

En fin, un último rasgo básico de la menor edad es el reconocimiento al menor de edad de derechos propios de su situación personal (por ejemplo, derecho a la educación) o la adaptación de la regulación general de los derechos a sus particulares circunstancias de personas que no pueden valerse por sí mismas. Ello se pondrá de manifiesto a lo largo del texto de la presente obra.

Capítulo II

La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo

SUMARIO. - 1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO CULMINACIÓN DE UN PROCESO DE RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. 2. LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO. 2.1. *La Convención: expresión de un consenso mínimo de amplio reconocimiento internacional.* 2.2. *Contenido de la Convención.* 2.2.1. Preámbulo de la CDN. 2.2.2. Las cláusulas generales o principios estructurantes: igualdad, interés superior, autonomía y protección efectiva del desarrollo. a. Igualdad y no discriminación (artículo 2 CDN). b. Interés superior del niño (artículo 3.1 CDN). c. Autonomía y libertades del niño, derecho a ser oído e interés superior. d. La protección efectiva del desarrollo.

1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO CULMINACIÓN DE UN PROCESO DE RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad el primer tratado específico dirigido al reconocimiento, garantía y protección de los derechos de la infancia: la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CDN, Resolución 44/25), aplicable a todo *ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*, según dispone el artículo 1 de su texto:

Este tratado es el resultado de una larga evolución de la concepción social y jurídica de la infancia que durante el siglo XX, vino a materializarse en instrumentos jurídicos internacionales primero de carácter declarativo, y luego, en cuerpos jurídicos vinculantes. La Convención Internacional Sobre Derechos del Niño es, pues, la culminación de un proceso de construcción y reconocimiento jurídico de hondas raíces históricas, jurídicas y sociales y su aprobación

traería aparejadas relevantes consecuencias para la relación entre el derecho y la infancia, por lo que con acierto se le ha considerado como un hito fundamental en la relación entre los niños, el Derecho y el sistema jurídico político internacional y nacional¹.

El impacto de la CDN para la consideración jurídica de los niños ha sido fundamental, y sus efectos pueden apreciarse a nivel universal. UNICEF ha reportado cómo la CDN ha influido en los más variados sistemas jurídicos del mundo y el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha dejado constancia de la evolución de la legislación de los distintos países con objeto de garantizar los derechos de los niños². A continuación se hace una breve revisión de este desarrollo, poniendo atención en aquellos aspectos más relevantes que sirven de antecedentes a la CDN.

Si bien es posible encontrar diversos textos jurídicos e instituciones anteriores que refieren de algún modo a las obligaciones respecto a los niños, e incluso se afirma que consagrarían ciertos derechos, éstos no responden a una construcción sistemática de los derechos del niño, y coexisten con una normativa inspirada en las nociones de incapacidad, dependencia y obediencia absoluta a los padres³. El primer texto que es reconocido por prácticamente toda

1. Véase en este sentido, entre otros, FREEMAN, M., «Why it Remains Important to Take Children's Rights Seriously», en *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays From the International Journal of Children's Rights*, Michael FREEMAN, editor, Leiden, 2011, pp. 5-25, pp. 5-8 que resalta la relevancia de la CDN para afianzar la idea de derechos de los niños en la doctrina y la legislación; CARDONA LLORENS, J.: «La Convención Sobre los Derechos del Niño: Significado, Alcance y Nuevos Retos», en *Educatio*, Siglo XXI, Vol. 30, Núm. 2 · 2012, pp. 47-58, que señala que «el reconocimiento casi universal de la Convención tiene un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño» p. 49; GARCÍA MÉNDEZ, E., *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, 2004.² ed. actualizada, p. 6, afirma que la Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.
2. Véase la obra colectiva «Protecting the World's Children. Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems», UNICEF, Nueva York, 2007, con diversos trabajos que examinan el impacto de la Convención en los sistemas jurídicos basados en el «Common Law» (RÍOS-KOHN), «Civil Law» (GARCÍA MÉNDEZ), «Muslim Jurisdictions» (SARDAR ALÍ) y en «Plural Legal Systems in Sub-Saharan Africa» (GOONESKARE).
3. Parte de la doctrina señala que el primer texto que directamente establece «derechos de los niños» sería «*The Massachusetts Body of Liberties de 1641*», que estableció expresamente una sección sobre «liberties of children» (arts. 81-84) y una norma de derecho a eximirse de responsabilidad penal (art. 52). Específicamente se cita el artículo 83 que establecía: «Si algunos padres intencionadamente y sin motivo denegasen a algún hijo un matrimonio conveniente y oportuno, o les trataran con una severidad inusual, tales hijos tendrán libre derecho para reclamar a la autoridad que lo remedie», como un reconocimiento del derecho a quejarse ante la autoridad. Sin embargo, hay que considerar también que ese texto, anclado en un puritanismo bíblico, establecía también severas penas, a niños «rebeldes o tercos», especialmente en una enmienda de 1646, que se considera como una justificación del infanticidio. El texto completo de 1641, sin la enmienda de 1646, se encuentra en una versión bilingüe en GRAU, L.: «Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe, Volumen 1, Período

la doctrina como antecedente directo de la CDN es la llamada *Declaración de Ginebra de 1924* aprobada unánimemente por la Liga de las Naciones⁴, y citada en el preámbulo de la CDN como un antecedente de la *necesidad de proporcionar al niño una protección especial*.

Debe considerarse también que a comienzos del siglo XX, empezaron a emerger instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que regulaban las condiciones del trabajo infantil y establecían previsiones para proteger la salud de los niños. Asimismo, el propio Pacto que dio origen a la Liga de las Naciones establecía protecciones universales respecto al trabajo de los niños que garantizaran condiciones de trabajo *equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño* (art. 23), y ya se encontraba generalizado como criterio la libertad de enseñanza y la obligación del Estado de proveer educación primaria⁵. La propia Liga de las Naciones, para asegurar la puesta en práctica del cumplimiento de estas directrices normativas creó el Comité para la Protección de la Infancia, uno de cuyos mayores logros fue proponer la aprobación de la Declaración.

En el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales había precedido a esta Declaración el movimiento por los Tribunales de Menores o Cortes Juveniles que había tenido su primera expresión con la creación de la primera Corte Juvenil en 1899 en Cook County, Illinois, conocido generalmente como Corte o Tribunal de Chicago, los cuales se expandieron rápidamente por toda Europa y América Latina, y que en España se crean en 1918⁶.

- do Colonial, 1606-1663», *Investigaciones de la Universidad Carlos III*, de Madrid http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/5669/Origenes_constitucionalismo_americano_v1.pdf?sequence=5 (última visita 13 de julio 2015). Entre las referencias a este cuerpo legal como antecedente de los instrumentos de protección de derechos del niño y a su vez como el cuerpo legal que establecía la pena de muerte para los mayores de dieciocho años que desobedecieran a sus padres, véase FREEMAN, M., «Upholding The Dignity And Best Interests Of Children: International Law And The Corporal Punishment Of Children», *Law and contemporary problems*, (Vol. 73:211: Spring, 2010, pp. 211-251, p. 211).
4. Véase por todos ALSTON, Ph. & TOBIN, J., «Laying the Foundations for Children's Rights», IRC, UNICEF, Florencia, 2005, pp. 3-4; VERHELLEN, E.: *La Convención sobre los Derechos del Niño. Trasfondo, Motivos, Estrategias, Temas Principales*, Amberes, 2002, pp. 80-81; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR): *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, UN, Ginebra, 2007, p. 55 y BEITER, K. D., *The Protection of Right to Education in the International Law*, Leiden, 2006; VAN BUREN, G.: *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya, 1998.
5. Véase BEITER, K. D.: *op. cit.*, pp. 24-25 con referencias expresas al ámbito de acción de la Liga de las Naciones; ALSTON, Ph. & TOBIN, J., *op. cit.*, especialmente el apartado 1.2, *Putting children's rights into historical perspective*, pp. 3-4, con referencias a la OIT y la actuación de la Liga de las Naciones.
6. Para el surgimiento de los Tribunales de Menores en Estados Unidos de Norteamérica y su expansión posterior en Europa véase ROSENHEIM, M.; ZIMRING, F.; TANENHAUS, D.; DOHRN, B., editores, *A Century of Juvenile Justice*, 2002. Para España, véase entre otros: VENTAS SAS-

Con todos estos antecedentes la situación era propicia para aprobar la Declaración de Ginebra de 1924 como el primer cuerpo jurídico del Derecho Internacional que se centra específicamente en el reconocimiento jurídico de los niños y en el deber de protegerlos y propender a su bienestar y desarrollo. El texto había sido adoptado previamente por la recientemente creada *Save The Children International Union* y junto con imponer obligaciones generales de asistencia a la infancia, establecía como principio la idea de prioridad de la protección de la niñez, al establecer en el principio tercero de la Declaración: «El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de necesidad».

