

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”**  
**Período de Investigación**



**EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y LA  
ADOLESCENCIA EN LA  
JUSTICIA DE FAMILIA NICARAGÜENSE**

Artículo de Investigación presentado por:  
XIOMARA RIVERA ZAMORA

2017

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”**

**Período de Investigación**



**UCA**  
Universidad  
Centroamericana

**EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y LA  
ADOLESCENCIA EN LA  
JUSTICIA DE FAMILIA NICARAGÜENSE**

Presentado por:

**XIOMARA RIVERA ZAMORA**

Tutora Académica:

**DRA. NEYLIA ABBOUD CASTILLO**

Managua, Nicaragua, 27 de marzo de 2017

## **CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR**

## **RESUMEN**

El interés superior del niño, niña y adolescentes, el interés superior de la niñez y la adolescencia o en lo sucesivo simplemente el interés superior, se establece en la legislación familiar nicaragüense como un principio de carácter sustantivo y de carácter procesal, lo que es consecuencia de la regulación contenida en la Convención sobre los derechos del niño; sin embargo, la propia convención, a pesar de que le atribuye ese carácter sustantivo y procesal, al citar el interés superior, no desarrolla el contenido de éste concepto, lo que exige estudios, que aporten criterios que sirvan para la interpretación y aplicación judicial respecto del carácter sustantivo de ese interés superior.

La Constitución Política de Nicaragua de 1987, acoge la Convención sobre los derechos de la niñez y adolescencia de 1989, en todo su contenido, elevándola a rango constitucional, por tal razón este trabajo estudia el ordenamiento jurídico internacional, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia Internacional sobre Derechos Humanos, la doctrina relevante aplicable a nuestro sistema jurídico, el derecho comparado y la legislación nacional en materia familiar. Luego se centra en analizar la actuación jurisdiccional en la aplicación de ese interés superior en el caso concreto, a fin de identificar aciertos y desaciertos en la actuación, para finalmente adoptar una postura que pueda dar respuesta a las interrogantes: qué es el interés superior de la niñez y la adolescencia y cómo aplicarlo adecuadamente en materia jurisdiccional familiar en Nicaragua.

## **PALABRAS CLAVE**

Interés superior del niño, niña y adolescentes / Convención de los Derechos del Niño / autoridad parental / cuidado y crianza / adopción.

## **ABSTRACT**

*The superior Interest of the child and adolescent, the superior Interest of childhood and youth, or, simply, the superior Interest is established, in the Nicaraguan Family Legislation, as a principle of substantive and procedural nature, which derives from the regulation embraced in the Child's Right Convention; nevertheless, in spite of the fact that the substantive and procedural character citing the superior interest is attributed to the Convention, the Convention itself does not develop the content of this concept, which obliges studies providing suitable criteria for the sake of juridical interpretation and application with respect to the Superior Interest's substantive character.*

*The Nicaraguan Political Constitution of 1987 comprises the Childhood and youth rights convention of 1989, in all its content, granting it the constitutional rank; consequently, this work studies the international juridical order, the international Justice Tribunals jurisprudence on Human Rights, and the relevant, applicable doctrine to our juridical system, comparative law and the national legislation in the family matter. Furthermore, it focuses on analyzing the jurisdictional act on the superior interest application in the actual case in order to identify achievements and failures in the act to, finally, adopt a position capable of replying the inquiries; what is the childhood and youth superior interest and how to appropriately apply it on jurisdictional family matter in Nicaragua?*

## **KEY WORDS**

*Superior interest of the child and adolescent / Child's Right Convention / parental authority / care and rising / adoption.*

## TABLA DE CONTENIDO

**2. Introducción. 1. El interés superior del niño, niña y adolescentes, en el Derecho Internacional.** 1.1. Declaración de Ginebra. 1.2 Instrumentos jurídicos internacionales generales. 1.3. Instrumentos jurídicos internacionales específicos. 1.3.1. Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. 1.3.2. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 1.3.3. Convención de los Derechos del Niño. 1.3.4. Comité sobre los Derechos del niño. 1.3.4.1. Observación General Número 14/2013. **2. Jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Justicia.** 2.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del Derecho de Familia. 2.1.1. *Interés superior del niño.* 2.1.2. *Derecho del niño a ser escuchado y que su opinión se tenga en cuenta.* 2.1.3. *Derecho del niño a recibir protección y garantías judiciales eficaces.* 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito del Derecho de Familia. **3. El interés superior del niño, niña y adolescente en la Doctrina.** 3.1. Concepto del interés superior. 3.2. Función del Interés superior. 3.3. Determinación del Interés superior. **4. El interés superior en el derecho comparado.** **5. El interés superior del niño, niña y adolescente en el ordenamiento jurídico familiar nicaragüense.** **6. Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente por los jueces de familia en Nicaragua.** 6.1. Pérdida o suspensión de la autoridad parental. 6.2. Cuido, crianza y representación legal exclusiva, 6.3. Adopción. **7. Criterios de actuación para la aplicación de interés superior del niño, niña y adolescente. Conclusiones y aportes. Referencias bibliográficas.**

## INTRODUCCIÓN

Sobre el interés superior del niño, niña y adolescentes existen abundantes estudios, en diversos contextos jurídicos, los que coincidentemente lo definen como un principio rector de los derechos de la niñez y como un concepto jurídicamente indeterminado, como en el contenido de este trabajo se referirán.

La legislación nicaragüense acoge éste como uno de los principios rectores de la legislación atinente a la niñez y a la familia, esto como consecuencia de la ratificación en 1990, por el Estado de Nicaragua, de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, en adelante CDN (1989).

La citada Convención constituye un catálogo de derechos de la niñez, en la que uno de sus principios rectores es el interés superior de la niñez y la adolescencia, imponiendo a los Estados, a la sociedad y entidades privadas, como también a los progenitores, el deber de observar dicho principio; sin embargo, no define que ha de entenderse por tal.

Si bien la CDN (1989) denomina a este principio rector como el interés superior del niño, a efectos de usar un lenguaje inclusivo y en su contexto evolutivo, lo denominaremos indistintamente como el interés superior de niños, niñas y adolescentes, interés superior de la niñez y adolescencia, o simplemente el interés superior, porque el vocablo niño evoca al género masculino, oculta a las niñas e incluso a las y los adolescentes, por lo que es necesario visibilizar a cada uno de los seres humanos que integran este segmento social (Facio, s.f.). En ese mismo orden de ideas, al referirse a la normativa familiar nicaragüense manifiesta Abboud Castillo (2016) que: "... se ha avanzado en la actualización terminológica, al emplear vocablos inclusivos y fidedignos del contenido que nominan" (p.37), porque los vocablos impregnados de la perspectiva de género, pluralista y democrática expresan la

evolución que han experimentado las relaciones de familia, calando en el imaginario social.

Comparto la postura de las autoras citadas porque a través del lenguaje se incide en las transformaciones sociales y jurídicas y ha de servir para el establecimiento de relaciones socio jurídicas más justas, en las que el género femenino: niñas, adolescentes y mujeres, en su calidad de seres humanos y sujetos de derechos, sean tratadas en un plano de igualdad de derechos y sin discriminación alguna respecto del género masculino. Hecha la anterior aclaración, cabe decir que, el compromiso supranacional sobre los derechos de la niñez y adolescencia, adquirido por Nicaragua le obligó a adecuar su legislación, iniciando con la reforma constitucional de 1995 que acoge la CDN (1989) en el art. 71, inc.2 de la Constitución Política (1987), en lo sucesivo Cn.

La constitucionalización de la CDN (1989) en el ordenamiento jurídico nicaragüense, marcó un hito histórico en torno a la preeminencia de los derechos de la niñez y la adolescencia, iniciando a partir de ello, la construcción de todo su andamiaje jurídico ordinario, con la aprobación de la Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998, en adelante CNA (1998), la Ley 614, Ley de Reformas a la Ley de Adopción, Ley 623, Ley de Responsabilidad Paterna y Materna, ambas en el año 2007, hasta llegar a la legislación sobre Derecho de Familia en 2014, en lo sucesivo Código de Familia (2014) o simplemente CFN, todas vinculas a los derechos de la niñez y la adolescencia y en donde encuentra asidero el interés superior de la niñez y la adolescencia.

El Código de Familia (2014) vigente, incorpora el principio del interés superior de la niñez y adolescencia en sus arts. 2, inc. h) y 440, como un principio rector en materia sustantiva y procesal y lo define en los mismos términos que en su momento acogiera el Código de la niñez en 1998, conceptualización que deja muchas dudas y en consecuencia discrecionalidad en su aplicación.

En el derecho positivo nicaragüense, son los arts. 9 y 10 CNA (1998) los que han dotado de contenido al principio del interés superior de la niñez y adolescencia. El contenido de dichos artículos es el que se ha ido transcribiendo en legislaciones sucesivas y cuyo principio irradia todo el ordenamiento jurídico nacional, el cual se debe observar.

La imprecisión del concepto sobre el interés superior de la niñez y adolescencia propicia su inobservancia, una interpretación discrecional o casi intuitiva por las autoridades judiciales, por ello se hace necesario estudiar las regulaciones que sobre ese interés superior existen en el ordenamiento jurídico internacional, de carácter vinculante para Nicaragua, remontándonos a sus antecedentes más próximos, conocer los criterios más relevantes que sobre dicho principio sostiene la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos y exponer algunas posturas doctrinarias sobre el tema y regulaciones en el derecho comparado. También se abordan las regulaciones jurídicas de este principio en el derecho positivo familiar y su aplicación por las autoridades judiciales, para lo cual se analizarán sentencias judiciales relativas a pérdida o suspensión de la autoridad parental, cuidado y crianza y adopción, en las que el interés superior cobra especial connotación, con la finalidad de conocer el actuar judicial en la interpretación y aplicación del principio objeto de estudio, a fin de indicar el cauce a seguir para una adecuada aplicación del mismo, tomando como referente la producción normativa internacional, criterios jurisprudenciales de los Tribunales de Derechos Humanos, las posturas doctrinarias que más se ajustan a nuestra realidad socio jurídica, y el ordenamiento jurídico nacional.

