

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO EJE DE LA  
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS  
DEL NIÑO. SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL  
THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD AS AXEL OF THE  
INTERNATIONAL CONVENTION REGARDING  
CHILDHOOD RIGHTS. ITS RECEPTION IN THE SPANISH LAW

*Rev. boliv. derecho, n° 7, enero 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 164-207*

Rosa  
MOLINER  
NAVARRO

**RESUMEN:** La Convención internacional sobre los derechos del niño ha producido un importante cambio antropológico: ha dejado de ver a los niños como sujetos esencialmente dependientes y ha pasado a concebirlos como sujetos activos, titulares de "derechos de autonomía" a imagen de los adultos. Este trabajo pretende explicar, en primer lugar, cómo deben entenderse y ejercitarse los derechos de autonomía reconocidos a los niños. Por otro lado, la Convención ha consagrado el principio del "interés superior del niño" como criterio esencial de toda decisión política o legislativa que afecte a los menores. De ahí la necesidad de determinar con precisión el alcance y significado de este principio jurídico para compatibilizar la tutela estatal de los derechos del niño y el ejercicio de la patria potestad de padres y tutores. La segunda parte analiza cómo se han materializado estos aspectos en el derecho de familia español.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos humanos, derechos de los niños, protección de la infancia, interés superior del niño, familia y menores.

**ABSTRACT:** The International Convention on the Rights of the Child has produced an important anthropologic change: not seeing the children as essentially dependent subjects but conceive them as adult subjects, recognize them "rights of autonomy". This work tries to explain, firstly, how must be understood and exercised the rights of autonomy recognized to the children. On the other hand, the Convention contains the "suprem interest of the child" as the essential principle of any political or legislative decision that affects the minors. It's important to determine accurately the scope and meaning of this juridical principle to make compatible the respect of the rights of the child, and the exercise of the legal authority of parents and tutors. The second part analyzes how these aspects have been materialized in the Spanish Family Law.

**KEY WORDS:** Human Rights, child rights, childhood protection, superior interest of the child, family

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los niños como sujetos de derechos humanos. 2.1. Derechos humanos y autonomía del sujeto. 2.2. El niño como sujeto "no autónomo" de derechos. 2.3. Los principios de la Declaración de Ginebra. 2.4. Derechos de protección y cuidado en la Declaración de la ONU de 1959. 3. La Convención de 1989 y los derechos de autonomía de los niños. 3.1. El concepto de niño en la Convención. 3.2. Los derechos de autonomía: una novedad sorprendente y discutible. 3.2.1. La libertad de expresión (art. 13 de la Convención). 3.2.2. Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14 de la Convención) 3.2.3. Derechos de libre asociación y reunión (art. 15 de la Convención) 3.2.4. El derecho a la intimidad (art. 16 de la Convención) 3.3. ¿Cómo interpretar y ejercer estos derechos de autonomía? 4. La Convención y el principio del interés superior del niño. 4.1. Evolución internacional del principio. 4.2. El interés superior del niño como principio "garantista". 4.3. El interés superior del niño como "satisfacción de sus derechos". 4.4. Funciones del interés superior del niño en el marco de la Convención. 4.5. Síntesis conclusiva 5. Plasmación del interés superior del niño en el Derecho español 5.1. Plasmación constitucional y legal del "favor minoris". 5.2. Contenido material del "favor minoris". 5.3 Intervención del menor en la tutela de su propio interés. 5.4. Participación de los padres, tutores o guardadores. 5.5. El Ministerio Fiscal como garante de los intereses del menor. 5.6. Intervención de la Administración.

## I. INTRODUCCIÓN

La aprobación en 1989 de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (en adelante la *Convención*) supuso la culminación de un largo proceso dirigido al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia, que se desarrolló a lo largo del siglo XX. El análisis histórico-jurídico de ese documento revela, en opinión de muchos estudiosos, que el creciente perfeccionamiento de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños está estrechamente conectado con el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Es decir, para muchos autores los mecanismos de protección de los derechos de los niños son más efectivos en la medida en que se han ido vinculando a la protección general de los derechos humanos y han dejado de constituir un cuerpo de doctrina y legislación autónomo, aislado y separado.

La evolución actual del pensamiento jurídico ha consolidado el presupuesto conceptual de que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos –por tanto también a los niños– y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección, atendiendo a la especificidad en lo personal (edad, sexo, capacidad...) y al concreto posicionamiento en lo social (trabajadores, consumidores, extranjeros...) de los sujetos titulares de esos derechos: es lo que hoy se conoce como "proceso de especificación" de los derechos humanos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sobre el proceso de especificación de los derechos humanos vid. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema.

• Rosa Moliner

Rosa Moliner Navarro es doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España), y desde 1984 es profesora titular de Derecho Civil. En la actualidad es Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Cooperación de la citada universidad. Directora del Master Interuniversitario de Derechos de la Infancia y vocal de la Comisión General de Codificación de la Comunidad Valenciana. Ha sido premio extraordinario de doctorado.

El nuevo Derecho de la infancia-adolescencia que se ha ido plasmando en diversos países de América Latina a través de diversos códigos específicos, responde precisamente a ese paradigma que subyace en la *Convención*. En efecto, la extensa y rica normativa de esos *Códigos de la infancia*, que ha reemplazado a las antiguas *Leyes de menores*, se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, los mecanismos de protección de los derechos de la infancia se contemplan como complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos humanos reconocidos a todas las personas (basta acercarse al art. 41 de la *Convención*). Los niños, pues, gozan de una supra-protección, o protección complementaria de sus derechos, que no es autónoma sino fundada en la protección jurídica general de que gozan los derechos humanos. En este sentido, toda formulación de un derecho de la infancia que no respete tales presupuestos, como la que sostuvieron en su momento quienes propiciaban un derecho autónomo para los menores, resultaría contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la *Convención* y, en última instancia, de la doctrina universal de los derechos humanos.

Junto a este indudable avance, la nueva concepción de los derechos de la infancia recogida en la *Convención* supone una clara discontinuidad –no exenta de problemas– con el paradigma de protección de los niños plasmado en los dos documentos internacionales que la precedieron: la *Declaración de Ginebra* de 1924 y la *Declaración de la ONU* de 1959. En efecto, entre estos textos y la *Convención* se ha producido un cambio en la consideración antropológica del niño (muy vinculado con la implantación del término "menor" en los diversos ordenamientos jurídicos), supuestamente superadora de la clásica visión "paternalista", que ha dejado de ver a los niños como sujetos esencialmente dependientes, necesitados de "protección", y ha pasado a concebirllos como sujetos activos, titulares de "derechos de autonomía" (libertad de conciencia, expresión, asociación, etc.), a imagen de los adultos. Pero ¿son los niños en realidad sujetos autónomos? ¿Cómo deben entenderse y ejercitarse los derechos de autonomía que la *Convención* atribuye a los niños (arts. 13-16)? ¿Es indispensable ser autónomo para ser titular de derechos humanos? He ahí un primer grupo de cuestiones a las que pretendo dar respuesta en el presente trabajo.

Por otro lado, la *Convención* es un texto de síntesis. En su articulado se han incorporado normas provenientes de instrumentos internacionales de carácter general, relativos a la protección de los derechos humanos (especialmente los dos Pactos internacionales de la ONU) y junto a ellas se han incluido principios y derechos propios de una tradición jurídica vinculada a la protección de la infancia. Uno de esos elementos, recogidos del derecho de familia tradicional y siempre presente en

Madrid 1991, pp. 113 ss.; FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid 2003, pp. 61-70; ID., "Derechos Humanos: del universalismo abstracto al universalismo concreto", *Persona y Derecho*, 41 (1999) 61 ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1995, pp. 45-67. PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990, pp. 32-46.

las legislaciones específicas de menores, es el conocido "interés superior del niño". Se trata de un principio recogido profusamente por las más diversas legislaciones relativas a menores, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporado al artículo tercero de la Convención y a la luz del nuevo contexto hermenéutico planteado por ella.

Generalmente, el *interés superior del niño* se ha venido considerando una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones –de carácter tanto jurídico como psicosocial-, que facultaría a quienes ostentan responsabilidad sobre un menor para adoptar sobre él las decisiones que consideran convenientes para su supuesto beneficio, al margen del criterio de éste, y en razón de un superior, pero etéreo y difuso, interés de carácter extra-jurídico. Para muchos autores, el carácter indeterminado de este principio dificulta (cuando no impide) realizar de él una interpretación uniforme y, en consecuencia, favorece que las resoluciones que a él se acogen no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Algunos incluso han lamentado su presencia en la Convención, por considerar que bajo su amparo se facilita una excesiva discrecionalidad a las decisiones sobre menores y se debilita la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Lejos del indeterminado planteamiento tradicional, el *interés superior del niño* ha adquirido en la Convención un papel trascendental y básico: ha sido elevado a la categoría de norma fundamental, con un rol jurídico muy definido, que se proyecta mucho más allá del ordenamiento jurídico, hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el "Comité de los Derechos del Niño", establecido por la propia Convención, señalando que el *interés superior del niño* es uno de los principios generales de la Convención, con el rango de principio "rector-guía" de ella. Esto significa, por un lado, que toda la Convención debe interpretarse a la luz de este principio rector; y por otro, que toda decisión o política legislativa que invoque como justificación el *interés superior del niño*, deberá respetar y ser coherente con los principios y derechos establecidos en las disposiciones de la Convención. El *interés superior del niño* nunca puede legitimar decisiones que vulnere los derechos que la propia Convención les reconoce.

Ahora bien, el nuevo contexto hermenéutico bajo el que debe iluminarse este principio (los derechos de autonomía del menor), tampoco exime de problemas su determinación. En efecto, aceptando que debe superarse la clásica visión paternalista: ¿qué decisiones pueden adoptarse al amparo de la patria potestad? ¿Cabe establecer un interés superior en contra de la voluntad autónoma del menor? ¿Qué decisión debe prevalecer cuando existe un conflicto entre el menor y el interés de sus padres? He ahí el segundo grupo de preguntas a las que este artículo pretende responder: la necesidad de una concepción jurídica precisa de *interés superior del niño* que, superando un trasnochado paternalismo, reduzca razonablemente su

indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

## 2. LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE DERECHOS HUMANOS

Parte de la confusión que genera el reconocimiento de derechos de autonomía a los niños radica en la interpretación liberal individualista que hoy día parece hegemónica en el ámbito de los derechos humanos, cuando en realidad, una concepción de este tipo, ligada a la autonomía de los sujetos, resulta difícilmente compatible con una de las notas fundamentales de estos derechos: la universalidad de los sujetos. Precisamente, como ha puesto de manifiesto MacCormick, los derechos de los niños son la piedra de toque de una correcta concepción de los derechos humanos, en cuanto que se trata de sujetos no autónomos, a los que no se puede excluir como titulares de los derechos humanos?

Y es que los derechos humanos deben concebirse como instrumentos de protección de bienes esenciales para el ser humano, no como instrumentos de acción, ligados exclusivamente a quien posee una voluntad para reivindicar pretensiones frente a otros seres humanos o para excluir a otros de ciertos bienes: ¿En qué consiste, pues, tener un derecho humano? Voy a exponer brevemente cuál es la correcta naturaleza de estos derechos.

### 2.1. DERECHOS HUMANOS Y AUTONOMÍA DEL SUJETO

Existen dos teorías contrapuestas para explicar la naturaleza de los derechos: una afirma que tener un derecho viene a ser el reconocimiento legal o moral de cierta pretensión o elección del individuo, frente a la voluntad de otros en determinados asuntos o relaciones. La otra afirma que tener un derecho significa tener protegidas y garantizadas las necesidades e intereses de un sujeto mediante la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de otras personas.

Existen dos teorías contrapuestas para explicar la naturaleza de los derechos: una (teoría de la voluntad) afirma que tener un derecho viene a ser el reconocimiento legal o moral de cierta pretensión o elección del individuo, frente a la voluntad de otros en determinados asuntos o relaciones. La otra (teoría del interés o bien protegido) afirma que tener un derecho significa tener protegidas y garantizadas las necesidades e intereses de un sujeto mediante la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de otras personas.

