adoptantes desde el primer momento, sino a un hogar solidario hasta definir la situación'. De esta forma, una situación que en principio debía ser temporal, ha perdurado en el tiempo volviéndose en la realidad afectiva de un niño por más de ocho años."

Sentencia n.º 735/2023 de la SCJ, del 15/06/2023

Resumen:

La SCJ, por mayoría, ampara el recurso de casación interpuesto por el INAU contra la sentencia de segunda instancia que desestimó el recurso de apelación por falta de legitimación activa, anulándola misma y declarando que el INAU tiene legitimación para interponer recurso de apelación. Se ordena el reenvío al Tribunal de Apelaciones de Familia que entendió en segunda instancia, debido a que no hubo prejuzgamiento de este, al no haber analizado el fondo del recurso, habiéndolo declarado inadmisibile.

Cita:

"Por su parte, el artículo 133.2, dispone que 'Podrá procederse a la integración familiar de un niño, niña o adolescente con fines de adopción cuando, en el marco del proceso previsto en el artículo 132 de este Código, el juez competente entendiere que se encuentra acreditada su condición de adoptabilidad, fundándose en que se ha producido la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos con sus progenitores y otros miembros de la familia de origen que eventualmente hubieran podido encargarse de su cuidado, estar expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual o a la vulneración de sus derechos y la

posibilidad de lograr el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral. En estos casos se encargará preceptivamente el cumplimiento de la resolución judicial de inserción adoptiva de un niño, niña o adolescente al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), a través del equipo técnico de adopciones previsto en el artículo 158 de este Código, quien deberá dar estricto cumplimiento al literal D) de la mencionada disposición [...]. El Tribunal solo podrá apartarse de la selección realizada por el equipo técnico del INAU por motivos especialmente fundados, encomendando a dicho Instituto, a través de su equipo técnico, una nueva selección en idénticos términos y condiciones a las establecidas para el primer caso, así como también de acuerdo a lo establecido en el artículo 132.6 en relación a aquellas situaciones de hecho en las cuales el niño, niña o adolescente, se encuentre plenamente integrado a un núcleo familiar bajo un régimen de tenencia de origen lícito, caso en el que el juez, basado en los informes solicitados, en el interés superior del niño y su sana crítica podrá prescindir de la selección realizada por el equipo técnico del Departamento de Adopciones del INAU. El Directorio del INAU tendrá legitimación activa para apelar la sentencia que no contemple la sugerencia de su equipo técnico'. Ergo, si bien asiste razón a las Defensas de autos en señalar que una cosa es el proceso del artículo 132 y otra es la del artículo 133, no puede perderse de vista que el propio artículo 132.6 del CNA refiere a la hipótesis del artículo 133 y este sí previó la legitimación de INAU."

Sentencia n.º 89/2023, Juzgado de Primera Instancia de Familia

Cita:

"Del informe de INAU aportado al IUE: 436-181/2022 se desprende que los abuelos de Valentín no logran problematizar la conducta patológica de su hijo ni tampoco logran cubrir la necesidad de protección de Valentín dejándolo solo con el progenitor y habilitándolo a que viaje con él. A fs. 265 del mismo informe Valentín expresa a los Lic. en psicología de INAU que no desea ver a su padre ni a sus abuelos. Siente inseguridad y que no pueden cuidarlo lo suficiente. Recuerda de sus visitas a Treinta y Tres que su papá dormía y su abuelo se iba a trabajar. Lo cuidaba una perra cimarrona. 26. La Dra. Laura Russi médica siquiatra tratante de Valentín recomienda que el niño, dada la conflictiva familiar, continúe con tratamiento siquiátrico y psicológico y abordar al núcleo familiar. 27. Sin perjuicio de todo lo expuesto, la suscrita está para velar por el interés superior de Valentín no de los padres ni de sus abuelos. El art. 12 de la Convención de los Derechos de Niño así como el art. 8 del CNA velan y exigen que se escuche a

los NNA cuando se toman decisiones o resoluciones que los involucran. [...] Ambas partes deben velar por el interés superior de Valentín y su bienestar y nada mejor que ello que un vínculo sano para con el mismo, con sus padres y abuelos; y evitar de parte del mundo adulto todo tipo problema o contrariedad que afecta la salud emocional y el bienestar de Valentín. Asimismo, se aboga para que el niño continúe con un tratamiento psicológico. Asimismo, se intima a ambos progenitores a velar por la salud emocional de su hijo evitando todo tipo de conflicto en presencia del niño así como diálogos o comunicaciones al niño en contra del otro progenitor o respectivas familias.”