## **1. El interés superior del niño en el Derecho Internacional**

Distintos instrumentos jurídicos internacionales, como seguidamente se presenta, han venido regulando en forma general o específica los derechos de la niñez, a través de declaraciones impregnadas de una profunda sensibilidad y preocupación de la situación de la niñez, hasta instrumentos jurídicos vinculantes para el concierto de las naciones y el común denominador en todos ellos es que está presente un principio denominado; el interés del menor, el interés superior del menor o el interés superior del niño, que como se ha dicho en párrafos anteriores alude a niños, niñas y adolescentes.

### **1.1. Declaración de Ginebra**

Un lejano antecedente sobre el interés superior de la niñez y adolescencia, lo encontramos en la Declaración de Ginebra de 1924, cuya redacción se atribuye a Eglantyne Jebb, una incansable luchadora por los derechos de la niñez y por su asistencia humanitaria, durante la primera guerra mundial, quien constituyó en 1919 la Fundación Save the children, con la finalidad de brindar ayuda bajo el principio de no discriminación a niñez, mal alimentada, enferma, sin acceso a la enseñanza y sometida a trabajo infantil, en distintos países. Tales circunstancias inspiraron el contenido de la Declaración de Ginebra, realizada el 28 de febrero de 1924, el que se calificó como un acto de fe, una esperanza, cuyo fin era el de unir a hombres y mujeres de todas las naciones en un mismo pensamiento, al expresar en su preámbulo: “que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle,..” y en su párrafo tercero consigna como uno de sus principios que: “El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad” (Bofill & Cots,1999).

### **1.2. Instrumentos jurídicos internacional generales**

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en lo sucesivo DUDH (1948), proclama en su art. 1, el deber de un comportamiento fraterno entre los seres

humanos y en su art. 25.2 proclama el derecho a cuidados y asistencia especial de la infancia y de la maternidad, como también el derecho de recibir igual protección social, siendo hijos matrimoniales o no matrimoniales.

En concordancia con los postulados de la DUDH (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH (1969), en su art. 19 reconoce el derecho de la niñez, a que se adopten medidas protectoras en su favor, las que por razón de su edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Ese reconocimiento lo reitera; el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en adelante PIDESC (1966) y el art. 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el que denominaremos PIDCP (1976), bajo el principio de no discriminación en la aplicación de esas medidas protectoras de carácter especial, indicadoras de la primacía de los derechos de la niñez respecto de los adultos.

Sin menoscabo de los someros avances normativos en el contexto universal e interamericano sobre los derechos de la niñez, el concierto de las naciones en su momento decidió pronunciarse específicamente, al concordar en la necesidad de protección y cuidados especiales que requiere la niñez.

### 1.3. Instrumentos jurídicos internacionales específicos

#### 1.3.1. La Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

La Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la que identificaremos con las siglas DUDN (1959), tiene como fuente de inspiración la Carta de Naciones Unidas, la DUDH (1948) y la Declaración de Ginebra (1924), considerando la necesidad de protección y cuidado especial que requiere el niño antes y después de su nacimiento. Dicha Declaración establece en sus principios uno y dos; que, el niño deberá de gozar de todos los derechos que esta contiene, sin discriminación alguna del niño o de su familia, y consigna la protección especial de

la que habrá de gozar éste, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad, atendiendo al interés superior del niño como consideración fundamental (DUDN, 1959), cuyo principio acoge sin pauta alguna sobre su conceptualización.

### 1.3.2. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en adelante Convenio de La Haya (1980), al que Nicaragua se adhirió el 14 de Diciembre de 2000 y entró en vigor el 1 de marzo de 2001, establece en su preámbulo que los intereses del menor [niño, niña y adolescentes], son de importancia primordial y en atención a dicho interés se concierta dicho convenio, a fin de brindarles protección en el plano internacional, ante un traslado o retención ilícitos, regulando las actuaciones de los Estados parte en su calidad de Estados requirentes o requeridos, a fin de garantizar el derecho de custodia, el derecho de visita y el retorno seguro al Estado de residencia habitual, en su caso.

En el ámbito americano, se celebró en Montevideo, Uruguay, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), a la que se adhirió el Estado de Nicaragua el 20 de octubre de 2004, la que tiene idéntico objeto que el Convenio de la Haya (1980) y es aplicable a los Estados parte de aquella y de ésta Convención, sin perjuicio de convenios bilaterales sobre aplicación prioritaria de la primera, sin embargo esta última se limita a fijar su objeto de regulación sin motivación alguna y sin alusión al principio del interés superior del niño y adolescente de forma explícita, aunque implícitamente lo incorpora al remitirnos a dicho instrumento de carácter universal.

Nicaragua cuenta con un Protocolo de actuaciones para la aplicación de las normas internacionales en materia de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y

adolescentes en el ámbito del derecho de familia (s.f.), cuyo protocolo acoge el interés superior de la niñez y la adolescencia como uno de los principios rectores de dicho instrumento, creado con la finalidad de garantizar la aplicación de dichos Convenios, que tiene como soporte jurídico en el derecho positivo el art. 20 del Código de Familia (2014) que se circunscribe a acoger ambas Convenciones, ya abordadas.

### 1.3.3. Convención de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, en lo sucesivo CDN (1989), suscrita por el Estado de Nicaragua el 06 de Febrero y ratificada el 05 de octubre, ambas en el año 1990, es el instrumento internacional suscrito por 140 países y de acuerdo con Save the Children (2016) es el más adherido o ratificado a nivel mundial. Actualmente cuenta con 196 países miembros y solo Estados Unidos de Norte América no lo ha ratificado, pese a su suscripción en el año 2002.

La CDN (1989) en su art. 1, concibe como niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, en su art. 3, inc. 1) alude que: “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”. Luego en su art. 18, inc. 1), impone a los Estados parte el deber de garantizar el reconocimiento del principio de la corresponsabilidad parental o en su caso, de los representantes legales, en la crianza y el desarrollo del niño primordialmente, teniendo como referente fundamental el interés superior del niño.

En otras disposiciones de la CDN (1989) encontramos manifestaciones expresas del interés superior. Así el art. 9, inc.1) y 3), establece el derecho del niño a convivir y a relacionarse con sus progenitores, el art. 21 el derecho a la adopción, el art. 37 que prohíbe que la niñez en circunstancias de privación de libertad estén junto a los adultos privados de libertad y el art. 40, inc. 2, lit. b.iii, referido al deber de celeridad procesal en materia penal, en todas ellas se ordena considerar dicho principio en las actuaciones y toma de decisiones y se enfatiza que en casos de adopción, será el interés superior la

consideración primordial; es decir, que en este campo no se admite ponderación alguna.

Con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de de la niñez, este catálogo de derechos, les brinda una especial protección por su condición de tal y compromete a los Estados parte a respetar los derechos de la niñez, bajo el principio de igualdad y no discriminación contenido el art. 2, inc.2) de la Convención, principio que viene a reforzar el interés superior, descansando éste sobre dos pilares fundamentales; el primero, los derechos que en la Convención se enuncian, y un segundo pilar lo constituiría el deber de todos en general de observar ese catálogo de derechos en todas las decisiones que involucren los derechos de la niñez y adolescencia, contenidos en los arts. 3, parr. 1) y 18, parr. 1) de la citada CDN (1989).

La CDN (1989) en su preámbulo invoca un principio medular de la Declaración de Ginebra (1924): “la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle” (Bofill & Cots, 1999, p.14), el que entenderíamos como equivalente al interés superior del niño contenido en esta convención, pero no define qué es el interés superior del niño, por ello el Comité de los Derechos del Niño ha debido elaborar una serie de criterios a considerar para la aplicación del interés superior del que se viene hablando.

#### *1.3.4. Comité sobre los Derechos del niño*

El Comité de los Derechos del niño, en lo sucesivo el Comité, según el art. 43 de la CDN (1989), es el órgano encargado de examinar los avances en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes de la CDN (1989) y conforme los arts. 44 y 45 de la convención antes citada, tiene la potestad de formular sugerencias y recomendaciones generales en base a los informes recibidos de los Estados parte y de los organismos especializados, las que deberán transmitirse a los Estados parte interesados y notificarse a la Asamblea general, junto con los comentarios de los citados Estados, si los hubiere. En tal contexto, abordaremos ahora una recomendación general del Comité, por su particular trascendencia para explicitar el

principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, contenido en el art. 3.1 de la CDN (1989).

