

Por:
Antonio Legerén Molina*

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Resumen

De acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, el principio del “interés superior” ha de ser la “consideración primordial” en la toma de decisiones relativas a todo niño (cfr. artículo 3 de CDN). Los estados habrán de implementar los procedimientos pertinentes que permitan determinar qué decisión se corresponde en cada caso con dicho interés superior. Igualmente, y respecto de los niños en un entorno de conflicto armado, el ACNUR ha desarrollado dos procedimientos —“evaluación del interés superior” (EIS) y “procedimiento para la determinación del interés superior” (DIS)— a que cabe acudir cuando los diseñados por los estados no estén disponibles. Estas cuestiones son las que se examinan en el presente artículo.

Palabras clave: niño, interés superior, conflicto.

Abstract

According to the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989, the principle of “*best interest*” must be the “*primary consideration*” in making decisions concerning every child (cfr. artículo 3 de CDN). States must implement the relevant procedures to determine which decision corresponds in each case to such interest. Similarly, and for children in an environment of armed conflict, UNHCR has developed two methods —“*best interest assessment*” and “*best interest determination*” (BID)— that can be applied when the procedures designed by the States are not available. These issues are discussed in this article.

Keywords: child, best interest of children, armed conflict.

* Profesor Contratado-Doctor de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña (España). Email: antonio.legeren@udc.es. Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MINECO titulado “Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores” (der2013-41566-r), cuyos investigadores principales son las Dras. Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO A TODO MENOR. DERECHOS QUE SE LE RECONOCEN. 3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. LA “EVALUACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR” (EIS) Y EL “PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR” (DIS). 5. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DE LA DIS. 5.1 *Introducción*. 5.2 *Las soluciones duraderas*. 5.3 *Medidas de cuidado temporal en situaciones extraordinarias*. 5.4 *La separación de un niño de sus padres*. 6. EL PROCEDIMIENTO DE DIS. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Por desgracia, la realidad nos muestra que, en cualquier contexto de conflicto, los niños son las personas más vulnerables y los que más padecen esa anómala situación. Ello se corresponde con la realidad de su falta de autonomía plena, que les hace más dependientes y necesitados de atención que los adultos.¹ En tal sentido, si todo escenario difícil genera daños a veces irreparables en las personas, los niños suelen ser las víctimas más afectadas por ellos. Esto, que es predicable respecto de cualquier entorno conflictivo, se agudiza cuando se trata de conflictos armados. En efecto, cualquier situación de guerra —así como los estados de emergencia— tiene un triple efecto negativo en los niños: presenta nuevos riesgos para ellos —separaciones familiares, explotación sexual, exposición a territorios minados, secuestro y tráfico de niños, reclutamiento y falta de acceso a servicios básicos, por ejemplo—; agudiza los riesgos ya existentes —situaciones abusivas que tienden a agravarse, incremento de trabajo infantil, casamientos tempranos—; y, finalmente, también afecta a los sistemas de protección existentes, disminuyéndose, por ejemplo, la capacidad de las familias para garantizar la adecuada atención y seguridad a los niños.² Los niños refugiados, los desplazados internos, los que

1 Así lo reconocía ya en su día el preámbulo de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 (Resolución 44/25, de la Asamblea General de Naciones Unidas) remitiendo a otros instrumentos internacionales: “la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...], en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”. Asimismo, en dicho preámbulo también se alude a que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”.

2 Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2011). *Manual de terreno para la implementación de las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña*, p. 32. Fuente: www.acnur.es. Vide también Save the Children (2007). *Child protection in emergencies, priorities, principles and practices*, p. 9. Recuperado el 2 de noviembre de 2014 en <<http://www.refworld.org/docid/47fb94fe2.html>>.

buscan asilo, los no acompañados o los apátridas sufren con mayor intensidad las injusticias de la guerra.³

Pues bien, al margen de las diversas iniciativas que a distintos niveles tratan de poner remedio a esta situación —legislativo, político, humanitario, etc.—, la realidad es que para ayudar a los menores es preciso enfrentarse a diario con situaciones donde deben tomarse decisiones que les afectan: valorar sus necesidades de protección, establecer —en su caso— métodos de cuidado alternativo, fijar soluciones duraderas, etc. La adopción de cualquiera de estas decisiones suele conllevar un fuerte impacto en los destinatarios, lo que impone que no se deban tomar de manera irreflexiva. A fin de obtener los mejores resultados posibles en las decisiones que afectan a los niños, existe un principio internacionalmente reconocido que necesariamente ha de ser aplicado —el interés superior del niño— y unos procedimientos para determinar cuál sea dicho interés en cada caso, dotados de las necesarias garantías.⁴ La decisión de las medidas que respondan al mayor beneficio del niño puede exigir tanto una mera evaluación de dicho interés como la realización de un proceso formal con salvaguardas procedimentales estrictas. De todos modos, según tendremos ocasión de comprobar, la aplicación de este principio no se lleva a cabo de manera mecánica o automática, sino que en tal tarea se han de tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada sitio, lugar y momento.

Expuesto lo anterior, el objetivo de este artículo consiste en analizar ciertos aspectos relacionados con el principio del interés superior del niño: su significado y ámbito de aplicación, así como algunos procedimientos para su determinación específicos de entornos de conflicto armado. Pero antes de estudiar el modo de funcionar de este principio, es preciso efectuar unas consideraciones que sirvan de marco y que contextualicen lo que a continuación vamos a examinar.

3 Tal y como se reconoce en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2012). *Un marco para la protección de los niños*, p. 3. Fuente: www.acnures.org, más de la mitad de la población de refugiados son niños. De acuerdo con la información proporcionada por el ACNUR, en la última década los conflictos armados han originado los escalofriantes datos que se señalan a continuación: unos 2.000.000 de niños han fallecido; 6.000.000 han sufrido heridas o mutilaciones; 1.000.000 han quedado huérfanos; y 300.000 se han convertido en niños-soldado o en esclavos sexuales. A lo anterior, ha de añadirse también un dato relativo a las minas terrestres: más de 10.000 menores son víctimas cada año de estas armas, de las que existen actualmente una cantidad total de 60 millones localizadas en 87 países.

4 A lo que parece, el “interés superior del niño” es un concepto creado en el ámbito jurídico anglosajón en el marco de las separaciones matrimoniales. Posteriormente, se fue extendiendo a otros ámbitos del derecho y se ha ido introduciendo en numerosos ordenamientos por medio de la ratificación de diversos instrumentos internacionales. Las primeras resoluciones que aludieron a este concepto se dictaron en Inglaterra a finales del siglo XVIII; en concreto, fueron *Rex v. Delaval* (1763) y *Rex v. De Mannerville* (1804).

