

LOS DERECHOS DEL NIÑO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

CHILD'S RIGHTS FROM THE INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

*Soledad Torrecuadrada García-Lozano**

RESUMEN

En este artículo se estudian los derechos del niño desde un punto de vista del Derecho Internacional. En un primer momento, se analiza la evolución histórica producida a lo largo del siglo XX hasta llegar a su punto álgido, protagonizado por la Convención de Naciones Unidas de 1989. Sin embargo, el que ha emergido como su elemento esencial (el interés superior del niño) apareció en la jurisprudencia por vez primera en el siglo XVIII. Tras detenernos en la Convención, estudiar el problema que plantea la posibilidad de formular reservar y profundizar en su contenido, el trabajo se centra en concretar el interés superior del niño, su relativismo, la relevancia del derecho a ser escuchado, así como su aplicación en ámbitos materiales distintos del derecho de familia, en el que apareció.

Palabras clave: derechos del niño, interés superior del niño, trabajo infantil, Convención sobre los derechos del niño, relativismo.

ABSTRACT

In this article, the focus is the rights of children from the point of view of International Law. First, the historic evolution that happened in the twentieth century until the 1989 United Nations Convention. Nonetheless, the essential element that has emerged (the best interest of the Child) first appeared through jurisprudence in the XVIII Century. After studying the Convention, it is necessary to study the problems that formulate the Reserved matters as well as underline its content, this paper will shift its focus onto the concretion of the superior interest of the minor, its relativism, la relevant of being heard and its application in different material aspects of family life, in which appeared.

Keywords: Child's rights, Best interest of the Child, Child labor, Convention on the Rights of the Child, relativism.

.....

* Soledad Torrecuadrada García-Lozano es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1996), cuenta con cuatro sexenios de investigación evaluados positivamente por la ANECA (Ministerio de educación. España), es Miembro del Consejo del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer (UAM), Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de su Comisión académica, Miembro fundador del Instituto Demospaz, Instituto de Derechos Humanos, Democracia, Cultura de Paz y no violencia (Fundación Cultura de Paz y la Universidad Autónoma de Madrid), Miembro de la Cátedra Unesco de Cultura de Paz y Derechos Humanos y Miembro del Consejo de Dirección del Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (UNICEF-UAM).

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el estatuto de niño es temporal, así como la relevancia de las experiencias vividas durante la infancia, que tienen la capacidad de marcar el carácter y la actitud ante la vida de los adultos. Por ello, los especialistas afirman que quienes han convivido con la violencia de niños, serán adultos violentos, pues tendemos a reproducir los modelos que hemos observado con normalidad.

También es conocida la naturaleza subsidiaria de la protección internacional de los derechos humanos, que solo interviene en defecto de que la protección nacional resulte satisfactoria. Si nos centramos en los derechos del niño, en tanto que derechos humanos, gozan por esta pertenencia de la garantía de esa subsidiariedad del sistema internacional. En algunos casos, además, como ocurre en Perú, contamos con una dualidad en este punto: por una parte, la que proporciona el sistema regional y el internacional, personificado en el protocolo sobre un procedimiento de comunicaciones, en el que Perú es parte desde 2016¹.

Para abordar el tema que da título a estas páginas voy a seguir el siguiente esquema: Primero estudiaremos la evolución de los derechos del niño en el Derecho Internacional; para continuar con el contenido actual de los derechos del niño, lo que nos hará detenernos en el que es su principio inspirador y el eje de toda la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 1989 (en adelante, la Convención): el interés superior del niño; para terminar, como es habitual en este tipo de trabajos, con unas conclusiones.

II. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los derechos del niño son parte de los derechos humanos, aunque no se hiciera referencia específica a ellos, salvo puntualmente tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en los Pactos de Nueva York, resulta evidente que los niños, en tanto que personas, son titulares de los derechos en estos textos proclamados, con la salvedad de aquellos que solo pueden disfrutarse en edad adulta, como los derechos políticos.

Por otra parte, no puede extrañarnos que las primeras normas internacionales expresamente referidas a los menores fueran adoptadas en el seno de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT) y versaran sobre el trabajo infantil. En este punto hemos de considerar que el trabajo infantil no solo priva a los menores de edad del disfrute de las tareas y los tiempos de ocio propios de cada etapa de la vida, sino también y muy especialmente, en lo que a la vulneración de derechos se refiere, afecta considerablemente a su futuro. Es evidente que quien ha de trabajar, priva al estudio y formación de las horas que aquellas labores les ocupan, por lo que las perspectivas de progreso profesional se detienen. Con ello se introducen en una espiral de pobreza que les impide razonablemente el ascenso profesional, en la medida en que

¹ Ratificó este Protocolo el 6 de enero de 2016, por lo que, dado que la competencia del Comité con fundamento en este tratado solo alcanza a los comportamientos posteriores a la entrada en vigor particular del mismo y que entre sus requisitos se encuentra el necesario agotamiento de los recursos internos, no se ha presentado ninguna comunicación contra el Perú.

estaremos en la mayoría de los casos ante trabajadores de escasa preparación, que ocupan puestos de trabajo de baja escala en la pirámide económica. Además, y por si ello no fuera suficiente, la actividad laboral supone la inserción del trabajador en el mundo de los adultos², lo que implica que el menor que accede a un puesto de trabajo tiene más posibilidades de iniciarse en comportamientos adultos de forma temprana, lo que puede redundar negativamente en su salud, por ejemplo.

De hecho, la primera de las normas internacionales referidas al trabajo infantil, se logra el mismo año de creación de la citada Organización Internacional, es el Convenio n° 5 y tiene por objeto regular la edad mínima en la industria³ (de 1919, adoptado en la tercera reunión de la Conferencia), en vigor desde el 13 de junio de 1923, cuyo artículo primero fijaba en los 14 años la edad mínima para trabajar en empresas industriales “fueran públicas o privadas o, en sus dependencias”, salvo en las empresas familiares, que no se veían alcanzadas por la prohibición. Un año después, se adoptaba el Convenio 7 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo, con idéntico contenido que el anterior (art. 2)⁴. Cronológicamente entre ambos textos se encuentra el Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria, de 1919 (en vigor desde el 13 de junio de 1921)⁵, que eleva la prohibición del empleo nocturno a los menores de dieciocho años, salvo en dos supuestos: uno, el ya visto en los anteriores (empresas familiares) y otro, se rebaja la edad mínima a los dieciséis años en determinadas industrias cuyos trabajos “por razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse día y noche”⁶