#### 1.3.4.1. Observación General Número 14

El Comité de los Derechos del Niño ha formulado la Observación General No. 14 (2013), en la que califica el principio del interés superior del niño [niño, niña y adolescentes], como un concepto tridimensional: como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

##### a. Tridimensionalidad de interés superior del niño

- Es un derecho sustantivo, porque al niño, niña y adolescente le asiste el derecho de que su interés superior sea considerado primordialmente al sopesar distintos intereses para la toma de una decisión sobre la cuestión debatida. A su vez, constituye una garantía y por ello de obligatoria observancia por los Estados, de conformidad con el art. 3.1. CDN (1989).
- Es un principio jurídico interpretativo fundamental, porque ante disposiciones jurídicas que admiten más de una interpretación, se habrá de elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior, dentro del marco interpretativo de los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos.
- Es una norma de procedimiento, porque cuando haya de tomarse una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, en el proceso, deberán estimarse las posibles consecuencias en éste o en éstos. Se ha de evaluar y determinar el interés superior, de ahí la necesidad de garantías procesales, de motivación de las decisiones, expresando que se ha considerado ese derecho, la forma en que se ha respetado, los criterios en que se ha basado

la decisión y los intereses del niño, niña y adolescente que se han ponderado frente a otros intereses.

b. Concepto del interés superior del niño

El Comité, en la Observación General No. 14 (2013) argumenta que el concepto del interés superior del niño “es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso” (p.5), debiendo las autoridades involucradas aclarar dicho concepto y ponerlo en práctica de manera concreta interpretando y aplicando el art. 3.1 CDN (1989), considerando las demás disposiciones de ésta, por ser este concepto flexible y adaptable.

c. La evaluación y determinación del interés superior del niño

El capítulo V de la Observación General No. 14 (2013), califica el interés superior como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento y su evaluación deberán basarse en todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. En atención a ello, propone que la evaluación y determinación del interés superior para la toma de decisión en una medida concreta supone:

- Determinar cuáles son los elementos pertinentes, de los hechos concretos del caso y ponderar su importancia en relación con los demás, por quien compete tomar la decisión. Por ello considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva, ni jerárquica para la evaluación del interés superior. Consiste en valorar, sopesar todos los elementos relativos a las características específicas del niño o los niños de que se trate, su contexto social y cultural, contando con el apoyo de un equipo multidisciplinario, si fuese posible, y con la participación del niño, niña y adolescente.

- Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. La determinación del interés superior del niño es el proceso estructurado y con garantías estrictas para su determinación, tomando como base la evaluación del mismo.

#### c.1. Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño

La observación General No. 14 (2013), propone una lista de elementos a considerar para la evaluación del interés superior, como son: a) La opinión del niño, de acuerdo con su edad y madurez, a fin de determinar su interés superior en la decisión a tomar y así lo establece el art. 12 CDN (1989), b) La identidad del niño, c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, protección y seguridad del niño, e) Situación de vulnerabilidad, f) El derecho del niño a la salud y g) El derecho del niño a la educación.

#### c.2. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño

El Comité considera que además de los elementos a tenerse en cuenta para la evaluación del interés superior, es necesario establecer garantías procesales tendientes a que el citado interés superior se observe, como son: a) Derecho del niño a opinar en el proceso, b) Determinación de los hechos, c) La percepción del tiempo, d) Profesionales cualificados, e) Representación letrada, f) Argumentación jurídica, g) Mecanismos para examinar o revisar las decisiones y h) Evaluación del impacto en los derechos del niño.

## 2. Jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Justicia

El Comité de los derechos del niño nos brinda criterios a considerar para poder darle contenido al principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, a la luz del caso concreto; sin embargo, no nos ofrece un concepto específico de dicho principio. Veamos entonces qué elementos aporta la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, en adelante la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo TEDH, en su carácter de órganos jurisdiccionales aplicadores y consultores de la norma en materia de derechos humanos, para dar una idea de la conceptualización del interés superior.

## 2.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del Derecho de Familia.

La Corte IDH en repetidas ocasiones se ha pronunciado sobre los derechos de la niñez y la adolescencia, particularmente sobre su interés superior, existiendo un uniforme razonamiento al considerar los derechos de éstos de forma integral y la interacción existente entre la CADH (1969), la CDN (1989) y otros cuerpos normativos, expresan “un claro reconocimiento de los derechos de los niños como categoría especial de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad entera, además de su condición de plenos sujetos de derechos y, especialmente, de derechos humanos”. (Aguilar Cavallo, 2008, p.235), por lo que a continuación se abordan algunas resoluciones dictadas por la citada Corte.

### 2.1.1. *Interés superior del niño*

- a. El Asunto L.M. respecto Paraguay, en el que recayó la Resolución de la Corte IDH, de 01 de julio 2011, contra el Estado de Paraguay. Argumentó la Corte que la materialización del interés superior del niño, exige cautelar y proteger dicho interés, analizar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo [autoridad parental vs. adopción] y asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte, debido a que las dilaciones y el mero transcurso del tiempo pueden favorecer la creación de lazos con la familia tenedora, los cuales podrían erigirse como fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño por el riesgo de afectar su balance emocional y psicológico, razón por la que ordenó al Estado paraguayo adoptar

las medidas cautelares pertinentes para establecer la relación del niño con su familia de origen (Cuadernillo de Jurisprudencia No. 5, Corte IDH, s.f., 26).

- b. En el Asunto Atala Rifo y niñas vs. Chile, sobre Reparaciones y costas, que recayó Sentencia el 24 de febrero de 2012, la Corte IDH sostiene que la orientación sexual de la progenitora y riesgo de estigmatización social para las hijas, no ha de constituir un elemento idóneo a considerar para determinar el interés superior de las niñas, a fin de atribuirle o no la custodia a la progenitora, por restringirle con ello el derecho a ejercer sus derechos sin restricción alguna, por ser discriminatorio considerar su condición social, porque dicha consideración no se hubiese tomado en cuenta si se tratase de padres heterosexuales, salvo que se demuestren los riesgos o daños que podrían conllevar, siendo la autoridad quien deberá probar el supuesto riesgo de estigmatización social. (Cuadernillo de Jurisprudencia No. 5, Corte IDH, s.f., 28-29).

#### *2.1.2. Derecho del niño a ser escuchado y que su opinión se tenga en cuenta*

- a. En el Asunto Atala Rifo e hijas vs. Chile (2012), sobre el derecho de la niñez a ser escuchada en todo procedimiento que les afecte, la Corte IDH invocando la Observación General Número 12 de 2009, del Comité de los Derechos del Niño, resaltó la relación entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, sosteniendo que no puede aplicarse aquel, sin escuchar al niño en los términos establecidos en el art. 12 CDN (1989), ya que la funcionalidad del derecho de escucha está determinada por el interés superior del niño, concluyendo la Corte IDH, que la Corte Suprema de Justicia de Chile violó el derecho de las niñas a ser oídas y ser debidamente tomadas en cuenta, porque las niñas expresaron su preferencia de vivir con su madre, pero aquella no explicó cómo evaluó y determinó el interés superior de las niñas, no dio las razones por las que se apartaron de la opinión de las niñas, limitándose a invocar el interés superior sin

motivar o fundamentar las razones de legitimidad de su decisión. (Cuadernillo de Jurisprudencia No. 5, Corte IDH).

- b. En el asunto *Furlan y Familiares vs. Argentina*, sobre Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, reitera la Corte IDH la progresividad del ejercicio de los derechos del niño atendiendo al desarrollo de su autonomía personal, por lo que el aplicador del derecho tanto en el ámbito administrativo como en el judicial “deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”, debiendo además de escuchar al niño o niños, tomar en cuenta su opinión de acuerdo con su edad y madurez y cuya opinión debe evaluarse caso por caso (Cuadernillo de Jurisprudencia No. 5, Corte IDH, s.f., 20).

### *2.1.3. Derecho del niño a recibir protección y garantías judiciales eficaces*

- a. La Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, afirma que la protección de los intereses del niño se debe brindar con la intervención de instituciones administrativas y jurisdiccionales debidamente calificadas para ello, tal como lo ordena el art. 3.3 de la CDN (1989). Reafirma la Corte IDH que la sola obligación de los Estados de adoptar medidas protectoras y garantías judiciales resulta insuficiente, se ha de contar con operadores del proceso con capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y sobre la protección efectiva de sus derechos, asegurando su ejercicio a través de las garantías procesales, del debido proceso legal y la protección judicial, contenidas en los arts. 37 al 40 de la CDN (1989), concordantes con las garantías jurisdiccionales, contenidas en el art. 8.1 CADH (1969), relativa al derecho a ser oído en el proceso, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable “para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, como el deber estatal contenido en el art. 39 CDN (1989)

de adoptar medidas protectoras a favor de la niñez y adolescencia en situación de riesgo social.

- b. En el asunto Fornerón e hija vs. Argentina, en Sentencia de 27 de abril de 2012, la Corte IDH sostiene que en procedimientos administrativos y judiciales relativos a adopción, guarda y custodia de niños y niñas de la primera infancia deben ventilarse con diligencia y celeridad excepcional por las autoridades, debido a que el transcurso del tiempo puede generar de forma irreversible o irremediable la consolidación de situaciones de hecho perjudiciales para los intereses del niño y para sus progenitores biológicos. La Corte IDH estimó que el Estado de Argentina vulneró los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y el derecho de protección a la familia, lo que provocó una separación familiar de más de doce años entre padre e hija.

## 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito del Derecho de Familia.

De acuerdo con Torrecuadrada García-Lozano (2016), la correcta aplicación del interés superior supone la priorización de dicho interés sobre cualquier otro interés legítimo, lo cual se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como a continuación se describe.

La Sentencia del TEDH contra Francia, relativa a las Sentencias Menesson y Labassee, en las que se afirmaba que la legislación francesa prohibía la inscripción registral de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, porque la actuación de los progenitores es contraria al ordenamiento jurídico francés. Este máximo tribunal europeo estimó que dichas resoluciones vulneran el derecho a la vida privada, protegida en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), por ello declaró la violación del Convenio por el Estado francés atendiendo al superior interés de los niños recién nacidos, quienes tienen derecho a su identidad, al establecimiento de su vínculo filial biológico paterno, a sus derechos

sucesorios y por ser contraria e innecesaria en una sociedad democrática la legislación francesa prohibitiva de la gestación por sustitución y al derecho a la vida privada de los niños, contenido en el art. 8 citado, debiendo el alegado fraude a la ley francesa ceder el paso al interés superior del niño.

En el caso *Neulinger y Shuruk contra Suiza*, en que madre e hija originarias y residentes en el Estado de Israel migran de forma clandestina a Suiza en donde se establecen, el padre entabló la reclamación respectiva al amparo de la Convención de la Haya y el Tribunal Federal Suizo estimó el retorno del niño a Israel. Dicha sentencia fue revocada por la Gran Sala del TEDH, por Sentencia del 6 de julio de 2010, argumentando que la ejecución de la orden de retorno supondría una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del interés superior del niño, porque se colocaría al niño en una situación intolerable, por la solidez de los vínculos creados en el Estado suizo y las alegaciones de violencia esgrimidas por la madre, las que prevalecieron sobre consideraciones generales como la evitación de las sustracciones de menores (Álvarez González, 2010).