2. *LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO A TODO MENOR. DERECHOS QUE SE LE RECONOCEN*

Una primera tarea que conviene efectuar es precisar quiénes sean los sujetos a los que se les aplica el criterio del “interés superior”. De acuerdo con la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 (CDN), “niño” es toda persona menor de edad (cfr. artículo 1 de CDN).⁵ Y como comúnmente está admitido que la mayoría de edad se sitúa en torno a los 18 años, cabe decir que los sujetos a quienes se ha de aplicar este principio son todos los “niños”, esto es, todas las personas hasta que cumplen la mencionada edad.⁶ Aunque luego aludiremos a ello, dos de los méritos más importantes de la referida convención son, de una parte, que constituye un texto directamente aplicable y vinculante para los estados parte y, de otra, que considera al niño no solo como un sujeto con unas necesidades que deben ser satisfechas, sino, fundamentalmente, como un sujeto de derechos.⁷ Entre los derechos que se le reconocen a los niños en tal instrumento internacional se encuentra, en lo que ahora interesa, que en la adopción de las medidas que les afecten el referido principio del interés superior sea una “consideración primordial” (cfr. artículo 3 de CDN). Pero sobre esto volveremos enseguida.

5 La citada convención, que es el principal instrumento jurídico internacional de protección de los niños, fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Además de la CDN existen otras fuentes legales internacionales de notable importancia en relación con los niños. De entre ellas, y a efectos meramente ejemplificativos, resulta suficiente con señalar las siguientes: la Convención de la Organización Internacional del Trabajo 183 sobre la edad mínima para trabajar (1973) y la 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999); la Carta Africana de los Derechos Humanos y del Bienestar del Niño (1999); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000); o, en fin, el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

6 En efecto, el artículo 1 de CDN establece que “para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Que el límite de la minoría de edad se sitúe en 18 años se debe no solamente a un criterio convencional sino de experiencia, pues, generalmente, a dicha edad ya se ha adquirido la necesaria madurez física, psíquica y emocional. Así las cosas, y aunque preferentemente utilizaremos el término establecido por la CDN (“niño”), por motivos de estilo en algunas ocasiones aludiremos al “menor”.

7 Entre otros muchos derechos reconocidos por la CDN, a modo de ejemplo y al margen de los que se transcribirán en el texto, cabe mencionar ahora a los siguientes: derecho a tener un nombre, identidad legal y registro desde el momento del nacimiento (artículo 7 de CDN); derecho a la protección física y legal (artículos 7 y 19 de CDN); derecho a no ser separado de sus padres (artículo 9 de CDN); derecho a las provisiones para su subsistencia básica (artículos 18 y 27 de CDN); o, en fin, al derecho al cuidado y la asistencia apropiada a su edad y necesidades de desarrollo (artículos 27 y 29 de CDN).

Al caracterizar la CDN al “niño” como toda persona que no haya llegado a la edad de 18 años, todo aquel que cumpla dicho requisito tendrá tal cualidad, de modo que entrará bajo el ámbito de protección de dicha convención. Ello, al margen de que exista otra u otras situaciones que lo cualifiquen. En efecto, en la toma de decisiones que afecten a los niños que tengan la cualidad de refugiados se aplicará el principio del interés superior del niño, aun cuando existan también otras normativas específicas relativas a los refugiados que igualmente resulten de aplicación.⁸

Algo similar sucede respecto del niño separado o no acompañado.⁹ En ambos casos, el dato esencial que justifica la aplicación del principio del interés superior es que se trata de un niño; de modo que entra en el ámbito de cobertura de la CDN. E, igualmente, también habrá de aplicarse el criterio del mayor beneficio del niño a aquellos que, no habiendo cumplido los 18 años, tengan la condición de apátridas.

8 De acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, se les reconoce tal cualidad a las personas que tengan “fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas” o que “se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país”, o a los que “careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran regresar a él”. Vide asimismo, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto del Refugiado que establece, entre otros, los siguientes principios: a) un niño que tiene “fundados temores de ser perseguido” por alguno de los motivos enumerados es un “refugiado”; b) un menor que tiene la condición de refugiado no puede ser obligado a volver a su país de origen; y c) no existen diferencias entre los niños y los adultos en lo referente al bienestar social y a los derechos legales. Por su parte, la Convención de 1969 de la Organización para la Unidad Africana amplió la definición de “refugiado” para incluir también a las personas que en dicho continente huyen de la guerra o de otros acontecimientos que perturban gravemente el orden público. Igualmente, en la Declaración de Cartagena de 1984 — norma no legalmente vinculante pero que se aplica América Latina— también se amplió el concepto de refugiado. En el ámbito de los refugiados, el ACNUR ha publicado varios documentos de notable interés disponibles en www.acnur.es.

9 El *niño separado* es aquel que lo está respecto de ambos padres o de su anterior tutor legal o persona que acostumbra a cuidarle, pero no necesariamente de otros parientes. Por su parte, los *niños no acompañados* son aquellos que han quedado separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo. Sobre esta materia, vide Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, p. 8; así como Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Save the Children y Unicef (2010). *Programa de menores no acompañados y separados en Europa: Declaración de Buenas Prácticas*; ambos documentos están disponibles en www.acnur.es. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que en todos los casos en que los menores quedan *separados* de sus padres —por ejemplo, por motivo de guerra o de desastres naturales—, así se les califica hasta la verificación de que sean huérfanos. Finalmente, cabe aludir a tres grupos de niños separados: los que buscan protección o asilo, las víctimas de la trata y los inmigrantes —grupo que incluye a los que buscan la reagrupación familiar y mejores condiciones económicas o educacionales— Estas categorías no son ni excluyentes ni estáticas.

Esto es, los que no son considerados como nacionales suyos por ningún Estado, conforme a su legislación.¹⁰

Por tanto, con independencia de que existan determinados instrumentos normativos específicos referibles a las personas que se encuentran en cada una de esas situaciones (refugiado, apátrida, etc.), a todos los que tengan la condición de niños también les resulta aplicable el principio recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño conforme al cual la adopción de las decisiones que le afecten habrá de fundamentarse en el “interés superior del niño”.

Junto con lo ya apuntado, otra de las virtualidades de la referida convención es su amplio reconocimiento internacional.¹¹ En consecuencia, este texto constituye un catálogo de derechos casi universalmente reconocido que necesariamente ha de ser aplicado por los estados.¹² En el mismo sentido, también se ha afirmado que la CDN se configura como un instrumento normativo que recoge una serie de principios morales básicos relativos a niños que han de influir en la redacción de las legislaciones nacionales.¹³

Dentro del amplio catálogo de derechos reconocido en la CDN para todo niño, cabe referirse a cuatro de ellos, pues constituyen el núcleo de tal texto normativo: el derecho a la vida y al desarrollo (artículo 6 de CDN), el derecho a la no discriminación (artículo 2 de CDN), el derecho a la participación del menor (artículo 12 de CDN), y el derecho a la adopción de decisiones conforme al mayor interés del niño (artículo 3 de CDN).

10 Sobre esta materia, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 define tal condición y establece un marco normativo para los estados a fin de proteger a los apátridas, incluyendo también a los niños no acompañados. Asimismo, es de interés en este ámbito la convención para reducir los casos de apátridas de 1961.

11 En la actualidad un total de 192 países han ratificado la Convención. Además, hay otras razones que hacen que la amplia ratificación de la CDN sea relevante: a modo de ejemplo, cuando un Estado es parte de la CDN pero no ha ratificado los tratados sobre refugiados, tal convención puede ser el medio principal de protección de los niños que tengan la condición de refugiados. Incluso en el caso de que un país no haya ratificado la CDN, el ACNUR exige que la respete, ya que sus principios son universales.