En 1921 se adoptó el Convenio que aplicaba el mismo límite a las empresas agrícolas (n° 10), en vigor desde el 31 de agosto de 1931. Sin embargo, su artículo primero introducía una importante salvedad a la prohibición: “excepto fuera de las horas señaladas para la enseñanza escolar. Si los niños trabajasen fuera de las horas señaladas para la enseñanza escolar, el empleo deberá ser de tal naturaleza que no perjudique la asiduidad de aquéllos a la escuela.” Haciendo depender, en consecuencia, la licitud del empleo de la compatibilidad con la asistencia a la escuela. De ellos, Perú solo fue parte en el convenio 10 sobre la edad mínima en la agricultura, cuya ratificación está fechada el 1 de febrero de 1969 y se denunció automáticamente cuando pasó a ser parte en el Convenio 138 sobre la edad mínima en el empleo, adoptado en 1973, ratificado por Perú el 13 de noviembre de 2002.

El objeto de estas páginas no es el trabajo infantil, motivo por el cual no voy a continuar con la relación de tratados internacionales celebrados en la materia auspiciados en el seno de la OIT, pues mi interés en este punto era tan solo el de ilustrar las primeras inquietudes regulatorias de

² Sobre el trabajo infantil y sus consecuencias sobre los derechos del niño, puede verse la información publicada por la OIT sobre la cuestión a partir de: <https://www.ilo.org/ipec/lang--es/index.htm>

³ Ver el texto en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312150

⁴ El texto puede verse en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312152:NO

⁵ El texto íntegro en español se encuentra en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312151:NO

⁶ El artículo 2.2. indica expresamente el tipo de industrias que podrían acogerse a esa salvedad, teniendo en cuenta la continuidad del trabajo, se trata, en concreto de: “(a) fábricas de hierro y acero; trabajos en que se empleen hornos de reverbero o de regeneración y galvanización del palastro y del alambre (con excepción de los talleres de desoxidación); (b) fábricas de vidrio; (c) fábricas de papel; (d) ingenios en los que se trata el azúcar en bruto; (e) reducción del mineral de oro.”

los derechos de los niños. Bien es cierto, que en ellos no se menciona el término derecho, al considerar a los niños objeto de protección y no titulares de derechos y que el propósito de estos textos normativos era regular la situación en presencia desde una perspectiva proteccionista. En todo caso, me refería a las primeras normas internacionales (las auspiciadas en el seno de la OIT) en la materia, pero hay jurisprudencia relacionada con las relaciones paternofiliales, pues en el siglo XVIII los hijos se consideraban una propiedad de los padres. En este sentido, las cuestiones relacionadas con los hijos (el trato dispensado, entre otros) quedaba al margen de la aplicación del derecho normalmente, salvo en los casos en los de separación, en los que los hijos, en tanto que pertenecían a los padres (varones), conservaban legalmente la titularidad de la custodia⁷. La primera vez en la que claramente esto no es así, es precisamente en la Sentencia Blissetts, donde se afirma una excepción a esa regla: en supuestos de abandono por parte del padre se consideraba que renunciaba a la titularidad del derecho apuntado, entendiéndose que el menor estaría mejor protegido con su madre⁸. Aquí se observa el origen del principio del interés superior del niño, que es el fundamento de los Derechos del niño⁹.

Por lo que se refiere a las normas generales de Derecho Internacional relacionadas con los derechos de los niños, siguiendo a Liborio Hierro, hemos de identificar su origen remoto en “Los derechos de los niños”, de Thomas Spence¹⁰, que publicó en 1776 este denominado “panfleto” por el profesor Hierro, porque, aun carente de naturaleza normativa, es el primero en el que se mencionan juntos derecho y niños, al llevar como subtítulo “Los derechos de los niños o el imprescriptible derecho de las madres a una parte de los elementos que resulte suficiente para hacerlas capaces de amamantar y criar a su prole”¹¹.

El siguiente peldaño en la construcción de los derechos del niño, lo encontramos en la Declaración de Ginebra en cuya redacción no participó Eglantyne Jebb (que en abril de 1919 había creado la Save the Children Found¹²), pero que se considera fruto de su empeño personal. El texto fue adoptado por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924¹³. Pese a la relevancia de esta Declaración por su mera existencia, resulta curioso cuando menos que, en ninguno de los cinco párrafos que la componen se utilice el término “derecho”, pues su formulación enumera deberes respecto de los niños “El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual”, es la redacción del primero de ellos, comenzando los cuatro restantes del mismo modo.

Después, tras la Segunda Guerra Mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo utiliza en una ocasión la palabra “niños”, para indicar en el artículo 25.2 que “La

⁷ J.M. Vara González en “El interés superior del menor... ¿a qué?” contextualiza la relación parental en la Inglaterra del siglo XVIII del siguiente modo: “En la Inglaterra del s. XVIII la relación jurídica del padre con sus hijos pertenecía al ámbito de los derechos de propiedad. En las separaciones matrimoniales, el padre conservaba legalmente la titularidad de los derechos de custodia, y podía recuperar la posesión de sus hijos en poder de las madres ejercitando judicialmente el habeas corpus”. Ver texto en: <https://hayderecho.expansion.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>

⁸ Blissetts Case, (1774) 98 Eng. Rep. 899, 899 (K.B.)

⁹ Vid. S. Torrecuadrada García-Lozano, “El Interés superior del niño y sus límites”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° 23, pp. 240 y ss.

¹⁰ L. Hierro Sánchez-Pescador, “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en (AA.VV.), *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos Unicef-AECID*, Madrid, 2015.

¹¹ Id. Nota anterior, p.20.

¹² Ver el texto “La primera carta de los derechos del niño”, en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/primera_carta_derechos_del_nino-.pdf

¹³ El texto íntegro puede verse en: <https://www.humanium.org/fr/texte-integral-declaration-de-geneve/>

maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” y el artículo 26.3 se refiere a que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”, permaneciendo la titularidad del derecho de elección en los padres. Pese a lo anterior, resulta evidente que, si se proclaman los Derechos de todas las personas y, como a nadie se le ocurriría negar que los niños pertenezcan a esta categoría, es claro que son titulares en tanto que personas de los derechos contenidos en la Declaración. Lo mismo cabe decir de los tratados sectoriales de Derechos Humanos (tanto los que se refieren a grupos vulnerables como los que prohíben comportamientos especialmente graves o luctuosos). Por otra parte, algunos derechos restringen su ejercicio hasta una determinada edad, es el caso del matrimonio, que en virtud del artículo 16, solo podrá contraerse tras haber alcanzado la edad núbil, lo que en el Pacto de Derechos civiles y políticos se transforma en “si tienen edad para ello” (artículo 23.2).