Estabilidad y desarrollo

Sentencia n° 177/2023 de la SCJ, del 09/03/2023

Resumen:

La SCJ, por unanimidad, desestimó el recurso de casación interpuesto por la parte actora y el recurso de casación por vía adhesiva interpuesto por la defensora de los niños. En el caso de autos, compareció la actora y promovió una demanda de autorización de viaje y radicación en el extranjero de sus hijos menores de edad, contra su padre. La parte demandada se opuso a la acción promovida. La parte recurrente interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, en el cual se agravió por la valoración de la prueba realizada por el tribunal. La defensora adhirió al recurso de casación. Finalmente, la Corte considera que no le asiste razón a la parte actora ni a la adhesión a la casación interpuesta por la defensora de los niños, por cuanto no se logró acreditar la existencia de un razonamiento irracional o absurdo por parte del tribunal *ad quem*.

Cita:

“d) En relación a la voluntad de los niños, sostiene que la aseveración que hace la Sala respecto a que ‘no se advierte que los niños se hayan expresado sobre el objeto del proceso a su abogada, por lo que su opinión, atento a su edad no se conoce, sino los deseos o conveniencias que personalmente considera su Sra. Abogada’ se trata de una afirmación sorprendente que demuestra que la recurrida se dictó sin un análisis detallado de las resultancias de autos. Surge que la Defensora entrevistó a los niños desde el año 2019 y en varias oportunidades, así como con la familia de ambos. Si bien es verdad que la Defensora expresa su opinión personal sobre que la radicación en Alemania beneficiaría a los niños, su larga vinculación con ellos, así como la seria argumentación que utiliza no pueden ser descartadas de plano como lo hace la Sala.

e) Con respecto al interés superior de los niños y su derecho a la vida familiar, se agravia la recurrente por entender que el Tribunal omite las excepciones que la ley establece a ese principio. En el caso concreto, habiéndose demostrado que CC fue víctima de abuso sexual por parte del padre y que la recurrente fue víctima de violencia de género, es forzoso concluir que el interés superior de ambos niños aconseja que se haga lugar a la demanda impetrada.

f) Finalmente, en lo que respecta a las posibilidades de desarrollo tanto de sus hijos como de la actora en Alemania, el análisis que realiza la Sala no es racional. La localidad de YYYY es un centro económico y financiero importante en Europa y aloja Bancos, teatros, universidades y es un 'nudo de transporte aéreo, terrestre y ferroviario muy relevante a nivel europeo'. Por tanto, las conclusiones de la sentencia de segunda instancia son irracionales."

Sentencia n.º 188/2023, Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo Turno

Cita: "Lo dispuesto respeta —mayormente— la voluntad libremente manifestada por las niñas a su defensora, es acorde a su interés superior y atiende al principio de autonomía progresiva de la voluntad. En efecto, se trata de dos niñas de, actualmente, 9 años de edad, que presentan, de acuerdo a las pericias psicológicas practicadas, un nivel intelectual acorde a su edad y un lenguaje sin alteraciones, por tanto, no existen fundamentos para apartarse de la misma, imponiéndose la confirmatoria."

Opinión y punto de vista que el niño, niña o adolescente expresa

Sentencia n.º 88/2023, Juzgado de Primera Instancia de Familia

Cita: "La suscrita por todo lo expuesto y todo lo que surge de obrados considerará en forma primordial el interés superior de Bruno. Ésta proveyente está para velar por el interés superior del niño de autos no por el interés personal de los padres. El niño no es un objeto es un sujeto de derechos, y quienes tienen deberes, obligaciones y responsabilidades para con él, son sus padres, y ellos en pro del niño, no en beneficio personal o en competencia con el otro progenitor, deben siempre hacer primar sus derechos. Ésta proveyente valorará la opinión de Bruno en consonancia con los demás elementos de la causa. En obrados se prima el derecho de Bruno, la voluntad de Bruno en consonancia con todos los informes técnicos y prueba rendida. Bruno es un niño sano, feliz, posee mucho

amor de ambos padres, disfruta cuando está con cada uno de ellos, que últimamente han podido llegar a acuerdos por sí solos pensando en el niño más allá de sus intereses, que Bruno tiene muy corta edad, que ha vivido desde la separación de sus padres (antes de sus dos años) solo con su madre, está bien y feliz cuando visita a su padre y hermano por línea paterna, así como al resto de la familia paterna. Por todo ello, se considera que no existen elementos poderosos o motivo fundado que haga tener que variar su estabilidad en el hogar materno. Ello no significa que no esté bien Bruno con su papá, ni que a futuro esa decisión pueda ser diferente y/o por propia decisión de Bruno, mutar la tenencia o determinarla compartida, pero ahora, dada la edad del niño, su voluntad y todo lo que emerge de autos no es conveniente modificar la tenencia del menor.”