12 A este respecto, el artículo 4 de CDN establece que “los estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

13 Cfr. ACNUR, 2011: 11. Buena prueba de lo que se indica en el texto es que son cada vez más numerosas las legislaciones nacionales que se ven influidas por el contenido de la CDN. A modo de ejemplo, cabe citar la Constitución Federal de Etiopía (1994), la Ley para los niños de Kenya (2001), la Ley de los Derechos del Niño de Sierra Leona (2007), el Código de Protección del Infante de la República Democrática del Congo (2008), o en fin, las leyes españolas 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En primer lugar, el derecho a la vida es recogido por el artículo 6 de la CDN con estos términos: “los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho a la vida. Los estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

En segundo lugar, el derecho a la no discriminación. La Convención sobre los Derechos del Niño lo enuncia de la siguiente manera:

Los estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Por lo que se refiere al derecho a la participación, el artículo 12 de CDN lo recoge con estas palabras: “los estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. De lo transcrito se deduce que constituye un derecho fundamental de los niños el poder expresar sus opiniones en los temas o decisiones que les afecten. El menor —evidentemente, en función de su grado de madurez— debe poder participar —esto es, tomar parte— en el procedimiento que haya de culminar con la adopción de una decisión que le concierne. Este modo de proceder supone tomar en cuenta al niño destinatario de la medida como agente necesario en su determinación, a la vez que es un método que, de entrada, posibilita un mayor porcentaje de acierto en la decisión final pues implica tener más datos relativos al sujeto; en concreto, los referentes a su pensamiento, sentimientos y necesidades. El menor —en función de su nivel de madurez— proporcionará información relevante para la adopción de la decisión de que se trate. Pero además, no ha de olvidarse otra dimensión que tiene este derecho de participación: constituye un elemento para el desarrollo del niño pues estimula su capacidad para tomar decisiones, a la vez que les confiere mayor seguridad en su uso adecuado. Por tanto, cabe decir que este derecho a participar también afecta al bienestar psicosocial del niño.¹⁴

14 En tal sentido, en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1994).

El cuarto elemento nuclear de la CDN viene constituido por el ya mencionado interés superior del niño que ha de fundamentar las decisiones que se adopten. Según se ha avanzado, en las páginas que siguen examinaremos diversos aspectos relativos a dicho principio: su concepto y ámbito de aplicación —apartado 3—, la “evaluación del interés superior” y el “procedimiento para la determinación del interés superior” —apartado 4—, en qué situaciones ha de desarrollarse un procedimiento formal para la determinación de dicho interés —apartado 5—, y, finalmente, cuáles son las fases de dicho procedimiento —apartado 6—.

3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Señalado que el principio del interés superior es uno de los pilares fundamentales que recoge la CDN para la protección de todo niño, el problema surge en lo relativo a su definición o contenido. La propia CDN no define qué sea dicho “interés superior” ni delimita cuáles son los factores que lo componen. A pesar de ello, indica que “una consideración primordial a que se atenderá” en todas las medidas que afecten a los niños, ya sean emprendidas por instituciones públicas o privadas “será el interés superior del niño” (cfr. artículo 3 de CDN).

La ausencia de una definición de dicho término tiene su sentido si se repara en que el “interés superior” es lo que técnicamente se denomina un “concepto jurídico indeterminado” que impide la “congelación” de un contenido concreto, permitiendo, en consecuencia, su aplicación a un mayor número de situaciones.¹⁵ De todas maneras, el “interés superior” —que además de ser la “consideración primordial” en las acciones que afecten a los menores (artículo 3 de CDN) debe ser un factor determinante para acciones específicas como la adopción o la separación del niño de sus padres contra

Los niños refugiados. Directrices sobre protección y cuidado, p. 21. Fuente: www.acnur.es, se señala que “cuando un niño se deprime, se enfada o se preocupa, el derecho a participar puede, de hecho, haberse perdido: un niño tal vez no sea capaz de asimilar la información y tal vez no pueda tomar decisiones razonables. Tal vez necesite que lo ayuden a reducir sus tensiones antes de que sea capaz de centrarse y absorber toda la información”.

15 A nuestro juicio, el contenido del “interés superior” ha de ser necesariamente abierto a fin de evitar el peligro que conlleva una enumeración cerrada de supuestos de hecho: se correría el riesgo de dejar fuera otros que también podrían responder a dicho principio. Y es que tal es el modo de funcionar de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” que aunque se refieren “a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, [...] admite ser precisado en el momento de la aplicación” (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón [2011]. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Décima quinta edición. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, p. 482). Es más, la necesidad de valorar cada caso en función de las circunstancias sociales permite una interpretación favorable al interés superior del niño así como posibilita la adaptación de la norma a la realidad social. El problema que se plantea es que puede haber visiones incluso contradictorias sobre qué constituya el “interés superior del niño” en cada caso. En efecto, decidir que se corresponde mejor con tal interés, a menudo resulta algo difícil al no existir una única respuesta evidente e irrefutable.

la voluntad de estos (cfr. artículos 9 y 21 de CDN)— puede referirse al “bienestar” general del niño al que alude la CDN (cfr. Preámbulo y artículo 3 de CDN, entre otros).¹⁶

Igualmente, en lo que hace a su contenido, la experiencia muestra que la concreción de qué sea el “interés superior” en cada caso supone atender tanto a factores individuales de la persona concreta (edad, madurez, experiencias), como a factores de orden social (presencia o no de los padres, calidad de relaciones con el cuidador o familia, situación física y psicosocial, nivel de protección, etc.).¹⁷

Así delineado el significado y el contenido del principio al que aludimos, se ha de señalar también quién debe proceder a su determinación; esto es, quién sea el sujeto encargado de especificar lo que en cada caso responde al interés superior del niño. De entrada, cabe decir que esta tarea corresponde a los estados —y, de modo más concreto, a los jueces y legisladores—, pues al estar contenido el referido principio en la CDN es una regla legalmente vinculante para todos los estados parte de la convención. En consecuencia, la implementación del principio del interés superior es una tarea que han de llevar a cabo los estados firmantes y su aplicación ha de abarcar dos dimensiones: tanto las decisiones de carácter general o político relativas a todos los niños como las que se tomen a título individual respecto de alguno en concreto.

En efecto, el “interés superior” del niño es un principio que debe influir en las decisiones que tomen los diversos organismos nacionales, los tribunales, así como las autoridades administrativas o cuerpos legislativos. Ello aparece recogido en el artículo 3 de la CDN con los siguientes términos: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.¹⁸ En consecuencia, la legislación

16 El interés superior es una consideración primordial pero no la única. Junto con ello, ha de tenerse en cuenta que el interés superior también influye en el modo de implementar e interpretar el resto de los preceptos de la CDN.