Escasas son las menciones en los Pactos de Nueva York, así el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos incorpora un único artículo dedicado a los niños, el artículo 24, que proclama su derecho a “las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, su derecho al nombre y a la nacionalidad, así como la obligación de inscripción registral “inmediatamente después de su nacimiento.” Por otra parte, se refiere a los menores de edad respecto de los procesos protagonizados por ellos (art.10) así como el régimen penitenciario a ellos aplicable” y en relación a la igualdad ante los tribunales incorpora una especificidad respecto de los menores de edad, pues “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario...”

El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Políticos y Culturales responde a idéntico modelo, así su artículo 11, apartado tercero establece el principio de no discriminación así como la obligación de proteger a los niños contra la “explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.” De nuevo, esta reacción nos conduce al problema irresoluble con el que iniciamos estas páginas: el trabajo infantil. Por lo demás, el artículo 12 (apartado 2.a) en relación con las medidas a adoptar por el Estado sobre el derecho a la salud afirma las tendencias a “La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.”

En consecuencia, cuando los tratados de Derechos Humanos que proclaman derechos de todas las personas o proscriben comportamientos hacia ellas alcanzan también a los niños en la misma medida que a los adultos, aunque con dos particularidades: primera, las salvedades expresamente indicadas en los propios tratados (el caso de la celebración del matrimonio, por ejemplo); segunda, incorporando especificidades concretas con el propósito de incrementar la protección respecto de los adultos, debido a su vulnerabilidad.

III. LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Tras la segunda Guerra Mundial, el primer hito que se produce en relación específicamente a los derechos del niño lo encontramos en la Declaración de los Derechos del niño, adoptada el

20 de noviembre de 1959, sin votación. A pesar de que conserva ciertas similitudes con la precedente Declaración de 1924, como su aproximación paternalista o protectora¹⁴, a diferencia de aquella algunos de sus principios formulan derechos de los niños, es el caso, por ejemplo, del principio tercero, que establece lo siguiente: “El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”. Es un texto relevante por distintas razones: una, por su propia existencia para visualizar a los niños como sujeto de derechos; en segundo término, por la importancia de concretar y reiterar algunos de los derechos de los que es titular el niño; y, además, debido a la incorporación del principio del interés superior del niño.

Sobre la primera de las razones, poco podemos añadir para su desarrollo, en una época en la que se estaba construyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la aparición de un texto que reflejara a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad internacional, es suficientemente importante como para merecer ser destacado. Obsérvese que, a pesar de ser una Declaración contenida en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en cuanto tal, con valor meramente recomendatorio, como indica la Carta de la Organización (artículo 11.2) y de compartir, en consecuencia, los problemas advertidos cuando se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵, no deja de ser el instrumento a partir del cual se confeccionó la Convención de 1989 sobre los Derechos del niño.

Por lo que se refiere al contenido de la Declaración, hay que tener en cuenta que, lejos de proclamar los derechos de los que son titulares los niños, se limita a concretar algunos de ellos, realizando un recordatorio de su existencia, puesto que la titularidad de los derechos humanos de los niños está proclamada y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como dijimos antes. En todo caso, reitera junto del derecho a la nacionalidad y al nombre, el derecho a la salud, a la “alimentación, vivienda; recreo y servicios médicos adecuados” (principio cuarto), del derecho a la educación, a “juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados a los fines perseguidos por la educación” (principio octavo).

Además de lo anterior, formula por primera vez en un texto internacional el principio del interés superior del niño, es cierto que expresamente solo lo hace en dos principios, en concreto en el segundo y en el séptimo con relación a la actividad legislativa estatal y acerca de los responsables de su “educación y orientación...” respectivamente¹⁶.

Conocida secularmente la vulnerabilidad de las mujeres y los niños y niñas en los conflictos armados, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta una resolución que contiene la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto

¹⁴ Vid. L. Hierro, op. cit. supra, p. 22. En este sentido, sírvanos como ejemplo el preámbulo, en el que se establece que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales...”.

¹⁵ Dos fueron las críticas recibidas por la Declaración Universal de 1948, que son igualmente predicables de la presente: 1) era un catálogo de derechos carente de sistema de control de incumplimiento alguno por parte de los Estados; 2) era un texto de naturaleza no normativa, en consecuencia no puede hablarse de tal incumplimiento por cuanto no es susceptible de crear obligaciones jurídicamente exigibles, debido a que se ha instrumentalizado a través de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁶ La redacción de estos principios es la siguiente: Principio 2. “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Principio 7, apartado segundo: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.”

armado¹⁷. Este texto, aunque carece de naturaleza normativa, contiene una redacción característica de documentos normativos, utilizando el futuro imperfecto, con el que se identifica la carga obligacional. Así indica, por ejemplo, que “Quedan prohibidos y serán condenados los ataques y bombardeos contra la población civil, que causa sufrimientos indecibles particularmente a las mujeres y los niños, que constituyen el sector más vulnerable de la población”.

El 7 de febrero de 1978, Polonia remitió una propuesta para elaborar un tratado que contuviera una relación de los derechos del niño, claramente inspirada en la Declaración, siendo éste el punto de partida de los trabajos de preparación del texto que consiguió adoptarse once años más tarde. En 1979 se creó un grupo de trabajo que fue el encargado de confeccionar el proyecto de Tratado internacional, que solo pudo adoptarse diez años después, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por consenso¹⁸. A la Convención me voy a referir en el epígrafe siguiente, motivo por el cual, me permitiré continuar con la acción en materia de protección de los Derechos del niño posterior a la adopción de este texto convencional.

A partir de entonces, dado que ya contábamos con un tratado internacional que recogiera la concreción de los derechos de los que eran titulares los niños, las tareas en relación con la infancia se sectorializaron. Así, pocos días después de que se produjera la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (2 de septiembre de 1990) tuvo lugar la Cumbre mundial en favor de la infancia, que reunió a cuarenta Jefes de Estado (38 de ellos Presidentes y dos Reyes) y a veinte Primeros Ministros, que clausuraron una reunión en la que se visualizaron los trabajos que se venían desarrollando en distintos ámbitos materiales relacionados con la infancia. El 14 de diciembre, la Asamblea General adoptaba por consenso las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad¹⁹.