2 MACCORMICK, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", en *Derecho legal y socialdemocracia*, Tecnos, Madrid 1999, pp. 129-138.

a) **La teoría de la voluntad** surge con la *Escuela Histórica del Derecho*, encabezada por Savigny, desarrollada a lo largo del S.XIX y se ha convertido en el paradigma propio del derecho privado. Para éste y muchos otros autores, el derecho subjetivo es un "poder" conferido a una voluntad particular. Tener un derecho significa reconocer la preeminencia de la elección de un individuo sobre otras voluntades: un derecho es un "poder" que permite exigir coactivamente (o renunciar) el cumplimiento de un "deber" correlativo<sup>3</sup>. Los derechos son, por tanto, expresión de la "autonomía" de la voluntad. Pero ésta concepción resulta inadecuada e inconsistente para explicar la naturaleza de los derechos humanos, por dos razones fundamentales:

1º. Porque se margina de la condición de titulares de derechos a quienes no están en condiciones de ostentar una voluntad autónoma, como es el caso paradigmático de los niños sin discernimiento, los deficientes, los enfermos terminales, los dementes o los concebidos y no nacidos: ¿Es aceptable una teoría de los derechos que excluya de su titularidad a tantos miembros de la especie humana?

2º. Porque con ella los derechos se conciben según el modelo del derecho de propiedad, en el que máximamente se expresa la autonomía de la voluntad del individuo sobre los bienes. Se trataría de derechos excluyentes (lo que yo tengo es porque tú no lo tienes); pertenecientes, por tanto, a la esfera del tener (son una posesión, una pertenencia) y no del ser (como exigencias de la dignidad del ser humano) y, en consecuencia, completamente disponibles (puedo enajenarlos porque me pertenecen).

b) **La teoría del interés o del bien protegido**, entiende que tener un derecho supone tutelar un bien, un interés o una necesidad que se considera esencial para el sujeto. Esta teoría fue planteada por Ihering y desarrollada por los seguidores de la "jurisprudencia de los conceptos" (Gierke, Ehrlich)<sup>4</sup>. En la actualidad es sostenida por N. MacCormick<sup>5</sup>. Tener un derecho significa, pues, tener garantizada la protección de los propios intereses y necesidades más esenciales frente a las hipotéticas agresiones de los demás. En este sentido, decir que un sujeto es titular de un derecho significa afirmar que existe un mecanismo jurídico específico destinado a proteger y garantizar los intereses y necesidades básicas de los sujetos debido a que, por su importancia, ningún sujeto puede carecer o ser privado de ellas bajo ninguna circunstancia.

Como es obvio, sólo esta teoría resulta adecuada para explicar el auténtico significado de ser sujeto titular de derechos humanos, y ello porque sólo desde la

exigencia de protección y tutela de bienes y necesidades fundamentales se puede concebir que los niños sin discernimiento tengan derechos. En efecto, si consideramos que tener un derecho faculta a su titular para imponer coactivamente su voluntad (o para renunciar a ello), entonces solamente podrían ser titulares de derechos humanos aquellos sujetos capaces de manifestar una voluntad autónoma (es lo que en el derecho privado se suele entender como tener "capacidad de obrar").

Si partimos de esta premisa, típicamente liberal e individualista (sólo es persona quien es un sujeto autónomo capaz de manifestar una voluntad)<sup>6</sup>, podemos deducir dos consecuencias: o bien los niños, como sujetos dependientes y no autónomos (seres humanos en desarrollo), no podrían ser verdaderos sujetos de derechos humanos; o bien, tenemos que realizar la ficción de que los niños son también sujetos autónomos y, en función de ello, les reconocemos derechos de autonomía, que son el prototipo del modelo liberal: he ahí la opción por la que, desafortunadamente, se inclinó la *Convención* y la causa que explica una definición tan disparatada como la plasmada en su art. 1, al englobar dentro de la categoría de niño a todo ser humano menor de 18 años.

## 2.2. EL NIÑO COMO SUJETO "NO AUTÓNOMO" DE DERECHOS

La realidad de los hechos demuestra que la inmensa mayoría de sujetos que podemos englobar en la categoría de *niños* no están capacitados para ejercitar un poder autónomo, pero pueden llegar a hacerlo y arrostrar con ello consecuencias claramente perjudiciales para su desarrollo. La realidad demuestra que la familia y la autoridad de los padres son una valiosa y eficazísima ayuda para orientar la educación y actuación de los niños; pero, desde una perspectiva individualista, esta autoridad parental puede acabar concibiéndose como una instancia opresora, en permanente conflicto con la imprevisible voluntad y deseo de los niños, en especial de adolescentes y jóvenes.

La *Convención* subraya el reconocimiento de los niños como personas y con ello refuerza su condición de auténticos titulares de derechos humanos, pero eso no puede ni debe interpretarse como el reconocimiento de su carácter de sujetos

<sup>6</sup> Me permito recordar el fenómeno al que el profesor Ballesteros ha denominado tan acertadamente "personismo", y que consiste en realizar la distinción (que se remite de facto a Kant) entre ser humano y persona; es decir, establecer una distinción ontológica entre la pertenencia a la especie humana (seres humanos) y la titularidad de los derechos (las personas). Sólo cabe hablar de "persona" cuando se es un ser humano autónomo (con capacidad de desarrollar un proyecto de vida independiente) y sólo en este caso se puede ser sujeto de derechos. Valga como ejemplo que tal razonamiento (la autonomía) es el que se utilizó en el pasado para privar a las mujeres del derecho al voto o a los negros americanos de los derechos civiles; y en el presente, el que se utiliza para defender el aborto, la producción y manipulación de embriones o la eliminación directa y voluntaria de enfermos terminales. (Vid. BALLESTEROS, J., "El estatuto del embrión humano: cuestiones científicas, filosóficas y jurídicas", en *Manual de Bioética* (G. Tomás coord.), Ariel, Barcelona 2001, p. 222 ss; ID: "El derecho a la familia: identidad personal y biojurídica", en *Manual de Bioética*, op. cit., pp. 255 ss).

<sup>3</sup> Vid. SAVIGNY, F.C. Von, *Sistema de Derecho romano actual*, Góngora, Madrid 1878, T. I, parágrafo 53.

<sup>4</sup> Vid. RUIZ RESA, I., "El concepto de interés en Ihering", *Revista Fac. Derecho Granada* (2000) 3, pp. 435 ss.

<sup>5</sup> Cfr. MACCORMICK, N., "Los derechos de los niños", *AFD* 5 (1989), p. 294 ss.

"autónomos", sino como la exigencia de mecanismos específicos de protección hacia quienes son sujetos particularmente vulnerables. Ese es el criterio básico para comprender el sentido y alcance del *interés superior del niño* como principio fundamental: la formulación de los derechos humanos y los mecanismos generales de protección del sujeto deben adecuarse a las particulares circunstancias de la infancia/adolescencia. Incluso cabría decir que la infancia/adolescencia es fuente de propios y específicos derechos de protección y de un conjunto de principios particulares que regulan la relación entre niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos. Es decir, los derechos del niño constituyen un conjunto de garantías de protección que se traducen, básicamente, en un deber de los adultos y de los poderes públicos para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia, educación y desarrollo personal y social.

La correcta hermenéutica y aplicación de la *Convención* exigirá, pues, un nuevo esquema de comprensión del niño como auténtico sujeto "no autónomo" de derechos, destinatario de una particular protección por su especial vulnerabilidad, que permitiera plantear políticas sociales acordes con esta realidad y facilitara una verdadera inserción de los niños, y de sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos. Esos fueron, precisamente, los planteamientos subyacentes en las dos declaraciones que precedieron a la *Convención* aunque hayan quedado algo difuminados en muchas de las lecturas que posteriormente se han hecho de ella: el niño es persona, por tanto titular de derechos humanos, pero eso no significa que haya que considerarle un sujeto autónomo, sino un sujeto especialmente vulnerable y necesitado de protección. Veámoslo.

### 2.3. LOS PRINCIPIOS DE LA DECLARACIÓN DE GINEBRA

El 26 de septiembre de 1924, la V Asamblea de la Sociedad de Naciones aprobó por unanimidad un texto, generalmente conocido como la "*Declaración de Ginebra*", que constituye la primera formulación en el ámbito internacional de los derechos de los niños. La redacción material del texto fue realizada en 1923 por Eglantyne Jeeb, infatigable luchadora por el reconocimiento y defensa de estos derechos, fundadora en 1919 de la primera organización internacional de asistencia a la infancia *Save the Children Found*; inspiradora de organizaciones similares en diversos países que, en 1920, se reunirían en la *Union Internationale de Secours aux Enfants* y que contó con el aliento y apoyo de los más prestigiosos líderes intelectuales, políticos y religiosos del momento: desde el Papa Benedicto XV, el Arzobispo de Canterbury, primado de la iglesia anglicana, pasando por Wilson y Lloyd-George y llegando hasta Gandhi o Rabindranat Tagore<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Sobre la extraordinaria figura de Eglantyne Jeeb y su infatigable labor en defensa de la infancia, así como sobre

La *Declaración de Ginebra* constituyó, sin duda, uno de los documentos más representativos de la fracasada Sociedad de Naciones, destinado a impulsar a las diversas administraciones estatales de la posguerra para poner a la infancia en un lugar privilegiado entre los objetivos de reconstrucción<sup>8</sup>. El texto de la *Declaración* es extremadamente sintético y, a la vista de los complejos documentos a los que hoy nos tienen acostumbrados los organismos internacionales, puede parecer insólito. Su contenido se reduce a cinco escuetos principios del siguiente tenor:

Por la presente declaración de los derechos de los niños, comúnmente conocida como la *Declaración de Ginebra*, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe a los niños lo mejor que pueda darles, declara y acepta como su deber, que más allá y sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo:

1. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto materiales como espirituales.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado y el huérfano y el abandonado deben ser acogidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro.
4. El niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación.
5. El niño debe ser educado en la ciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio de su prójimo.

Sin duda, el mayor mérito de la *Declaración de Ginebra* es haber sobrevivido a la disolución de la Sociedad de Naciones (19 de abril de 1946), la institución que la adoptó como propia y le dispensó su carácter universal. La trascendencia del texto quedó refrendada, en efecto, en la primera resolución de la recién nacida *Comisión de Asuntos Sociales de Naciones Unidas* (21 de mayo de 1946), en la que

el entramado de gestación y comentario a la *Declaración de Ginebra*, puede verse una excelente panorámica en GARIBO, A.-P., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2004, pp. 29-89.

<sup>8</sup> La Sociedad Naciones, nacida en 1919 como organismo destinado a ser un foro de diálogo para facilitar las relaciones pacíficas entre los distintos países que acababan de sufrir la tragedia de la Primera Guerra Mundial, resultó un completo fracaso y acabó desapareciendo en 1946, tras evidenciar su incapacidad para evitar el desencadenamiento de un nuevo conflicto mundial en 1939. No obstante, hay que reconocer, entre sus escasos méritos, el haber recogido y tratado de encauzar el enorme problema humano planteado por los millones de niños huérfanos, abandonados, heridos, enfermos y desamparados que la gran guerra había dejado en todos los países. La Sociedad de Naciones instó a los estados miembros a cumplir con sus responsabilidades hacia los niños, a tenor del texto adoptado como guía de actuación. La respuesta fue bastante positiva en todos ellos. En España, el gobierno de la República lo adoptó como preámbulo de un futuro "*código de la infancia*" y el texto, como tal, fue elevado incorporado formalmente al art. 43 de la Constitución de 1931: "El estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la *Declaración de Ginebra* o *Tabla de los derechos del niño*".

se afirma: "Los términos de la Declaración de Ginebra debieran ser tan vinculantes para el mundo de hoy como lo fueron en 1924". Con ello, la nueva organización nacida de la posguerra, la ONU, asumía la Declaración como constitutiva de su cuerpo doctrinal, si bien ya daba inicio a los trabajos que culminarían en 1959 con la *Declaración de los Derechos del Niño*, que conservará en su Preámbulo el espíritu de la Declaración de 1924.

Ciertamente, el texto de la Declaración apenas ha suscitado ningún interés que no sea el histórico, y ello por varias y comprensibles razones; la fundamental, es que no tiene el alcance jurídico de un pacto o una convención (vinculantes para los estados parte), de ahí que su redacción se limite a ser una mera enumeración de principios inspiradores, que difícilmente se compadecen con el concepto de derechos humanos que posteriormente se formularían en la declaración de la ONU de 1948. Por otra parte, todavía es muy embrionaria la situación del derecho internacional y de las instituciones y organismos supranacionales que pudieran darle virtualidad, respaldo o garantías a esos principios, velando o impulsando su puesta en práctica (que dependía en exclusiva de las políticas internas de los estados). En tercer lugar, se trata de un texto previamente escrito y simplemente "adoptado" por la Sociedad de Naciones, lo que supone que no fue sometido al proceso de discusión propio de estos organismos que hubiera permitido aquilatar mejor su contenido.