### **3. El interés superior del niño, niña y adolescente en la doctrina**

Conociendo las regulaciones existentes sobre el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico internacional y los criterios jurisprudenciales antes abordados, cabe examinar que ha dicho la literatura jurídica al respecto.

#### **3.1. Concepto del interés superior**

Un estudio realizado por López Hurtado (2013), sobre este principio en relación con el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, enmarcado en la realidad jurídica nicaragüense, afirma que:

El principio del interés superior del niño es un principio rector [de la CDN (1989)] orientado a favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y

adolescentes, por tanto, de abe guiar los procesos de formulación de leyes y políticas públicas, el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y las decisiones familiares. (p.39)

Por su parte Abboud Castillo (2016) *en* un estudio jurídico sobre el Derecho nicaragüense, concibe el interés superior del niño desde una perspectiva general, aplicable a la niñez y adolescencia como grupo humano y desde una perspectiva singular, aplicable a cada niño, niña y adolescente atendiendo a su realidad y particulares intereses que se ventilan, cobrando especial relevancia esta última a efectos de determinar la custodia compartida, a la luz del caso concreto en sede judicial y excepcionalmente en sede extrajudicial.

Jean Zermatten, miembro del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas desde el año 2005 hasta 2013 y presidente de dicho órgano del año 2011 hasta 2013, considera que con la evolución socio jurídica de la familia como grupo social, cuyo representante era el *pater familia*, se ha transitado desde la concepción del niño propiedad del padre, sin derecho de hablar, hasta el individualismo producido en la segunda mitad del siglo XX que rompe con tal conceptualización, pasando a tener preeminencia el individuo, por ende el establecimiento de relaciones familiares más democráticas. Sobre este tema véase también a Cardona Llorens, 2014 y Villegas Arenas, 2008.

Sostiene este mismo autor que el interés superior del niño constituye el instrumento jurídico creado para hacer valer esa posición del niño, en tanto ser vulnerable y en proceso de formación que es, a fin de posicionarlo como individuo, con iguales derechos respecto de los otros individuos integrantes del grupo social y ante la indeterminación de éste concepto jurídico, nos ofrece la siguiente definición:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada

con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (Zermatten, 2003, p.15)

González & Rodríguez (s.f.), abordan el interés superior del “menor”, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico mexicano y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, afirman que ese interés superior es un concepto jurídico, caracterizado por la relatividad y movilidad conceptual, el que necesariamente ha de adaptarse a nuevas realidades, cuya indeterminación conceptual se justifica debido a la creciente internacionalización de las relaciones familiares a las que no se escapa la niñez, lo que exige una gran responsabilidad e imaginación de cada uno de los operadores jurídicos en el diseño de parámetros máximos y mínimos para la elaboración de normas, que han de tener como criterio rector el desarrollo y ejercicio pleno de derechos del niño, para su protección integral de forma casuística.

Estrampes, citado por Sokolich Alva (2013), al referirse al sistema judicial peruano, sostiene que si bien el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención, ‘...la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial...’ (p.83).

Para Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras (2014), destacadas exponentes de la doctrina argentina, refieren que la noción del interés superior del niño es:

...un instrumento multifuncional que actúa como principio rector no sólo en supuestos de conflicto (con los intereses de los padres, de los otros integrantes de la familia, del Estado o incluso de los grupos sociales) sino también en las actuaciones cotidianas en las que el niño puede verse envuelto para el ejercicio de sus derechos, ... (p.16)

De Torres Perea (2003), quien ha centrado su estudio sobre el tema en la doctrina alemana, expresa que ésta no ofrece un concepto sobre el interés superior, por considerar temerario pretender definirlo, sino que lo concibe como un instrumento para la solución de conflictos de intereses que pueden afectar al niño, por ello se limita a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir conflicto entre los intereses

del niño respecto de otros intereses en su entorno, estableciendo como pauta prevalente; el interés del niño en cada circunstancia concreta, que ha de conllevar a una solución específica y distinta.

Como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, distintos autores sostienen que el interés superior de la niñez y la adolescencia es un concepto jurídico indeterminado, lo que provoca la diversidad de interpretaciones a dicho principio, lo cual no satisface las exigencias de la seguridad jurídica, por lo que Cillero Bruñol (s.f), propone una interpretación favorecedora de una concepción jurídica precisa de ese principio, congruente con la finalidad de brindar una tutela efectiva de los derechos del niño en un marco de seguridad jurídica, sosteniendo este autor que: “el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos” (p.16).

Postura contraria sostiene Herrera (2011) respecto de Cillero Bruñol (s.f.), ambos doctrinarios del cono sur, afirmando la primera que la determinación de ese interés superior no implica únicamente la plena satisfacción de derechos del niño, niña y adolescentes, porque lo que procede es una ponderación de derechos en circunstancias de conflicto, por ser ahí donde el interés superior del niño entra en juego, debiendo considerarse el impacto en el niño, niña y adolescente sobre la resolución a adoptar.

La literatura sobre el citado interés superior es abundante en cuanto a la indeterminación jurídica del concepto, en tal sentido puede verse también a (Baeza Concha, 2001; Barceló Doménech, 2015; Clavijo Suntura, 2008 y Panatti & Pennise, 2016) entre otros.

En definitiva ese interés superior lo podremos definir desde un punto de vista utilitario; es decir que, el interés superior de la niñez y la adolescencia es un criterio a considerar de forma primordial para la toma de decisiones relativas a los derechos de la niñez y adolescencia, en todas sus esferas, bien sea en su carácter individual o

como grupo social, en cuyo proceso habrá de tenerse en cuenta sus derechos, las circunstancias de hecho en las que éste o éstos se encuentran, la opinión del niño/a o niños/as y adolescente/s involucrados, cuyos elementos servirán al decisor para elegir la solución que más se ajuste a los intereses de éste, siendo la decisión adoptada la que dotará de contenido a dicho concepto jurídico.

### 3.2. Función del interés superior

El principio del interés superior del niño de acuerdo con Sokolich Alva (2013), se constituye en una guía para la toma de decisiones en el ámbito público o privado y más aún en el ámbito judicial, a la luz de la producción probatoria y su valoración, el juzgador de forma razonada determinará lo mejor para el niño y sostiene que:

...aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase 'cliché' o 'plantilla', sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales,<sup>38</sup> acarrea la nulidad del fallo. (p.84)

La anterior idea aplica al contexto nicaragüense cuando el art. 34, inc. 8 de la Constitución Política de Nicaragua (1987) establece el derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la garantía procesal de que se dicte sentencia motivada, razonada y fundada en derecho, siendo este el momento procesal oportuno para que la autoridad judicial exprese las circunstancias concretas de hecho y de derecho que consideró para la adopción de su decisión judicial.

De acuerdo con De Torres Perea (2003), el interés superior del niño tiene una doble función, como es la de dirigir y vigilar las decisiones de los operadores jurídicos, obligando a adoptar las medidas tendentes a garantizar el bienestar del niño, en donde la justicia de forma prioritaria se ha de adaptar al caso concreto sobre la regla general y de acuerdo con el contexto social de cada época.

En similares términos se pronuncia Zermatten (2003), sobre la noción del interés superior del niño al referir que:

...es una noción que tiene dos funciones 'clásicas' el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución). Criterio de control: interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado... Criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es 'en el interés del niño'. (p.11)

### 3.3. Determinación del interés superior

Simón Campaña (2013), recopila distintas propuestas doctrinales para la determinación del interés superior del niño, sostenidas por algunos autores que abordamos en lo sucesivo.

Gilles Lebreton citado por Simón Campaña (2013), sostiene que el interés superior del menor refleja una visión ultraindividualista, incompatible con el espíritu republicano de los franceses, lo que califica incluso como un mito, que el interés del menor debe ser evaluado al mismo nivel del interés de otras personas y ante el conflicto de intereses se ha de dar un tratamiento de balance o equilibrio, ya que ningún interés particular ha de ser superior a otros intereses particulares y menos aún frente al interés general, por ello no admite el derecho francés la calificación de superioridad del interés del menor.

María Linacero de la Fuente, también citada por el mismo autor Simón Campaña (2013), arguye que el interés del menor solo puede ser perfilado por la casuística, el cual se materializa tomando como guía los derechos fundamentales y propone tres límites en la solución de los casos para que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad: la racionalidad en la apreciación de los hechos, evitar que se cause perjuicio al bienestar espiritual y material del menor y la protección de los derechos del niño contenidos en la legislación nacional e internacional, debiendo prevalecer

los derechos del niño frente al interés general de la familia, más no a la obligación legal de privilegiar el interés del niño.

Aguilar Cavallo (2008), al respecto aduce que es la autoridad judicial quien en definitiva determina el interés superior del niño, que similares criterios a los adoptados por la Corte IDH ha adoptado la legislación británica 'Children Act 1989', en relación con la crianza de niños, en que el juez tomará en consideración:

a) los deseos y sentimientos ciertos del niño respectivo, b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en él de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad, sexo, personalidad y cualquier característica de él que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño ha sufrido o que está en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son sus padres, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere la cuestión ser relevante, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión. (p.244)

Para el abordaje del interés superior del niño, de acuerdo con Manuel de Torres Perea, citado por Simón Campaña (2013), propone un enfoque multidisciplinar tópico, tipificando los grupos de casos, que habrán de sistematizarse para la obtención de sus características que operen como elementos de los supuestos de hechos de la norma, para la subsunción del caso concreto en los supuestos tipificados, lo que permitirá darle contenido concreto al interés del menor, proponiendo en esos grupos de casos; la patria potestad, el acogimiento, la adopción y la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja de hecho, entre otros.