17 Cfr. ACNUR, 2011: 11.

18 Otras referencias legislativas relativas al interés superior del niño como consideración primordial o similar se encuentran en: la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989 (artículo 20); la Carta Africana de los Derechos Humanos y del Bienestar del Niño de 1999 (artículo 4); la Directiva del Consejo 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; el Preámbulo de la Directiva del Consejo 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; la Observación General 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen (párrafos 19-22); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007 (artículo 24.2); o, en fin, la Directiva del Consejo 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Finalmente, la determinación del interés superior también ha sido una de las Prioridades Estratégicas Globales del ACNUR 2010-2011 y 2012-2013.

de cada Estado —de modo especial, la relativa específicamente a los niños— ha de ser acorde con este principio, y, en la medida de lo posible, de manera que tanto este principio como sus concreciones puedan ser invocadas ante los tribunales.¹⁹ Y, en efecto, en la práctica así suele ser: las diversas legislaciones incluyen procedimientos con garantías específicas para determinar que sea lo más beneficioso para el niño; en especial, en ciertas circunstancias de mayor relevancia o impacto para ellos, tales como la separación contra la voluntad de sus padres, la fijación judicial de la paternidad, la elección del progenitor que ostentará la custodia en situaciones de crisis familiar, etc.

Si ello es así a nivel general, otro tanto cabe decir respecto de las concretas decisiones que afecten específicamente a cada niño: cuando se adopte una decisión sobre un menor el “interés superior del niño será la consideración suprema” (artículo 21 de CDN).²⁰ Lo anterior tiene una aplicación de orden procedimental y otra de orden sustantivo. Por lo que se refiere a la primera, la búsqueda del mayor interés del niño determina que en cada caso haya de estudiarse minuciosamente cómo le afectarán las posibles decisiones y en su fijación se habrán de sopesar las circunstancias concurrentes.²¹ Y en lo atinente al orden sustantivo, este criterio hará que no se implementen soluciones que puedan ser perjudiciales para los niños.

Lo anterior resulta predicable de cualquier situación en que se vea envuelto un niño y, por tanto, también resulta de aplicación en entornos de conflicto armado. Por ello, en las zonas sometidas a conflictos armados tanto el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como otros socios que trabajen sobre el terreno en defensa y protección de los niños no podrán reemplazar a las autoridades nacionales en la determinación del interés superior en las cuestiones que resulten más trascendentes. Ello no impide que desarrollen una misión de seguimiento de la aplicación de tal principio, así como de fortalecimiento, apoyo institucional y promoción de tales sistemas cuando existan.²² Igualmente, y aunque de manera absolutamente excepcional, también es posible que el ACNUR sustituya al Estado cuando los sistemas nacionales para la determinación del interés superior no estén razonablemente disponibles, no resulten accesibles a niños que se encuentren bajo la competencia del

19 Cfr. UNICEF (2007). *Manual sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Tercera edición. Nueva York: Unicef, artículo 3.

20 La determinación del interés superior no es algo general, sino que ha de remitir en particular a este niño. Y lo mejor para un concreto niño depende de su circunstancia particular (cfr. RESSLER, Everett et. ál. [1988]. *Unaccompanied Children: Care and Protection in Wars, Natural Disasters and Refugee Movements*. Oxford: Oxford University Press, p. 283).

21 Por ejemplo, el establecimiento de un plan a largo plazo para un niño no acompañado exige decidir cuál es el que mejor responde a su interés superior. Para tal decisión deben tenerse en cuenta diversos elementos, entre los que destacan el derecho a preservar las relaciones familiares y la nacionalidad (artículo 8 de CDN), los deseos del niño, teniéndolos en cuenta en función de la edad y su madurez (artículo 12 de CDN), o, en fin, la conveniencia de que haya continuidad en la cultura y la lengua (artículo 20 de CDN).

22 Así, la Conclusión 107 (2007) del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre los niños en situación de riesgo pide a los Estados y al ACNUR que utilicen los procedimientos para la DIS.

ACNUR y también para cuando, en tales casos, el ACNUR emprenda algunas acciones como proponer el reasentamiento de un refugiado o su repatriación. De todas maneras, esta aplicación excepcional no elimina el esfuerzo razonable que debe desarrollar el ACNUR para involucrar en sus propios procedimientos a las autoridades estatales competentes —por ejemplo, como miembros del panel del procedimiento para la determinación del interés superior o como agentes para el proceso de recolección de información—.²³

4. LA “EVALUACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR” (EIS) Y EL “PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR” (DIS)

Según hemos avanzado, el principio del interés superior del niño ha de aplicarse en todas las decisiones que le afecten, sea cual fuere su condición particular (refugiado, desplazado interno, buscador de asilo, apátrida, etc.). El establecimiento de los cauces y procedimientos adecuados para la aplicación de tal principio es tarea de cada Estado. Como los modos de determinar e implementar el interés superior del niño establecidos por los distintos Estados divergen entre sí, a continuación haremos referencia únicamente a los establecidos por el ACNUR para situaciones de conflicto o emergencia. En este ámbito, es preciso efectuar una distinción entre la evaluación del interés superior y el procedimiento para la determinación de tal interés; lo que técnicamente se denomina EIS y DIS, respectivamente.

La referida distinción responde que ambos instrumentos procedimentales poseen características, perfiles y finalidades diversas. La evaluación del interés superior del niño (EIS) es una actividad que puede ser realizada por una única persona y que comúnmente se efectúa repetidas veces —en distintos momentos— respecto de un mismo destinatario. Básicamente, consiste en examinar cuál de las medidas de protección a adoptar se aviene mejor al interés superior de ese concreto niño atendiendo, entre otros, a los factores que anteriormente hemos señalado. Una diferencia notable que presenta respecto del procedimiento para la determinación formal del interés superior (DIS) es que, a pesar de que ordinariamente también se documente, no requiere especiales formalidades ni precisa de las estrictas garantías procesales que requiere este. Ahora bien, que la evaluación del interés superior no culmine en una declaración formal no excluye, de una parte, que se trate de un instrumento esencial para la gestión de cualquier caso concreto en orden a la protección del niño, ni, de otra, que en su desarrollo hayan de seguirse determinados pasos que exigen formación específica por parte de los agentes que la llevan a cabo. La evaluación del interés superior que ahora aludimos suele exigir y tener en cuenta la realización de entrevistas con el niño —deben conocerse sus deseos y opiniones—, así como con sus padres o cuidadores; en la mayoría de las veces, implica también visitas a

23 Cfr. ACNUR, 2011: 26 y 27.

su hogar.²⁴ Ordinariamente, se efectúa una EIS para la evaluación de la protección que requiere un niño en situación de riesgo antes de decidir acciones de cuidado alternativo —como dejar a un menor con una familia de acogida, por ejemplo—, la búsqueda de familiares, o la reunificación familiar, por ejemplo.²⁵

Por su parte, el proceso de determinación del interés superior constituye un mecanismo formal al que se acude cuando se han de tomar decisiones que tienen un relevante impacto en los niños.²⁶ Al igual que en la EIS, lo que se pretende es examinar cuál es la opción que más se adecúa al interés superior de un concreto menor. La ventaja de este procedimiento respecto de la EIS es que provee una evaluación más integral del niño, exige que en la gestión individual del caso que se trate se desarrolle un plan de cuidado con un mejor seguimiento del niño en situación de riesgo, y, en fin, esté dotado de unas estrictas garantías procesales, como puede ser, el aseguramiento de la adecuada participación de dicho menor, cuyas opiniones han de ser oídas y tomadas en cuenta de acuerdo con su grado de madurez.