Sentencia n.º 174/2022, Juzgado Letrado de Familia

Cita: “Es un derecho de los menores disfrutar con cada padre teniendo la certeza, seguridad y estabilidad de que van a estar con ambos y disfrutar de ambos. La voluntad expresada por ellas, lo cual le han manifestado a su abogada en la última entrevista que tuvieron, es no querer modificar nada, expresan estar bien así y que pensaban que ya se había terminado el tema, no entendiendo porqué seguíamos. Atento a la voluntad de las dos niñas, puesta de manifiesto in folios a través de la Dra. Colina, teniendo presente su respuesta definitiva, en atención al interés superior de ellas y velando por lo más beneficioso para las mismas, la suscrita comparte lo solicitado por las menores.”

Sentencia n.º 1137/2022 del Tribunal Apelaciones Familia de Primer Turno

Resumen: El tribunal decide la nulidad de los procedimientos porque se omitió escuchar la opinión de la niña.

Cita: “Sobre el punto en cuestión, cabe considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo suyas las expresiones del perito CILLERO, ha establecido que los ‘adultos que son responsables de la decisión no deben decidir arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión...’. Y señala la Corte —a través de su perito— que si los niños son suficientemente desarrollados en sus opiniones, ellas deberían prevalecer respecto a los asuntos que le conciernen, salvo razones muy calificadas. Si las opiniones de los niños aparecen como fundadas, precisas y con conocimiento de los hechos y las consecuencias que implican, aquellas deben prevalecer sobre otras argumentaciones. Lo que naturalmente, no quiere decir que el interés superior del niño coincida necesariamente con

sus opiniones, aun cuando tenga edad y madurez para formarse un juicio propio. Pero el responsable del caso debe 'evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales'. Y puntualiza que 'exige una carga argumentativa superior [...] la decisión que se aleja de la opinión del niño' (CIDH; Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 207). '... el interés superior del niño resulta indisociable del derecho a ser escuchado. La Observación General (OG) N°14 precisa los términos del artículo 12 de la Convención sobre la libertad de expresión, estableciendo la metodología para incluir a los niños en todos los asuntos que los afecten y escuchar sus opiniones. Evidentemente, el grado de aplicabilidad de este principio depende del estadio de desarrollo del niño, su madurez y su capacidad para intervenir en las decisiones que le concierne, de manera que a medida que el niño madura sus opiniones deben tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Sin embargo, escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños sigue siendo un desafío —más que un hecho—, ya que los adultos tienden a atribuirse el poder de decidir sobre las cuestiones que involucran a los niños sin que ellos participen en este proceso.' "

Situación de mayor vulnerabilidad y desventaja

*Caso Veliz Franco y otros versus Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014*²³

Resumen del caso:²⁴ El 17 de diciembre de 2001, a las 16:00 horas, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8:00 horas del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años y vivía con su madre, sus dos hermanos y abuelos antes mencionados. No se ha acreditado que luego de la denuncia dependencias o funcionarios estatales realizaran acciones de búsqueda de la niña.

Cita: "De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y poten-

23 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

24 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf

ciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, 'particularmente vulnerables a la violencia'. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia."

Identidad

*Caso María versus Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023*²⁵

Resumen del caso:²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por la violación a diversos derechos en el marco de un proceso administrativo y judicial que implicó la separación del niño Mariano de su madre María, de 13 años de edad al momento del parto, y su permanencia con una familia diferente a su familia de origen por más de ocho años y hasta la actualidad.

Cita: "Asimismo, otro obstáculo en la construcción de la identidad de Mariano fue la determinación de su paternidad. Consta en el expediente de las medidas cautelares que María solicitó al Tribunal de Familia la realización de una prueba de ADN para determinar la paternidad de Mariano, sin embargo, esta medida, necesaria en el marco del proceso de determinación de adoptabilidad, nunca fue ordenada dentro de ese proceso. María tuvo que iniciar un proceso de filiación separado con el fin de que se ordenara la pericia y se determinara quién era el padre de Mariano."