En 1999 se adoptó el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (n° 182) en el seno de la OIT²⁰, que impone a los Estados parte la obligación de adoptar “medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia” (art. 1). Las labores de protección normativa de alcance sectorial de los derechos de los niños no concluyeron aquí, pues la Asamblea General adoptó el texto de los dos Protocolos facultativos de la Convención, uno, sobre los derechos del niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y, otro, sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de nuevo por consenso²¹. Se trata de dos Protocolos que complementan el contenido de la Convención, por los que los Estados que siendo parte en esta última lo desearan, podrían igualmente comprometerse.

¹⁷ Es la resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, que puede verse en: [https://undocs.org/es/A/RES/3318\(XXIX\)](https://undocs.org/es/A/RES/3318(XXIX)).

¹⁸ El texto adoptado se incorpora en la resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, puede verse en: <https://undocs.org/es/A/RES/44/25>

¹⁹ Se trata de las resoluciones 45/112, que puede verse en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx> y la resolución 45/112, en <https://undocs.org/es/A/RES/45/113>

²⁰ En vigor desde el 19 de noviembre de 2000, del que en la actualidad (octubre 2019) son partes 186 Estados, entre ellos Perú, que lo es desde el 10 de enero de 2002.

²¹ Es la resolución 54/263 de la Asamblea General, de 25 de mayo de 2000, el texto puede verse en: <https://undocs.org/es/A/RES/54/263>

Finalmente, el 19 de noviembre de 2011, en el seno de la Asamblea General se procedió a adoptar el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones²². Con este texto se completa el sistema de control de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, exclusivamente respecto de los Estados que siendo partes en ésta hubieran consentido también en este Protocolo facultativo.

IV. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

1. Oponibilidad de la Convención

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño obtuvo una acogida magnífica si nos atenemos al número de Estados que son parte en ella, pues salvo Estados Unidos (Somalia y Sudán del Sur lo ratificaron en 2015), todos los miembros de Naciones Unidas se encuentran obligados jurídicamente por este texto. Sin embargo, ello no debe conducirnos a equívoco alguno, dado que la Convención permite la formulación de reservas²³ y son muchos Estados los que han utilizado este instrumento de flexibilización del contenido del Tratado internacional en cuestión. Quizá el volumen más amplio de reservas proviene de los Estados musulmanes, que como Afganistán, Argelia, Brunei, Irán, Iraq, Jordania, Kuwait, Mauritania, Maldivas... entre otros, reservan todo aquello que pueda contravenir la Ley Islámica (la sharía²⁴), otros, como Malasia, en su reserva, dispone que su consentimiento solo alcanza a aquellas disposiciones de la Convención que resulten acordes con su Constitución y con sus leyes.

En general, de acuerdo con la Guía práctica de las reservas a los tratados internacionales, este tipo de reservas entran dentro de lo que se viene denominando reservas amplias o genéricas, que debido a los términos vagos en los que están redactadas impiden determinar su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, así como identificar el alcance mismo de la reserva en cuestión²⁵. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional indica que cuando la reserva se remite a su compatibilidad con el derecho interno, por ejemplo, sin precisar más (es el caso de la sharía, por ejemplo) “es el carácter a menudo vago y general de las reservas que hacen remisión a él y que excluyen toda posibilidad de que los demás Estados partes

²² De nuevo, e igual que los anteriores, la resolución 66/ 138 se adopta por consenso y su texto puede verse en: <https://undocs.org/es/A/RES/66/138>

²³ El artículo 51 de la Convención expresa la posibilidad de formular reservas con carácter muy amplio, al estar redactado en los siguientes términos: “1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión. 2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención...” En consecuencia, el único límite a respetar a estos efectos es la compatibilidad con el objeto y fin del tratado. Lo que resulta complicado de determinar, pues de la interpretación de cual sea el propósito perseguido por el Tratado dependerá la existencia de la predicada compatibilidad, lo que puede tener una carga de subjetivismo importante.

²⁴ Sobre las reservas de este tipo puede verse el estudio de J.R. Marín Arís, titulado “Reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El caso de los Estados islámicos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 29, junio 2015, puede descargarse desde: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/reservas-incompatibles-con-objeto-fin-convencion-para-eliminacion-todas-formas-discriminacion-contramujer-caso-estados-islamicos>

²⁵ Ver el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a la Asamblea General de Naciones Unidas en el Sexagésimo tercer período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), sobre las reservas, en Documentos Oficiales Sexagésimo sexto período de sesiones Suplemento núm. 10. Doc. A/66/10/Add.1. El texto íntegro puede verse en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

adopten una posición al respecto”²⁶. Esto se debe a que el resto de los Estados desconocen exactamente el alcance de la exclusión pretendida por el formulante de la reserva.

Además de la anterior, el procedimiento de adopción es una de las cuestiones que se ve alcanzada en mayor medida por las reservas, así Argentina formula una reserva de exclusión de la mayoría de los apartados que conforman el artículo 21 en el que se incorpora, dado que no reconocen la adopción internacional, del mismo modo que la República bolivariana de Venezuela (excluye dos de sus apartados, b y d) o como Bangladesh que hace depender la aplicación de este mismo precepto (artículo 21) de la existencia de legislación interna al efecto. Canadá se reserva, por su parte, la posibilidad de aplicar el artículo 21 con relación a los pueblos indígenas en la medida en que pueda resultar incompatible el procedimiento de adopción con las normas consuetudinarias y tradiciones de estos pueblos.

Es cierto que el procedimiento de adopción es el más reservado, obsérvese que la legislación musulmana prohíbe la adopción, pero permite una figura de tutela llamada kafala, que prevé también la Convención de 1989, como una forma de cuidado a los niños privados de su medio familiar (20.3). Sin embargo, no es la única fuente de reservas, Suazilandia, por ejemplo, reserva la extensión del derecho a la educación gratuita a hasta donde alcancen sus recursos económicos o la cooperación internacional a estos efectos, Colombia o Uruguay por su parte, indican que, aunque la Convención fija en 15 la edad mínima para participar en los conflictos armados, esta debería elevarse a los 18. De otro lado, al problema de las reservas se añade el de las objeciones como reacción a su formulación, lo que provoca la complicación a la hora de encontrar la carga obligacional asumida por algunos Estados parte con relación a los demás o a algunos de ellos.