Junto con lo anterior, otra diferencia esencial de la DIS respecto de la EIS viene constituida por las diversas situaciones en que se han de desarrollar. Así, entre otras que requieren una DIS cabe aludir a las siguientes: la adopción de medidas de cuidado temporal para niños no acompañados y separados en situaciones excepcionales —porque se sospeche su exposición a abuso, trato negligente, explotación o violencia dentro de una familia de acogida u otro método de cuidado alternativo—; cuando el método de cuidado que se esté desarrollando no resulte adecuado para el menor; cuando se deban identificar soluciones duraderas para niños no acompañados o separados —como la repatriación voluntaria o reasentamiento local—; cuando sea preciso decidir la separación de un niño de sus padres contra su voluntad si las autoridades competentes no pueden o no desean actuar; o, en fin, cuando se deban identificar las soluciones duraderas o decisiones sobre los métodos de cuidado en casos donde

24 A fin de que la realización de esta tarea sea lo más adecuada posible, es recomendable llevarla a cabo de acuerdo con el formulario para la evaluación del interés superior elaborado por el ACNUR.

25 De todos modos, la experiencia muestra que para el reasentamiento de un niño con uno solo de los padres no parece necesaria una EIS si el padre que lo acompaña tiene la custodia completa o el otro ha dado su consentimiento por escrito. Por otra parte, en ocasiones, el resultado de una EIS consiste en la recomendación del inicio de una DIS.

26 Respecto del procedimiento de DIS del ACNUR, es preciso reseñar la existencia de las *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño* (2008), así como al *Manual de terreno para la implementación de las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña* (2011), disponibles en www.acnur.es. En lo relativo a los antecedentes sobre la puesta en práctica del principio del interés superior en las operaciones del ACNUR cabe referirse a las aplicaciones en Vietnam en los años 90 (Plan integral de acción para los vietnamitas en busca de asilo y personas a su cargo), en Sudán en el año 2000 (Evaluación de soluciones duraderas para los niños perdidos del Sudán), o en Etiopía en 2003-2004, entre otros. La versión final de las *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño* se publicó en mayo de 2008 e incluía las aportaciones contenidas en International Rescue Committee (2007). *Determining the Bests Interests of Unaccompanied and Separated Children*. Lessons from Guinea.

la situación de custodia permanece sin resolver (por ejemplo, en casos de divorcio, separación donde no hay acuerdo sobre tal aspecto, etc.).

Expuesta la distinción básica entre una evaluación del interés superior y el procedimiento para la determinación formal de dicho interés, la consecuencia lógica del principio de que es tarea del Estado la aplicación del principio del interés superior del niño es que el ACNUR no podrá reemplazarlo en los procedimientos de DIS que lleven a cabo. Ahora bien, que los responsables de la determinación del interés superior del niño sean los estados no impide que el ACNUR, además de apoyar la puesta en práctica de tales procedimientos por parte de aquellos, pueda aplicar su propio procedimiento en relación con todos los menores que estén dentro de su ámbito competencial.²⁷ Y es que la DIS constituye una herramienta más de protección de la infancia —no la única—, de modo que no se aplica solo a un grupo cerrado de supuestos determinados, como podrían ser, por ejemplo, los reasentamientos. En tal sentido, no ha de olvidarse que, junto con el procedimiento de DIS, el ACNUR también ha de guiarse por la búsqueda del interés superior en todas sus actuaciones, ya se refieran a niños en general, grupos específicos de niños o niños considerados individualmente.²⁸

5. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DE LA DIS

5.1 *Introducción*

Ya hemos expuesto que la DIS es un procedimiento con unas especiales y estrictas garantías formales cuya finalidad es señalar la medida que mejor se avenga al interés superior del niño. Por ello, parece oportuno que, siempre que la situación

27 Según va dicho, los procedimientos de DIS realizados fuera del sistema nacional de protección de la infancia deberán ser la excepción para cuando no existen en el Estado de que se trate, no se quieren implementar, o un niño no tenga acceso al sistema nacional de protección existente. En tales casos, y siempre con el esfuerzo de intentar involucrar a las autoridades nacionales en sus propios procesos, se puede aplicar el DIS del ACNUR. También pueden aplicarse a niños apátridas si el ACNUR está involucrado operacionalmente (cfr. ACNUR, 2011: 24).

28 En ACNUR (2011: 21) se señala que respecto de los niños en general, la búsqueda del interés superior afectará a operaciones como la recolección de datos, planificación, asignación de recursos, implementación de proyectos, supervisión o elaboración de directrices y políticas. Las medidas a adoptar podrán comprender, entre otras, las siguientes: la consulta a los niños mediante evaluaciones participativas sistemáticas, ajustadas a la edad; la recopilación de datos por sexo y edad; la consideración prioritaria del interés superior del niño en la asignación de recursos; la inserción en las directrices de aspectos específicos del niño; políticas, planes operativos de país, acuerdos sobre subproyectos y procedimientos operativos estándares. De otra parte, por lo que hace a los grupos específicos de niños, el interés superior influirá en operaciones como la inscripción, la provisión de cuidado temporal adecuado, o la búsqueda de familiares. Y finalmente, respecto de niños específicos, el interés superior exigirá garantías procedimentales que aseguren que la opción a tomar es la más acorde con dicho principio.

lo requiera, se inicie la DIS”.²⁹ No existe un tiempo concreto en que debe iniciarse el procedimiento de DIS pero sí parece que ha de llevarse a cabo en el plazo de dos años desde la identificación del niño.³⁰ Ello no impide que algunos menores necesiten el desarrollo del mencionado procedimiento con mayor antelación (por ejemplo, niños muy pequeños o que se enfrentan a situaciones de abuso, o niños cuya seguridad exige la separación de su familia). Igualmente, también resulta posible que se inicie el procedimiento de la DIS aunque todavía no haya aparecido una solución duradera.³¹

5.2 Las soluciones duraderas

Según hemos señalado anteriormente, uno de los supuestos donde se hace precisa la realización del procedimiento de DIS es para identificar soluciones duraderas. Si la finalidad de tal proceso es determinar cuál sea la medida que mejor se corresponde con el interés superior del niño, parece evidente que resulta más acorde con él la adopción de soluciones estables antes que las de carácter transitorio —que también habrán de ser facilitadas a los niños siempre que lo exija su protección—. Y es que las medidas transitorias que se prolongan indefinidamente en el tiempo suelen ir acompañadas de una mayor tensión y frustración en los destinatarios y en los receptores. Además, la inexistencia de una solución duradera estable puede aumentar también los riesgos a que se enfrenta el niño.

A modo de ejemplo, en los casos de niños refugiados, en el procedimiento de DIS que pretenda buscar una medida para poner fin a su situación de desplazamiento han de valorarse, entre otras, las siguientes soluciones duraderas: la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento.³² Si se trata de niños no acompañados

29 Cfr. Observación General 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el Tratado de los niños no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen, párrafo 79.

30 Cfr. ACNUR, 2011: 67. Que el procedimiento no se inicie hasta entonces no impide que se deba seguir prestando la atención necesaria a ese niño.