Esta prioridad en la protección de la infancia, que si bien antes ya había sido adoptada como criterio para paliar los efectos de la primera guerra mundial en la vida de los niños, se formula en la Declaración de un modo que tenía por objetivo extenderse más allá de la acción humanitaria en tiempos de guerra, debiendo, en cambio, considerarse como un criterio de protección jurídica de alcance general relativo a la protección de la infancia. El reconocimiento del carácter prioritario de la protección y derechos de la infancia, sería luego recogido y fortalecido como estándar jurídico, tanto en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, como particularmente, por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989, aprobadas en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, al incluir esta idea a través de la cláusula de atender al interés superior del niño como una consideración primordial para la adopción de medidas para asegurar su desarrollo.

La Declaración de Ginebra, no consagra directamente derechos, sino más bien se enfoca en los deberes hacia los niños que son declarados y aceptados por «hombres y mujeres de todo el mundo»⁷. Su contenido es breve y sintético, expresado a modo de imperativos o mandatos de actuación, señalando en su número 1 que «el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual», para luego especificar, en el número 2, los deberes de respuesta ante el hambre, la enfermedad, la orfandad y el abandono, así como el deber de *reeducar al desadaptado*. El número 3 remite al ya mencionado carácter prioritario, para finalmente, en sus números 4 y 5 hacerse cargo de la *protección de la explotación y la educación*, a la que se le asigna como objetivo inculcar al niño *el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo*.

Como se ve el énfasis está puesto en el bienestar y protección del niño, más que en el reconocimiento de sus libertades y capacidades. La técnica jurídica para asegurar la protección es establecer obligaciones frente a las necesidades de los niños y para remarcar su carácter obligatorio, en 1934 la «Asamblea Ge-

TRE, R.: La minoría de edad penal en el proceso de la codificación penal española (siglos XIX y XX), *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 77, 2002, pp. 301-408.

7. Véase en igual sentido, DETRICK, Sh., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haya, 1999, p. 13.

neral de la Liga de las Naciones volvió a ratificar la Declaración y los Estados «prometieron» incluir los principios en sus propias legislaciones»⁸.

La constitución de la Organización de las Naciones Unidas luego de la Segunda Guerra Mundial, marcaría una nueva etapa para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos del Niño. Si bien en un comienzo los cuerpos jurídicos más relevantes emanados de la organización, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, eran de carácter general y no se especificaban derechos de grupos prioritarios, la propia Declaración establecía en su artículo 25.2 que *la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales* y que *todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*.

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo, en 1945, aprobó la Resolución sobre la «Protección de Niños y Jóvenes Trabajadores», conocida como la *Carta de los Niños de la OIT* que limitaba el trabajo infantil pero también establecía un criterio más amplio sobre la «promoción del desarrollo físico, moral e intelectual de los niños y jóvenes»⁹ y una norma especial, que consagraba específicamente el derecho de asociación (sindicalización) en su número 33 que dispuso que *los trabajadores jóvenes deben tener la misma libertad que los trabajadores adultos para unirse al sindicato de su elección desde la entrada a su empleo*¹⁰.

En ese contexto general, se planteó inicialmente validar el texto de la Declaración de Ginebra de 1924 por las Naciones Unidas, pero luego se avanzó en crear un texto propio más amplio y comprehensivo, que tras sucesivos borradores se aprobaría el 20 de noviembre de 1959 como la *Declaración Universal de Derechos del Niño*, texto que antecedió 30 años a la CDN¹¹.

La Declaración es un texto que, ya desde su título, se inscribe como un instrumento de derechos humanos y no sólo de bienestar. No contempla sólo deberes, sino que declara derechos y, particularmente insta en su preámbulo a que los Estados los reconozcan. El texto consta de diez *principios*, que contienen sus normas, estructura que como se verá, no refleja adecuadamente el valor normativo de su contenido.

En el texto se dispone que *el niño disfrutará de todos los derechos establecidos en esta Declaración*, sin discriminación alguna (principio 1); que *gozará de una*

8. VERHELLEN, E., *op. cit.*, 2002, p. 81.

9. OHCR, *op. cit.* p. 4, remitiéndose al número 6.d) del instrumento.

10. La referencia al artículo está tomada del texto original reproducido en CASALE, G. y FASANI, M.: «International Labour Standards and Guiding Principles on Labour Administration and Labour Inspection», *ILO Working Document*, Núm. 22, Ginebra, 2012, p. 169. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-lab_admin/documents/publication/wcms_194389.pdf (última visita 8 de julio de 2015).

11. Sobre el debate en el período intermedio y los diferentes borradores de la Declaración véase OHCR, *op. cit.* pp. 4-19 y ALSTON & TOBIN, *op. cit.* pp. 4-5.

protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para desarrollarse de un modo integral (principio 2); y que debe ser protegido *contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole* (principio 10).

Mantiene el principio de prioridad, al señalar que *el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro* (principio 8). Introduce al legislador el deber de atender como *consideración fundamental* al *interés superior del niño* al legislar sobre servicios relativos a la protección de la infancia (principio 2); y señala que *el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación* (principio 7, que establece además que dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres).

Reconoce derechos al *nombre y a una nacionalidad* (principio 3); a la *seguridad social, salud, vivienda, recreo y servicios médicos* (principio 4); a la educación (principio 7 y luego establece sus fines en el principio 10, en un enfoque que aborda valores como el respeto por la paz, la tolerancia, la fraternidad y la amistad entre los pueblos, criterios que se recogerán posteriormente por la CDN); y reconoce el derecho al juego y recreación.

Protege al niño *impedido física, mentalmente o que sufra un impedimento social*, señalando que debe recibir *el tratamiento, la educación y los cuidados especiales* (principio 5); establece la protección ante *toda forma de abandono, crueldad y explotación*; prohíbe toda forma de *trata*; exige el establecimiento de una *edad mínima* para trabajar y prohíbe trabajos perjudiciales a su educación, salud y desarrollo (principio 9).

Reconoce el derecho del niño a desarrollarse en un entorno de *amor y comprensión*, de preferencia bajo el cuidado de su padres, evitar la separación, particularmente de los *niños de corta edad de su madre*; la obligación de los Estados de *cuidar especialmente a los niños sin familia y de conceder subsidios estatales o de otra índole* para los hijos de *familia numerosas* (principio 6).

Como puede observarse, el propósito y contenido de la Declaración de 1959, es mucho más amplio y ambicioso que los textos anteriores. Se incorporan dimensiones nuevas relativas al amor y la comprensión vinculadas al cuidado familiar; derechos sociales y fines de la educación, entre otros, que dejan entrever la profundidad y complejidad de la regulación jurídica de los derechos de la infancia.

No es extraño, entonces, que el contenido de la Declaración haya sido sometido a críticas importantes, tanto desde el punto de vista de su estructura y técnica jurídica, como sobre la teoría jurídica sobre los derechos y protección de la infancia que subyace al texto. Extendernos en estos puntos llevaría a alejarnos del centro de la exposición de este capítulo, por lo que resumidamente se hará referencia a algunas cuestiones fundamentales que servirán para comprender mejor las transformaciones y aportaciones que fue necesario desarro-

llar posteriormente por parte de la CDN para avanzar en la consolidación de la doctrina y legislación internacional sobre derechos de la infancia.