En todo caso, si preferimos ser optimistas, desde una perspectiva formal, podemos congratularnos por el elevado número de Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención. Es el tratado internacional que cuenta con un mayor número de ellos. Tan es así que el artículo 43.2 de la Convención preveía que el Comité de los derechos del niño estaría formado por diez miembros, pero en aplicación de la resolución 50/155 de 21 de diciembre de 1995 de la Asamblea General, se aprobó la elevación de aquellos hasta los dieciocho, que es el número que figura en la actualidad en el precepto en cuestión²⁷.

2. El contenido de la Convención

Los derechos de los que la Convención proclama la titularidad de los niños son, como decía antes, una concreción de los Derechos Humanos ya contenidos para todas las personas en los textos internacionales de Derechos Humanos. De entre ellos, los más novedosos, pueden parecernos la obligación de los Estados de respetar “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” de los niños (artículo 14.1), aunque los padres y, en su defecto, sus representantes legales tienen la obligación y el derecho “de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (artículo 14.2).

²⁶ Id. Nota anterior en el párrafo 3.1.5.2, páginas 375-376, apreciación que se reitera punto por punto con relación a la sharía en las reservas en las páginas 377-378.

²⁷ En la fecha de adopción de la resolución eran ya 182 los Estados partes en la Convención, la enmienda se produjo a propuesta de Costa Rica y se aplicó el procedimiento establecido en el artículo 50 del mismo tratado para su enmienda.

En aquellos Estados en los que “existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.” (artículo 30). En este sentido, también la libertad de expresión en el doble sentido de recibir y expresar sus propias opiniones (artículos 13 y 17), “libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas” (artículo 15), son algunos de los derechos respecto de los cuales proclamar la titularidad de los niños puede parecer novedosa, pero que no lo es, puesto que estaban previamente formulados sin excepciones para todos.

Sin embargo, la verdadera novedad que incorpora la Convención se encuentra en el artículo tercero que formula el interés superior del niño que es, de acuerdo con la Observación General número 14 del Comité de los derechos del niño²⁸, un principio, un derecho, una norma de procedimiento y el mismo fundamento de este tratado internacional. La Convención se refiere en múltiples ocasiones, aunque la más relevante, a mi modo de ver, es la de su artículo tercero, al proclamar (en su apartado primero) 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.”

De esta redacción derivan tres tipos de obligaciones para los Estados parte en la Convención:

- a) Han de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada en su legislación y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas;
- b) Han de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños tengan como fundamento su interés superior. Debiendo, en consecuencia, motivar esas decisiones de conformidad con el interés superior del niño o de los niños afectados.
- c) Más allá de la motivación de los órganos decisores, los Estados han de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas que conciernan o afecten a un niño.

En el artículo 3 de la Convención, que proclama el interés superior del niño, se contienen las directrices aplicables a ámbitos materiales concretos, como la protección frente a la separación de sus padres, que solo podrá producirse cuando:

“las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Situación en la que resulta evidente que lo mejor para el niño será separarlo de los padres que le maltratan o descuidan su debida atención. También se materializa la presencia del interés

²⁸ Puede consultarse completa en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=es

superior del niño en el derecho a mantener relaciones con los progenitores de modo regular y directo “salvo si ello es contrario al interés superior del niño”; o en la responsabilidad en la crianza y desarrollo del niño, siendo la principal preocupación de estos en estas tareas el interés superior del niño en cuestión (artículo 18.1). Igualmente, el interés superior del niño será la consideración primordial en el sistema de adopción (artículo 21); la separación de los niños privados de libertad de los adultos, salvo “que ello se considere contrario al interés superior del niño” (artículo 37); la necesaria presencia de asesor adecuado cuando se sospecha que un niño ha infringido leyes penales salvo “que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño”.

Esto nos conduce a la cuestión acerca de ¿qué es el interés superior del niño?, que vamos a intentar resolver en el epígrafe siguiente.

3. La concreción del interés superior del niño

Que la observancia del interés superior del niño es inexcusable, resulta sobradamente conocido cuando identificamos algunos supuestos concretos. En el caso de España hay algunos difíciles de olvidar, entre ellos dos: uno, el conocido como caso del niño del Royo y otro, el de Ángela González Carreño. El primero de ellos, es un hijo biológico de una madre con trastorno bipolar (cuyo tratamiento interrumpía de forma unilateral) y un padre esquizofrénico, cuya custodia fue retirada a la familia creciendo en un centro de menores hasta los cinco meses, que fue entregado en acogimiento preadoptivo a una familia. Después de 17 meses con esta familia un juez resolvió el recurso presentado por la madre, en el que establecía el ingreso del niño en un centro de menores para que pudiera ser visitado por ella, se relacionaran y a medio plazo pudieran vivir juntos. Desde entonces, la vida del pequeño fue un continuo ingreso y salida de los centros de menores, puesto que la madre podía atenderlo debidamente (de acuerdo con los informes de peritos). A pesar de lo cual, el mismo juez estimó una custodia temporal a favor de la madre, que finalmente fue definitiva. El juez que adoptó estas decisiones evidentemente no tuvo en cuenta el interés superior del niño, que hasta los 18 años careció de estabilidad afectiva y emocional, además de interrupciones en su escolarización²⁹.

El caso de Ángela González Carreño encuentra su origen en una separación matrimonial, cuando el esposo, después de algunos otros malos tratos, la amenazó con un cuchillo. Después de sucesivas denuncias y solicitudes para que la hija de ambos no pasara tiempo con su padre sin acompañamiento, que fueron denegadas, una tarde en ejercicio de su derecho de visita, el padre se marchó con la hija, a la vista de que no regresaba, advirtió a la policía de la tardanza, encontrando los cuerpos sin vida del padre y la niña³⁰.

Si en ambos casos, como en tantos otros, se hubiera observado el interés superior del niño, el resultado habría sido diferente pudiendo haberse evitado, posiblemente, el fatal desenlace indicado en el segundo de los supuestos referidos. En el primero, la experiencia vital del niño durante su infancia potencialmente le habría preparado de mejor manera para el futuro, tanto desde una perspectiva personal como profesional.