Si bien existe convergencia en la mayoría de los autores sobre la indeterminación del concepto del interés superior del niño, niña y adolescente y que su contenido ha de determinarse a la luz del caso concreto, el debate gira entonces en cuanto a su correcta aplicación, por lo que cabe abordar ahora las regulaciones que sobre dicha temática se encuentran en el derecho comparado que pudiesen aplicarse al contexto nicaragüense.

#### **4. El interés superior en el derecho comparado**

El interés superior de la niñez y la adolescencia en el ámbito centroamericano, se encuentra regulado en el art. 5 del Código de la niñez y la juventud de Guatemala (1996) y los arts. 8 y 350 del Código de familia de El Salvador (1993), al incorporarlo en su ordenamiento jurídico y definiéndolo en términos similares a como se define en el ordenamiento jurídico nicaragüense, que más adelante abordará a fin de no hacer reiteraciones innecesarias. El art. 6 del Código de familia de Honduras (1984), regula el interés superior como un principio de carácter sustantivo y procesal, los arts. 137 y 151 del Código de familia de Costa Rica (1974), lo invocan ante supuestos normativos de adopción y sobre la administración de bienes de menores de edad como un principio interpretativo y el art. 2 del Código de familia de Panamá (1994), lo acoge como un principio de carácter procesal, sin embargo en ninguno de los tres cuerpos normativos citados se define dicho principio.

Por su importante avance jurídico normativo, se ha examinado la legislación boliviana y argentina, encontrando que el Código de las familias y del proceso familiar de Bolivia (2014) invoca el interés superior en sus arts. 6, inc. i y 220, inc. k, como un principio de carácter sustantivo y procesal y luego lo invoca expresamente como un criterio a considerar en disposiciones normativas concretas relativas a la autoridad parental, asistencia familiar, cuidado de los hijos e hijas, en sus arts. 40, 109 y 212, igual fórmula sigue el Código civil y comercial de Argentina (2014) en distintos supuestos normativos relativos a: filiación, adopción, responsabilidad parental, restitución internacional, contenidos en los arts. 64, 595, 604, 621, 627, 639, 2634, 2637, 2639 y 2642. Estas regulaciones en materia familiar de Argentina encuentran su complemento en normas específicas sobre la niñez y adolescencia contenidas en la Ley No. 26061, Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de 2005, de ese país, la que tiene por objeto según el art. 1, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en su territorio, reconocidos por su ordenamiento jurídico y por los tratados internacionales de los que es parte, cuyo sustento es el interés superior de la niñez y

la adolescencia. Además el art. 3 de la citada ley establece que ha de entenderse por el interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley y enumera seis criterios que se han de observar para tal fin, como son: a) Su condición de sujeto de derecho, b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, f) Su centro de vida. Tales criterios permiten a los operadores del sistema judicial y administrativo delinear el contenido del interés superior en el caso concreto, los que pudiesen aplicarse en el contexto jurídico nicaragüense por la similitud en sus regulaciones jurídicas.

##### **5. El interés superior del niño, niña y adolescente en el ordenamiento jurídico familiar nicaragüense**

Nicaragua es signataria, desde el año 1990, de la CDN (1989). Es así, que la reforma constitucional operada por la Ley 192, Ley de reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua (1995), se adicionó un segundo párrafo al art. 71 de la Constitución, en el que se acoge la CDN de forma expresa, dándole con ello, rango constitucional a la Convención citada, lo que ha quedado establecido por las sentencias 57 y 78, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ambas del año 2010, en virtud de que los tratados no citados en los arts. 46 y 71 Cn, tienen rango infra constitucional (Cárdenas Velásquez, 2011). La adición normativa al art. 71 constitucional dice así: "...La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la convención internacional de los derechos del niño y la niña".

La recepción de la CDN (1989) en Nicaragua, implicó un cambio de concepciones basadas en la doctrina tutelar, al asumir la doctrina de protección integral de los

derechos de la niñez que acoge la CDN (O'Donnell, 2004), y derivó en su desarrollo normativo ordinario.

Como expresión de ese desarrollo normativo, en 1998 se promulgó el CNA, el cual se encuentra vigente, a fin de brindar una protección integral a la niñez, en concordancia con la Constitución Política y los Convenios internacionales y en cuyo contenido acoge y desarrolla las disposiciones contenidas en la CDN (1989).

El art. 9 CNA prácticamente transpone el art. 3, inc.1 CDN al disponer que:

En todas las medidas que tomen las Instituciones públicas y privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades nacionales, municipales y de las Regiones Autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación de este Código, se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente.

El art. 10 CNA establece el principio del interés superior, como rector en la interpretación y aplicación de las normas en él contenidas y define este principio, en los siguientes términos: “Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado”.

Si bien esta definición es un tanto imprecisa, al día de hoy, ha de reconocerse el esfuerzo legislativo, a fin de definir el concepto, del que carece la CDN (1989), conceptualización que es anterior a la Observación General No. 14 (2013), aunque de la misma se desprende el reconocimiento implícito de su indeterminación, al aludir a “todo aquello que favorezca su pleno desarrollo...”, “que le beneficie en su máximo grado”, habrá entonces que determinar que es todo aquello que favorezca al niño, y aquello que le beneficie en su máximo grado. Ante tal vaguedad, se debe acudir entonces a las pautas que nos ofrece la Observación General No. 14 (2013) y apoyarnos en la doctrina para determinar cuál será el contenido de ese interés superior de la niñez y la adolescencia, a fin de evitar una discrecionalidad lesiva de sus

intereses, en el ámbito dentro del cual circunscribimos nuestro estudio, la jurisdicción familiar, cuyo principio ha conceptualizado esta autora en apartados anteriores.

Otro hito importante sobre los derechos de la niñez en el derecho patrio, lo constituyó la Ley 614, Ley de reformas a la Ley de Adopción (2007) que posibilita la adopción internacional y también la aprobación de la Ley 623, Ley de responsabilidad paterna y materna también en el año 2007, acogiendo ambas legislaciones en su contenido como principio rector el interés superior del niño en idénticos términos del contenido del art.10 CNA en su parte *in fine*.

En ese devenir normativo nacional que acoge el interés superior, destaca, como un suceso de trascendental importancia, la aprobación del primer Código de Familia de Nicaragua, vigente desde el año 2015, luego de veinte años de intensos debates sobre algunos temas objeto de su regulación. La ley 870, Código de la Familia (2014), entró en vigencia el 8 de abril de 2015, el que tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la familia y sus integrantes en sus relaciones familiares y sus efectos jurídicos. Este cuerpo normativo contiene diez principios rectores, todos ellos dirigidos a la protección, desarrollo y fortalecimiento de la familia y a la promoción de derechos de todos sus integrantes en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna.

El interés superior del niño, niña y adolescente contenido en su art. 2. Inc. i) CFN, es uno de sus principios rectores y se le da el contenido establecido en el CNA, lo que se reitera en el art. 440 CFN y recuerda a las autoridades judiciales el deber de ajustar sus actuaciones a dicho principio, enlistando todos los elementos a considerar para materializar su cumplimiento, tal como le prevé el art. 3 de la CDN y el art. 10 CNA.

En el contexto jurídico nicaragüense el interés superior citado, se aplica no sólo por la autoridad judicial, sino también por las autoridades administrativas; concretamente, por el Ministerio de la Familia, adolescencia y niñez, quien tiene competencia en materia de conciliación familiar, conforme los arts. 562, 565 y 577 CFN, en el proceso administrativo de adopción, según los arts. 621, 622 y 652 CFN; y, por el Registro del

Estado Civil de las Personas, al conocer sobre inscripciones provisionales de nacimiento, regladas por el art. 584 CFN.

Se puede afirmar que el art. 2, inc. i) CFN en su parte *in fine*, expresa la tridimensionalidad del interés superior a que alude la Observación General No. 14 (2013), al poner de manifiesto su carácter sustantivo, al reconocer la vigencia, satisfacción y disfrute de derechos, libertades y garantías de forma integral y un reconocimiento expreso de la plena vigencia del catálogo de derecho del niño contenidos en la CDN. También pone de manifiesto su dimensión interpretativa por cuanto se ordena decidir sobre medidas provisionales o definitivas concernientes a la niñez, a la luz de los hechos y la prueba que se presenta, evaluando en el caso concreto todo aquello que favorezca el pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural y social del niño, niña y adolescente, con base en la labor interpretativa de los hechos y de la norma, por los profesionales del derecho que conducen a los litigantes y por la autoridad judicial con su propia labor interpretativa y decisoria. Además el carácter normativo procedimental de dicho principio se expresa en el artículo citado, al establecer que los procedimientos establecidos en este Código se tramitarán de oficio y atendiendo al citado interés superior.

Teniendo entonces el catálogo de derechos atinentes a la acción procesal respectiva, los hechos y la producción probatoria a instancia de parte, oficiosa inclusive, y escuchando al niño, niña y adolescente, por sí o a través de expertos, podrá entonces la autoridad judicial interpretando y aplicando adecuadamente el art. 2, inc. i), evaluar y determinar el interés superior en el caso concreto, con el apoyo de otros elementos que para la acción procesal respectiva nos ofrece la Observación General No. 14 (2013) y medidas de acción positivas o afirmativas (Iribarne González, 2014), que a lo largo de dicho cuerpo normativo familiar se encuentran, que son vivas manifestaciones del interés superior de la niñez y la adolescencia, los que constituyen elementos expresamente establecidos en la norma jurídica sustantiva y procesal familiar a tener en cuenta para la evaluación del interés superior y su determinación.