No obstante, en nuestra opinión, el texto sí presenta dos claves esenciales para la correcta concepción de los derechos de los niños, que han pasado desapercibidas debido al escaso interés que este documento suscita en la actualidad. Se trata de la consideración de los niños como sujetos "dependientes" y necesitados de "protección". Y con ello estoy constatando una realidad que posteriormente se ha desvirtuado al prevalecer la concepción liberal de los derechos humanos que, como apuntamos, no considera al niño como un "sujeto de derechos, pero dependiente y necesitado de protección", sino como "sujeto autónomo, titular de derechos de autonomía". No procede ahora realizar un análisis detenido de la *Declaración*, baste con señalar que el su contenido gira alrededor de dos principios claves en toda acción jurídica en defensa de los niños: no discriminación y protección.

El principio de *no discriminación*, queda expresamente plasmado y referido al ámbito de aplicación de los cinco puntos de la *Declaración*. Ciertamente se trata de una formulación todavía incipiente (raza, nacionalidad o credo), pero establece con claridad su intención de proyectarse con alcance universal. El principio de *protección* se formula por medio de los deberes activos (alimento, cuidado, ayuda, acogida, socorro, educación, reinserción) y los deberes de cuidado (evitar peligros y la explotación). Estos deberes, ciertamente, no tienen en la *Declaración* un específico

destinatario, pero, implícitamente, hoy se entenderían dirigidos a quienes ostentan autoridad directa sobre el niño: padres y Estado<sup>9</sup>.

En definitiva, tal y como constata el punto I de la *Declaración*, el niño es un ser "en desarrollo"; es decir, necesita ser atendido (protegido y cuidado) para que pueda desarrollarse normalmente (de ahí los "medios adecuados" que las instancias responsables deben procurarle), alcanzar su madurez y, con ella, la autonomía que le permita autodeterminarse libremente. Sostener esta concepción antropológica del niño como *ser en desarrollo, todavía no autónomo*, resulta, en nuestra opinión, indispensable para la correcta comprensión e interpretación de lo que denominamos "derechos de los niños"; es decir, para concebirlos como lo que realmente deben ser: derechos de protección y cuidado, no como derechos subjetivos de autonomía a imagen de como están planteados los derechos de los adultos. En efecto, el niño es un ser esencialmente "dependiente", o quizá deberíamos decir "interdependiente", ya que no sólo necesita de su entorno familiar, sino de otros muchos ámbitos externos (escuela, atención médica, ocio, etc.) para su correcto desarrollo. Esta interdependencia exige el necesario concurso de la solidaridad para subvenir necesidades que no pueden satisfacerse por uno mismo (en el caso del niño es paradigmática la exigencia de esa solidaridad) y es esa solidaridad la que fundamenta la dimensión protectora de los derechos humanos y, muy concretamente, la existencia de los derechos humanos de segunda generación (los llamados derechos sociales)<sup>10</sup>.

#### 2.4. DERECHOS DE PROTECCIÓN Y CUIDADO EN LA DECLARACIÓN DE LA ONU DE 1959

En 1950, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU comenzó a trabajar en el proyecto que daría lugar a la definitiva *Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada por Resolución de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1959. Como puede verse, la elaboración del texto se inició apenas dos años después de que este organismo hubiera aprobado solemnemente en París "el 8 de diciembre de 1948- la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Como no podía ser de otra manera, la dimensión universal y la concepción y fundamento de los derechos humanos presentes en la DUDH, impregnaron también el trasfondo de esta *Declaración*, primer documento internacional que manifestaba el llamado

<sup>9</sup> En ese momento todavía no se había planteado el debate, luego tan intenso, entre el papel subsidiario o prioritario del Estado. Todavía no había nacido el concepto de Estado social, ni se habían formulado los deberes públicos de solidaridad; por tanto, en su enfoque original, más que las administraciones públicas, los destinatarios de la responsabilidad, en defecto de los padres, eran las organizaciones e instituciones privadas, encargadas de atender a los niños en situación de desamparo.

<sup>10</sup> Vid. BALLESTEROS, J., "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos", *Persona y Derecho* 41 (1999) 15-27.

"proceso de especificación de los derechos", identificando en este caso a los niños como sujetos *vulnerables* destinatarios de particulares derechos de *protección*<sup>11</sup>.

La elaboración de un documento destinado a formular un elenco de derechos de los niños, a imagen de lo ya realizado en la DUDH, suscitó algunas *reticencias*, sobre todo porqué se sobreentendía que la universalidad de ésta abarcaba también a los niños como seres humanos<sup>12</sup>. Con no pocas discusiones, acabó *prevalciendo* la idea de que una declaración de esta naturaleza no obligaría a ir *desgranando* y fraccionando la universalidad de la DUDH en sucesivas declaraciones parciales, restringidas a colectivos vulnerables (mujeres, ancianos, enfermos...), sino que su universalidad, a diferencia cualquier otra restricción, estaba garantizada por la realidad de que todo ser humano comienza siendo niño y justificada por los antecedentes de una Declaración anterior. La realidad ha venido a desmentir estos argumentos puesto que, en años sucesivos, la concreción y reconocimiento de los derechos humanos a grupos o colectivos especialmente vulnerables y necesitados de protección se ha convertido en una realidad (el proceso de especificación de los derechos) y las declaraciones de la ONU se han dirigido a la mujer, a los enfermos, a los ancianos, a los extranjeros, a los refugiados...

Más allá de las disputas políticas, ideológicas y doctrinales que tuvieron lugar en la gestación de la *Declaración*<sup>13</sup> (a causa de los distintos posicionamientos de cada país en función de los dos bloques surgidos de Yalta y que ya se había verificado previamente en los debates para consensuar el texto definitivo de la DUDH), el texto del tercer *considerando* del Preámbulo, recoge la concepción antropológica que habíamos señalado como eje de la precedente *Declaración de Ginebra*, de manera que ambas se conectan en una continuidad de planteamiento:

*"Considerando que el niño, con su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

En efecto, estamos ante una concepción, acertada en nuestra opinión, que considera al niño como un ser humano diferente del adulto, en cuya diferencia radica precisamente la necesidad y exigencia de su protección y cuidado y la necesidad y exigencia de unos derechos específicos que orienten la tarea legislativa y la acción de los poderes públicos de los estados para subvenir a esas necesidades y garantizar esa

<sup>11</sup> Vid. FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, op.cit, pp. 61-70; ID., "Derechos Humanos: del universalismo abstracto al universalismo concreto", op.cit., 67 ss.

<sup>12</sup> La Secretaría General de la ONU, en abril de 1948, plantea a la Comisión de Asuntos Sociales elegir entre tres posibilidades: mantener la Declaración de Ginebra con algunas modificaciones necesarias; mantener la estructura de la Declaración pero someterla a un profundo proceso de reforma convirtiéndola en la *Carta de Naciones Unidas sobre la Infancia*; o bien, preparar un documento completamente nuevo. Finalmente prevaleció esta última opción, patrocinada por los Estados Unidos.

<sup>13</sup> Puede verse una panorámica sobre el proceso de elaboración en GARIBO, A.-P., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, op. cit., pp. 125-157.

protección. La propia *Declaración del 59* (en el cuarto *considerando* del Preámbulo) se reconoce expresamente heredera del legado de la *Declaración de Ginebra* sobre la necesidad de esa protección especial del niño.

Esta concepción antropológica, pues, entiende al niño como un ser humano al que se debe reconocer idéntica dignidad que a los adultos. Pero al cual, debido a su particular condición de criatura en desarrollo y crecimiento (por tanto, un ser frágil y falto de madurez), se le debe dispensar un trato especial (medios adecuados) que le permitan conseguir esa madurez. El acceso a esos medios resulta una exigencia (un derecho) ineludible de todo ser humano en desarrollo y para garantizar que la sociedad le proveerá de tales medios, la *Declaración* los formula expresamente y apela a su respeto y garantía en los diversos ámbitos en los que se encuentre un niño. El niño es considerado, por tanto, un ser *dependiente*, no *autónomo*. Es responsabilidad de los adultos que llegue a ser uno de ellos<sup>14</sup>.

La aportación más novedosa de la *Declaración del 59* fue, sin duda, la afirmación del "*interés superior del niño*", como clave *hermenéutica* de todos sus derechos y de todas las actuaciones familiares, institucionales y legales que sobre él debieran recaer. Así lo afirman expresamente dos de los principios más importantes:

**Principio II:** "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensados por la ley y por otros medios, para que se desarrolle 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 que se atenderá será el interés superior del niño".

**Principio VII:** "El niño tiene derecho a recibir educación gratuita" El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres".

Como puede apreciarse en estos dos principios, el "*interés superior del niño*" viene concebido en la *Declaración* como un criterio fundamentalmente "metodológico" pero no "exclusivamente finalista" tal y como después lo plasmará la *Convención* en 1989. En efecto, con este criterio la *Declaración* pretende hacer recaer sobre los legisladores, los padres y sobre quienes en cada momento deban asumir la tutela de los niños (incluidos los organismos públicos), un deber especial e ineludible de

<sup>14</sup> Los puntos de discusión más polémicos del texto del 59, como era lógico, giraron alrededor de dos temas: la propuesta de una *definición de niño* (que, finalmente, no llegó a realizarse, por la división existente acerca del momento inicial y final de esa etapa y por la heterogeneidad que presenta el tratamiento de cada etapa del desarrollo: hoy sigue pendiente esa misma cuestión) y, conectado con éste, el problema de la *protección debida al niño no nacido* (el reconocimiento de un derecho a la vida del niño, en claro conflicto con las prácticas abortivas legalizadas en muchos países que, finalmente, tampoco llegó a plasmarse así en el texto, limitándose a una genérica alusión a los cuidados prenatales y postnatales, del Principio IV).

cuidado y protección, que debe prevalecer siempre en cualquiera de las decisiones que les afecten, por encima de cualesquiera otros intereses en juego, por legítimos que éstos sean. Es decir, el criterio para definir como acertada la decisión sobre un niño radica en determinar si ésta se toma, primaria y fundamentalmente, en su beneficio, pero teniendo claro que la responsabilidad de adoptarla (de acuerdo con ese criterio) corresponde siempre y primariamente a quienes deben velar por su cuidado y protección. La *Convención*, como ahora veremos, le otorga al criterio una dimensión "finalista", de modo que el interés superior del menor consiste en favorecer que sea el menor quien adopte las decisiones que le afectan, como si de un sujeto autónomo se tratara.

El resto de los principios formulados en esta declaración vienen a ser un desarrollo pormenorizado de las grandes líneas ya esbozadas en la de 1924:

**Principio I:** recoge la no discriminación como el presupuesto del reconocimiento de derechos a todos los niños sin excepción.

**Principio III:** derecho al nombre y nacionalidad:

**Principio IV:** derecho a la salud y atención a la madre prenatal y postnatal, alimentación, vivienda, recreo y seguridad social.

**Principio V:** Cuidados especiales para niños con deficiencias

**Principio VI:** Necesidad de una ambiente de afecto, cariño y amor y de seguridad moral y material. No separar al niño de corta edad de su madre. Subsidios para familias numerosas.

**Principio VII:** Educación gratuita y derecho al juego.

**Principio VIII:** Primacía en la protección y en el socorro

**Principio IX:** Protección frente a la explotación y exclusión de todo trabajo antes de cumplir una "edad mínima adecuada".

**Principio X:** Protección frente al fomento de cualquier tipo de discriminación, educación en la tolerancia, amistad, fraternidad y paz entre los pueblos y servicio a sus semejantes.

A la vista del enunciado de estos principios y de la asunción del legado de la *Declaración de Ginebra*: ¿Qué carácter tienen los derechos reconocidos en este texto? Pues se trata, sin lugar a dudas, de *derechos de asistencia y protección* en los diversos ámbitos (económico, social y cultural), tendentes a asegurar al niño un correcto desarrollo. Ciertamente, cabe señalar la incorporación del reconocimiento a los niños de derechos civiles (nombre y nacionalidad). No obstante, aunque estos suelen encuadrarse dentro de los denominados derechos de "primera generación"<sup>15</sup>,

<sup>15</sup> Sobre las generaciones de derechos humanos vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y*

constituyen también derechos de protección: en efecto, con ellos se pretende que el niño tenga una identidad propia y una pertenencia o vínculo político que garantice sus derechos y evite su consideración de simple objeto de propiedad de la familia o grupo en el que se integra.