Desde el punto de vista de la estructura y técnica jurídica, por más que se trate de un texto declarativo o, dicho de otro modo, no vinculante como lo es un tratado, la estructuración de sus normas en diez *principios* tiende a oscurecer su carácter normativo y a restarle valor jurídico y contundencia a sus disposiciones. Especialmente, si se considera que no es correcto que su contenido jurídico sean sólo principios generales o directrices, ya que en la Declaración se establecen mandatos específicos, derechos como al nombre y nacionalidad; prohibiciones y obligaciones. Parece que habría sido aconsejable haber seguido la técnica de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y no haber titulado como principios a sus normas. Por su parte, tampoco se puede justificar esta denominación en el carácter no vinculante y el grado de exigibilidad de sus normas en el Derecho interno de cada Estado, porque este criterio ya había sido desechado en la Declaración de 1948.

Esta ambigüedad puede encontrar su justificación en el debate que se suscitó en el seno de la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas a partir de 1947. La *Comisión Social* planteó la necesidad de avanzar desde la *Declaración de Ginebra*, hacia una *Carta de los Derechos de los Niños*, que incorporaría «las características principales de las más actuales concepciones sobre el bienestar infantil». Luego de las consultas a los Estados se acordó que *debería redactarse un nuevo documento*, es decir se acordó que no era suficiente con aprobar nuevamente el texto de la Declaración de 1924 ni hacerle enmiendas menores, y que este nuevo texto tuviera un «carácter no vinculante más que el de una carta». Con ese mandato la Comisión Social encargó a un Comité la redacción de un borrador que estuvo preparado en 1950¹². La idea de un documento más amplio y de carácter vinculante, a lo que las propuestas de la Comisión denominaba *carta de derechos de los niños*, debería esperar un mejor momento para concretarse, el que llegaría en 1989 con la CDN.

Desde el punto de vista de la concepción jurídica de la infancia se ha criticado que la Declaración no reconociera a los niños como personas competentes para ejercer sus derechos; que no estableciera derechos civiles y políticos; y que, en general, fuera un documento en que primara la idea de *protección* por sobre la de *titularidad de derechos de los niños*. En la práctica, el impacto de la Declaración habría sido menor, y como afirman ALSTON y TOBIN, las agencias dedicadas a la infancia mantuvieron en sus actuaciones un enfoque de bienestar que no le dio un significado particular al concepto de derechos del niño¹³.

12. OHCHR, *op. cit.*, p. 4, con las referencias al número de las resoluciones y documentos en que se tomaron las decisiones citadas.

13. ALSTON, Ph. & TOBIN, J., *op. cit.*, pp. 5-6, con referencias a las grandes ONG internacionales y al trabajo de la propia Naciones Unidas a través de UNICEF.

A estas críticas debe sumarse un tratamiento insuficiente de las relaciones parentales y al derecho de los niños a no ser separado de sus padres, materia esta última que sólo es planteada en el principio 6 de un modo condicional —siempre que sea posible— y al disponer que *salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre*. Estos criterios discrecionales son insuficientes y no pueden otorgar garantía jurídica al derecho de los niños a vivir con sus padres y a mantener contacto con ellos aún en casos en que no sea posible la convivencia conjunta, como posteriormente lo establecería la CDN.

Finalmente, en el ámbito jurídico debe destacarse como relevante la introducción en el Derecho Internacional del criterio del *interés superior del niño*, como un concepto que, mencionado en dos numerales de la Declaración, pasaría luego a ser uno de los elementos centrales del derecho de la infancia, recogido en el artículo 3 de la CDN.

En el tiempo intermedio, es necesario destacar que los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establecieron algunos derechos específicos de los niños y, en general, se empezó a construir un consenso sobre la necesidad de un texto internacional específico, de carácter vinculante, sobre los derechos de los niños.

En 1976, la Asamblea General decide adoptar un acuerdo para que 1979 fuera considerado como el *Año Internacional del Niño*¹⁴. Un año antes Polonia propone la adopción de una Convención Sobre los Derechos del Niño, para lo cual prepara un texto basado en la Declaración de 1959. La expectativa era aprobar el texto durante 1979, sin embargo este proceso demoró más de diez años de discusiones para arribar al texto final, que sería aprobado en 1989.

2. LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO

A partir de la propuesta inicial de Polonia, que era muy similar a la Declaración de 1959 con algunas adiciones, se inició un debate sobre la necesidad de escribir un texto nuevo, el carácter vinculante de sus normas y el contenido. Estas discusiones se encuentran debidamente documentadas y sirven de base para la interpretación de las normas del texto de 1989¹⁵.

En diciembre de 1978 se toma la decisión de generar un grupo de trabajo de los Estados y, en paralelo se crea un grupo *ad-hoc* de organizaciones internacionales no gubernamentales que proponen un texto alternativo, con lo que se daría inicio al proceso de redacción del texto de la futura Convención

14. Una completa reseña sobre este evento en BLACK, M.: *The children and the nations*, UNICEF, 1986, capítulo 15, pp. 353-377, disponible en http://www.unicef.org/spanish/about/history/index_childrenandnations.html

15. Véase OHCHR, *op. cit.*, en que se reproducen los trabajos preparatorios, los debates y las resoluciones y DETRICK, Sh.; DOECK, J.; CANTWELL, N.: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «travaux Préparatoires»*, Dordrecht, 1992.

Internacional Sobre los Derechos del Niño, con una activa participación de los Estados, pero también de las Organizaciones de la sociedad civil¹⁶.

2.1. La Convención: expresión de un consenso mínimo de amplio reconocimiento internacional

Una vez puestos a la tarea de redactar un texto que, junto con reconocer los derechos, libertades y deberes de protección de los niños, orientara y regulara las relaciones del niño con la familia, la comunidad y el Estado, los debates jurídicos y políticos adquirieron una gran profundidad. Intentar alcanzar consensos que pudieran ser ratificados por todos los Estados y traducirlos en normas jurídicas que establecieran obligaciones para ellos, fue un desafío relevante que queda de manifiesto de la revisión de los *trabajos preparatorios* y de las diferentes resoluciones en que fue dejándose constancia del avance del proceso de construcción y negociación política colectiva del texto.

Este proceso de redacción, característico por lo demás de todos los tratados internacionales de derechos humanos, derivó en que el texto de la CDN sea caracterizado como «*el resultado de un delicado equilibrio entre numerosas propuestas*», que, como afirma VERHELLEN, de algún modo sólo representa un «*estándar mínimo*» de consenso¹⁷. Probablemente, la amplia aprobación y rápida ratificación que ha obtenido la CDN se debió al carácter de su texto. La Convención logró en tiempo record para un tratado de derechos humanos las ratificaciones necesarias para entrar en vigor el 2 de septiembre de 1990, es decir, antes de cumplirse diez meses de su aprobación por la Asamblea General, y en la actualidad todos los países del mundo son signatarios, y sólo dos no la han ratificado: Estados Unidos y Somalia¹⁸.

Adam Lopatka, presidente del *Grupo de Trabajo* redactor, ha señalado que si bien hubo observaciones críticas en la *Comisión de Derechos Humanos*, relativas a que el estándar de algunas disposiciones era demasiado poco exigente, también se dijo que ello podía servir para lograr una amplia ratificación, consiguiéndose entonces que la CDN tuviera un amplio rango de influencia. Esta estrategia de establecer lo que Lopatka llama «*estándares moderadamente ambiciosos*», según él «*alentó a algunos países a la ratificación de la CDN*», dejándose de todos modos a salvo la aplicación de normas más favorables, sean del Derecho internacional o del interno, según se dispone en el artículo 41¹⁹.

16. VERHELLEN resalta como un hecho inédito la relevante participación que le cupo a las organizaciones internacionales no gubernamentales en la redacción de un texto de derecho internacional. Véase, VERHELLEN, E., *op. cit.*, pp. 90-91.

17. VERHELLEN, E., *op. cit.*, p. 93. La idea que los derechos humanos son el resultado de un consenso, es propia de la teoría positivista de los derechos humanos, que los reconoce como el resultado de una evolución histórica o un triunfo de la política. Véase en tal sentido BOBBIO, N.: *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, 1991.

18. Fuente OHCHR, <http://indicators.ohchr.org/> al 12 de julio de 15. Sudán del Sur, que proclamó su independencia en 2011, ratificó la CDN en mayo de 2015.