Por su parte el art. 440 del CFN, recuerda a la autoridad judicial el deber de sujeción en sus actuaciones al principio del interés superior del niño, niña y adolescente, transpone el citado art. 10 CNA, para definir lo que se concibe por tal interés y ordena la remisión normativa al Libro Primero del CNA relativo a los derechos, libertades, garantías y deberes de la niñez, en la materia familiar para su aplicación en lo pertinente.

De forma expresa, en los procedimientos administrativos de adopción, el legislador impone el deber de observar el interés superior, considerando particularmente para su determinación el derecho consuetudinario, usos y costumbres de los pueblos originarios y afrodescendientes en materia de adopción de niñas, niños y adolescentes de esa procedencia, como lo ordena el art. 622 del CFN, previamente citado.

Como se constata en las normas citadas, todos en general, y en particular las autoridades judiciales y administrativas, tienen el deber de observar el interés superior del niño, niña y adolescente, así que haremos una breve incursión en el quehacer jurisdiccional familiar nicaragüense, a fin de conocer sobre la aplicación de éste.

## **6. Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescentes por los jueces de familia en Nicaragua**

Con la finalidad de conocer de forma exploratoria sobre la aplicación del interés superior de la niñez y adolescencia en el ámbito jurisdiccional nicaragüense, se han revisado 32 sentencias judiciales dictadas en el año 2016, procedentes de 10 juzgados de Distrito de Familia de Managua, habiendo tomado al azar 7 causas sobre pérdida o suspensión de la autoridad parental, 12 causas sobre cuidado y crianza y 13 de adopción.

Empleando la técnica documental, se sistematizó el estudio de las 32 sentencias señaladas, tomando como referente para el análisis los criterios, elementos o factores para la evaluación del interés superior, que nos ofrece la Observación General No. 14 (2013) ya citada, cuyos criterios objeto de examen fueron: a) La opinión de la niñez y

la adolescencia, de acuerdo con su edad y madurez, a fin de determinar su interés superior en la decisión a tomar, b) La identidad del niño, c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, protección y seguridad del niño, e) Situación de vulnerabilidad, f) El derecho del niño a la salud y g) El derecho del niño, niña y adolescentes a la educación.

De las sentencias revisadas, en términos generales se puede afirmar que en el 72 % (23) se invoca expresamente el principio del interés superior y en un 28% (9) no se invoca; sin embargo, no basta con invocar dicho principio, sino identificar qué elementos se consideraron para justificar las resoluciones judiciales para tutelar ese interés superior de la niñez y adolescencia.

En las 23 sentencias en la que se invocó el interés superior del niño, no necesariamente expresan o justifican haber atendido al interés superior para la adopción de su decisión, encontrando 2 sentencias que citan dicho principio, pero no justifican la decisión. De entre las 9 sentencias que no invocan dicho principio, alentadoramente fueron considerados algunos de los elementos o circunstancias que pudiesen conducir a la determinación de éste, lo que denota el interés de brindar una solución integral a la situación familiar planteada. En su mayoría las resoluciones tienden a justificar la decisión a adoptar con la finalidad de tutelar el interés superior, aunque no lo hayan invocado.

Un elemento fundamental y garante del debido proceso judicial para la evaluación del interés superior de la niñez y la adolescencia lo constituye el derecho a ser escuchado y de las 32 sentencias dictadas recaídas sobre idéntico número de causas, en el 66% (21) de ellas se garantizó a las niñas, niños o adolescentes involucrados, el derecho a ser escuchados, en tanto que en un 34% (11) no se garantizó tal derecho; sin embargo, 4 de éstas, invocan el interés superior. Cabe preguntarse entonces, cómo tutelar el interés superior sin que la autoridad judicial haya escuchado al niño, niña o adolescente, personalmente o a través de profesionales expertos en la materia?; sin embargo, con la actividad probatoria se logra dar respuesta a los otros elementos a considerar para la

toma de decisiones, pero desde el punto de vista procesal no es subsanable tal omisión, porque la escucha y participación del niño niña y adolescente en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte es una garantía procesal, tornando nulo el proceso en consecuencia, por inobservancia de los arts. 12 CDN, 71 Cn, 17 CNA y 448 CFN, por ser preceptivos.

#### 6.1. Pérdida o suspensión de la autoridad parental

En las 7 sentencias revisadas sobre pérdida o suspensión de la autoridad parental, el 57% (4) de ellas no aluden al interés superior y en igual número no se conoció la opinión del niño, aunque no concurren ambas circunstancias en cada caso. Siendo que se trata de decidir sobre la privación o suspensión de la responsabilidad parental a uno de progenitores en estas causas y teniendo la autoridad judicial la gran responsabilidad de decidir si se aparta o no al progenitor demandado de la vida el hijo, conocer la opinión del niño es fundamental. Pese a este craso error, al menos 4 ó 5 de los 7 elementos que sugiere el Comité en la Observación General No. 14 (2013) de alguna manera fueron considerados, desde la perspectiva de los adultos, no así el derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado en el 57% (4) de los casos, para observar la realidad desde su perspectiva y en su caso adoptar las medidas protectoras o cautelares apropiadas, si fuese el caso.

#### 6.2. Cuido, crianza y representación legal exclusiva

De las 12 sentencias estudiadas sobre cuidado y crianza, en el 66.6% (8) se invoca el principio del interés superior y en igual proporción no se garantizó al niño, niña y adolescente la oportunidad de verter su opinión en el procedimiento judicial. En un 33.3% (4) no se invocó dicho principio y en idéntica proporción se garantizó a los niños involucrados el derecho de ser escuchados.

Una nota característica en los procedimientos de cuidado y crianza en el contexto jurídico nicaragüense, es que cabe la conciliación y uno de los principios rectores del

proceso de familia es el de solución colaborativa entre las partes, de forma que sin llegar a conocer el fondo de la controversia con la producción probatoria, es en audiencia inicial donde generalmente se producen los acuerdos conciliatorios, sobre la base del consenso entre las partes ante la autoridad judicial, poniéndole fin al conflicto familiar. Dichos acuerdos hipotéticamente responderán al interés superior del niño, niña y adolescente; sin embargo, en esta etapa inicial del proceso no se ha logrado conocer las reales circunstancias, necesidades personales, educativas, padecimientos y sentimientos éstos, tornándose necesario establecer un protocolo de actuaciones a fin de garantizar una adecuada intervención y participación de la niñez y adolescencia en los procesos judiciales de familia, pudiendo tomarse como referente la Instrucción No. 187/07, del Tribunal Supremo Popular de Cuba sobre este tema, en lo que fuese aplicable.

En las sentencias sobre cuidado y crianza se observa que el 33.3% (4) de ellas tenían por finalidad la atribución del cuidado y crianza y representación legal exclusiva a uno de los progenitores con fines migratorios y en 3 de ellas se invoca el principio del interés superior del niño. En 2 de los casos hubo allanamiento de la parte demandada a través de representante judicialmente designado por ser de domicilio desconocido el demandado, en 1 caso hubo acuerdo conciliatorio y 1 caso se resolvió por decisión judicial al haber oposición del progenitor demandado, privado de libertad, y en todos ellos se estimó la pretensión de la demanda. Lo cierto es que en los 4 casos, no se escuchó la opinión de los niños, niñas y adolescentes involucrados, de forma directa o a través del equipo técnico asesor de la judicatura; en 2 de los casos, contando con edades de 9, 11 y 17 años de edad, en los otros 2 casos, no se tiene certeza incluso de sus edades.

De lo anterior se infiere que algunas soluciones han sido construidas desde la perspectiva de los adultos, de las partes procesales, asesores técnicos o representantes y las autoridades administrativas y judiciales, sin actividad probatoria alguna y sin escuchar al niño, niña y adolescente, a quienes les asiste el derecho a ser escuchados en todo procedimiento que les afecte como lo ordena el art. 448 CFN, de forma personal

en función de su edad y madurez y de forma obligatoria cuando sean mayores de siete años, aunque su capacidad de ejercicio esté limitada por alguna discapacidad intelectual, teniendo derecho de intervenir en el procedimiento para expresar sus opiniones, y a los niños y niñas menores de siete años o niños, niñas y adolescentes con discapacidad intelectual se les oírán a través de un órgano apropiado como lo señala el art. 12 de la CDN (1989) y el art. 23 CF. De ahí la necesidad de apoyo en otras disciplinas del conocimiento para auxiliar a las autoridades administrativas y jurisdiccionales en aquellos casos en que se requiera, siendo fundamental la existencia y el fortalecimiento de los equipos interdisciplinarios, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional a nivel nacional, para tal fin.

Si bien el principio de solución colaborativa entre las partes debe promoverse cuando quepa, también ha de procurarse la observancia de los demás principios sustantivos y procesales, por las autoridades judiciales, abogados y autoridades administrativas, debiendo desempeñar diligentemente su rol, a fin de contribuir a que la autoridad judicial disponga de los elementos necesarios para la adopción de una decisión judicial ajustada a derecho.

### 6.3. Adopción

El panorama se torna bastante alentador al revisar las 13 sentencias de adopción en las que es notorio que el principio orientador de todo el procedimiento administrativo y judicial gira verdaderamente en torno al interés superior de la niñez y la adolescencia. Esta afirmación tiene su fundamento en que en el 100% de los casos la opinión del niño ha sido escuchada personalmente o por medio de los Equipos psicosociales del Ministerio de la Familia y en el 85% (11) de las causas, expresamente se invocó el interés superior, el que de forma significativa se motivó y fundamentó. En 1 de los 13 casos, se alude al interés superior de forma circunstancial, sin vinculación alguna al caso concreto y en 1 caso más, no se hace alusión alguna a dicho principio, siendo la sentencia por excelencia el espacio para plasmar la interpretación normativa, en la que el juzgador argumenta su decisión.