¿Qué sucede con los derechos de autonomía (civiles y políticos, de primera generación)? Partiendo de que el menor es un ser dependiente, a los redactores de la *Declaración* ni siquiera se les ocurrió plantear semejantes derechos. La formulación de los reconocidos en el texto están encaminados a capacitar al niño en el futuro, una vez adquirida la madurez, para poder ejercitar libremente todos los derechos que implican autonomía y capacidad de obrar del sujeto, como miembro pleno y útil de la sociedad. No obstante, queda claro en los principios VII y X, que la educación del niño de cara al futuro no debe plantearse sobre la autosuficiencia, sino sobre la interdependencia; esto es, debe regirse por la solidaridad y la responsabilidad para con sus semejantes.

En definitiva, tanto la *Declaración de Ginebra* como la *Declaración de la ONU de 1959*, pivotan sobre dos ejes fundamentales: la primera es que los niños son sujetos de derecho "no autónomos", que deben ser protegidos tanto de los posibles abusos de los adultos, como del daño que su propia inmadurez pudiera eventualmente causarles. La segunda es que además de ser "protegidos", deben ser "cuidados" de manera que se les garantice el adecuado desarrollo que les permita alcanzar una madurez plena. Estos deberes de protección y cuidado se atribuyen primariamente a los padres y a la familia; en segundo lugar a la comunidad y organismos sociales dedicados al cuidado de la infancia y, en tercer lugar, a las instituciones estatales de asistencia. Es decir, ambas declaraciones se estructuran en torno al principio de subsidiaridad del Estado (punto especialmente discutido en la *Declaración del 59* por los países alineados en el bloque comunista).

En todo caso, queda claro en ambos documentos que los derechos de los niños aparecen inexorablemente vinculados a los deberes de los adultos para con ellos ("la humanidad debe dar al niño lo mejor que ésta pueda darle" "considerando V- ) y, en ese sentido, ambos textos constituyen una excepción a la ideología liberal, inspiradora de otros documentos, anteriores y coetáneos, que pusieron el acento sobre los derechos individuales de autonomía. Y es que, efectivamente, dentro del proceso de universalización y especificación de los derechos humanos, los derechos de los niños presentan unas connotaciones diferentes. Su exigencia brota al hilo de las reivindicaciones de quienes habían sido marginados en los derechos civiles y políticos (los denominados derechos de primera generación), como es el caso de las mujeres, los trabajadores, los extranjeros o los pobres; pero, sobre todo, en el seno del derecho humanitario desarrollado a finales del siglo XIX, en un contexto

*Constitución*, op. cit., pp. 72-90.



histórico en el que se hace patente la necesidad de socorrer a los más débiles, a los más vulnerables, a los más necesitados. Y en un momento de guerras y catástrofes naturales, los necesitados, vulnerables y débiles son los enfermos, los heridos y, antes que nada, los niños; y de entre ellos, aquellos que han quedado huérfanos o abandonados. De ahí que los primeros derechos de los niños enunciados en el ámbito internacional son derechos de "protección"; es decir, derechos de segunda y tercera generación: derechos que responden a la satisfacción de las necesidades más básicas: la de ser alimentados, vestidos, educados, protegidos de todo tipo de abuso o explotación; en definitiva, estamos ante la obligación de los adultos de crear un mundo que les permita desarrollarse con arreglo a las exigencias materiales y espirituales de su dignidad de seres humanos especialmente vulnerables<sup>16</sup>.

No es casualidad, pues, que la preocupación por los niños emerja con fuerza después de cada uno de los tres grandes acontecimientos que han marcado los cien últimos años, dando lugar a cada uno de los tres documentos internacionales más emblemáticos en este campo: tras la I guerra mundial, la *Declaración de Ginebra* de 1924; tras la II guerra mundial, la Declaración de la ONU de 1959; tras el final de la llamada "guerra fría" entre los dos bloques y el triunfo de los Estados Unidos como única superpotencia, la *Convención de los Derechos del Niño*, de 1989, con una impronta individualista y autonomista, antes no contemplada ni concebida.

### 3. LA CONVENCION DE 1989 Y LOS DERECHOS DE AUTONOMIA DE LOS NIÑOS

La Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, proclamaba solemnemente, el 20 de noviembre de 1989, la *Convención de los Derechos del Niño*, tras más de diez años de complejos y acalorados debates en la Comisión de Derechos Humanos, con participación de observadores de los estados no miembros, de diversas organizaciones no gubernamentales y de organismos especializados de la ONU como UNICEF y UNESCO.

La *Convención* se ha convertido en el exponente más cualificado del consenso universal sobre los derechos. Con mucho es el instrumento internacional relativo a derechos humanos más ratificado de todos cuantos han sido emanados por organismos internacionales: lo han ratificado 191 países en un tiempo record (entró en vigor el 3 de septiembre de 1990, apenas 10 meses desde su apertura a la firma, en enero de ese mismo año). Sólo Somalia no lo ha firmado ni ratificado y los Estados Unidos, lo han firmado pero no ratificado. Curiosamente, y a pesar de ser el máximo impulsor de la inclusión de los derechos de autonomía, en este caso, su

<sup>16</sup> Vid. GARIBO, A.-P., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, op. cit., pp. 153-157.

falta de ratificación procede de la oposición de muchos de los Estados de la Unión al reconocimiento de esos derechos a los menores. Paradojas de la historia. No deja de llamar la atención la celeridad en la ratificación de la *Convención*, a la vista de las importantes divergencias que se plantearon en su gestación. La explicación, quizá, pueda estar en la búsqueda de legitimidad y aceptación que la mayoría de estados no democráticos persigue a través de su adhesión a documentos internacionales de derechos humanos, aunque luego de facto no sean sino papel mojado<sup>17</sup>. En este caso, más que una oportunidad se trataba de una ineludible exigencia para no quedar estigmatizado en el ámbito internacional: ¿qué Estado podía negarse a reconocer derechos a los niños? ¿Qué razones podrían alegarse para no adherirse a un documento que pretende garantizar la protección y cuidado de los niños?

La *Convención* es un documento con carácter de tratado internacional, que vincula a todos los estados que lo ratifican, y que prevé organismos de control y garantías sobre lo estipulado. El documento está estructurado a partir de un preámbulo y tres partes. La Primera, tras definir en el art. 1, los sujetos titulares, a efectos de su aplicación, desarrolla todos los derechos reconocidos por los estados a los niños y los principios que los desarrollan y garantizan (arts. 2-41). En la Segunda parte, se crea el *Comité de los Derechos del Niño*, atribuyéndole funciones de información y vigilancia (arts. 42-45). En la Tercera parte, se regulan los mecanismos de ratificación y entrada en vigor de la *Convención* y los relativos a su modificación (arts. 46-54).

No voy a extenderme en analizar el complicado proceso de gestación de este importante documento<sup>18</sup>, me limitaré a señalar brevemente la controversia sobre el concepto de niño como titular de los derechos, para centrarme luego en los derechos de autonomía.

#### 3.1. EL CONCEPTO DE NIÑO EN LA CONVENCION

Como había sucedido ya en el debate de la *Declaración* del 59, el primer punto de controversia se planteó sobre la definición de niño. Un grupo de países defendía incluir en la definición "desde el momento de la concepción"; otro grupo, por el contrario, sostenía que la protección se limitara "desde el momento del nacimiento". La solución transaccional que pretendió contentar a ambos, acabo dejando el texto con una profunda ambigüedad -cuando no contradicción- entre lo manifestado en el párrafo 9º del *Preámbulo* ("...necesita de cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento") y lo finalmente

<sup>17</sup> Vid. PÉREZ VERA, E., "El Convenio sobre los Derechos del Niño", en AAVV, *Garantía internacional de los derechos sociales*, MAS, Madrid 1990, pp. 176 ss.

<sup>18</sup> Para un análisis detallado de ese proceso, puede verse GARIBO, A.-P., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, op. cit., pp. 177-205.

establecido en el articulado (art. 1: "...se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...").

La definición de niño, lógicamente, está estrechamente conectada con la proclamación de su derecho a la vida (art. 6: "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible, la supervivencia y desarrollo del niño"). Resulta evidente, en efecto, que la titularidad de este derecho está directamente relacionada con el alcance de la definición de niño. Este derecho constituye una novedad respecto a la Declaración del 59. La controversia sobre su alcance radica, obviamente, en el grado de protección del *nasciturus* y su posible conflicto con las legislaciones despenalizadoras del aborto.

Todos los países con regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo, formularon reservas al art. 6, entendiendo que no cabía interpretarlo en sentido contrario a esas regulaciones. Todos los países islámicos, la mayoría del los sudamericanos, muchos asiáticos y algunos europeos, formularon reservas sobre el art. 1, considerando que la definición de niño debe entenderse desde el momento de la concepción<sup>19</sup>. En definitiva, dos artículos cuya ambigüedad provocan que estemos ante una titularidad "difusa" de los derechos: ¿Quién es un niño?; ¿El embrión es un niño? ¿El feto de 16 semanas es un niño?

Por otra parte, si hemos de entender que un niño es todo ser humano que no haya cumplido 18 años y, por tanto, que tan sujeto titular de los derechos es un menor de 17 años como un niño de 5, que todavía no ha alcanzado el pleno uso de razón, el desatino de la definición se hace patente; el ejercicio de los derechos de autonomía queda en entredicho y la primaria función protectora y asistencial de la Convención se resquebraja en estos ámbitos. La Convención debería haber establecido distinciones en función de los diversos grados de desarrollo del niño y la evolución de su capacidad de actuación y discernimiento (la mayoría de los códigos de infancia latinoamericanos, afortunadamente, lo han hecho). Lamentablemente no lo hizo; de manera que, reconocer a un niño de 4 años derechos a la libertad de expresión, religión o asociación, resulta sencillamente ridículo<sup>20</sup>.

### 3.2. LOS DERECHOS DE AUTONOMÍA: UNA NOVEDAD SORPRENDENTE Y DISCUTIBLE

Los artículos 13, 14, 15 y 16 reconocen, por primera vez y de manera ciertamente

<sup>19</sup> Cfr. ESPINOSA, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Barcelona 2007, pp. 19-35.

<sup>20</sup> Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989", en *Rev. Esp. Der. Int.* (1992) 2, pp. 465 ss.

sorprendente, derechos de autonomía a los niños<sup>21</sup>. Fueron las organizaciones norteamericanas de defensa de la infancia quienes más presión e influencia ejercieron para que tales derechos fueran incluidos en la Convención, rompiendo el carácter protector y asistencial que hasta ese momento había constituido el espíritu de toda la legislación internacional y nacional de los Estados. En el proceso de elaboración, dentro del grupo de trabajo que redactó el proyecto, contaron siempre con el apoyo incondicional de Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia y Canadá, y con la oposición abierta de la URSS, Polonia, China y Argelia.

Estos derechos de autonomía corresponden a las libertades más clásicas de la primera generación: libertad de expresión (art. 13), cuya redacción reproduce la del art. 19.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), uno de los más polémicos que contó con la oposición radical de todos los países islámicos; libertad de asociación y reunión (art. 15), redactado en idénticos términos que el art. 22 del PIDCP, pero excluyendo la cláusula del Pacto relativa al derecho a sindicarse; y el derecho a la intimidad (art. 16) expresamente propuesto por el representante de los Estados Unidos, pretendiendo introducir el famoso *right to privacy*, desarrollado por la jurisprudencia anglosajona. Y todo ello se reconoce a quien todavía no ha cumplido 18 años, sin que el ejercicio de tales derechos se vea limitado de algún modo en previsión de los problemas que su natural inmadurez pudieran causarles. Se trata, en palabras de Haffen, de niños auténticamente abandonados a su propia autonomía<sup>22</sup>.

Esta novedosa situación de los niños tiene la virtualidad de convertirlos en individuos autónomos, que pueden ejercer derechos de contenido civil y político, frente al Estado y frente a todos, por tanto también frente a sus padres, poniendo en entredicho la propia estructura familiar; de la que desaparece toda funcionalidad que no sea la de promover y garantizar tales derechos. Estamos, pues, ante la paradoja de niños considerados como sujetos adultos autónomos, que podrían llegar, en teoría, a ejercer individualmente sus derechos, al margen de la protección de la familia (o incluso contra ella) y que pueden acabar siendo víctimas de esos mismos derechos. Tan sorprendente planteamiento ha provocado que tales derechos hayan quedado inoperantes en la práctica y que, solamente en casos de conflicto o de desamparo, al hilo de la actuación del ministerio fiscal, hayan sido invocados en algún

<sup>21</sup> No incluyo entre los derechos de autonomía, el art. 12, relativo al derecho del niño, con capacidad para formarse un juicio, de expresar libremente su opinión en los asuntos que le afectan y que ésta deba tenerse en cuenta, en función de su edad y madurez, en todos los procesos legales que le afecten. No estamos ante un derecho a la libertad de expresión (reconocido en el art. 13), sino ante la garantía de ser escuchado en los asuntos que le conciernen. Digamos que se trata de una garantía conectada con el principio del interés superior del niño como criterio primario de actuación. Se trata, además, de un derecho de larga tradición en las legislaciones internas, sobre todo en el ámbito del derecho procesal de familia (separación, divorcio, custodia, patria potestad) y en algunos ámbitos del derecho penal.