31 Que no se haya de esperar a la aparición de una solución duradera no impide que se deba dejar pasar un tiempo razonable para comprobar los resultados que arroje, por ejemplo, la búsqueda de familiares que se haya llevado a cabo. Ello, porque tales resultados influirán, lógicamente, en la solución duradera a adoptar (cfr. ACNUR, 2011: 33).

32 La *repatriación voluntaria* supone un regreso del niño al país de origen contando con las necesarias condiciones de seguridad físicas, jurídicas y materiales. Por su parte, la *integración local* consiste en dar la asistencia necesaria para que el refugiado pueda vivir de manera autónoma en la comunidad que le acoge y tiene una triple dimensión: legal, socioeconómica y cultural. Finalmente el *reasentamiento* supone la selección y transferencia de las personas refugiadas desde un Estado donde han buscado protección a un tercer Estado —distinto, por tanto, del de origen—. Ello solo puede tener lugar cuando el Estado receptor se comprometa a aceptarles con un estatus de residente permanente. A pesar de que, de entrada, pueda parecer la mejor solución, no ha de considerarse como el interés superior en todo caso pues ha de valorarse en el concreto supuesto del individuo de que se trate y porque también tiene desventajas (separación de la propia comunidad y contexto cultural, dificulta la reunificación familiar, etc.).

o separados —circunstancia que puede acumularse a la de refugiado—, la solución duradera que habrá que examinar con carácter prioritario es la reunificación familiar.³³

Como cualquiera de estas medidas supondrá un impacto profundo y a largo plazo en el niño, la valoración de cuál responda al interés superior —y también cuál sea el momento más adecuado para adoptarla— ha de efectuarse de manera cuidadosa en el marco del mencionado procedimiento.³⁴ En dicha tarea se habrá de sopesar la situación familiar del niño, la existente en su país de origen, su particular vulnerabilidad, su seguridad, los riesgos a que está expuesto y su necesidad de protección, su nivel de integración en el país de acogida de que en su caso se trate, su salud física y mental, así como su educación y condiciones socioeconómicas. Pero además, estos factores deben considerarse teniendo en cuenta la nacionalidad del niño, sus antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como los recuerdos que tenga. Esto último porque si tiene recuerdos y experiencias difíciles en relación con el país de origen —relativos a violencia, conflictos, asaltos de policía o arrestos ilegales, por ejemplo— incidirán en la solución a adoptar ya que es posible que una repatriación origine miedo en el niño. A tal fin, han de escucharse detenidamente los deseos y sentimientos expresados por aquel. Según se advierte, la determinación del interés superior del niño deberá ser un ejercicio multidisciplinario que involucre a los actores pertinentes y sea llevado a cabo por especialistas y expertos que trabajen con niños.

5.3 *Medidas de cuidado temporal en situaciones extraordinarias*

Junto con la búsqueda de soluciones duraderas estables, el interés superior del niño también exige que, en cada caso, deban adoptarse las medidas de cuidado que resulten necesarias. Como hemos visto, hasta la adopción de una solución duradera, dichas medidas tendrán necesariamente carácter temporal y muchas veces estarán basadas en costumbres y sistemas ya existentes en la comunidad donde se encuentre el niño. A fin de evitar que la realización de un procedimiento de determinación del interés superior suponga una demora en la decisión de las medidas a adoptar, parece que podrán ser tomadas con una simple evaluación del interés superior (EIS). Ahora bien, este principio general no se aplica en situaciones excepcionales donde el niño esté ante un inminente riesgo de abuso o trato negligente por el adulto que lo acompaña o existen fundadas razones para pensar que las medidas de cuidado temporal adoptadas no son las adecuadas —ya sea por razones culturales, étnicas, religiosos, etc.—; o, en fin, tiene necesidades específi-

33 Cuando tal solución no sea la más conveniente al interés superior del niño habrán de valorarse otras soluciones alternativas, ya sean temporales (hogares de guarda o cuidado en instituciones) como duraderas (la adopción).

34 Lógicamente, hasta la adopción de la medida definitiva habrán de mantenerse las medidas de cuidado temporal (cfr. ACNUR, 2011: 30).

cas que exigen medidas de apoyo adicionales —por ejemplo, alguna discapacidad física o psíquica—. ³⁵ En estos casos parece pertinente la realización de una DIS en lugar de su adopción por medio de una EIS.

5.4 *La separación de un niño de sus padres*

Un tercer supuesto donde no resulta suficiente una evaluación del interés superior, siendo necesario el específico procedimiento de determinación del interés superior, es aquel en que se ha de decidir sobre la separación de un niño contra la voluntad de sus padres. Las decisiones relativas a la separación y custodia han de ser tomadas por la autoridad nacional de que en cada caso se trate siguiendo el procedimiento que se haya establecido para determinar lo que sea más acorde al mayor beneficio del niño (cfr. artículo 9 de CDN). ³⁶ Entonces, ¿cuál es el papel del ACNUR en tales supuestos? En este ámbito cualquier decisión que adopte el ACNUR será necesariamente de carácter provisional a la espera de la pertinente decisión de las autoridades correspondientes —por ejemplo, cuando se trate de un niño que reside en un campo de refugiados—. ³⁷ Asimismo, el ACNUR habrá de informar a las autoridades ante situaciones de riesgo así como alertarlas para que asuman sus responsabilidades. Únicamente, en caso de que no estén disponibles tales procedimientos, el ACNUR, en cumplimiento de su mandato de protección internacional, podría tomar medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños que estén en el ámbito de su competencia. Tales supuestos podrían ser, a modo de ejemplo, cuando, en un campo de refugiados gestionado por ACNUR en total ausencia de autoridades nacionales, haya maltrato de padre a hijo, cuando los padres se separan y ambos quieren que el niño viva con ellos, o ambos solicitan el reasentamiento o han llegado a un acuerdo que, a juicio del ACNUR, es perjudicial para el niño. A lo que parece, antes de la adopción de la medida pertinente, habrá de seguirse el procedimiento de determinación del interés superior. ³⁸

35 Cfr. ACNUR, 2008: 34.

36 En efecto, de acuerdo con el artículo 9 de CDN, el niño no será separado de sus padres salvo que “tal separación sea necesaria en el interés superior del niño”, para cuya determinación habrán de seguirse los procedimientos establecidos. Aun en tal situación, el niño sigue teniendo el derecho a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular” (cfr. artículo 9.3 de CDN). Cuando se trata de un niño refugiado, la adopción de tales decisiones compete al Estado donde se encuentra el niño (cfr. artículo 6 de la Convención de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños). En consecuencia, el traslado a un tercer país sin el consentimiento de los “custodios” puede ser calificado como secuestro internacional (cfr. ACNUR, 2008: 42).

37 Cfr. ACNUR, 2008: 37.

38 Al ser medidas que producen un impacto notable en el niño, necesitan siempre de una DIS (cfr. ACNUR, 2008: 35). Estos mismos principios se aplican también cuando la separación tenga lugar respecto de cualquier persona titular de los derechos de guarda establecida por la ley o respecto de un cuidador con quien la relación y vínculos del niño no son lo suficientemente fuertes como para constituir una relación familiar (cfr. ACNUR, 2008: 37).