Es notorio el cumplimiento de los requisitos de ley en los casos de adopción citados, aunque la interpretación y argumentación judicial que condujo a considerar que la adopción era lo más conveniente para tutelar el interés superior no se encuentre claramente expresada en torno a éste, las sentencias analizadas hacen mucho énfasis en el cumplimiento de los requisitos de ley, a nivel administrativo y judicial, requisitos configurados por el legislador de tal manera que conducen a hacer primar dicho interés superior, aunque no se hubiesen invocado por la autoridad judicial.

El mérito en este tipo de procesos es compartido, efectivamente se requiere de personal calificado como lo señala la Observación General No. 14 (2013) y de la actuación administrativa y judicial en estos casos se constata el manejo de los procedimientos, lo que llama la atención porque siendo un poco más complejas este tipo de acciones procesales, denotan mayor pericia administrativa y judicial, aunque no con la celeridad deseada, que obedece posiblemente al tiempo de duración del procedimiento administrativo con rigurosos requisitos y luego el procedimiento judicial. Tal desempeño lleva a la conclusión de que en la actuación administrativa y jurisdiccional hay mayor empeño, por ser un campo en el que evidentemente se está procurando tutelar los intereses de una persona menor de edad en especial situación de vulnerabilidad, donde el rol de los profesionales de los equipos psicosociales juega un papel determinante, por ser quienes llegan a tener una mayor aproximación a la realidad de los hechos, son quienes logran conocer las apremiantes necesidades materiales y afectivas de los niños en todas sus esferas y las posibilidades de satisfacción por los postulantes a progenitores.

Toda la información administrativamente recopilada es el preámbulo del procedimiento judicial; la autoridad judicial verifica el cumplimiento de los requisitos de ley y dispone de los elementos necesarios para la toma de decisiones sobre unos hechos previamente determinados, a diferencia de lo que ocurre con otras acciones procesales en las que se tienen dos historias y sobre las cuales se exploran soluciones colaborativas en la audiencia inicial o en la probatoria, sin que haya habido actividad

probatoria alguna, salvo alguna prueba documental. Por ello, en las citadas acciones de pérdida o suspensión de la autoridad parental, cuidado y crianza y comunicación, contacto y visitas, es necesario encontrar un punto de equilibrio en la aplicación de los principios procesales de solución colaborativa entre las partes y el interés superior del niño y no siendo posible, primará entonces el interés superior de la niñez y la adolescencia.

Los datos aportados revelan situaciones que denotan desaciertos, pero también avances en los derechos de la niñez y en particular en la dotación de contenido al principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en casos concretos, aunque no de forma categórica, con dominio pleno, ni similar, por ello es necesario crear o desarrollar en los profesionales administrativos y jurisdiccionales de Nicaragua [funcionarios del Ministerio de la familia, adolescencia y niñez, procuradores de familia, autoridades judiciales de la materia relativas a los derechos humanos de la niñez y la familia], las capacidades técnicas para una adecuada aplicación de dicho principio, como también el establecimiento de criterios a tener en cuenta para la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente. A ello se agrega la necesaria especialización de la jurisdicción familiar en todos sus niveles y la presencia y debida intervención de las autoridades administrativas intervinientes en los procesos de familia.

## **7. Criterios de actuación para la aplicación de interés superior del niño, niña y adolescente**

Teniendo como base los instrumentos jurídicos internacionales estudiados, las posturas doctrinarias abordadas, de gran valía para la realidad nicaragüense por la similitud de su sistema jurídico con las latitudes a que dichos autores se refieren, el ordenamiento jurídico nicaragüense y una práctica forense un tanto dispar en las 10 judicaturas, de donde proceden las sentencias analizadas, con condiciones técnicas y materiales similares y con idéntica ubicación geográfica, esta autora considera necesario establecer algunas pautas mínimas que contribuyan a la labor judicial y

administrativa inclusive, que posibiliten la evaluación y determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia, a fin de garantizar que éste principio sea una consideración primordial en cada caso en particular frente a otros intereses en juego.

Como consecuencia de lo anterior, me permito aconsejar a las autoridades judiciales y administrativas en materia de familia en Nicaragua adoptar los siguientes criterios de actuación:

- a. Garantizar que en todos los procesos administrativos y judiciales que conciernan a niños, niñas y adolescentes, éstos participen en el proceso de forma directa, o a través de los equipos interdisciplinarios, considerando su edad y circunstancias personales como la discapacidad y exposición a situaciones de violencia intrafamiliar, con la finalidad de conocer su opinión sobre la situación familiar que les afecta, una vez que se les informe el contenido del procedimiento que les atañe, sin que ello implique la confrontación con sus progenitores, a fin de evitar graves secuelas.
- b. La opinión de los niños, niñas y adolescentes debe ser valorada cualitativamente y en atención a su capacidad progresiva para la adopción de decisiones familiares.
- c. La intervención preceptiva de los equipos interdisciplinarios para la determinación de los hechos y posibles recomendaciones de su área del conocimiento, en los casos en que se controvierta la autoridad parental, el cuidado y crianza, la comunicación contacto y visitas y adopciones, a fin de que la autoridad judicial pueda resolver con pleno conocimiento de causa.
- d. Los acuerdos concertados en trámites conciliatorios, en las causas en que cabe, se ha de tener en cuenta la escucha y participación activa de los niños, niñas y adolescentes involucrados, como también los hallazgos que revelan los estudios interdisciplinarios, a fin de garantizar que dichos acuerdos se ajusten a los intereses éstos prioritariamente y para la adopción de medidas protectoras en su caso, debido al interés público y social en juego, estableciendo un protocolo de actuaciones aplicable al ámbito administrativo y judicial para tal fin.

- e. Se ha de determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, evaluando su entorno familiar, social, escolar, apego a uno u otro progenitor y demás integrantes del núcleo familiar, atenciones que éstos le dispensan, y posibles situaciones de riesgo familiar y social, a fin de que las decisiones a adoptar se ajusten a su interés superior y al de otros niños, niñas y adolescentes directamente involucrados, considerando el impacto que la decisión a adoptar pueda causarle.
- f. Procurar un abordaje integral con los niños, niñas y adolescentes en el proceso administrativo y jurisdiccional sobre la situación familiar que les afecta, a fin de no causar revictimización.
- g. Los miembros de los equipos interdisciplinarios, las autoridades administrativas y jurisdiccionales han de contar con las capacidades técnicas requeridas para intervenir en procedimientos familiares que involucren los derechos de niños, niñas y adolescentes, particularmente sobre derechos humanos de la niñez y de la familia.
- h. La Procuraduría de la familia y el Ministerio de la familia, adolescencia y niñez, deben garantizar su intervención y participación activa en el proceso jurisdiccional, en el que se controvierten los derechos de niños, niñas y adolescentes, por la condición de vulnerabilidad de este grupo social y porque la ley así se los impone.
- i. Adoptar medidas protectoras y cautelares tendentes a materializar provisoriamente el interés superior, en el caso concreto, aún de forma oficiosa y con la diligencia debida, a fin de evitar daños irreversibles en el niño, niña y adolescente, ante la controversia entre progenitores o respecto de terceros involucrados.
- j. Las decisiones administrativas y judiciales relativas a la niñez, habrán de justificar las consideraciones de hechos y de derecho, debidamente argumentadas que condujeron a tomar una u otra decisión respecto de los derechos de un niño, niña y adolescente, involucrado en un procedimiento familiar.

## **Conclusiones y aportes**

Primera: El interés superior del niño, niña y adolescente es un concepto jurídico indeterminado, en lo cual coincide la doctrina mayoritariamente. Es a la luz de cada

caso concreto que se le ha de dotar de contenido a dicho principio, considerando las pautas que para ello ofrece la doctrina y en particular los elementos que ofrece la Observación General No. 14 (2013), para la evaluación y determinación del superior interés del niño. Esta tarea es posible si se cumplen las garantías procesales que el Comité recomienda en dicho instrumento jurídico vinculante para los 196 Estados en los que la CDN (1989) tiene plena vigencia, entre ellos Nicaragua.

Segunda: Podemos definir el interés superior del niño, niña y adolescente desde un punto de vista utilitario, como un criterio a considerar de forma primordial para la toma de decisiones relativas a sus derechos, en cuyo proceso habrá de tenerse en cuenta los derechos de éste, las circunstancias de hecho en las que se encuentra, la opinión del niño/a o niños/as y adolescente/s involucrados, cuyos elementos servirán al decisor para elegir la solución que más se ajuste a los intereses de aquel, siendo la decisión adoptada la que dotará de contenido a dicho concepto.

Tercera: Un muestreo de 32 sentencias dictadas por juzgados de familia en Nicaragua, en el año 2016, revela que el principio de interés superior del niño, niña y adolescentes se invoca en gran medida y en los casos de adopción se evidencia una mayor concreción de éste, debido a la evaluación de las circunstancias para su determinación. En otros casos se le menciona y se valoran algunas circunstancias del caso concreto, aunque de forma dispersa o sin vinculación alguna a dicho principio, o se invoca dicho principio sin la debida motivación y argumentación que condujo a adoptar determinada postura en la decisión judicial.

Cuarta: La audiencia inicial del proceso especial común familiar en Nicaragua, es el escenario en donde la autoridad judicial, procura una solución colaborativa entre las partes en los casos en que esta tiene cabida, de forma que oyendo las proposiciones de una y otra parte procesal se encuentra la solución que a juicio de éstas se ajusta a su realidad familiar, a sus necesidades y a la de sus hijos e hijas, pero esa realidad es la que las partes permiten conocer a la autoridad judicial y la solución que se propone es la que desde su perspectiva soluciona el conflicto familiar, porque en esta etapa

procesal no se ha llegado a conocer la perspectiva del niño, niña y adolescentes, cuyos intereses se encuentran en juego, al haberse adoptado decisiones trascendentales para su vida por personas adultas y desde la perspectiva e intereses de éstas y no desde la perspectiva e intereses de aquel.