<sup>22</sup> HAFEN B.- HAFEN, J., "Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention of Rights of the Child", *Harvard International Law Journal*, vol. 37, n.2, 1996.

caso y en alguna medida. Pero veamos algunas de las paradojas que podría suscitar la interpretación de cada uno de ellos en clave de radical autonomía<sup>23</sup>.

### 3.2.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ART. 13 DE LA CONVENCIÓN)

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Podríamos decir que el alcance del derecho a la libertad de expresión de los niños resulta bastante irrelevante, fuera de la posibilidad de manifestar su opinión, en función de su edad y grado de madurez sobre las cuestiones que le conciernan (ya recogido en el art. 12), en especial en el ámbito legal y judicial. Estas previsiones no aportan nada nuevo porque han estado siempre presentes en la mayoría de los Códigos civiles europeos y latinoamericanos. También las disposiciones procesales de ámbito Civil y Criminal determinan la obligación de oír al menor en los asuntos que le atañen.

Consagrar como un derecho fundamental que el niño pueda expresarse libremente no deja de ser la consecuencia, necesaria e ineludible, de incluir en la categoría de niño a sujetos de 18 años, de acuerdo con la desafortunada definición del art. 1 de la *Convención*. En todo caso, mientras que su declaración de voluntad no pueda producir efectos jurídicos, garantizar su libertad de expresión no deja de ser un brindis al sol, una declaración superflua e irrelevante.

Sin embargo, la proclamación de ese derecho resulta difícil de compatibilizar con la ineludible tarea educativa y formativa, ya que supone concebir al niño como un sujeto autónomo (es decir, adulto y autosuficiente en sus expresiones) y no como un ser en desarrollo (sujeto a tutela y necesitado de protección y guía hasta que sea capaz de forjarse un criterio, como lo describe el párrafo séptimo del *Preámbulo*). Afirmar que el niño tiene derecho a "difundir y recibir informaciones de todo tipo", orales o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio", genera

<sup>23</sup> Asumimos en este análisis crítico buena parte de las reflexiones de GARIBO, A-P., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, op. cit., pp. 205-217.

no poca inquietud cuando abordamos terrenos, enormemente espinosos, como la pornografía o la propaganda de ideologías nocivas y totalitarias (como el nazismo, terrorismo, etc.) desgraciadamente apabullantes en los medios más usados por menores: internet.

Por otra parte, resulta ridículo o, simplemente carnavalesco, que el apartado segundo b) del art. 13 pretenda salvaguardar la seguridad nacional y el orden público, además de la salud o la moral públicas, de aquello que un niño pueda decir en el ejercicio de su libertad de expresión, cuando en realidad debería establecer exactamente lo contrario: la obligación de proteger al niño frente a todo aquello que, por su falta de madurez o preparación, pueda hacer o decir y sea perjudicial para él. Resulta contradictorio que la *Convención* describa al niño como un ser en desarrollo (*Preámbulo*), bajo la protección de los adultos (art. 3) y al que debe asegurársele todo tipo de instrumentos de protección -acogimiento, adopción- cuando faltan sus padres biológicos (art. 20-21) y luego le deje desamparado ante una hipotética vulneración del orden público o la seguridad nacional (aunque resulta difícil de imaginar que esto pueda suceder). Se trataba justamente de lo contrario: de protegerle. Sorprende, pues, más si cabe, que se haya omitido la cláusula de "no ser molestado por sus opiniones", que sí figura como protectora en el art. 2.2 de la propia *Convención*. Finalmente, resulta curioso que tampoco se le exija ningún tipo de responsabilidades por las opiniones que exprese: lo que no deja de ser una prueba evidente de la irrelevancia con la que se contempla el ejercicio de tal derecho: pura retórica.

### 3.2.2. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN (ART. 14 DE LA CONVENCIÓN)

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

El párrafo 3 de este artículo vuelve a establecer la cláusula limitativa de la seguridad, la moral, el orden o la salud pública (también los derechos y libertades de los demás), como restricción al ejercicio que el niño pudiera realizar de este derecho,

en lo relativo a la profesión de su religión. Baste reproducir aquí el comentario ya realizado anteriormente puesto que el ejercicio de ambos derechos está claramente ligado.

Merece una glosa detenida el segundo párrafo, cuya contradicción abierta con el artículo 18.4 del PIDCP ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones. El Pacto Internacional determina el respeto a la libertad de los padres, o en su caso de los representantes legales del niño, para garantizar que éstos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con las convicciones de aquellos. El art. 14.2 de la *Convención* ha transformado este derecho de los padres en un derecho-deber de "guiar al niño en el ejercicio de su derecho, de modo conforme a la evolución de sus facultades". Con esta confusa y ambigua redacción resulta difícil saber si estamos ante un derecho de los padres a decidir sobre ese aspecto (de acuerdo con el *Pacto*); un derecho autónomo del niño a decidir sobre sus convicciones (de acuerdo con la literalidad del art. 14.2) o un derecho compartido entre ambos (que además sería "deber" en el caso de los padres). Tampoco queda claro cuál debería prevalecer en caso de conflicto: ¿las previsiones del *Pacto* a favor de los padres o las de la *Convención* a favor del niño? Aunque, como veremos más adelante, el principio del *interés superior del niño* haría prevalecer en última instancia su decisión, en la medida en que se le considere con discernimiento suficiente.

Resulta llamativo que esta misma función (derecho-deber de guía) no se recoja también en el resto de los derechos de autonomía, en los que su inclusión hubiera resultado sumamente positiva en orden a la protección de un ejercicio perjudicial para el menor. Parece, sin embargo, que el ámbito de las convicciones religiosas es el que más desconfianza generó en relación con presuntas imposiciones de los padres.

En definitiva, parece bastante razonable sostener que el derecho de los padres a elegir el tipo de educación religiosa que desean para sus hijos, continúa vigente al amparo del art. 18.4 del PIDCP. Parece claro también que, en la medida en que el niño tenga capacidad y discernimiento propio, los padres no pueden obligarle a practicar o mantener la confesión religiosa que ellos profesan y, en esa medida, su tarea pasa a ser meramente orientadora. Se trata, pues, de un derecho que tiene un doble filo: ¿qué sucede con el menor que decide frecuentar una secta religiosa? ¿Pueden los padres ejercer sobre él una potestad imperativa o no? ¿Qué sucede si se nutre de determinada basura ideológica, como el movimiento skin, o el punk?

### 3.2.3. DERECHOS DE LIBRE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN (ART. 15 DE LA CONVENCION)

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

También el ejercicio de este derecho tiene su límite en la seguridad, la moral, el orden y la salud públicas, reflejadas en el segundo párrafo del artículo.

La única peculiaridad que reviste el texto, con relación a su homónimo del *Pacto Internacional* (art. 23) es la ausencia de referencia a la libertad sindical y a la capacidad del niño de afiliarse a un sindicato. No queda claro si es que el derecho a sindicarse se supone implícitamente contenido en la formulación general del párrafo 1, o si se pretendía no reconocerlo a los niños.

Si adoptamos este segundo punto de vista, como podría parecer más lógico por considerar impropio el trabajo infantil, estaríamos privando al niño de una valiosa garantía protectora, como es la sindical; porque la realidad del trabajo infantil es un presupuesto indiscutible en la redacción del art. 32 de la propia *Convención*, en el que simplemente se le defiende de la explotación y de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su educación, salud o desarrollo, para lo cual se insta a los legisladores nacionales a establecer edades mínimas, horarios y condiciones adecuadas a la edad y sanciones graves por incumplimiento de esas disposiciones. Pero, como puede verse, la *Convención* acepta que el trabajo infantil es una realidad abundante en la mayor parte de los países del mundo no desarrollado. Sería muy conveniente que a través de la protección sindical se le pudiera proteger de los riesgos de su hipotética actividad laboral. En todo caso, la confusa redacción del artículo demuestra también una falta de confianza en la capacidad del menor para ejercitar este derecho.

### 3.2.4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD (ART. 16 DE LA CONVENCION)

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La inclusión de este artículo en la *Convención* resulta, en nuestra opinión, la más paradójica de todas, puesto que su inclusión fue directamente patrocinada por el representante norteamericano, cuando es bien sabido que la Constitución de los Estados Unidos no reconoce expresamente tal derecho. Ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema quien se ha encargado de desarrollar el *right to privacy* durante los años setenta y ochenta, de manera bastante controvertida cuando supone reconocer a los menores plena autonomía en la toma de decisiones sobre el aborto y la procreación<sup>24</sup>.

Este parece ser el trasfondo (y la única virtualidad real) del derecho del niño a no ser "objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada": buscar una vía que permita a las adolescentes adoptar autónomamente sus decisiones en materia procreativa o abortiva, sin que la opinión de los padres o, en su caso, del progenitor masculino, tenga ninguna validez a esos efectos. Algo completamente discutible, desde nuestro punto de vista.

La protección relativa a la familia, honra y reputación del niño, como se ha subrayado, podría considerarse implícitamente contenida en otros artículos de la *Convención* (3, 9, 19, 36, 37). Sin embargo, hay dos elementos expresamente enumerados en el texto que podrían generar conflictos con relación al ejercicio de la patria potestad por parte de padres o tutores legales: se trata del derecho a no ser objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales "en su domicilio o en su correspondencia". En efecto: ¿podría interpretarse, por domicilio la habitación que el menor ocupa en el hogar familiar? ¿supondría eso que el niño puede prohibir la entrada a sus padres en ese ámbito? Por otra parte, la privacidad de la correspondencia ¿impediría a los padres controlar el correo de sus hijos cuando tienen fundadas sospechas de que algo pueda acarrearle serios perjuicios? Al hilo de estas reflexiones, no hace mucho, se debatió la viabilidad de que los padres pudieran utilizar el *test* puesto en marcha para controlar la ingesta de drogas de menores, que funciona poniendo el instrumento sobre alguna prenda íntima del sujeto que hubiera estado en contacto directo con su cuerpo y pudiera contener algo de sudor: ¿Atentaría contra su derecho a la intimidad realizar esta prueba aún a riesgo de llegar tarde en la prevención del consumo de estupefacientes?

### 3.3. ¿CÓMO INTERPRETAR Y EJERCER ESTOS DERECHOS DE AUTONOMÍA?

Podríamos pensar que la *Convención* ha pretendido acabar con una presunta convicción, desde luego inexistente en nuestro contexto cultural hodierno (pero

<sup>24</sup> Vid. SHEPHER, R., "Civil rights of the child, articles 13, 14, 15, 16"; en *Children's Rights in America*, (Pierce & Cohen eds.), ABA, New York 1996, pp. 135 ss.

quizá vigente en otros ámbitos), que considera a los niños como una especie de propiedad privada de los padres. Para ello, se ha redimensionado el tradicional sentido imperativo de la patria potestad (reflejada en el reconocimiento de derechos de los padres sobre los hijos) sustituyendo esas formulaciones por un matizado derecho-deber de guía, dirección y orientación de los hijos en el ejercicio de sus derechos: así aparece consagrado como principio general en el art. 5 de la *Convención*.

Ahora bien, desactivar la autoridad decisional de los padres sobre los hijos supone, necesariamente, desplazar el centro de gravedad de las decisiones hacia la órbita de los niños y eso supone, en última instancia, que ante la eventualidad de un conflicto de opiniones, es la voluntad del niño la que debe prevalecer, lo que no deja de ser una más que radical evolución (¿contradicción?) entre lo establecido por la *Convención* y lo consagrado por el *Pacto Internacional* del 66.

Por otra parte, no es improbable la aparición del conflicto entre padres e hijos con relación a alguno de estos derechos; en tal caso, el conflicto se plantearía en el seno del hogar: ¿pero cómo debería solucionarse? Si optáramos por una interpretación autonomista radical de estos derechos, debería prevalecer el criterio del niño, en cuanto que ostentaría un verdadero derecho a decidir frente al de los padres, que simplemente ostentan un derecho a orientar. Entonces, ¿debe ser el niño quien denuncie a sus padres ante un juez, esgrimiendo los artículos de la *Convención*? ¿Debería entonces el fiscal asumir la representación legal del menor frente a sus propios padres?