²⁹ Información extraída del informe de Prodeni, que puede consultarse en: http://www.prodeni.org/Informes/Informe_Niño_del_Royo_2007_04_23.htm

³⁰ Vid. El detalle de los hechos en el Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su 58° período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014), en relación con la comunicación 47/2012.

Ahora bien ¿Cómo identificar el interés superior del niño? Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el interés superior del niño ha de entenderse como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”³¹. Sin embargo, es imposible omitir los riesgos que derivan de la suma de la volatilidad del interés superior del niño y su prevalencia en la ponderación respecto de cualquier otro interés en presencia, lo que nos conduce a la necesidad de concretar o limitar este concepto, para evitar, como indica C. Madrigal “que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada”³². Otro de los problemas que se suscitan, como indica A. Díez Ojeda deriva del hecho de que “se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el interés superior del niño”³³, riesgo que merece la pena correr a la vista de las consecuencias de no considerarlo adecuadamente.

En la identificación del interés superior del niño en cada caso particular, hemos de tener en cuenta, entre otras cuestiones, el relativismo de su concreción al supuesto concreto o la relevancia del derecho a ser escuchado, junto con el procedimiento a seguir para adoptar la decisión, aspectos a los que dedicaremos a continuación.

i) El relativismo

El relativismo deriva de la singularidad de la evaluación del interés superior que ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla cada niño, grupo de ellos o la categoría de niños en general, lo que puede conducirnos a aplicar soluciones distintas en función de las circunstancias particulares del afectado. Siempre hemos de justificar la adopción de la decisión en el interés superior, aunque la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación susceptible de un riesgo real de subjetividad por el órgano decisor.

Acerca de la relevancia del contexto y los prejuicios derivados de algunas situaciones, contamos con el ejemplo del caso Atala Riffo y niñas contra Chile, en el que la CIDH estableció que, en las circunstancias concretas del caso, no se había probado que la convivencia de las niñas con su madre y su nueva pareja (otra mujer) pudiera afectarles negativamente³⁴. Afirmación de la que no puede extraerse una enseñanza general dado que, si los informes de los peritos evidenciaran esa afectación, la solución del juez, en aras al interés superior del niño, sería distinta.

³¹ Es la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, en el asunto dos erres contra Guatemala, parágrafo 184.

³² C. Madrigal, “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas 29-31 de marzo de 2017, p. 16.

³³ A. Díez Ojeda “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 2*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, p. 25 y ss.

³⁴ C. Manso-Sayao Atmetlla “El interés superior del niño a la luz de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aatala Riffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012” Universidad de Costa Rica, 2014, en <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/EL-INTER%20SUPERIOR-DEL-NI%20A-LA-LUZ-DE-LA-SENTENCIA-DE-LA-CORTE-INTERAMERICANA-DE-DERECOS-HUMANOS-EN-EL-CASO-ATALA-RIFFO-Y-NI%20IAS-VS-CHILE-DEL-24-DE-FEBRERO-DE-2012.pdf>, p. 203.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante)³⁵ nos sirve para ilustrar el relativismo característico del interés superior del niño, al mostrarnos soluciones diversas para dos casos objetivamente similares, en los que el padre biológico solicita ejercer el derecho de visita de su hijo cuyo padre legal es el esposo de la madre, lo que la legislación alemana vigente no permite. El hecho diferencial identificado por el TEDH es que en uno de ellos el padre es de origen africano, por lo que el interés superior de los gemelos nacidos requería prevenir los posibles problemas que pudieran derivar del color de su piel, distinto al del resto de su familia y compañeros del colegio³⁶ y la conveniencia de acceder a la solicitud paterna. La ausencia del hecho diferencial en el segundo caso motiva la distinta solución³⁷, al no poder considerar el elemento determinante en el anterior.

El interés superior es también el fundamento de la actividad legislativa y, en ocasiones, defienden soluciones opuestas. Así, en algunos códigos penales de Oriente Medio (Libia, Argelia, Palestina, Iraq, Siria o Bahrein, por ejemplo), permiten eludir las penas de cárcel al violador o al secuestrador si contraen matrimonio con su víctima³⁸. Cuando esta es menor la medida encuentra fundamento en el interés superior puesto que en las sociedades patriarcales, la violada se contempla como una *propiedad defectuosa*, que con el matrimonio salva su honor, el de su familia, llegándose a afirmar que evita la prostitución. A pesar de ello, considero que el único interés que se protege con el mantenimiento de esta disposición (artículo 182 del Código penal en el caso de Kuwait) es el del agresor que evita la cárcel y tiene a la víctima en casa, para su violación sucesiva y “legal”.

Además, el interés superior es un parámetro de interpretación de la norma aplicable. Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido que en un supuesto de tutela (concretamente, de kafala, vid. *Infra*), si bien el tutelado no es descendiente directo del tutor y, en consecuencia, no es miembro de su familia a los efectos de las normas de la UE, cuando los Estados miembros interpreten este concepto para considerar el derecho de los familiares de un ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales (artículos 7 y 24.2)³⁹. Es decir, teniendo como parámetro interpretativo el interés superior del niño, si se demuestra que el tutor y el tutelado tienen una vida familiar efectiva dependiendo el último del primero, debería verse alcanzado por los efectos de la norma.

ii) La relevancia del derecho a ser escuchado

Un instrumento para identificar el interés superior es el derecho a ser escuchado (no simplemente oído), que además es un derecho autónomo del interés superior. De conformidad con el Tribunal Constitucional español nos encontramos ante un “derecho indisponible de los

³⁵ El TEDH no se pronuncia sobre el interés superior del niño porque no aparece en cuanto tal en el Convenio Europeo y, normalmente cuando se ha hecho alusión a él ha sido para reivindicar el derecho a una vida familiar (art.8). En este sentido, el TEDH solo controla si los tribunales nacionales han hecho uso razonable de su margen de apreciación y no vulneran los derechos reconocidos en el Convenio.

³⁶ Sentencia del TEDH de 21 de diciembre de 2010, en el asunto *Anayo c. Alemania* n° 20578/07.

³⁷ Sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2012, en el asunto *Ahrens c. Alemania* n° 45071/09.

³⁸ Vid. Por ejemplo, las observaciones finales del Comité a Kuwait el Informe del Comité sobre el segundo informe periódico de Kuwait, aprobado en el 64ª periodo de sesiones, de 29 de octubre de 2013 (Doc. CRC/C/KWT/CO/), especialmente párrafos 47 y 48.