19. LOPATKA, A., «Introduction», en OHCHR, *op. cit.*, pp. XXVII-XLIII, p. XLI.

Otro mecanismo para poder avanzar en estándares más específicos o exigentes es la proposición de Protocolos Adicionales de carácter Facultativo que se ponen a disposición de los países para su ratificación. Un ejemplo claro del uso de este procedimiento progresivo es el artículo 38 de la CDN, sobre participación de niños en conflictos armados. Largas negociaciones llevaron a establecer una excepción a la edad de 18 años como ámbito de aplicación personal de la CDN, estableciendo una obligación de no reclutamiento sólo para las personas menores de 15 años. Pues bien, posteriormente se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre Derechos del Niño sobre Participación de Niños en Conflictos Armados, aprobado en el año 2000 y que entró en vigencia en 2002, que establece los 18 años como límite²⁰.

Estas características del texto llevan a que la influencia real, el impacto, de la CDN, se juegue en su puesta en práctica, en la interpretación del alcance de los derechos y obligaciones que contiene y en los mecanismos de exigibilidad y de hacer valer las obligaciones contraídas. Por ello no es extraño que tanto la literatura especializada, como el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas creado por la propia CDN, hayan puesto el énfasis en las tareas de implementación, puesta en práctica o aplicación de las disposiciones del instrumento²¹.

2.2. Contenido de la convención

La CDN, como todo texto de derechos humanos, pero particularmente los de carácter internacional, es resultado de los procesos históricos y políticos que le dan contexto a su aprobación²². Estos textos, a su vez, pueden generar importantes efectos que trascienden el marco jurídico y producen transfor-

20. Según los antecedentes de la OHCHR, este Protocolo tiene 169 ratificaciones, 9 firmas y 19 países que no han tomado ni una ni otra decisión. Estados Unidos, ratificó el Protocolo. Véase <http://indicators.ohchr.org/> al 12 de julio de 15.

21. Son numerosas las publicaciones al respecto; véase entre las más relevantes: HAMMARBERG, TH.: «The UN Convention on the Rights of the Child – and How to make it work», en *Human Rights Quarterly*, 12 (1990) 97-105; HIMES, J., *Implementing The Convention On The Rights Of The Child*, The Hague, 1995; HODKING, R. & NEWELL, P., *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, UNICEF, New York, third edition, 2007, la primera edición es de 1998. El Comité de Derechos del Niño por su parte en 2003 emitió la Observación General Núm. 5 «Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)».

22. Véase en este sentido la tesis sobre la evolución de los Derechos Fundamentales en etapas históricas: *positivización, generalización, internacionalización*, PECES-BARBA MARTÍNEZ C. (editor), *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, 1987 y la de *especificación* que incluye los derechos de colectivos específicos, agregada a las anteriores por BOBBIO, N., *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, 1991, pp. 109 y ss. En el prólogo de este último texto citado, PECES-BARBA MARTÍNEZ adhiere expresamente a agregar esta cuarta etapa al proceso, señalando que la especificación puede referirse a ciertas cualidades del sujeto o justificarse en ciertas condiciones de inferioridad del colectivo para ejercer los derechos generalmente reconocidos, como ejemplo pone las mujeres o los niños, *op. cit.*, p. 10.

maciones sociales y políticas. Creo que es posible afirmar que la CDN es uno de aquellos textos jurídicos que se puede entender como el resultado de un contexto histórico político, pero que a su vez su aprobación y vigencia genera transformaciones sociales. En este caso la CDN es portadora de una nueva concepción jurídica de la infancia que se traduce, como proyecto político inscrito en su texto, en una orientación imperativa para el proceso de transformación de las relaciones del niño con el Estado, la familia y la sociedad en la sociedad contemporánea²³.

En relación a su contexto histórico político es conveniente resaltar que la CDN fue redactada en las postrimerías de la llamada *guerra fría*, conflicto que había tenido en el ámbito jurídico su máxima expresión en la escisión entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se reflejó en la existencia de los dos Pactos Internacionales aprobados en 1966, separados según la clase de derechos que se reconocen.

La CDN, representa un cambio de esa tendencia divisiva, propendiendo por el contrario a la integralidad y unicidad del sistema de derechos fundamentales. Constituye un «puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos»²⁴ que permitió afirmar que «mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales»²⁵.

Desde el punto de vista jurídico, la CDN responde a lo que BOBBIO ha denominado procesos de especificación de los derechos fundamentales a las circunstancias concretas de la vida de las personas humanas. Se trata de pasar del individuo abstracto, de la Declaración Universal de Derechos Humanos al sujeto concreto. BOBBIO expresamente examina el caso de los derechos del niño, a partir de la cita del preámbulo de la Declaración de Derechos del Niño de 1959, señalando que en ella «se dice que «el niño, por causa de su inmadurez física e intelectual, necesita una protección particular y cuidados especiales». Está claro que los derechos del niño se consideran como un respecto a un *ius commune*; la importancia que se les da a través del nuevo *ius singulare* deriva de un proceso de especificación de lo genérico, en el cual se realiza el respeto de la máxima *sum cuique tribuere*»²⁶.

23. Véase sobre las transformaciones contemporáneas de las relaciones de familia el interesante artículo de ULRICH BECK, «La democratización de las relaciones familiares o el desconocido arte de la libre asociación» en, BECK, U., *Democracy Without Enemies*, Cambridge, 1998, pp. 65-83.

24. HIMES, J., *Implementing the Convention on the Rights of the Child*, The Netherlands, 1995, nota 38, p. 223.

25. GRANT, J., *Los derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos*, UNICEF, N. York, 1993, p. 6. Discurso del Ex Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.

26. Véase BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 72-73 y 110 y ss.

En este sentido, la caracterización de los instrumentos de derechos humanos de los niños como una especificación de los Derechos Humanos generales, permite conciliar la idea de plena titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas, con la de una protección reforzada o *supra protección*. En consecuencia, la CDN constituye jurídicamente a los niños como un sujeto de derecho especialísimo, «dotado de una *supraprotección*, o *protección complementaria*, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas (y) es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero. La CDN, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos, pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores»²⁷.

El texto de la CDN se organiza según la siguiente estructura formal: un preámbulo y sus normas distribuidas en tres partes. El *preámbulo*, al igual que en todas las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos sitúa el contexto jurídico del instrumento y el propósito de su aprobación²⁸.

La primera parte de la CDN, artículos 1 al 41 puede dividirse a su vez en varios bloques:

- un conjunto de cláusulas generales y de interpretación (igualdad y no discriminación; interés superior, autonomía y participación del niño; y protección efectiva de la vida y el desarrollo);
- reconocimiento del derecho a tener y preservar la identidad incluido el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y su cultura de origen (arts. 7, 8 y 30);
- derecho a las relaciones familiares (arts. 7, 9, 10 entre otros), regulación de las funciones parentales (arts. 5, 18, entre otros), apoyo del Estado al cumplimiento de las funciones parentales (arts. 3.2, 27.2 y 27.3, entre otros) y reconocimiento y regulación de la adopción (art. 21);
- la inclusión de los niños con capacidades diferentes (arts. 23 y 28);

27. GILLERO BRUÑOL, M., «Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios», artículo publicado originalmente en *Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Núm. 234, 1997, referencia tomada de versión digital (vista el 1 de junio 2015) http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf, p. 5, del cual existen numerosas versiones publicadas en versiones impresas y digitales.

28. Sobre la estructura y contenidos de la CDN véase, ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994; CARMONA LUQUE, M. R., *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2011.

- los derechos a la salud (arts. 24 y 25), educación (arts. 28 y 29) y a beneficiarse de la seguridad social (art. 26);
- disposiciones que reconocen derechos y libertades (llamados por la doctrina *derechos políticos o de participación* como los de *expresión y dar y recibir información* (arts. 12, 13 y 17); *de pensamiento, conciencia y religión* (art. 14); *de asociación y reunión* (art. 15); y reconocimiento al derecho al juego y a *participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento* (art. 31);
- obligaciones de protección específica ante situaciones de particular vulnerabilidad, como la violencia y maltrato (art. 19), la privación del medio familiar (art. 20), los conflictos armados (art. 38) y la explotación económica y el trabajo infantil (art. 32), entre otros numerosos supuestos que se expondrán más adelante;
- prohibiciones como a la tortura y a otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes (art. 37); garantías específicas como el debido proceso (arts. 12 y 40);
- garantías ante el sistema penal (arts. 37 y 40);
- derecho al debido proceso (arts. 9, 12 y 40).