Como es obvio, el reconocimiento de derechos de autonomía a los menores realizado por la *Convención* no puede amparar la presunción de que las estructuras familiares son opresivas para los niños y que éstos deben utilizar los derechos para defenderse contra ellas. Al contrario, la auténtica clave hermenéutica de la *Convención* radica, a nuestro juicio, en subrayar que los niños son la primaria responsabilidad de los padres respecto a su cuidado y protección, pero, en cuanto que personas, son sujetos de derechos (no objetos de propiedad o sumisión) y deben ser respetados en su condición de seres humanos y protegidos en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con sus peculiares circunstancias de edad y madurez. Es decir, la *Convención* no cuestiona que los niños sean seres dependientes y, por tanto, vulnerables y necesitados de especial protección y cuidado, sino que previene frente al peligro de confundir su dependencia con la eliminación de su realidad personal, desvirtuando en la práctica su condición de sujetos para convertirlos en objetos. De ahí que, en nuestra opinión, la existencia de derechos de autonomía sólo puede verse desde la óptica del reforzamiento del niño como sujeto y desde la instauración de mecanismos de protección frente a quienes pretendan oscurecer su condición de persona y su titularidad plena en el ámbito de los derechos humanos.

Esto significa que el Estado debe asumir también una responsabilidad directa sobre los niños, mejorando los mecanismos de protección pública de menores mediante sistemas eficaces de garantías<sup>25</sup> (la existencia de fiscalías de menores y su actuación de oficio en estos casos es paradigmática). Con todo, la actuación pública en materia de infancia, no debe devaluar, en absoluto, la función primaria e intermediaria de la familia, en la que siguen teniendo plena vigencia principios como "actuar en interés de la familia" o figuras como "el consejo de familia"<sup>26</sup>.

En definitiva, no podemos perder de vista la verdadera concepción de los derechos humanos como instrumentos de protección de bienes fundamentales y la auténtica concepción del niño como sujeto interdependiente, como ser en desarrollo que necesita de protección y cuidado por su especial vulnerabilidad. En consecuencia, los derechos de los niños son mecanismos para garantizar la protección y cuidado que la sociedad les debe y los derechos de autonomía reconocidos en la *Convención* deben someterse a la función de guía y orientación de los padres o tutores (no sólo el referido a la libertad religiosa) y al principio fundamental del "interés superior del niño", del que nos vamos a ocupar a continuación, no interpretado desde una concepción paternalista/autoritaria, sino desde una concepción "garantista" que sitúa el respeto a estos derechos como límite y exigencia de toda actuación de los poderes públicos y de los adultos en general.

#### 4. LA CONVENCION Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su consagración en el derecho internacional y en los diversos pactos y convenciones es tributaria del extenso uso que de él se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de Derecho codificado. El análisis comparado de su evolución en los diferentes sistemas jurídicos revela una característica común: el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos ha sido un proceso gradual y progresivo<sup>27</sup>. Veamos cuál ha sido su evolución en el Derecho comparado y cómo se ha plasmado en el Derecho español.

##### 4.1. EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO

Tradicionalmente, los menores fueron prácticamente ignorados por el Derecho que solamente protegía las facultades, bastante discrecionales, de los padres. Los

<sup>25</sup> Vid. MORITA, A., "Beyond the Myth of Children's Rights", *Acts of II Family World Congress*, Ginebra 1999, p. 3.

<sup>26</sup> Vid. a este respecto MOLINER, R., "La familia como espacio de socialización de la infancia", *Cuadernos UAM*, México 2005; ROCA, E., *Familia y cambio social*, Tecnos, Madrid 1999.

<sup>27</sup> Cfr. RIVERO, F., *El interés del menor*, (2ª ed.), Dykinson, Madrid 2007, p. 50.

intereses específicos de los niños siempre constituyeron un asunto privado, sometido al criterio último de la patria potestad y completamente al margen de la regulación de los asuntos públicos.

Fue a mediados del s. XIX, cuando comienza una nueva fase en la que se observa un progresivo aumento de la preocupación por los niños y se empieza a considerar la existencia de intereses jurídicamente protegibles en los menores que no coincidan con los de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación al menor del derecho de equidad en lugar del derecho consuetudinario que le consideraba únicamente como una propiedad e instrumento para el uso de sus padres<sup>28</sup>. Igual trayectoria se observa en el Derecho francés<sup>29</sup>. En esta nueva fase, el Estado llega incluso a asumir la tutela del niño en ciertos casos, y también impone algunas directrices imperativas para su educación: así ocurría con el *Tribunal de la Cancillería* que actuaba en nombre de la Corona británica<sup>30</sup>; o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía al Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio<sup>31</sup>. En América Latina esta evolución se plasma también en el Derecho de familia, a partir de la legislación protectora de comienzos del siglo XX<sup>32</sup>. En Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico establecieron el principio del interés superior del niño como criterio prioritario para la resolución de los conflictos de familia<sup>33</sup>. En definitiva, los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos), a partir del siglo XX, comienzan a formar parte de los asuntos públicos.

Buena muestra de ello, como hemos visto, es la evolución que se produce en los instrumentos internacionales en materia de protección de la infancia y la consagración internacional del "interés superior del niño" como criterio hermenéutico fundamental: desde la *Declaración de Ginebra* de 1924 (aunque de manera incipiente bajo el imperativo de dar a los niños lo mejor), hasta la formulación expresa del principio en la *Declaración de los Derechos del Niño* en 1959, y su posterior incorporación a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* e, incluso, su presencia en la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (arts. 5 y 16).

<sup>28</sup> Cfr. ALSTON, Ph. (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994; pp. 46-79.

<sup>29</sup> Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, J., "The Best Interests Principle in French Law and Practice", en Ph. Alston (ed.), *The Best Interests of The Child...*, op. cit., pp. 83-135.

<sup>30</sup> Cfr. ALSTON, Ph. (ed.), *The Best Interests of The Child...*, op. cit., pp. 52-54.

<sup>31</sup> Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, J., "The Best Interests Principle in French Law and Practice", cit., pp. 91-92.

<sup>32</sup> Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho de la infancia y la adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

<sup>33</sup> GOONESEKERE, S., "The Best interests of The Child: South Asian Perspective", en Ph. Alston (ed.), *The Best Interests of The Child...*, cit., pp. 146-168.

En esta sucinta exposición debemos subrayar un elemento fundamental: el principio del *interés superior* ha evolucionado también junto con el progresivo reconocimiento de derechos a los niños, de manera que, a partir de la *Convención*, donde la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado su máximo desarrollo, es necesario interpretar este principio de acuerdo con ese nuevo contexto. En efecto, cuando los niños eran considerados meros objetos propiedad de sus padres y estaban sometidos a un criterio de autoridad arbitrario, el principio del *interés superior* subrayó la necesidad de reconocer al niño su condición de persona y sujeto de derechos. Hoy día que, al menos en el plano normativo, el niño viene reconocido como un sujeto portador de derechos, el principio del interés superior debe erigirse en un mecanismo capaz de garantizar el ejercicio de esos derechos y de evitar su vulneración<sup>34</sup>.

#### 4.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO "GARANTISTA"

La *Convención* contiene "principios", que podrían denominarse "estructurantes", entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2), el de efectividad (art. 4), el de autonomía y participación (arts. 5 y 12) y el de protección (art. 3). Estos principios -como señala R. Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc.; cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia<sup>35</sup>. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, pueden concebirse como derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Si entendemos de este modo la idea de "*principio*", esto significa que su contenido se impone sobre la acción política y legislativa de los poderes públicos. En consecuencia, nada más lejano al denominado *principio del interés superior del niño*, que considerarlo como un mero "inspirador" de las decisiones legislativas. Por el contrario, se trata de una prescripción de carácter imperativo hacia los poderes públicos que debe determinar de modo efectivo su actuación. A este respecto, la formulación del artículo 3.1 de la *Convención* resulta paradigmática como límite a la actuación discrecional de los poderes públicos en la materia: "*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 la que se atenderá será el interés superior del niño*".

Así pues, la disposición del artículo tercero de la *Convención* constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades (incluso a instituciones privadas),

<sup>34</sup> Vid. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 35-37.

<sup>35</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio*, (2ª ed.), Ariel, Barcelona 1989, pp. 87-93.

a considerar primordialmente el "*interés superior del niño*" en el ejercicio de sus atribuciones, pero no porque el interés del niño sea socialmente valioso, o por cualquier otra consideración de tipo benéfico o protector, sino porque los niños son sujetos de derechos que deben ser respetados. En otras palabras: los niños tienen derecho a que, antes de tomar cualquier medida legislativa o administrativa respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y garanticen sus derechos y se erradiquen aquellas que los conculcan. En este sentido, cabría afirmar que aquello que hemos denominado "*principio*", siguiendo a Dworkin, pudiera también denominarse (en el caso específico del *interés superior del niño* establecido en la *Convención*), como "*garantía*", si por tal entendemos: "los vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"<sup>36</sup>. De ahí que el *interés superior del niño* en el marco de la *Convención* pueda considerarse un principio jurídico garantista.

#### 4.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO "SATISFACCIÓN DE SUS DERECHOS"

Desde esta perspectiva garantista, el "*interés superior del niño*" sólo puede consistir en la plena satisfacción de sus derechos. En consecuencia, el contenido concreto del principio no es otro que el respeto y el ejercicio de los derechos. Todo "*interés superior del niño*" pasa, pues, por una directa e ineludible referencia al "catálogo de derechos" reconocido por la *Convención*. Y viceversa; sólo aquello que constituye el contenido de sus derechos puede ser considerado "*interés superior del niño*". En efecto, antes de "*interés superior*" pareciera remitir a algo que estaba por encima y más allá de los derechos; una especie de interés ético general, benefactor, tuitivo y protector; que podía orientar positivamente decisiones, aunque de manera ocasional, que de otro modo se adoptarían desde la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido a los niños un catálogo específico de derechos, ya no cabe sostener una noción vaga o indeterminada de ese interés superior<sup>37</sup>.

En este sentido, una concepción del *interés superior del niño* directamente ligada con la titularidad de derechos obliga a superar cualquier interpretación paternalista/autoritaria que ha sido tradicional a la hora de afrontar legislativa o administrativamente los temas relativos a la infancia. En el esquema paternalista/autoritario, eran el juez, el legislador o la autoridad administrativa quienes "materializaban" el interés superior del niño a través de sus decisiones y actuaciones; de manera que éste interés se "constituía" como un acto potestativo derivado de su juicio discrecional (ético o

<sup>36</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid 1995, pp. 42-43.

<sup>37</sup> Cfr. ESPINOSA, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, op. cit., pp. 31-32

político) pero no de los derechos de los afectados. De ahí que la justicia o injusticia de esas actuaciones dependiera exclusivamente de los criterios predominantes en la política familiar o en la subjetividad de los jueces. Desde este planteamiento, el interés superior del niño se concibe como algo que le es ajeno, que está "por encima" de él y que otros deben determinar; y ello, por cuanto se concibe a los niños como personas que carecen de derechos debido a su incapacidad. En consecuencia, son los adultos quienes ostentan poderes/deberes (potestades) mediante los cuales proveer a la protección de esos "bienes jurídicos", socialmente valiosos, que son los niños<sup>38</sup>.

La función del interés superior del niño en este contexto consistiría en "iluminar" la conciencia del juez o de la autoridad administrativa para que adopte la decisión correcta, ya que carece de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención, sin embargo, propone una solución bien distinta. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de vigencia de los derechos que consagra, e identifica el interés superior con la satisfacción de esos derechos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y los niños son sus titulares (sujetos de derecho) y en la medida en que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad administrativa que no puede adoptar resoluciones jurídicas desde su discrecionalidad, sino desde la estricta sujeción, en la forma y en el contenido, a los derechos de los niños ahí plasmados. Teniendo en cuenta, además, el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención)<sup>39</sup>.

Podría objetarse que si la función del principio del interés superior del niño consistiera simplemente en someter las actuaciones de los poderes públicos a los derechos proclamados en la Convención, tal principio resultaría completamente superfluo porque se trata de algo obvio. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la experiencia de las políticas públicas y del sistema judicial en relación con la infancia revela que esta corroboración no es en absoluto superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como límite y exigencia en la actuación de las autoridades y de los adultos en general. En otras palabras, no cabe interpretar el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que mantendría las facultades discrecionales de las autoridades, sino que de él se deriva la exigencia de consagrar una definición precisa del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgar efectividad a los derechos consagrados a la Convención. Cualquier otra definición del interés superior, ya sea de base bio-psicosocial (identificarlo con

<sup>38</sup> Vid. BORRÁS, A., *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, RAJLC, Barcelona 1993, pp. 13-18.