6. EL PROCEDIMIENTO DE DIS

Ya hemos señalado con anterioridad que cada Estado debe contar con los procedimientos adecuados para la determinación del interés superior y que solo en ausencia de ellos, y en supuestos excepcionales, debe seguirse el diseñado por el ACNUR, que a continuación expondré de manera breve. En cualquiera de tales procesos han de asegurarse unas garantías procedimentales básicas entre las que cabe destacar las cuatro que a continuación se mencionan: la adecuada participación del niño (cfr. artículo 12 de CDN); la intervención de expertos a fin de que tanto el procedimiento como la solución sean acordes con el interés superior; la necesaria neutralidad en el proceso evitando eventuales “conflictos de interés”; y, finalmente, la documentación de las diversas etapas del procedimiento que servirá para ulteriores revisiones o adaptaciones de las medidas adoptadas.³⁹

Señaladas las garantías básicas, otros pasos que necesariamente han de llevarse a cabo en los procesos del ACNUR son el nombramiento del equipo de protección encargado del procedimiento para la determinación del interés superior —pueden ser miembros del equipo de organizaciones de protección infantil aunque también pueden pertenecer a los servicios comunitarios o de protección del ACNUR—;⁴⁰ la designación del supervisor de la DIS entre el personal experto en protección de niños o bienestar infantil;⁴¹ la asignación de las diversas responsabilidades entre los miembros del equipo encargado de la DIS —en especial, en lo relativo a la recopilación de información—;⁴² así como el establecimiento del panel de expertos para el procedimiento —donde,

39 En efecto, los miembros del equipo que desarrolla la DIS no podrán desarrollar su labor en supuestos de conflicto de intereses. Asimismo, para asegurar la integridad y calidad del proceso, las Directrices del ACNUR recomiendan que: a) todos los participantes firmen el Código de conducta del ACNUR u otro similar, así como un compromiso de confidencialidad; y b) reciban la formación necesaria sobre el contenido de las Directrices, el Código de conducta y otras cuestiones, a fin de garantizar una mejor preparación (cfr. ACNUR, 2008: 48). En el fondo, de lo que se trata es de establecer unos principios operativos estándares a fin de asegurar la imparcialidad, transparencia y eficacia de la DIS.

40 Las funciones y el perfil de los miembros del equipo se recogen en ACNUR, 2011: 84.

41 A lo que parece, el supervisor de la DIS (nombrado por el Jefe de Oficina) ha de contar al menos con experiencia en servicios comunitarios o de protección. Puede ser un miembro del equipo del ACNUR, o puede reclutarse a un supervisor de la DIS a tiempo completo, tal y como se hizo en Nepal y Guinea (ACNUR, 2011: 82). Entre otras muchas tareas que se encomiendan al supervisor, una especialmente relevante es la de asignar las prioridades a los casos. En este ámbito, el principio general es que tienen primacía los más jóvenes, aunque en ocasiones hay circunstancias que justifican conceder prioridad a otras personas: por ejemplo, sujetos con discapacidad o que afrontan mayores riesgos de maltrato. Vide un cuadro de tareas en ACNUR, 2008: 50 y en ACNUR, 2011: 82.

42 La recopilación de información ordinariamente se confía a uno o más oficiales responsables del bienestar del niño, ya en el seno del ACNUR o, preferiblemente, mediante delegación a una agencia socia. La experiencia que deben tener tales personas se recoge en ACNUR, 2008: 51 y 52.

como se dijo, se ha de intentar contar con las autoridades locales siempre que no haya conflictos de intereses—. ⁴³

Efectuado lo anterior, el procedimiento ordinario de DIS se compone de dos fases: la recopilación de la información y la toma de la decisión. ⁴⁴ Por lo que se refiere a la primera resulta esencial recolectar la máxima información posible sobre las necesidades, riesgos, vínculos afectivos, capacidad e intereses del niño, así como la capacidad de los adultos que, en su caso, desean cuidar de él. En cualquier caso, esta recogida de información —que lógicamente se habrá de centrar en el niño— ha de permitir su participación en forma adecuada con su madurez. ⁴⁵ Cinco son las operaciones de que se compone esta fase: a) verificación de la información disponible sobre el niño; ⁴⁶ b) exploración de los puntos de vista del menor; ⁴⁷ c) entrevistas con los demás miembros de la familia (padres,

43 El panel de expertos es nombrado por el supervisor de la DIS y ha de ser multidisciplinar, paritario y compuesto por entre 3 y 5 personas con experiencia, que actúan como expertos independientes. Su principal tarea es, tras considerar las recomendaciones efectuadas por el responsable de la DIS, valorar las opciones disponibles y decidir cuál es la que más conviene al interés superior del niño. Este sistema de traslado de la adopción de la decisión a un panel multidisciplinario y diverso del equipo de protección supone garantías adicionales, pues aportan un más amplio espectro de experiencia. De acuerdo con las Directrices del ACNUR (cfr. ACNUR, 2008: 53) no hay problema en invitar a formar parte de dicho panel a un miembro de la comunidad siempre que se mantenga la integridad y confidencialidad del proceso. La ventaja de ello, así como de contar con las autoridades locales, es que gozan conocimientos de las leyes locales, así como de los servicios disponibles, por lo que pueden jugar un importante papel en temas de protección de los niños.

44 A pesar de que en el texto se menciona el procedimiento ordinario de la DIS no hay que olvidar que existe uno simplificado para situaciones excepcionales como repatriaciones voluntarias a gran escala, emergencias médicas o de protección que requieran una respuesta de reasentamiento inmediata, o cuando existan indicios de que un grupo comparte las mismas características (origen étnico, área de origen, modalidad de cuidados similares, etc.). Que se trate de un procedimiento simplificado no significa que se supriman las garantías: en todo caso habrá entrevistas personales con cada niño, habrá una recopilación de información individual de cada uno, se exige que intervenga más de una persona en el proceso de DIS, habrá de recogerse la documentación correcta de cada caso, etc. (cfr. ACNUR, 2008: 56).

45 Un elenco de la información que parece oportuno conseguir se recoge en ACNUR, 2008: 57. Igualmente se contiene un formulario de informe de DIS para presentar los datos al panel de expertos. De todas maneras, la información a obtener dependerá de la edad del niño, su madurez, el tipo de decisión a adoptar, así como de la disponibilidad de otras fuentes de información que aludan a las razones de la separación, los motivos de los riesgos objeto de protección especial, experiencias anteriores que ejerzan impacto sobre la decisión, etc. (cfr. ACNUR, 2008: 61).

46 Con la identificación de cada niño, al que ha de abrirse un expediente individual, comienza la fase de recolección de información. La información habrá de verificarse para evitar someter al niño a entrevistas repetidas (cfr. ACNUR, 2008: 57).