La segunda parte, artículos 42 a 45, se refiere a la difusión, promoción del cumplimiento y seguimiento de la CDN; y, la tercera parte y final, que entre los artículos 45 a 54 contiene normas sobre Derecho Internacional Público relativas a procedimientos de ratificación, reservas y entrada en vigor.

Además deben considerarse dos criterios centrales de interpretación, los artículos 41, de aplicación preferente de la *norma más conducente para la realización del derecho del niño*, y el artículo 3.1 relativo al interés superior del niño, que además de otras funciones cumple fines hermenéuticos, siendo un «*principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*»²⁹.

2.2.1. PREÁMBULO DE LA CDN

El preámbulo de los tratados es relevante porque sitúa, como se dijo, el contexto y propósito del texto, que en este caso es el de *especificar*, para el colectivo de las personas menores de 18 años, garantías y derechos especiales o reforzados, cuyo sentido es otorgar una *protección* a todos los niños, ya que ellos tienen derecho a un *cuidado y asistencia especiales*. Pero también el preámbulo de un tratado debe considerarse para su *interpretación*, ya que así lo dispone

29. Observación General Núm. 14 del Comité de Derechos del Niño, Núm. 6.b). O'DONNELL, D., *Convención de Derechos del Niño: Estructura y Contenido*, disponible en <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Odonnell.pdf> (visitado por última vez 1 de julio 2015).

expresamente el artículo 31 de la Convención de Viena que dispone que debe tenerse en cuenta como criterio hermenéutico al contexto, el cual incluye el preámbulo (art. 31.2).

La estructura del preámbulo de la CDN deja de manifiesto, en primer término, el principio de igual dignidad y derechos de todas las personas humanas sin discriminación alguna, lo que como se ha dicho, permite situar al texto como un sistema de protección complementaria de los derechos que le corresponden al niño como persona humana, más que como un catálogo de derechos o deberes de protección justificados en sí mismos, fundados en su vulnerabilidad social o excepcionalidad jurídica³⁰. En consecuencia, al interpretar la CDN siempre debe considerarse que los niños son personas humanas que gozan de todos los derechos como tales, y que no puede con el propósito de proteger al niño, afectar sus derechos.

Este criterio fundamental establecido en el preámbulo, permitió resolver la cuestión sobre cómo tener una Carta de Derechos del Niño que no pusiera en duda la aplicación del régimen general, es decir, dejar en claro que, pese a las disposiciones específicas, los «derechos humanos en general se aplicasen a los niños», cuestión ampliamente debatida durante la redacción del texto³¹. Para reforzar la consecución de este objetivo, el artículo 41, del texto de la CDN, establece, como criterio de interpretación, la aplicación de las normas «que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño», sea que éstas se encuentren contenidas en el derecho nacional o internacional aplicable.

Asimismo, el Preámbulo, siguiendo las orientaciones del citado artículo 31 de la Convención de Viena, explicita una referencia de contexto a ciertos textos declarativos que forman parte del Derecho Internacional como la Declaración de Ginebra o la normativa emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Declaración de Derechos del Niño de 1959; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar del Niño, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda; las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o en Conflicto Armado. De este modo, es evidente, que el preámbulo no sólo considera como contexto para la interpretación de la CDN el derecho convencional, sino que las demás normas que se han adoptado por el sistema.

En cuanto al contenido, en el preámbulo es llamativo el reconocimiento a las relaciones familiares, evitando la visión dicotómica que pretende sostener que reconocer derechos de los niños, supone restar facultades y responsabilidades parentales; la referencia a la infancia y adolescencia como etapas de pre-

30. Advierte sobre los riesgos de centrar la fundamentación de los derechos de los niños en la idea de vulnerabilidad, ARCHARD, D., *op. cit.*, pp. 60-62.

31. VERHELLEN, E., *op. cit.*, p. 93.

paración para una *vida independiente*, que supone abrir un espacio importante a las nociones de autonomía y de ejercicio de derechos que serán concretadas en el artículo 5 de la CDN; y las referencias al progreso, la paz, la cooperación internacional y los demás valores que forman parte de la Carta de las Naciones Unidas.

En relación a la protección, se establece el deber de una protección especial y se recuerda expresamente al preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, citando el principio que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», con lo cual, sin desmerecer los aspectos relativos a protección, que el texto recoge como cláusula general en el artículo 3.2, se sitúa en un marco de justificación de la necesidad de especificación y protección complementaria de los derechos fundamentales de este colectivo.

La referencia, en cambio, a la protección antes y después del nacimiento, fue objeto de mayores polémicas y se zanjó de un modo que quedara incluida en el preámbulo, pero que el alcance jurídico específico del ámbito de aplicación personal del tratado se delimitara en el artículo 1 que se refiere de un modo general a *ser humano*, desechando la propuesta inicial del borrador polaco que directamente establecía la protección *desde el nacimiento*. En el proceso de discusión se tuvo plena conciencia que la articulación del contenido del preámbulo y el artículo 1 era fundamental para evitar contradicciones y que el problema tenía que ver con la posición jurídica de los Estados en relación a la autorización o prohibición del aborto³².

La discusión sobre este punto fue ardua y finalmente se accedió a mantenerlo establecido en el Preámbulo de la Declaración, que mantenía la necesaria neutralidad que se establecía en el artículo 1 respecto al tema del aborto y favorecía la ratificación universal, debido a que muchos países ya contaban con leyes que autorizaban la interrupción del embarazo. La norma se consideraba lo bastante general como para ser aceptada por todos los países por cuanto no establecía «la duración del período anterior al nacimiento»³³ que quedaba cubierto por las normas y que, todos los países incluyendo los que contemplaban legislación autorizando el aborto, contaban así mismo con normas de protección a la maternidad y al niño antes de su nacimiento. Como se ha afirmado antes, este es otro ejemplo, quizás uno de los más llamativos, sobre el equilibrio y la neutralidad que se le buscó dar al texto para abrir la posibilidad de una ratificación universal. La contrapartida de esta opción por la indefinición, es que trae

32. La discusión se encuentra reproducida en OHCR, *op. cit.*, pp. 285-286, con amplia participación de los delegados del Vaticano que tuvieron activa participación en su redacción. En los documentos de la discusión consta que el arzobispo Martino, observador de la Santa Sede, ya había señalado que «aunque la Santa Sede hubiera preferido mayor elaboración de este derecho en el borrador de la Convención (el derecho a la vida del que está por nacer), confía en que el párrafo noveno del preámbulo sirva como guía para la interpretación del resto de la Convención», *op. cit.*, p. 253.

33. OHCR, *op. cit.*, p. 285.

aparejada una cierta ambigüedad, que no puede ser resuelta directamente por el texto, sino que a través de la interpretación y la *puerta de salida* que otorga el artículo 41 a la aplicación preferente de la norma que resulte más conducente a la realización de los derechos del niño.

2.2.2. LAS CLÁUSULAS GENERALES O PRINCIPIOS ESTRUCTURANTES: IGUALDAD, INTERÉS SUPERIOR, AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DESARROLLO

El texto de la Convención contiene algunas disposiciones que, desde un punto de vista sistemático, poseen una enorme relevancia, ya que son los pilares que estructuran el texto e irradian su influencia más allá de las disposiciones específicas que las contienen. A falta de otro nombre, se las puede llamar de un modo neutral como *cláusulas generales*, pero también las he denominado, en otro lugar, como *principios estructurantes*³⁴, para destacar que estas disposiciones son las que constituyen el armazón jurídico del texto, tanto desde el punto de vista del sistema jurídico que contiene, como de los *valores jurídicos y fines o bienes jurídicos* que la CDN pretende reconocer y positivizar en el Derecho Internacional. Estos principios estructurantes son: igualdad y no discriminación (artículo 2), interés superior (artículo 3.1), autonomía y participación (artículos 5 y 12) y protección efectiva (artículos 3.2, 4 y 27 relativos a la protección, la efectividad y el derecho al nivel de vida, respectivamente).