25 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf

26 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_494_esp.pdf

Transcurso del tiempo en su desarrollo

*Asunto L. M. respecto Paraguay, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011*²⁷

Resumen del caso: La Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió al Estado del Paraguay que adopte, de forma inmediata, las medidas que sean necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño L.M., permitiéndole mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales de aquel.

Cita: "En atención a lo anterior, el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L.M., cualquier decisión en contrario."

*Caso Fornerón e hija versus Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012*²⁸

Resumen del caso: El presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica. La niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años.

Cita: "Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de

27 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf

28 Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto.”

Salud biopsicosocial

*Caso Gonzales Lluy y otros versus Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015*²⁹

Resumen del caso: La sentencia de primera instancia condena al Ministerio de Salud Pública, al Banco de Previsión Social y al Fondo Nacional de Recursos a suministrar a la niña de autos, de 8 años, poseedora de raquitismo hipofofatémico ligado al cromosoma x, el medicamento BUROSUMAB de acuerdo a las indicaciones que formule su médica tratante, durante todo el tiempo que ésta establezca. El tribunal, por mayoría integrada, confirma la sentencia impugnada. Las ministras discordes entienden que se debe revocar la sentencia apelada en cuanto el medicamento solicitado no se encuentra registrado en nuestro país, por lo que la negación a suministrarlo no configura una conducta manifiestamente ilegítima sino todo lo contrario.

Cita: “266. En el caso que ocupa la atención de la Corte, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas. En el presente caso la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH.”

²⁹ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_298_esp.pdf

*Sentencia n.º 159/2023 del Tribunal Apelaciones
Familia de Segundo Turno*

Resumen del caso: La sentencia de primera instancia condena al Ministerio de Salud Pública, al Banco de Previsión Social y al Fondo Nacional de Recursos a suministrar a la niña de autos, de 8 años, poseedora de raquitismo hipofofatémico ligado al cromosoma x, el medicamento BUROSUMAB de acuerdo a las indicaciones que formule su médica tratante, durante todo el tiempo que ésta establezca. El tribunal, por mayoría integrada, confirma la sentencia impugnada. Las ministras discordes entienden que se debe revocar la sentencia apelada en cuanto el medicamento solicitado no se encuentra registrado en nuestro país, por lo que la negación a suministrarlo no configura una conducta manifiestamente ilegítima sino todo lo contrario.

Cita: “Finalmente, el registro de medicamentos para su comercialización en Uruguay depende en buena medida de empresas que en caso de conveniencia lo inscribirán y registrarán para su comercialización. Ese interés de los particulares que registran medicamentos y el interés el Estado que así sea, se contraponen contra el interés superior de la niña a cuidar su salud y a curarse, evitando la muerte. Y de acuerdo a nuestra orden legal, integrando lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Uruguay, el Estado se compromete a considerar el interés superior del niño como una consideración primordial. Y como tal, esa consideración prima por sobre el interés de las empresas farmacéuticas importadoras y del propio Estado. Esta norma además ha sido replicada en nuestro Derecho interno, con la sanción del artículo 6 CNA que la mayoría toma como pauta fundamental de interpretación del Derecho. Claramente, si AA o sus padres tuviera los recursos nadie le negaría el acceso al medicamento al país o que fuera a hacer el tratamiento al exterior. Ello deja en claro que el problema que debe resolverse es el económico y a ningún ser humano niño o adolescente, con una expectativa de ser un sujeto provechoso para la sociedad, se le puede negar el medicamento que salvará su vida o aliviará el grave problema de salud que padece, simplemente por razones económicas.”

Sentencia n.º 38/020-18, Juzgado Letrado de Familia

Cita: “En efecto y en la especie, la ilegitimidad manifiesta a criterio de éste sentenciante se advierte en impedir que el niño M, tenga la razonable expectativa de alcanzar cierta calidad de vida medianamente aceptable; en tanto y en cuanto se impida el suministro de la droga THIOTEPA. En el caso que se plantea en autos, si bien puede admitir más de una lectura, decididamente no puede analizarse

en forma absolutamente conservadora, como lo hace el MSP, el cual si bien aún no se ha expedido respecto de la solicitud de la actora por vía administrativa, queda acreditado que ante peticiones análogas, las mismas han sido rechazadas.”