<sup>39</sup> Vid. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 55-58.

alcanzar la madurez en su desarrollo), o bien de matriz jurídica, (identificarlo con la obtención de la plena capacidad), resta valor y eficacia a su consideración como sujeto de derechos y efectividad al ejercicio de los que se le reconozcan. De ahí la importancia de adoptar una concepción "garantista" del principio en el contexto de legislaciones sobre la infancia basadas en el reconocimiento de derechos<sup>40</sup>.

#### 4.4. FUNCIONES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN

Además del cometido principal ya desarrollado (limitar y orientar las decisiones de los poderes públicos según la satisfacción de los derechos de los niños), el principio formulado en el artículo tercero de la Convención cumple también otras importantes funciones. Veamos cuáles son.

##### a) Función interpretativa

Sin duda, la función más específica del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple esta función en el conjunto de los propios derechos reconocidos a los niños, por cuanto exige interpretarlos sistemáticamente, reconociendo su carácter integral. En efecto, los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que sólo en su conjunto aseguran la debida protección de la vida, la supervivencia y correcto desarrollo del niño. Precisamente, es durante la infancia cuando la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida; de ahí que el interés superior contribuya a sostener una interpretación holística de la Convención<sup>41</sup>.

En segundo lugar, permite la armonización y resolución de conflictos entre los derechos contemplados en la Convención. El principio presupone, en efecto, la necesidad de moderar el ejercicio de los derechos en relación con la capacidad de discernimiento del niño y la exigencia de resolver los conflictos de derechos que puedan presentarse utilizando este principio como mecanismo de ponderación. La propia Convención, en determinadas situaciones, establece un orden de prelación entre derechos, que luego relativiza sometiéndola al interés superior del niño. Ejemplos paradigmáticos se encuentran en el artículo 9 de la Convención, con relación a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad física producto de malos tratos; o en el artículo 37, relativo a la

<sup>40</sup> Vid. CILLERO, M., "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", en C. Medina y J. Mera (ed.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 1996, pp. 63-89.

<sup>41</sup> Cfr. GARIBO, A.P., *Los derechos del niño. Una fundamentación*, op. cit., pp. 221.



privación de libertad en recintos separados de los adultos, "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño". En ambos casos, la Convención hace prevalecer unos derechos sobre otros (la integridad física sobre la vida familiar; el entorno humano de privación de libertad sobre el lugar geográfico), pero deja abierta la posibilidad (judicial) de revocar esta prevalencia si, en algún caso, existe otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden extenderse, con carácter general, a cualesquiera otros casos en los que se planteen conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Obviamente, para determinar la prevalencia de un derecho sobre otro debe acreditarse, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta de ambos<sup>42</sup>.

#### b) Priorizar el interés del niño sobre el interés colectivo

Como ya hemos señalado, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni supeditada por ninguna consideración de tipo utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no es directamente identificable con el interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social de una comunidad determinada, y que, en ese caso, los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que, en todas las decisiones de los poderes públicos, los derechos de los niños deben primar sobre cualesquiera otros intereses legítimos de terceros, aun cuando tengan el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación nunca puede supeditarse a cuestiones administrativas de tipo organizativo, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado<sup>43</sup>.

Este planteamiento tiene unas consecuencias, en ocasiones especialmente "sangrantes", cuando se produce el conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas en el terreno de las infracciones a la ley penal. Aun a pesar del coste social que esto pueda conllevar, también en este campo los derechos del niño deberán tener una primacía (si bien no excluyente) sobre los derechos de los terceros. Es competencia de cada Estado decidir el grado de prioridad que otorga a la infancia, lo que no es discutible, a la luz de la Convención, es la exigencia

<sup>42</sup> Cfr. PARKER, S., "The Best Interests of the child. Principles and Problems", en Ph. Alston (ed.), *The Best Interests of The Child*, op. cit., pp. 162-173.

<sup>43</sup> Cfr. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 57-58.

de que en las políticas públicas y en las decisiones judiciales se refleje un cierto grado de prioridad de los derechos del niño.

Por ello, una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos directa o indirectamente afectados antes de adoptar cualquier resolución. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la mínima restricción de derechos. La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, que la intervención sobre menores a través de los mecanismos del Derecho penal se reduzca al mínimo posible -siempre perfectible- y, en el mismo sentido, se comprende la absoluta excepcionalidad de una medida como la de separar al niño de su entorno familiar. Pero, incluso en estos casos, se deben articular todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos de los que expresamente no ha sido privado (al menor privado de libertad se le deberá satisfacer su derecho a la educación; al niño separado de uno o ambos padres se le deberá garantizar la posibilidad de "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" tal y como establece el art. 9.3 de la Convención)<sup>44</sup>.

#### c) Función "orientadora" de los padres

Como sabemos, uno de los ejes fundamentales de la Convención se basa en el tratamiento de la relación niño-familia y, en particular, de la relación niño-padres: hay numerosas disposiciones que se ocupan de este aspecto. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación del niño; pero, a su vez, reconocen también el derecho del niño a ejercer sus derechos de forma progresiva, de acuerdo a la "evolución de sus facultades".

Como hemos señalado, una de las aportaciones sustanciales de la Convención radica en extender el ámbito de aplicación del principio garantista del interés superior del niño, más allá del contexto legislativo (como hizo la Declaración de 1959) o del contexto judicial (como se refleja en numerosas legislaciones sobre familia), sino en extenderlo hacia todo tipo de autoridades: los poderes públicos, las instituciones privadas e, incluso, los padres. En este sentido, el citado artículo 18, tras reconocer el derecho y responsabilidad de los padres en la crianza y educación de sus hijos y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán esas funciones de acuerdo a un criterio fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en sintonía con el artículo 5, que señala como objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención", de acuerdo a la evolución de sus facultades.

<sup>44</sup> Vid. ÁLVAREZ-VELEZ, M.I., *La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho-ICADE, Madrid 1994, pp. 56-61.

Una interpretación sistemática de ambas disposiciones indica que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la "autonomía" del niño en el ejercicio de sus derechos; de ahí que el contenido de la patria potestad se encuentra limitado, justamente, por esa función u objetivo. Es decir, el *interés superior del niño* exige de los padres una tarea dirigida a que el niño, de acuerdo con la evolución de sus facultades, sea capaz de ejercitar autónomamente sus derechos. El Estado, por su parte, tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son, pues, derechos absolutos sobre el niño, ni tampoco potestades o meros deberes de protección sobre un bien valioso: son ciertamente derechos, pero limitados por los derechos de los propios niños; es decir, por su interés superior<sup>45</sup>.

#### 4.5. SÍNTESIS CONCLUSIVA

En conclusión, las disposiciones relativas a los niños que deberían implantarse en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales —consecuencia de haber ratificado la *Convención*— habrían de orientarse hacia los siguientes cometidos: a) reafirmar que los niños, en cuanto que personas, son auténticos sujetos titulares de los derechos humanos; b) que estos derechos deben adecuarse a las particularidades de desarrollo y madurez de los niños; c) establecimiento de derechos propios de los niños y de deberes específicos de protección de los adultos hacia ellos —derivados de la relación paterno/filial o de los derechos de participación—; d) regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; e) orientar y encuadrar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación con la infancia.

#### 5. PLASMACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El principio del *interés superior del menor* está consagrado hoy como criterio rector del Derecho de Familia español. Se desprende del artículo 39.4 de la Constitución y de diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto constitucional (arts. 92, párr. 2º, 156, párr. 5º, 159, 161, 170, párr. 2º y 216, entre otros). Esto significa que, la decisión sobre cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de la patria

<sup>45</sup> Vid. CILLERO, M., "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", op. cit., pp. 94-97.

potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación de un modo u otro afecte a menores- debe atenerse al interés superior del menor como interés prevalente: En este sentido, los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el principio del "*favor filii*" como criterio rector que debe presidir cualquier decisión referente a los derechos de los hijos en el contexto de la patria potestad. Con carácter general, la aplicación de este principio rector responde a los siguientes presupuestos<sup>46</sup>:

- a) *Moderación de la patria potestad*. El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto, pero cuyo ejercicio exige una adecuada consideración sobre la personalidad de los hijos (art. 154, párr. 2º del CC); es decir, el ejercicio de la patria potestad debe acomodarse a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda desarrollar plenamente su personalidad.
- b) *Criterio esencial en la práctica judicial*. El principio del "*favor filii*" se erige de tal modo en criterio rector de la actuación judicial en los procedimientos sobre menores que, incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores, no serán homologables si pudieran resultar lesivos para los hijos; a tal efecto pueden ser limitados o suspendidos de oficio, si concurren circunstancias que así lo aconsejen, como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél.

Constatada la presencia del principio general del "*favor minoris*", su consideración como principio garantista (en la línea de lo que hemos señalado en el apartado anterior), se manifiesta en el texto legal que por excelencia regula esta materia: la L.O. 1/1996, de *Protección Jurídica del Menor*, cuando declara en su "Exposición de Motivos" lo siguiente: "El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de

<sup>46</sup> Cfr. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 81-89.

edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección"<sup>47</sup>.

La consecuencia más importante que se deriva de constituir el *favor filii* como principio rector básico de la patria potestad y de toda la actuación judicial sobre menores, es la peculiar naturaleza de orden público que, con fundamento en el artículo 53.2 y 3 de la Constitución, revisten las normas que regulan la materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, y que adquieren para los padres una imperatividad de *ius cogens* tal y como ha sido subrayado en numerosas resoluciones judiciales. Ese carácter de "orden público" que se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores, configuran el "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional". La trascendencia práctica de esta calificación resulta evidente, "porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida"<sup>48</sup>.

### 5.1. PLASMACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL "FAVOR MINORIS"

El constituyente de 1978 incorporó a la Norma Fundamental en el artículo 39 el principio básico sobre la protección de los niños y de la familia, con un carácter más formal que material. De este modo, el apartado 1 garantiza, con carácter general, "la protección social, económica y jurídica de la familia" por parte de los poderes públicos. En los dos apartados siguientes se proclama la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación y la "protección integral de los hijos" por parte de los poderes públicos, así como el deber de asistencia de los padres a los hijos. Finalmente, el apartado 4 incorpora toda la doctrina de la *Declaración* y la *Convención*, al declarar que los niños gozan de "la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"<sup>49</sup>.

Además del artículo 39, otros preceptos constitucionales aparecen involucrados en la defensa de los derechos de los niños y su específica protección (cfr. arts. 20.4,

<sup>47</sup> Vid. "Exposición de Motivos", L.O. 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*.

<sup>48</sup> Cfr. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 35-37.

<sup>49</sup> Cfr. ÁLVAREZ-VELEZ, M.I., *La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, op. cit., pp. 72-74.

27.2 y 35.1). De entre ellos, por su especial significación en orden a la determinación del interés del menor, merece ser destacado el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10.1 de la Constitución, junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social, puesto que tal principio, encabezando el título destinado a tratar de los derechos y libertades fundamentales, debe considerarse, dentro del sistema constitucional, "como punto de arranque, como un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos", según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

El principio constitucional del *interés superior del menor* encuentra amplia acogida en normas de orden estatal y autonómico, tanto en el ámbito del Derecho privado como fuera del mismo. Como ya vimos, son numerosos los artículos de nuestro Código Civil que incluyen referencias directas al interés superior del niño (además de los mencionados, cfr. arts. 87, párr. 1º, 103.1ª, 172.4, 173, 173 bis 2º, 176.1 y 216, entre otros). En este mismo ámbito la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, a la que ya nos hemos referido, incorpora como novedad esencial, en su artículo 2, la consideración del "interés superior de los menores" como norma de solución de conflictos ("sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"), reiterando el principio general del "favor minoris" en una buena parte de su articulado<sup>50</sup>.

En el orden penal, la L.O. 5/2000, de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, declara como interés prioritario para la sociedad y para el Estado el "interés del menor" (Ex. de M.), consideración que se incorpora como contenido específico de alguno de sus preceptos (cfr. arts. 6, 14.1, 23.1 27.4 y 30.3, entre otros). Este principio se incorpora también a normas de ámbito autonómico, de entre las que destaca el artículo 3 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de *Atención y protección de los niños y los adolescentes*, del Parlamento de Cataluña, que se refiere, como criterios para determinar el interés del menor, a los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y su individualidad en el marco familiar y social. Por su parte la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de *Mediación Familiar de Cataluña*, dispone que, en todos los casos, los acuerdos que se adopten deben priorizar el interés superior y el bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos (art. 6.2), estableciendo entre los deberes del agente mediador el de aproximar a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los discapacitados (art. 19 c)<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Vid. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 41-44.