³⁹ Sentencia del TJUE, de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18, *S.M. y Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

menores, como norma de orden público⁴⁰. Sin embargo, la opinión del menor interesado no vincula jurídicamente a quien ha de adoptar la medida que le afecta, pudiéndose apartar de ella si considera que con una posición diferente de la voluntad del niño se alcanza mejor su interés superior. En este sentido, se asume que “no sean fiables los criterios del menor en cuestiones de índole racional, pero pueden serlo mucho más en las cuestiones no racionales, emotivas, afectivas, espirituales o más importantes en su personalidad presente y futura⁴¹”.

Según Rivero Hernández el efecto que derive de la expresión del niño para la adopción de la decisión que le afecta depende “de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otra persona), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos, frente a idealismos y utopías) y conveniencia para el propio menor⁴²”, cuya percepción puede ser cortoplacista y no atender a lo que le puede beneficiar a la larga. Por otra parte, obviamente la edad y madurez del niño es importante en el momento de la consideración de su manifestación de voluntad⁴³.

Una de las cuestiones que ha de resolver el órgano decisor es si la voluntad es auténtica, no podemos olvidar que el niño puede estar influenciado en mayor medida que un adulto por el contexto que le rodea, inducido por uno de sus progenitores o expresar más una conveniencia que un interés real. En este sentido, no podemos dejar de mencionar el síndrome de alienación parental⁴⁴ concepto controvertido a considerar en disputas por la custodia de los hijos. Si el tribunal concluyese que la voluntad del niño puede estar fundamentada en este síndrome, estaríamos ante un vicio de la voluntad, lo que debe repercutir sobre el efecto de lo expresado por el menor en ejercicio de su derecho a ser escuchado.

Si, por el contrario, el ejercicio de este derecho reúne las condiciones necesarias, aunque no sea formalmente vinculante esta expresión de voluntad ¿posee un valor especial frente al resto o es un elemento más a considerar? Entiendo que si buscamos el interés superior y el niño ha actuado con madurez y responsabilidad deberá concedérsele ese especial valor, debiendo ser el órgano decisor quien lo determine.

iii) Situaciones distintas del derecho de familia

La Convención de 1989 ha extendido la aplicación del interés superior del niño a ámbitos materiales distintos del derecho de familia, que es en el que nace y se desarrolla, de los que en estas páginas solo me referiré a dos de ellos: uno, la migración; dos, en los procesos penales.

⁴⁰ Sentencia 64/2019, del Tribunal Constitucional español de 9 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n° 138, de 10 de junio de 2019.

⁴¹ C. Madrigal, op. cit, p. 27.

⁴² F. Rivero Hernández, *El interés superior del menor*, Dyckinson, Madrid, 2ª edición, 2007, p. 202.

⁴³ El derecho a ser escuchado es una preocupación del Comité de Observación sobre Perú, a la que se dedica un epígrafe posterior. En opinión del Comité, para dotar de efectividad a este derecho se han de establecer programas de formación tanto dirigidos a los niños como a quienes se encuentran en la posición de adoptar decisiones que puedan afectarles. Evidentemente, el contenido de los programas ha de ser diversos, pues se ha de concienciar a los primeros (niños) de la responsabilidad que implica el ejercicio de este derecho; mientras los segundos tendrían que recibir “directrices e indicadores para facilitar, evaluar y supervisar la aplicación del derecho del niño a participar en asuntos pertinentes”. En consecuencia, el Estado (en este caso, Perú, dado que la reflexión se incorpora en la Observación relativa a sus progresos) debe garantizar que ambos, pero muy especialmente estos profesionales, reciban la formación necesaria para poder aplicar razonablemente la Convención.

⁴⁴ R.A. Gardner, "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, 1985, 29, 2, pp. 3-7, o más recientemente, L. Alascio Carrasco, “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, 1/2008, p. 2.

En la actualidad en Europa se ha incrementado exponencialmente el número de menores que se desplazan tanto no acompañados como junto a sus familias. La aplicación del interés superior implica que la consideración de los niños como menores ha de primar sobre su situación jurídica de personas en situación irregular⁴⁵, lo que no es frecuente si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Así, por ejemplo, sobre el ingreso en centros de internamiento de extranjeros, ha establecido que “la protección del interés superior del menor implica, mantener a la familia junta, en la medida de lo posible, y considerar además alternativas que hagan que la detención de los menores sea solo una medida de último recurso”⁴⁶.

Junto con lo anterior, el TEDH establece que en aras al interés superior los Estados deberían limitar “en lo posible la detención de familias acompañadas por niños y preservar efectivamente el derecho a la vida familiar”, salvo que existan indicadores fehacientes del propósito de fuga por parte de la familia en cuestión “la medida de detención durante quince días en un centro de seguridad parece desproporcionada en relación con el fin perseguido”⁴⁷. En el caso Bistieva, añade que la protección del interés superior del niño implica junto con lo anterior “considerar, en la medida de lo posible, cualquier alternativa a una medida de internamiento, siendo éste el último recurso a considerar”⁴⁸. El Comité se ha pronunciado sobre esta cuestión, por ejemplo, en la comunicación presentada por I.A.M. c. Dinamarca, frente al peligro de una niña de ser sometida a ablación si regresara a su país de origen, entiende que el “Estado parte tiene la obligación de abstenerse de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia”⁴⁹, en aras al interés superior del niño.

Un ámbito material que también ha sido alcanzado por el interés superior es el derecho penal, ilustraremos esta afirmación con una Directiva de la UE⁵⁰ cuyo objeto es “uniformar el derecho procesal penal de menores de los Estados miembros, estableciendo unas garantías procesales mínimas para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales”⁵¹. Su punto de partida es la aplicación del interés superior⁵² al objeto de regulación (considerando 8), de modo que los procesos que afecten a menores deben tramitarse con urgencia y diligencia (artículo 13).

Por otra parte, la evaluación individual es excusable, pudiendo producirse exclusivamente cuando “ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional”. (artículo 7.6). Por lo que se refiere a la detención, deberá imponerse como último recurso (artículo 10.2), tendrá la menor extensión temporal posible (artículo 10.1) y durante la misma,

⁴⁵ Así lo estableció el TEDH en su Sentencia de 12 de octubre de 2006 en el caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica.

⁴⁶ Sentencia del TEDH de 19 de enero de 2012, asunto Popov c. Francia, nos. 39472/07 y 39474/07, párrafo 141.