El objetivo de todos estos principios, así como del conjunto de las disposiciones contenidas en la CDN, es favorecer y garantizar el cumplimiento del objetivo general o finalidad de la CDN: la protección y garantía del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6), entendido este último como el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27). El desarrollo del niño podría ser considerado como una orientación teleológica o finalista, cuya expectativa de cumplimiento se basa en el reconocimiento de la titularidad del niño a

34. Véase CILLERO BRUÑOL, M., «El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño», publicado en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., *Infancia, Ley y Democracia*, Bogotá, 1998. Las referencias están tomadas del texto del mismo nombre contenido en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Núm. 1, UNICEF, 1999, en versión digital: http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf, última vista 13 de julio de 2015, p. 53. Cuando formulé esta distinción en 1998, no tuve la ambición de *proponer* una categoría en el marco de las clasificaciones sistemáticas de los diferentes componentes normativos del ordenamiento jurídico, ni entrar a tallar en la discusión sobre las diferencias entre *principios, directrices, normas, valores jurídicos* y otros términos propios de la teoría del Derecho. Su pretensión fue simplemente descriptiva y no tuvo por objetivo más que describir y explicar la *función* que estas disposiciones tienen en el Derecho Internacional de los Derechos de los Niños y la profunda ruptura que ellas representan frente a la tradición jurídica tutelar anterior a la CDN, doctrina de amplia recepción legislativa y jurisprudencial en ese tiempo, y que lamentablemente aunque en un nivel menor todavía en parte vigente, al momento de escribir estas ideas, transcurridos ya más de 25 años desde la aprobación de la CDN.

un *derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo*, que es un derecho que constituye una síntesis del conjunto de derechos de la CDN, cuya satisfacción supondrá que la totalidad de derechos y protecciones contenidas en la CDN se han cumplido adecuadamente.

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas caracteriza al desarrollo con el adjetivo *holístico*, señalando que «*espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño*» y que también utiliza para referirse a la disposición que establece que la educación tiene por finalidad lograr «*desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*» (art. 29.1)³⁵.

Por ello, de la noción de desarrollo se desprende la idea de protección o garantía integral de los derechos del niño, que ha sido base de las legislaciones nacionales promulgadas para adecuarse a la CDN y que en América Latina, se ha conocido y formulado como doctrina de la protección integral de los derechos del niño³⁶.

En 2003 el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N.º 5 consideró como *Principios Generales* de la CDN a los siguientes: la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); el de interés superior como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (art. 3.1); el derecho del niño a expresar su opinión libremente en «*todos los asuntos que afectan al niño*» y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (art. 12); y el derecho intrínseco a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6)³⁷.

Pese al paralelismo con la estructura propuesta en los párrafos anteriores, es evidente que las dos caracterizaciones del contenido de la CDN no son similares. Particularmente, que el Comité designe como un solo principio general el derecho intrínseco a la vida y la obligación de los Estados Partes a garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño, parece problemático.

Por una parte, la referencia al derecho a la vida como *principio general* no se ajusta a las clasificaciones jurídicas tradicionales, que lo consideran directa-

35. «Observación General Núm. 5: «Medidas Generales de Aplicación» CRC/GC/2003/5, Núm. 12, en relación al artículo 6 de la CDN.

36. Véase sobre esta doctrina los diversos trabajos de GARCÍA MÉNDEZ, E., *op. cit.*, y la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la «Condición Jurídica del Niño».

37. Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC): Observación General Núm. 5: «Medidas Generales de Aplicación», ap. 12. Véase una completa explicación en CARDONA LLORENS, J., *op. cit.*, pp. 52-53.

mente como un derecho fundamental al que se le atribuye una particular relevancia o primacía en su protección, debido a que su vigencia es el presupuesto para la titularidad y ejercicio de cualquier otro derecho. Por la otra, el hecho que el Comité se haya centrado en definir al desarrollo del niño como *principio general* desde el punto de vista de la obligación del Estado y no desde el derecho del niño, le resta valor normativo al derecho y pone, en cambio, el énfasis en la obligación *condicionada del Estado*, siguiendo, en forma literal y exclusiva al artículo 6.2 (*los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*), sin considerar lo dispuesto en el artículo 27.

En síntesis, el Comité decidió interpretar este *principio general*, en parte como un derecho (a la vida) y en parte como obligación del Estado (a la supervivencia y al desarrollo) condicionada por los medios para cumplirla, es decir formulando el derecho al desarrollo como un objetivo político. Esta fórmula parece dejar en un segundo plano la noción fundamental que el niño tiene derecho a un *nivel de vida adecuado* para la supervivencia y el desarrollo (art. 27), derecho que se erige en una garantía que consiste en que el Estado tiene la obligación de garantizar los medios para asegurarlo.

Tenía el Comité un camino alternativo que permitiera proponer la relevancia como derecho de la protección de la supervivencia y el desarrollo del niño y, salvaguardar, su carácter de principio si hubiera realizado un análisis sistemático del texto y se lo hubiera vinculado con el derecho a la protección efectiva (arts. 3.2 y 4) y con la expresa enunciación como *derecho al desarrollo* del artículo 27.1, de la que se desprenden obligaciones de garantizar del Estado, expresamente establecidas en los numerales siguientes de la misma disposición y de numerosas otras normas repartidas en el texto.

La condicionalidad de la obligación, que la Convención remite al uso del *máximo de los recursos disponibles* (no sólo en el artículo 6.2, sino también respecto a los derechos económicos, sociales y culturales en el propio artículo 4 citado), no afecta la existencia, titularidad y exigibilidad de esos derechos, sino que establece la medida o estándar en que el Estado está obligado a cumplirlos. En el contexto de un tratado internacional, este estándar define los contornos del supuesto de incumplimiento que trae consigo responsabilidad internacional del Estado, no el contenido sustantivo y los límites precisos del alcance del derecho.

Al caracterizar la no discriminación, el interés superior, la autonomía y participación y la protección efectiva del desarrollo, como los *principios que estructuran* el texto de la CDN como instrumento internacional de reconocimiento y garantía de derechos fundamentales, pretendo alejarme de la noción civilista de principios generales o de formulaciones como las que consideran a los principios como elementos conceptuales rectores desde los cuales se desprenden normas e interpretaciones jurídicas, de un modo racional y permanente.

Tampoco parece adecuado, pese a su evidente utilidad para el análisis de otros aspectos del ordenamiento jurídico, entender estas disposiciones como

mandatos de optimización o meras directrices entendidas como *objetivos sociales valiosos*. Sugiero en cambio destacar el carácter específico de derechos de estas cláusulas, atendiendo a la idea de DWORKIN que entiende los argumentos de principio como «*proposiciones que describen derechos*», y de *garantía*, entendidas estas últimas, de acuerdo a la definición de FERRAJOLI como «*vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de un derecho subjetivo*». Por ello, la igualdad, la autonomía, el interés superior y la protección efectiva comparten una doble caracterización de principios y derechos, que en el caso del interés superior del niño, se puede caracterizar como un principio jurídico garantista³⁸.

El propio Comité de los Derechos del Niño, parece haber avanzado en la dirección de alejarse de la caracterización de estas cláusulas exclusivamente como *principios generales orientadores*, en la Observación General N.º 14 de mayo de 2013 sobre «*el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial*» (OG 14). Ya desde el título de la OG se puede notar el cambio de lenguaje y como dice CARDONA LLORENS, uno de los miembros del Comité que cumplió un rol importante en la redacción de la OG 14:

«*Conforme a la doctrina del Comité de los Derechos del Niño, no se trata sólo de principios que informan el conjunto de derechos contenidos en la Convención, sino también de derechos autónomos, de forma que su no respeto en un caso concreto es una violación de los derechos del niño en sí mismo, sin necesidad de su vinculación con un derecho concreto de la Convención. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con otros tratados de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Europea de Derechos Humanos, cabe la violación del principio de no discriminación de forma autónoma, sin necesidad de que se trate de una discriminación en el ejercicio de uno de los derechos previstos en la Convención. Lo mismo puede decirse sobre la violación del principio del respeto a las opiniones del niño, del interés superior o del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo*»³⁹.