Quinta: Es necesario fortalecer a los equipos técnicos asesores [equipos interdisciplinarios] que auxilian a las judicaturas de familia, dotándolos de mayores recursos humanos, materiales y capacidades técnicas para la oportuna realización de los estudios pertinentes, de los que se pueda conocer antes de la audiencia inicial, sobre todo en los casos en que se disputa el cuidado y crianza, comunicación, contacto y visitas y relativos a la suspensión o privación de la autoridad parental, en su caso, para poder controlar que los posibles acuerdos a concertar no vulneren los derechos de la niñez y adolescencia, cuyos intereses se ventilan o fallida la posibilidad conciliatoria pueda la autoridad judicial adoptar la decisión respectiva con unos hechos determinados, a partir de la producción probatoria de parte u oficiosa y con la participación del niño, niña y adolescente en el proceso.

Sexta: Se requiere desarrollar procesos de capacitación en materia de derechos humanos de la niñez y de la familia, dirigidos a los operadores del sistema de justicia familiar, a todos los niveles, a fin de garantizar la satisfacción de los derechos de la niñez en cada una de las actuaciones administrativas y judiciales, o al menos que se considere primordialmente el interés superior del niño, niña y adolescente involucrado en dichos procedimientos.

Séptima: Es necesaria la adopción de un protocolo de actuación administrativo y jurisdiccional familiar, con la finalidad de aplicar adecuadamente el interés superior del niño, niña y adolescente, que ofrezca garantías de la debida intervención y participación de éste en el proceso, de su representación letrada y su derecho a ser escuchado, para la no revictimización con ocasión del proceso, para la reducción del tiempo de duración de los procedimientos y para la adopción y debido cumplimiento de medidas protectoras, como también para la articulación de las instituciones

estatales involucradas dentro de su marco competencial, cuyo Protocolo podría incluir los criterios que esta autora propone para la evaluación y determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia en el ámbito administrativo y jurisdiccional.

### Referencias bibliográficas

Abboud Castillo, N. L. (2016). *El Cuidado Compartido. Especial Referencia al Derecho Nicaragüense* La Habana, Cuba, Tesis Doctoral. Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. Cuba.

Álvarez González, S. (Coord.). (2010). Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 62, (2). Recuperado de: [http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxiu/PDF/REDI\\_VOL\\_LXII\\_2\\_2010/07\\_Jurisprudencia\\_2\\_digital.pdf](http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxiu/PDF/REDI_VOL_LXII_2_2010/07_Jurisprudencia_2_digital.pdf)

Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6, (1). Recuperado de: <http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2008/vol6/no1/9.pdf>

Baeza Concha, G. (2001). El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 28, (2). Recuperado de: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14905/000334708.pdf?sequence=1>

Barceló Doménech, J. (2015). El interés del menor como criterio de aplicación. De la ley valenciana de relaciones familiares. *Revista Boliviana de Derecho*, 19. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4907633>

Bofill, A. & Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Barcelona: Comissió de la Infància de Justícia i Pau. Recuperado de: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf)

Cárdenas Velásquez, B. G. (2011). La jerarquía normativa de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Constitución y la Jurisprudencia de Nicaragua. *Revista de Derecho*, 15. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/807/1/73-94.pdf>

Cardona Llorens, J. (Productor). (2014). *Los derechos del niño a que el interés superior sea una consideración primordial*. [archivo de video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6RllYOtouK8>

Cillero Bruñol, M. (s.f). *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*. Recuperado de: [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Clavijo Suntura, J. H. (2008). *El interés del menor en la custodia compartida*. (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca. Recuperado de: <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/18496>

De Torres Perea, J. M. (2006). "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de Derecho Civil*, 59, (2). Recuperado de: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tratamiento-interes-menor-derecho-aleman-39669147>

Código de la niñez y la juventud, del 27 Septiembre 1996. Guatemala. Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0144>

Código de Familia. Publicado en *El Diario Oficial* No. 677, del 11 de octubre 1993. El Salvador. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_de\\_familia\\_el\\_salvador.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_el_salvador.pdf)

Código de Familia, del 11 de mayo de 1984. Honduras. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Codigo%20de%20Familia%20%28actualizada-07%29.pdf>

Código de Familia. Publicado en *La Gaceta* No. 24, del 5 de febrero de 1974. Costa Rica. Recuperado de: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodefamilia.pdf>

Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 97, del 27 mayo de 1998. Nicaragua.

Código de Familia. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 190, del 8 de octubre de 2014. Nicaragua.

Código civil y comercial de la nación, del 8 de octubre de 2014. Argentina. Recuperado de: [http://www.uba.ar/archivos\\_secyt/image/Ley%2026994.pdf](http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf)

Código de las familias y del proceso familiar. Publicado el 19 de noviembre de 2014. Bolivia. Recuperado de: <https://www.migracion.gob.bo/upload/marcoLegal/leyes/ley-603.pdf>

Constitución Política de Nicaragua de 1987, con sus reformas incorporadas. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 32, del 18 de febrero de 2014. Nicaragua.

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Adoptado el 25 de octubre de 1980. La Haya. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Adoptado el 15 de julio de 1989. Uruguay. Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/2288>

Corte Suprema de Justicia, República de Nicaragua, América Central. (s.f.). *Protocolo de actuaciones para la aplicación de las normas internacionales en materia de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del Derecho de familia*. Recuperado de: [http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/prensa/pdf/protocolo\\_rest\\_intern.pdf](http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/prensa/pdf/protocolo_rest_intern.pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989. Recuperado de: [www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx](http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José. Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convenio Europeo de Derechos Humanos. (1950). Recuperado de: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

Declaración de los Derechos del Niño. (1959). Recuperado de: <http://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Departamento de Derecho Internacional, OEA. *Tratados Multilaterales. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

Facio Montejo, A. (s.f.). *Feminismo, Género y Patriarcado*. Recuperado de: <http://centreatigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>

- Facio Montejó, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD. Recuperado de: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf>
- Gonzalez. N. & Rodríguez S. (s.f.). *Interés Superior del menor. Contexto conceptual*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/3.pdf>
- Herrera, M. (Productora). (2011). Interés Superior del Niño. Estándares de intervención en la práctica judicial de la Provincia de Buenos Aires (custodia y comunicación, daños y restitución internacional) [archivo de video]. Disponible en: <https://youtu.be/ir8IV1hH1q0?t=268>
- Iribarne González, M. M. (2014). Acción positiva. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, University of Wollongong, (6). Recuperado de: [http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2014/04/12-Eunomia6\\_Iribarne\\_final.pdf](http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2014/04/12-Eunomia6_Iribarne_final.pdf)
- Instrucción No. 187/07. Tribunal Supremo Popular. Publicada en *La Gaceta Oficial* No. 006, del 15 de enero de 2008. Cuba.
- Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera M & Lloveras N. (Dir.). (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. Recuperado de: <http://www.slideshare.net/joyestrella/tratado-de-derecho-de-familia-kemelmajer-de-carlucci-tomo-i#>
- Ley de reforma parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Ley No. 192, Aprobada el 1 de Febrero de 1995. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 124, del 4 de Julio de 1995. Recuperado de: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/927804DC295D0AE5062573080056DA6D?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/927804DC295D0AE5062573080056DA6D?OpenDocument)
- Ley No. 614. Ley de reforma y adición al Decreto No. 862 “Ley de Adopción”. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 77, del 25 de Abril de 2007.
- Ley No. 623. Ley de Responsabilidad Paterna y Materna. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 120, del 26 de Junio de 2007.
- Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. Recuperado de: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>
- Ley No. 26.061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, publicada el 26 de octubre de 2005. Argentina. Recuperado de:

[https://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_de\\_Proteccion\\_Integral\\_de\\_los\\_Derechos\\_de\\_las\\_Ninas\\_Ninos\\_y\\_Adolescentes\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_los_Derechos_de_las_Ninas_Ninos_y_Adolescentes_Argentina.pdf)

López Hurtado, C. E. (2013). Aplicación del principio del interés superior del niño en lo relativo a los procesos de filiación. *Cuadernos de Investigación Jurídica*, 1, (7). Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/3340/1/Carlos%20Emilio%20L%C3%B3pez.civ.1.n7pdf.pdf>

Naciones Unidas. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Naciones Unidas. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Panatti, M. V. & Pennise Lontorno de Machado, M. S. (2016). Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, (1). Recuperado de: <http://181.168.124.69/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=15469>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (s.f.) *Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

Organización de Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Recuperado de: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en)

Save de Children (2016). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>

Scotti, Luciana B. (2013). Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños. En Grosman, C. P.; Kemelmajer de Carlucci, A; Lloveras, N y Herrera, M. (Dir.) *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (62). Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-las-garantias-fundamentales.pdf>

Simón, Campaña F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Recuperado de:

[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP\\_Sim%  
Campa](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%c3%b3n_Campa%c3%b1a_Farith_Tesis.pdf)

Sokolich Alva, M. I. (2013). *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171125.pdf>

TorreCuadrada García-Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/4027/402744477004.pdf>

Villegas Arenas, G. (2008). *Familia, ¿cómo vas? Individualismo y cambio de "La familia"*. Manizales: Universidad de Caldas, Recuperado de: [https://books.google.com.ni/books?id=ZjtXuoOTyqIC&pg=PA4&dq=guillermo+Villegas+Arenas&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjmwKCF8u\\_SAhXM7IMKHYYTBE8Q6AEIGDAA#v=onepage&q=guillermo%20Villegas%20Arenas&f=false](https://books.google.com.ni/books?id=ZjtXuoOTyqIC&pg=PA4&dq=guillermo+Villegas+Arenas&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjmwKCF8u_SAhXM7IMKHYYTBE8Q6AEIGDAA#v=onepage&q=guillermo%20Villegas%20Arenas&f=false)

Zermatten, J. (2003). *El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Informe de trabajo 3-2003*. Recuperado de: [http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf)