

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 concebirlos 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 vulneren 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 eficaz 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 Fund*; 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 porque 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.