Al examinar la OG 14 se puede observar que en línea con lo planteado por CARDONA LLORENS, el Comité define al interés superior del niño como *un derecho, un principio, y una norma de procedimiento* que tiene por objetivo *garantizar el*

38. Véase CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior...*, el tratamiento de estos temas y su vínculo con la concepción de garantías de FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 53-54. Las referencias son a DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio*, 2.ª ed., Barcelona, 1984, p. 158, y FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, 1995, p. 28, en que expresamente señala que esta noción de garantía es aplicable para todo el ordenamiento jurídico y no sólo para el Derecho penal. La idea de principios jurídicos garantistas se puede asociar con la función de los principios garantistas que se han elaborado en el marco de la doctrina jurídico penal —legalidad, proporcionalidad, culpabilidad entre otros— y los denominados principios valorativos formalizados del Derecho Penal. Véase HASSEMER, W.: «Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania», *Doxa* 8 (1990), traducción de MUÑOZ CONDE, F., pp. 173-186.

39. CARDONA LLORENS, J., *op. cit.*, pp. 53-54.

disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

En concreto, estas cláusulas pueden ser enunciadas como el derecho del niño a la igualdad, a la autonomía en el ejercicio de sus derechos, a la protección efectiva y a que la consideración prioritaria al tomar una medida a su respecto sea su interés superior, que no es ni más ni menos que la satisfacción de sus derechos⁴⁰. Todos estos enunciados, constituyen límites al ejercicio de la autoridad y obligaciones, ya sea de los poderes del Estado, de sus padres o de la comunidad, y por ello deben ser entendidos como una auténtica inversión del principio de protección basado en un poder tutelar, que fue el pilar fundamental de muchas legislaciones sobre infancia anteriores a la CDN.

El Comité afirma también que el artículo 3.1 de la CDN «establece uno de los valores fundamentales de la Convención», introduciendo otra dimensión al concepto de interés superior, ahora de carácter axiológico. Si bien el texto dice que el interés superior es uno de los valores fundamentales, no señala cuáles son los otros, pero resulta forzoso entender que, al menos, se está refiriendo a los que la OG 5 ha definido como *principios generales*. Esta caracterización, que nuevamente aleja a estas disposiciones de un concepto vago de *principios generales*, permite considerar la dimensión restante de la noción de *principios estructurantes* que se diera al comienzo de esta sección, la de expresar los *valores jurídicos* de la CDN.

Para examinar este punto, sin pretender asimilar los argumentos a estructuras jurídicas diferentes, se puede tomar como referencia la interpretación de PECES-BARBA MARTÍNEZ sobre el artículo 1.1 de la Constitución Española, relativo a los *valores superiores*, no en cuanto a su contenido específico, sino a la *función* que cumplen en un texto jurídico este tipo de enunciados.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, propone entender a los denominados *valores superiores* contenidos en el artículo 1.1 de la Constitución española, como el resultado de una construcción conceptual de tipo normativo y sistemático, que se aleja del iusnaturalismo y de una justicia positivista «puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico», sino que entrega pautas sustantivas «materiales» y no «puramente formales», como ocurriría en el modelo *kelseniano*⁴¹.

40. Véase en este sentido CILLERO BRUÑOL, M., *El Interés Superior...*, op. cit. y CARDONA LLORENS, J., op. cit.

41. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los Valores Superiores», contenido en *Jornadas Sobre Estudios del Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 19-42, pp. 27-28, texto de una conferencia en que vincula expresamente su doctrina con los comentarios que Dworkin le habría hecho sobre el artículo 1.1 de la Constitución española (p. 19) y que resultan coincidentes con el tratamiento que aquí se ha hecho sobre el tema. Véase un tratamiento más sistemático del tema en el libro anterior del autor, *Los Valores Superiores*, Madrid, 1984.

Esta función que el autor reconoce a los *valores superiores*, es funcionalmente equivalente con la que tienen los principios de interés superior, autonomía, no discriminación en la CDN: entregar un fundamento axiológico, estabilizado por el derecho positivo, a la idea de protección de los derechos humanos de los niños, que es el objetivo que subyace a las disposiciones de la CDN, que podemos sintetizar bajo la fórmula de *protección y garantía efectiva, prioritaria e igualitaria del ejercicio autónomo del derecho del niño al desarrollo*.

La idea de protección ha de conjugarse con la de autonomía, para que estemos en presencia de una actividad protectora que se haga cargo, por una parte, del hecho que el niño es un sujeto en desarrollo, y por otro, que debe ejercer los derechos por sí mismo, libre de interferencias y sometimientos. En ese sentido, la dicotomía entre autonomía y protección, ideológicamente expresada como la oposición entre *liberalismo* y *paternalismo*, encuentra un equilibrio en la noción de *protección orientada hacia la autonomía*, que la CDN logra conjugar a través de la formulación conjunta de los cuatro principios *estructurantes* enunciados⁴². En las siguientes secciones del trabajo se revisarán someramente estos principios y se hará referencia a las normas en que se articulan en la CDN, con lo cual se pasará revista al contenido fundamental de la CDN.

a. Igualdad y no discriminación (artículo 2 CDN)

El principio de igualdad entre todos los seres humanos, y el correspondiente derecho o garantía a la no discriminación del que son titulares todas las personas sin distinción alguna, es uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta regulación tiene una doble dimensión en el ámbito de los derechos de la infancia: asegurar la igualdad de derechos de los niños respecto de las demás personas y garantizar la igual aplicación y protección de los derechos entre todos los niños⁴³.

42. No es posible desarrollar este punto en este lugar, pero sobre el debate entre *liberales* y *proteccionistas*, remito al excelente trabajo que examina los diferentes argumentos dados en la doctrina FANLO, I., «Los Derechos del Niño y las Teorías de los Derechos: introducción a un Debate», contenido en *Revista Justicia y Derechos del Niño* Núm. 9, pp. 159-176; a las reflexiones de FREEMAN, M., *Why it...*, op. cit., passim, sobre competencia, agencia y el examen de formas de *paternalismo liberal o benevolente*, el texto de ARCHARD, D., *Children Rights and Childhood*, 2.ª ed., London and New York, 2004, en particular el capítulo 5 «Liberation or Caretaking?», pp. 70-85; y al importante trabajo de ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de Edad y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, en que se desarrolla en detalle la noción del niño como sujeto de derechos fundamentales y los conceptos de autoprotección y heteroprotección de los derechos en relación a las personas menores de edad.

43. Generalmente las monografías sobre el tema se ocupan principalmente de la segunda dimensión no considerando el hecho que la propia CDN como se ha dicho es un tratado que en sí mismo tiene por objetivo mitigar una práctica de discriminación jurídica entre niños y adultos de larga tradición. En este sentido la idea que los niños son *sujetos de derecho pero incapaces de ejercerlos*, no es tratado como un problema de discriminación por causa de la edad sino más bien como una cuestión más general en relación a los *derechos morales* de los niños o su reconocimiento como sujetos de derecho. La descripción de la evolución de los

Este primer objetivo, que pretende evitar que al niño se le discrimine por ser niño y no adulto, recibe su respaldo normativo en toda la CDN. Cada una de sus disposiciones debe ser considerada como un dispositivo destinado, a lo menos, a dejar al niño en igual condición que el adulto. A modo de ejemplo, el artículo 12 refuerza el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales, justamente porque es un derecho que si bien se encuentra generalmente reconocido en la ley en relación a los adultos, es restringido o negado respecto de los niños.

Como se dijo anteriormente, una de las razones para impulsar una legislación internacional especializada sobre reconocimiento y garantía de los derechos del niño fue la necesidad de otorgar a las personas menores de 18 años una protección complementaria, proceso que se inscribe en el marco de lo que se ha denominado como etapa de *especificación* de los derechos fundamentales⁴⁴.

El objetivo de esta protección complementaria, reforzada o *supra protección*, es asegurar la igualdad de derechos de ciertos colectivos respecto a la generalidad de las personas, ya que, pese a las cláusulas generales de no discriminación contenidas en los textos generales —particularmente en la formulación amplia de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos de 1966— estas personas no logran gozar de una protección adecuada a sus particulares condiciones —como los niños y las mujeres— precisamente en razón de existir prácticas discriminatorias fuertemente asentadas en la comunidad e incluso en el sistema legal. Estos colectivos requieren de una protección jurídica complementaria y esta es la razón, como se dijo, del surgimiento de instrumentos específicos de derechos humanos de los niños.