Sentencia n.º 68/021-1, Tribunal de Apelaciones de Familia

Cita: “Así las cosas, a juicio de los que conforman la mayoría, la prohibición de ingresar al terreno donde se encuentra el asentamiento, a partir del 4 de abril de 2021, más allá de la licitud de la medida, constituye una flagrante violación del derecho a una vivienda adecuada, que obliga al Estado a proporcionar una solución habitacional urgente a estos niños. No se discute que la medida de prohibición de ingreso al asentamiento derivará inevitablemente en dejar sin hogar a los niños y exponerlos a otras violaciones de derechos humanos, además del derecho a la vivienda, como vr. gr. la desintegración familiar. Adviértase que la pretensión articulada al demandar contra el Estado no consiste en que se entregue sin más una vivienda a los niños sino a brindar una solución habitacional, que es lo que dispuso correctamente la sentencia recurrida.”

Sentencia n.º 58/2023 del Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo Turno

Resumen: La sentencia de primera instancia declara la falta de legitimación pasiva del Fondo Nacional de Recursos y del Banco de Previsión Social, condenando al Estado - Ministerio de Salud Pública a suministrar a la niña de 12 años de edad, quien padece fibrosis quística, el tratamiento con triple terapia con principio activo elexacaftor-tezacaftor-ivacaftor, según la indicación de su médica tratante. La Sala confirma parcialmente la sentencia recurrida, salvo en lo que refiere a la falta de legitimación pasiva del FNR y BPS, en lo que la revoca, considerando que los codemandados están pasivamente legitimados en cuanto integran el Estado; y que su conducta, al negar el medicamento solicitado, es manifiestamente ilegítima.

Cita: “Asimismo, en atención a la edad de Eugenia, converge lo dispuesto en los arts. 3, 6 y 24 de la CDN, como fundamento de la existencia de la ilegitimidad manifiesta. Efectivamente, estas normas imponen al Estado que resuelva sobre la solicitud del tratamiento médico, considerando primordialmente su interés superior, lo que implica que le asegure una adecuada protección y el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud posible, con especial énfasis en sus cuidados y la disminución de la mortalidad. Esto solo se cumple con recibir la medicación, a costo de la parte demandada, para combatir la enfermedad. Con ello

desaparece la ilegitimidad manifiesta; mientras no ocurra, ésta persistirá. En el mismo orden, concurren los arts. 2, 3, 7 num. 3, 9 y 14, CNA. Así, se comparte lo manifestado por el Sr. Ministro Dr. E. Cavalli en su voto, en cuanto a que de las diferencias establecidas en el recurso de amparo, regulado por el art. 195 del CNA, en relación a un proceso seguido a favor de un adulto, no son solo procesales sino, fundamentalmente, atendiendo al principio rector del interés superior del niño, que Uruguay se comprometió a considerar especialmente cuando estén en juego derechos de un niño. De todos los intereses en juego, hay uno que es superior y que la Sala está obligado a respetar que es el de la niña, por encima de los intereses de la Administración. X. Recapitulando, teniendo presente lo desarrollado, fundamentalmente lo dispuesto por la Constitución y la Convención de Derechos del Niño, y la jurisprudencia constante en situaciones análogas a la presente, incluidas las de este Tribunal, y que el Estado no ha cumplido con brindar el fármaco que se le requirió, se concluye que existió ilegitimidad manifiesta de la Administración en no proporcionarlo.”

Educación

*Caso Instituto de Reeducción del Menor versus Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004*³⁰

Resumen del caso:³¹ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las deficientes condiciones de dicho centro.

Cita: “Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados [...]. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre

30 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

31 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/get_ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=221&lang=es

en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida.”

Medioambiente

*Caso Comunidad La Oroya versus Perú,
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023*³²

Resumen del caso: El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por los supuestos perjuicios causados a un grupo de pobladores de la Comunidad de La Oroya, como consecuencia de actos de contaminación realizados por un complejo metalúrgico en dicha comunidad. En general, se alega que el incumplimiento de Perú con sus obligaciones internacionales permitió que la actividad minera generara altos niveles de contaminación que han impactado seriamente la salud de las presuntas víctimas.

Cita: “Adicionalmente, la Corte ha señalado que el interés superior de los niños y niñas constituye un principio regulador de la normativa relativa a los derechos de la niñez que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, en su Observación General número 14 que el concepto del interés superior del niño ‘es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención [de los Derechos del Niño]’. El mismo Comité, ha señalado que ‘los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos’. El Comité ha puesto de manifiesto que ‘[l]as intervenciones en materia de medio ambiente deben hacer frente, entre otras cosas, al cambio climático, que es una de las principales amenazas a la salud infantil y empeora las disparidades en el estado de salud. En consecuencia, los Estados han de reservar a la salud infantil un lugar central en sus estrategias de adaptación al cambio climático y mitigación de sus consecuencias’.”