47 Ya hemos señalado que la participación del niño constituye uno de los derechos básicos recogidos por la CDN. Y es que el niño es capaz de formarse su propia opinión y tiene derecho a expresar libremente sus puntos de vista en todo lo que le afecte. En este ámbito, las entrevistas tienen un papel importante, pues es el medio más adecuado para conocer sus pensamientos, sentimientos y opiniones, así como para evaluar correctamente el impacto de la acción propuesta sobre su bienestar (cfr. ACNUR, 2008: 58). A tal fin, existen algunas medidas que pueden facilitar la colaboración del niño: que la entrevista sea delante de un “amigo”

hermanos) y otras personas próximas (tutores, padres de acogida), ya que pueden ayudar a entender las relaciones personales del niño así como sus preferencias, puntos fuertes y habilidades;⁴⁸ d) información sobre los antecedentes relevantes, lo que también se puede obtener por otras fuentes externas;⁴⁹ y e) la opinión de los expertos, ya sea en el ámbito médico como psicosocial.⁵⁰

La segunda fase consistente en la toma de la decisión es, como parece lógico, la cuestión más complicada pues en ella se ha de estimar la opción que mejor responde al interés superior del niño;⁵¹ lo que, de suyo, es una cuestión valorativa que, muchas veces, no ofrece una solución unívoca. Además, en tal decisión juegan elementos referidos directamente con la persona que también han de ser sopesados: impacto de las medidas, oportunidad, proyección a largo plazo, etc. E igualmente en la decisión que en su caso se vaya a adoptar se han de considerar otros aspectos más generales como el carácter indivisible de la CDN y la interdependencia de sus disposiciones, las opiniones del niño (artículo 12 de CDN), las apreciaciones de los miembros de la familia y de otras personas próximas, el contexto cultural, sociológico y étnico en el que se mueve el menor, el criterio prioritario de la seguridad del niño (cfr. artículos 19, 34, 35, 36, 37 y 38 de CDN),⁵² la importancia de la familia —en sentido amplio— y sus relaciones próximas (cfr. artículos 3, 7, 9, 10, 18 y 29 de CDN),⁵³ la atención de las necesidades de desarrollo físico, espiritual, moral y social

en quien confíe, que no se le deba exigir una narración “adulta”, que se desarrolle en una atmósfera amigable e informal, que se sienta cómodo, que tenga libertad para decir que “no” si así lo desea, que se pueda equivocar, que no sea muy larga, etc. Igualmente se habrá de ser especialmente cuidadoso para detectar si las opiniones del niño están siendo o no manipuladas por un tercero.

48 Sus opiniones sobre cuál sea el interés superior del niño deben quedar registradas. Además, cuanto más importante y significativa sea la relación personal para el niño, mayor peso habrá de atribuirse a las opiniones del sujeto afectado. Por último, en este punto se ha de ser extraordinariamente cauteloso con la información aportada por el niño; en especial cuando exista separación o esta sea una posible medida (cfr. ACNUR, 2008: 63).

49 Dentro de este ámbito se incluye la información sobre la seguridad de los emplazamientos, los patrones de discriminación existentes —si es el caso—, la posibilidad de seguir con la educación del niño, la disponibilidad y calidad de servicios sanitarios y educativos, etc. (cfr. ACNUR, 2008: 65).

50 Ello ha de cuidarse de manera especial cuando se trata de niños que han padecido sucesos traumáticos y/o tienen discapacidades mentales o físicas. Y es que la opinión de los expertos dilucida si la capacidad del niño de aportar información está o no afectada (cfr. ACNUR, 2008: 66).

51 Las decisiones de las autoridades judiciales sobre custodia han de ser respetadas por el ACNUR. Si se aprecia que no son acordes con el interés superior del niño, el ACNUR intentará la rectificación de la decisión por medio de los recursos internos disponibles (cfr. ACNUR, 2008: 67).

52 Las consideraciones relativas a la seguridad constituyen un factor importante pero no poseen automáticamente un peso superior a otros factores en casos en que, tras una evaluación integral, se ha determinado que el daño es de naturaleza menos severa (cfr. ACNUR, 2008: 70).

53 En efecto, la familia —elemento social natural y fundamental de la sociedad (cfr. artículo 16 de DUDH)— es de gran importancia para el niño; en concreto, para sus sentimientos de seguridad o para su socialización. Por ello, de entrada, cabe afirmar que es más acorde con el interés superior la permanencia en la familia.

del niño (artículo 6 de CDN), o, finalmente, el equilibrio entre el interés superior del niño y los derechos de otros.⁵⁴

Por último, otro aspecto importante tras la adopción de la decisión es su comunicación al niño y a sus padres o cuidador. En principio está previsto que tal comunicación se efectúe en un lenguaje adecuado, explicando las razones de la medida, así como el impacto que tendrá en la vida del niño. Y todo ello en un plazo no superior a dos semanas.⁵⁵

7. CONCLUSIONES

Toda persona que no haya alcanzado la edad de 18 años es un “niño” a efectos de la CDN, de modo que se le han de reconocer los derechos contenidos en dicho instrumento. De entre ellos tiene especial relevancia el que señala que toda decisión que le afecte habrá de considerar de manera primordial y perseguir su interés superior (cfr. artículo 3 de CDN). La implementación de este principio es principalmente una tarea de los estados y tendrá que reflejarse tanto en las decisiones de carácter general como en las que particularmente se establezcan respecto de un niño concreto, tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias.

Cuando se trata de un entorno de conflicto armado, igualmente han de aplicarse los procedimientos establecidos por cada Estado para determinar el interés superior. De todas maneras, un hecho de experiencia es que en tales situaciones no siempre es sencilla su aplicación. Para suplir tal laguna y para cuando, aun existiendo, no son de fácil acceso, el ACNUR ha establecido dos procedimientos: la evaluación del interés superior (EIS) y el procedimiento para la determinación del interés superior (DIS). Este último procedimiento se aplica cuando se trata de buscar soluciones duraderas, de establecer medidas de cuidado temporal en situaciones extraordinarias y en los casos de separación del niño de sus padres. Este procedimiento consta de dos fases que garantizan la imparcialidad del procedimiento y un mayor porcentaje de acierto en que la decisión a adoptar responde al interés superior del niño.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Los niños refugiados. Directrices sobre protección y cuidado*, 1994, disponible en www.acnur.es.

54 En efecto, la CDN señala que el interés superior es la “consideración primordial” pero no excluye la valoración de otros elementos y consideraciones. Así, el interés superior ha de ser sopesado en atención a los derechos legítimos de terceros (cfr. ACNUR, 2008: 76).

55 Cfr. ACNUR, 2011: 105.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, 2008, disponible en www.acnur.es.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), SAVE THE CHILDREN y UNICEF, *Programa de menores no acompañados y separados en Europa: Declaración de Buenas Prácticas*, 2010, disponible en www.acnur.es.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Manual de terreno para la implementación de las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña*, 2011, disponible en www.acnur.es.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Un marco para la protección de los niños*, 2012, disponible en www.acnur.es.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 15ª edición, Thomson-Reuters-Civitas, Navarra, 2011.

INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE, *Determining the Bests Interests of Unaccompanied and Separated Children*, Lessons from Guinea, september, 2007.

RESSLER, Everett, BOOTHBY, Neil y STEINBOCK, Daniel, *Unaccompanied Children: Care and Protection in Wars, Natural Disasters and Refugee Movements*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1988.

SAVE THE CHILDREN, *Child protection in emergencies, priorities, principles and practices*, 2007, disponible en <http://www.refworld.org/docid/47fb94fe2.html>.

UNICEF, *Manual sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 3ª edición, Nueva York, 2007.