⁴⁷ Id. Nota anterior, párrafo 147.

⁴⁸ Sentencia del TEDH de 10 de abril de 2018, en el asunto Bistieva c. Polonia, nº75157/14, párrafo 78.

⁴⁹ Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 3/2016 Doc. CRC/C/77/D/3/2016, de 8 de marzo de 2018, párrafo 12.

⁵⁰ Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, publicada oficialmente en *Diario Oficial de la UE*, serie L nº 132, de 21 de mayo de 2016.

⁵¹ E. Pillado González, “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), p. 58 y ss. El texto es de la página 62.

⁵² Curiosamente hay más menciones al interés superior del niño (28) que artículos (27) tiene la Directiva.

los menores han de encontrarse separados de los adultos “salvo si se considera que no hacerlo sirve mejor al interés superior del menor” (artículo 12.1). La Directiva regula otras cuestiones además de las recién indicadas, pero su estudio conjunto desvela que la aplicación del interés superior del niño aplica correctamente este principio a un ámbito material tan complejo.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores se han evidenciado los elementos sustantivos de los derechos del niño desde una perspectiva internacional con carácter general, mostrando la evolución sufrida a lo largo del tiempo, con especial detenimiento en la Convención sobre los derechos del niño, así como los que esta autora considera sus elementos fundamentales.

El interés superior del niño (art. 3 de la Convención) ha emergido como el elemento protagonista no sólo de la Convención, sino también y muy especialmente en lo que a cuantas decisiones puedan adoptarse que sean susceptibles de afectar a un menor de edad. En este sentido, es cierto que este “protagonismo” puede generar situaciones en las que el sujeto que ha provocado una situación de vulneración de una norma (válganos como ejemplo el caso de la sustracción internacional de menores por parte de un progenitor) finalmente se vea favorecido en aras al interés superior del niño. En estos casos, si el progenitor que ha sustraído al hijo sin consentimiento del otro se ha trasladado a otro lugar en el que el pequeño ha sido escolarizado y se ha integrado en el nuevo entorno social, volver a extraerle de este para reenviarle con el otro progenitor no es la decisión acorde con su interés superior, que es el que ha de prevalecer. En estas páginas solo hemos mostrado la relación de derechos contenidos en los textos normativos internacionales, pero la Convención junto con ellos incorpora un sistema de control de cumplimiento en el que el Comité de los derechos del niño identifica los aspectos en los que los Estados tienen que profundizar para alcanzar un mejor cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. En ocasiones, nos encontramos con problemas normativos, es decir, el ordenamiento interno estatal no consigue alcanzar los propósitos contenidos en la Convención; en otros es la aplicación práctica de este ordenamiento el que genera disfunciones. La relevancia del factor económico es un elemento determinante, puesto que gran parte de los derechos recogidos en la Convención son de naturaleza económica, social o cultural, motivo por el cual la obligación implica la adopción de medidas necesarias para conseguir evolucionar en la calidad de los servicios educativos, sanitarios ... u otros. Aunque no sea éste el caso y no nos encontremos con derechos de esta naturaleza, pensemos en los niños privados de un entorno familiar tendremos que potenciar medidas que incentiven a las familias al acogimiento familiar de estos niños o mejorar las instalaciones de las instituciones públicas de internamiento. Si pretendemos evitar la discriminación de los niños con discapacidad, hemos de adoptar medidas que impliquen inversión económica. Son escasas las medidas a adoptar para dotar de eficacia a los derechos proclamados en la Convención que no impliquen un coste económico. Es cierto que la modificación legislativa no conlleva esos gastos, pero la aplicación de las normas contenidas en ella difícilmente no la implicarán, pues la práctica evidencia la ineficacia de las medidas legislativas que pretenden implantarse a coste cero.

La historia nos enseña, además, que el derecho por sí solo no resuelve los problemas identificados en la sociedad. El derecho es un instrumento más para procurar el cambio social que puede conducirnos a una sociedad mejor que la actual, pero no podemos confiar en su eficacia automática. Las políticas públicas, así como la inversión en ellas junto con la educación social son herramientas imprescindibles para conseguir el propósito perseguido con las normas.

Por otra parte, no podemos olvidar que las normas contenidas en la Convención de los Derechos del niño, como todos los tratados internacionales, resultan jurídicamente exigibles a los Estados que son partes en ella. De este modo, si el Estado no incorpora en su ordenamiento las obligaciones derivadas de este texto convencional, con independencia de los motivos que motiven esa ausencia, estará incumpliendo el tratado en cuestión, incurriendo por ello en responsabilidad internacional.

De todos modos, la inversión en infancia y en los derechos de los niños siempre será la mejor de las inversiones. Los niños son nuestro futuro, estamos formando a la sociedad del mañana, por lo que todo el esfuerzo que pongamos en ello siempre será poco para alcanzar una sociedad más justa, igualitaria, madura y responsable.

BIBLIOGRAFÍA

Alascio Carrasco, L., “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, 1/2008.

Díez Ojeda, A., “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 2*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, p. 25 y ss.

Gardner, R.A., "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, 1985, 29.

Hierro Sánchez-Pescador, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en (AA.VV.), *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos Unicef-AECID*, Madrid, 2015.

Madrigal, C., “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, *Seminario de Especialización en Menores Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas 29-31 de marzo de 2017*, p. 16.

Manso-Sayao Atmetlla, C., “El interés superior del niño a la luz de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aatala Riffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012” Universidad de Costa Rica, 2014, en <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/EL-INTER%C3%89S-SUPERIOR-DEL-NI%C3%91O-A-LA-LUZ-DE-LA-SENTENCIA-DE-LA-CORTE-INTERAMERICANA-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-EL-CASO-ATALA-RIFFO-Y-NI%C3%91AS-VS-CHILE-DEL-24-DE-FEBRERO-DE-2012.pdf>, p. 203.

Marín Arís, J.R., “Reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El caso de los Estados islámicos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 29, junio 2015

Pillado González, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), p. 58 y ss.

Rivero Hernández, F., *El interés superior del menor*, Dyckinson, Madrid, 2ª edición, 2007, p. 202.

TorreCuadrada García-Lozano, S. “El Interés superior del niño y sus límites”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, n° 23, pp. 240 y ss.

Vara González, J.M., “El interés superior del menor ... ¿a qué?”. Ver texto en: <https://hayderecho.expansion.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>