“La Corte considera que la protección especial a los niños y niñas, como grupo especialmente vulnerable a los efectos de la contaminación ambiental, cobra especial relevancia tomando en cuenta el principio de equidad in-

32 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_511_esp.pdf

tergeneracional. En virtud de este principio, el derecho a un medio ambiente sano se constituye como un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras. Se ha señalado que los derechos de las generaciones futuras imponen la obligación a los Estados de respetar y garantizar el disfrute de los derechos humanos de niñas y niños, y abstenerse de toda conducta que ponga en peligro sus derechos en el futuro. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No.26 ha considerado que, de conformidad con el concepto de 'equidad intergeneracional', los Estados deben tomar en cuenta las necesidades de las generaciones futuras, así como los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo de los niños."

"En relación con lo anterior, la Corte considera que el principio del interés superior constituye un mandato de priorización de los derechos de las niñas y niños frente a cualquier decisión que pueda afectarlos (positiva o negativamente), tanto en el ámbito judicial, administrativo y legislativo. En razón de ello, y en virtud del principio de equidad intergeneracional, el Estado debe prevenir que las actividades contaminantes de las empresas afecten los derechos de niñas y niños, y en consecuencia deben adoptar medidas especiales de protección para mitigar los efectos de la contaminación ambiental cuando esta constituya un riesgo significativo para niños y niñas, adoptar medidas para atender a quienes hayan sido afectados por dicha contaminación, y evitar que los riesgos continúen. En particular, cuando el tipo de contaminación producida por las operaciones de las empresas constituyan un riesgo elevado para los derechos de la niñez, 'los Estados deben exigir un proceso más estricto de diligencia debida y un sistema eficaz de vigilancia'."

Otros recursos generales

Definición de ISN

*Caso González y otras ("Campo Algodonero") versus México*³³

Resumen del caso:³⁴ Laura (17 años), Claudia (20 años) y Esmeralda (15 años) desaparecieron, y sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

Cita: "408. Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable."

33 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_205_esp.pdf

34 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=347&lang=es

Bibliografía

Libros y artículos

- Amey Gómez, P. y Fernández Acuña, A. C. (2011). El derecho de identidad desde la perspectiva de los derechos de las personas menores de edad. *ECA: Estudios Centroamericanos*, 66(726): 427-434.
- Martínez, V. (2009). Aspectos conceptuales sobre el derecho a la identidad. La construcción social, cultural y jurídica de la identidad. En Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y UNICEF, Oficina de Argentina, *Derecho a la identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas*, pp. 11-19.
- Valenzuela, E. (2024). El Servicio de protección especializada de la niñez y adolescencia: Una oportunidad de protección para los niños, niñas y adolescentes del país. En Universidad de Chile, *Perspectivas globales sobre el derecho de familias: Actas del Congreso Internacional 2024*, Santiago de Chile: Tirant Lo Blanche.

Documentos oficiales

- Comité de Derechos del Niño (2013). Observación General n.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Comité de Derechos del Niño (2009). Observación General n.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado.
- Naciones Unidas (2009). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/673583/files/A_RES_64_142-ES.pdf

Jurisprudencia internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). Caso María versus Argentina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). Caso comunidad La Oroya versus Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y Otros versus Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Veliz Franco y otros versus Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Fornerón e hija versus Argentina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Asunto L.M. respecto Paraguay, resolución.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso

González y otras ("Campo Algodonero") versus México. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso "Instituto de Reeducción del Menor" versus Paraguay.

Recursos electrónicos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Base de jurisprudencia. Disponible en <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/>

Uruguay, Poder Judicial. Base de jurisprudencia nacional pública. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

Sentencias

Sentencia n.º 735/2023, Suprema Corte de Justicia.

Sentencia n.º 89/2023, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 16.º Turno.

Sentencia n.º 177/2023, Suprema Corte de Justicia. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

Sentencia n.º 188/2023, Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

Sentencia n.º 88/2023, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 16.º Turno.

Sentencia n.º 174/2022, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 16.º Turno.

Sentencia n.º 1137/2022, Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

Sentencia n.º 38/020-18, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia.

Sentencia n.º 68/021-1, Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

Sentencia n.º 58/2023, Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno. Disponible en <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