<sup>51</sup> Vid. EGEA, J., *La protección de menores en Catalunya. Els diferents regims de protecció*. Generalitat, Barcelona 1989. Vid. también, CASTILLO, C., "El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar", *Asociación de Orientación y Prevención familiar de España* ([www.infanciaijuventud.com](http://www.infanciaijuventud.com)).

## 5.2. CONTENIDO MATERIAL DEL "FAVOR MINORIS"

Si acudimos al contexto normativo, más allá de algunas genéricas aportaciones por parte del Código Civil<sup>52</sup>, es en la L. O. 1/1996 donde de manera sustancial el principio del *interés superior del menor* se llena de contenido concreto y se proyecta sobre la satisfacción plena de sus derechos. En efecto, el contenido de los artículos 3 a 11 de dicha Ley, interpretado en el marco básico del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), delimitan el principio del "favor minoris" identificando el interés del menor con el reconocimiento y consecuente defensa de "los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte ..." (art. 3), el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones (art. 4), el "derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo" (art. 5), el "derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión" (art. 6), el "derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa" y el derecho de asociación y reunión (art. 7), el derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos (art. 8), el "derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social" (art. 9) y el "derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto" (art. 10); todo ello en el marco de los principios rectores de la acción administrativa (a los que se refiere el art. 11 de la Ley)<sup>53</sup>.

## 5.3 INTERVENCIÓN DEL MENOR EN LA TUTELA DE SU PROPIO INTERÉS

La participación del menor en la tutela y concreción de su propio interés es una exigencia "del necesario reconocimiento de su autonomía como sujeto con capacidad... de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades ..." (Ex. de M. de la L.O. 1/1996). A tal efecto, el legislador ha previsto con carácter general su intervención en aquellas situaciones, conflictos o procedimientos que pudieran afectarle a través de

<sup>52</sup> El artículo 172.4 Cc parece asociar inicialmente el interés del menor a las circunstancias de "su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona", si bien tal conexión no se plantea en términos absolutos pues las expresadas circunstancias pueden decaer si se manifiestan como contrarias a dicho interés. En parecidos términos el artículo 234 considera beneficiosa para el menor "la integración en la vida de familia del tuto". Y el artículo 304 utiliza el criterio de la utilidad para vetar la impugnación de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor.

<sup>53</sup> Vid. DIEZ PICAZO, L., "El principio de protección integral de los hijos, (Tout pour l'enfant)" en *La tutela de los derechos del menor*, I Congreso Nacional de Derecho Civil, A. González Porras (coord.), Córdoba 1984; p. 127 ss. Vid. también, RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 270-281.

un trámite procesal específico: la "audiencia del menor". El artículo 92, párrafo 2º del Código civil dispone la audiencia de los hijos "si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años". La norma no se restringe al ámbito de los procedimientos matrimoniales sino que, en general, y especialmente desde la entrada en vigor de la L.O. 1/1996, el niño tiene derecho a ser oído en cualquier proceso que le afecte, en cualquiera de los ámbitos del Derecho de Familia (cfr. además del art. 92, arts. 177.3.º, 231, 237, párr. 2º y 273 del CC). En concreto<sup>54</sup>:

- a) Para el ejercicio ordinario de la patria potestad cuya titularidad, como norma general, se presume conjunta o dual. Al respecto, el artículo 154, párrafo 5º establece que "si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten".
- b) En el ámbito del ejercicio conjunto de la patria potestad paterna, cuando los progenitores sean convivientes, el artículo 156, párrafo 2º dispone que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien atribuirá la facultad de decidir a uno o a otro, después de oír a ambos "y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años".
- c) El artículo 9 de la L.O. 1/1996, atribuye al menor el derecho a ser oído tanto en el contexto familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial "en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social". Con este artículo, la audiencia del menor se ha convertido en un derecho inherente del menor, que podrá ejercitar en todas las situaciones procesales que le impliquen directamente, y en todas las decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social. Esto significa que jueces, representantes legales, y demás instituciones deben tener bien presente que el trámite de audiencia del menor es condición *sine qua non* para la legalidad de sus decisiones.

Con anterioridad a la promulgación de la L.O. 1/1996, las normas del Código civil que se referían a la audiencia del menor (especialmente los mencionados arts. 92, 154 y 156) no concretaron su naturaleza, lo que originó una disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales en orden a su carácter preceptivo (como si fuera sólo dispositivo oír al menor con "suficiente juicio" e imperativo oír sólo a los mayores de doce años). El artículo 9 de la L.O. 1/1996 ha clarificado absolutamente la cuestión al calificar de manera terminante la audiencia del menor como un derecho inherente de éste respecto de todas las decisiones que pudieran afectarle. De ahí que, el elemento decisivo para el ejercicio del derecho radica exclusivamente en el "suficiente juicio". En otras palabras, el Juez está siempre obligado a oír a los hijos, sean mayores o menores de doce años, siempre que tengan ese juicio suficiente, esto es, siempre que sean capaces de formarse una opinión y expresarla. Pero, no

<sup>54</sup> Cfr. FONSECA, R., "El deber de oír a los hijos", en *La tutela de los derechos del menor*, op. cit., p. 133 ss. Vid. también, RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 171-179.

sólo el órgano judicial debe escuchar al menor antes de acordar una decisión que le afecte, sino también los padres están obligados a respetar ese derecho y ejercer su potestad de acuerdo con la personalidad del hijo (cfr. art. 154, párr. 2° del CC)<sup>55</sup>.

Conviene precisar también que la imperatividad se proyecta sobre el "trámite" de la audiencia del menor (cuyas opiniones serán tenidas más o menos en cuenta en función de la madurez con que sean expuestas), ya que las manifestaciones del niño no vinculan al Juez a la hora de adoptar su decisión. Sin embargo, que la audiencia no sea vinculante para el Juez, tampoco significa que constituya una mera formalidad (ni para el Juez ni para los progenitores). El valor que se otorgue a las manifestaciones del menor dependerá del grado de discernimiento del niño y de la apreciación que de ello tenga quien deba decidir<sup>56</sup>.

#### 5.4. PARTICIPACIÓN DE LOS PADRES, TUTORES O GUARDADORES

El *interés superior del menor* debe concretarse, obviamente, dentro de las circunstancias de su vida ordinaria, es decir, dentro de su entorno familiar habitual. En ese entorno, los padres o, en su caso, los tutores o guardadores, juegan un papel esencial en la determinación de lo que le conviene en cada situación concreta. En efecto, dentro del contexto jurídico de la patria potestad, corresponde a los padres, tutores o guardadores, orientar la realidad vital de los hijos, como contenido propio de esta potestad, lo que implica tomar continuas decisiones en los aspectos más cotidianos de su vida: salud, educación y formación, alimentos, representación y administración de sus bienes, inserción social... (cfr. arts. 154 y 269 del CC)<sup>57</sup>.

En consecuencia, son los titulares de la patria potestad quienes tendrán más influencia en la concreción del interés de los menores a su cargo, tanto porque constituye su específica responsabilidad, como porque son quienes mejor conocen la personalidad de esos menores. No obstante, esa influencia no puede convertirse en una anulación o desplazamiento de la realidad personal del niño puesto que, como afirma la doctrina constitucional, "los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por completo a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda o custodia o, en este caso la patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará

<sup>55</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 295-304.

<sup>56</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 191-208.

<sup>57</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 210-238.

en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar"<sup>58</sup>.

Esto significa que existe un amplio margen de actuación de los progenitores, tutores o guardadores en relación con los menores a su cargo; pero las decisiones adoptadas en su beneficio, deberán ajustarse siempre a un criterio que objetivamente pueda concebirse como su auténtico interés: la mejor garantía y ejercicio de sus derechos<sup>59</sup>. En el supuesto de que alguna actuación no resulte acorde con ese criterio, tendrá que ser el Juez quien garantice y proteja esos derechos.

En efecto, el adecuado ejercicio de la patria potestad reviste un interés público evidente, que exige la intervención de los poderes del Estado, en particular del poder judicial, cuando las decisiones de quienes ostentan su titularidad pueden perjudicar (o ya lo han hecho) al menor. En este sentido, el momento donde más expresamente se sustancia espacial y temporalmente el *interés superior del menor* (donde mejor se provee a la salvaguarda y garantía de sus derechos) es en el contexto de las crisis familiares. Y en ese contexto es el Juez quien, de oficio o a instancia de parte -incluso del propio menor-, podrá acordar cualquier medida que estime oportuna con el propósito de protegerle frente a eventuales peligros o de evitarle posibles perjuicios (art. 158.3° del CC)<sup>60</sup>.

#### 5.5. EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE DE LOS INTERESES DEL MENOR

El artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, (regulado por L.O. 50/1981, de 30 de diciembre), atribuye a este órgano la función de "tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley" (3.6) y "asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen, y formar parte de aquéllos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos" (3.7).

La L.O. 1/1996 ha sobrepasado ese carácter general subsidiario establecido por la ley (carencia de representación legal) y ha prescrito la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en todo caso (exista o no representación legal), siempre que se trate

<sup>58</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo

<sup>59</sup> Cfr. RIVERO, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 291-295.

<sup>60</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 254-261; 308-320.

de cuestiones relativas a derechos e intereses del menor; intervención que, incluso, podría llegar a ser contraria en su pretensión a la decidida por el representante legal (cfr. art. 4).

El Código Civil, por su parte, legitima al Ministerio Fiscal para instar judicialmente las medidas previstas en el artículo 158 (art. 216, párr. 2º) y le confiere facultades en las actuaciones relativas a la tutela (cfr. entre otros, arts. 228, 232 y 273), al acogimiento de menores y a la adopción (cfr. arts. 172 y 174), marco éste último en el que la LEC exige su intervención preceptiva. En los procedimientos matrimoniales, a tenor de lo establecido en el artículo 92, párrafo 3º del Código civil, y de conformidad con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el Ministerio Fiscal será parte siempre que los hijos sean menores. También se le atribuye legitimación activa en los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación (arts. 129 del CC y 765.1 de la vigente LEC).

De lo expuesto se deduce que la intervención del Ministerio Público resulta determinante en la delimitación y defensa de los intereses del menor. Con todo, conviene precisar que el Ministerio Fiscal carece de funciones decisorias en cuanto a las medidas concretas a adoptar respecto a los menores, si bien, su ausencia en aquellos procedimientos en los que debe intervenir produce la nulidad radical de todas las actuaciones practicadas, a partir del momento en que se le debió dar participación, cuando la misma sea debida a una violación de los principios de audiencia, asistencia y defensa productores de indefensión (cfr. artículo 238.3 "in fine" de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El mismo fundamento ampara la nulidad de aquellas actuaciones que se sucedan durante la tramitación del proceso con infracción del principio de audiencia al Ministerio Fiscal, siempre que le ocasionen indefensión. No obstante, su citación e intervención, aunque se manifieste con retraso, convalida las actuaciones anteriores<sup>61</sup>.

## 5.6. INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

En coherencia con el marco establecido por el artículo 39.2 de la Constitución, que encomienda a "los poderes públicos" "la protección integral de los hijos" el artículo 3, párrafo 3º, de la L.O. 1/1996, ha potenciado el protagonismo de la Administración en este ámbito, disponiendo que "los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la... normativa internacional". En efecto, cuando las personas a quienes la ley encomienda de manera primordial el ejercicio de las funciones tuitivas (padres,

<sup>61</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 288-290.

tutores o guardadores) no quieren o no pueden actuar en defensa e interés de un menor, son las entidades públicas de protección de menores quienes se encargan de esa tarea (cfr. arts. 172, 173 y 173 bis del CC). La L.O. 1/1996 destina su Capítulo III (arts. 10 y 11) a establecer las "medidas y principios rectores de la acción administrativa" tendente a facilitar el ejercicio de los derechos de los menores: entre estos destaca "la supremacía del interés del menor" (art. 11.2.a)<sup>62</sup>.

Por su parte, la atribución competencial a las Comunidades Autónomas determina que, aquéllas que han incorporado a sus respectivos Estatutos los correspondientes títulos competenciales en la materia, han desarrollado una importante infraestructura administrativa de carácter autonómico que permite atender y gestionar los problemas generados por los menores en situación de desamparo.

<sup>62</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 283-287.