De esta forma, la CDN tiene como primer objetivo superar una particular forma de discriminación basada en razones de un hecho como es la edad —niños y adultos— y de las consecuencias jurídicas atribuidas por la ley a ese hecho: mayoría o minoría de edad, como una categoría que incide de un modo ilegítimo en el reconocimiento jurídico sobre la titularidad y capacidad de ejercer los derechos fundamentales.

En este sentido, no se trata de desconocer las diferencias que existen a la hora de reconocer las particulares condiciones de los niños en ejercicio de sus derechos, pero sí de impedir que éstas lleven a distinciones que sean desproporcionadas, se basen en una desigualdad de trato, en fines ilegítimos o en las

instrumentos internacionales de los derechos del niño, mostró en cambio, la relevancia de comprender que la evolución histórica de los derechos de los niños tiene que ver con una *lucha por la igualdad y el reconocimiento del niño como sujeto*. He examinado este tema en detalle para la relación de los niños con el Derecho penal en CILLERO BRUÑOL, M., «Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal: la actualidad del pensamiento penal ilustrado», *Justicia y Derechos del Niño*, N° 5, Santiago, 2003, pp. 9-33.

44. Véase BOBBIO, N., *op. cit.*

denominadas *categorías sospechosas*, dicho de otro modo, aquellas diferencias que resultan arbitrarias, desproporcionadas e injustificadas⁴⁵.

La segunda dimensión de la no discriminación que aquí interesa, es aquella que busca impedir las desigualdades entre los niños y que, en consecuencia, junto a las prohibiciones deberá entregar garantías reforzadas a grupos de niños que se encuentren, ahora al interior del colectivo de las personas menores de edad, en situaciones de desventaja, vulnerabilidad o menoscabo.

La fuente normativa de esta dimensión es el artículo 2 de la CDN que dispone:

«1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares».

Un tratamiento detallado de esta disposición excede los objetivos de este trabajo, por lo que resumidamente se expondrán los aspectos generales más relevantes que se desprenden del artículo citado y los elementos o dimensiones que comprende la norma⁴⁶.

En primer término se destaca como un elemento relevante, que la norma establece como obligaciones básicas las de *respetar y asegurar*, es decir, el Estado debe abstenerse de realizar distinciones que sean discriminatorias y se debe garantizar que la discriminación no se produzca a través de acciones positivas que impliquen, entre otros elementos, tomar las medidas que sean necesarias

45. Véase en este sentido la OG 18 Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989) y el análisis de BESSON, S.: «The Principle of non-discrimination in the Convention on the Rights of the Child», en *The International Journal of Children's Rights*, 13, 433-461, 2005, pp. 433-461; VAN BUREN, G., *op. cit.*, capítulo 2, apartado titulado «Equality, Discrimination and Status of Children», pp. 38-45.

46. Para un tratamiento exhaustivo del tema véase ABRAMSON, B., «Article 2, The Right of non discrimination», en ALEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN E, VERHEYDE, M. (eds.) *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, 2008; BESSON, S., *op. cit.*; DETERICK, Sh., «A Commentary...», *op. cit.*, pp. 21-84 y HODKING, R. & NEWELL, P., *op. cit.*, con referencias específicas a los estándares establecidos por el Comité de Derechos del Niño.

para habilitar a los sujetos a ejercer sus derechos e identificar y remover las causas que generan el trato discriminatorio⁴⁷.

Estas obligaciones llevan a que se establezcan en el propio texto de la CDN garantías reforzadas a ciertos grupos de niños, a ciertos colectivos, como por ejemplo a los niños refugiados (art. 22), los niños con capacidades físicas o mentales diferentes (art. 23) o los niños indígenas (art. 30).

Una segunda cuestión a considerar es que estas obligaciones se tienen respecto de *cada niño sujeto a su jurisdicción*, con lo cual se impide toda discriminación producto del estatus migratorio o cualquier otra condición que pudiere esgrimirse para no aplicar igualitariamente la CDN a algún niño, o colectivo de niños, que se encuentre en el territorio.

Finalmente, el artículo 2.2 dispone una garantía especial de protección de los niños de toda forma de «discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares». Esta norma es considerada una *cláusula específica antidiscriminación del niño*⁴⁸, que se funda en que habitualmente los niños son o pueden ser –incluso por disposiciones legales– privados del goce de sus derechos en razón de la condición o atributos personales de sus padres o personas que los tienen a su cuidado. Un ejemplo clásico de este tipo de discriminaciones son las distinciones derivadas de la condición legal de los padres en relación al matrimonio y su impacto en las leyes de filiación⁴⁹.

b. Interés superior del niño (artículo 3.1 CDN)

Como se ha dicho el principio del interés superior del niño es un criterio que antecede a la Convención y es una noción que forma parte de una larga tradición en ordenamientos jurídicos nacionales y en el Derecho Internacional.

En el *common law* y en el *derecho de familia y de menores europeo y americano*, el criterio de interés superior del niño se encontraba principalmente asociado a una facultad *tutelar y paternalista* de los tribunales, que se ejercía discrecionalmente y con independencia de lo que el niño manifestara como su interés. Esta tradición ha sido superada al incluir el criterio como un principio inscrito en el marco de un tratado sobre derechos fundamentales, que le hace adquirir nuevas dimensiones y funciones en el sistema de protección de derechos de los niños. La CDN lo consagra de un modo breve y conciso:

47. La OG 18 del Comité de los Derechos Humanos, apartado 10 dispone que «El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto».

48. BESSON, S., *op. cit.*, pp. 446-447.

49. Véase HODKING, R. & NEWELL, P., *op. cit.*, pp. 30-31, con referencias a pronunciamientos del Comité de Derechos del Niño.

«Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

En esta formulación es posible destacar tres aspectos centrales. Primero, es un mandato que se dirige a un amplio arco de destinatarios y en consecuencia es una cláusula de carácter general que establece criterios imperativos para la aplicación e interpretación de la CDN; establece una protección prioritaria; y, tercero, la CDN no define ni el contenido ni la función del principio.

A diferencia de la Declaración de 1959 en que la consideración del interés superior del niño se dirigía sólo al legislador y a los padres, en la CDN la norma está destinada a regular y orientar las actuaciones de todos los poderes del Estado e instituciones privadas de bienestar social en relación a los niños. Asimismo, el artículo 18 extiende expresamente su ámbito de incidencia a las relaciones de crianza, señalando que «incumbirá a los padres o, en su defecto, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño». Vale decir, el principio pasa a ser un criterio general regulador y orientador de las relaciones de los niños en el ámbito de las instituciones públicas o privadas y de sus relaciones de familia.

La cláusula de interés superior del niño si bien se encuentra expresada de un modo general en el artículo 3.1 de la CDN, es luego aplicada a diferentes cuestiones específicas:

a) Como un criterio para dirimir conflictos entre derechos de los padres y del niño en el *ámbito familiar o de la crianza*:

«Art. 9.1: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Art. 9.3: Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Art. 18.1: Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.»

b) Sistemas de protección, Servicios Sociales y Sistema Penal

«Art. 20.1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Art. 37.c). Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Art. 40.2. iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.»

c) Adopción

«Art. 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.»

Una segunda característica es que la cláusula de interés superior en la CDN representa un criterio de *prioridad*. Este carácter prioritario o de preferencia del interés del niño sobre otros intereses tiene repercusiones en el ámbito de las políticas públicas, de las actuaciones de la administración y de la Justicia y, también, debe considerarse para resolver conflictos en caso que concurran derechos contrapuestos.

Sin embargo, la definición del grado de prioridad que expresa la redacción del artículo 3.1 ha sido objeto de estudio y de debate, siendo la redacción del artículo 3.1 uno de los casos que mejor deja de manifiesto la idea que la CDN fue formulada de un modo que reflejara un consenso que permitiera incluir diferentes puntos de vista, de modo de favorecer su ratificación por parte de un amplio número de Estados.

Mientras la Declaración de Derechos del Niño establecía que la consideración *fundamental* del legislador y de los padres debía ser el interés superior del niño, la CDN en cambio, utiliza en el artículo 3.1 la palabra *una* consideración primordial, con lo cual se le resta fuerza a la prioridad. Esto puede explicarse también, debido a la mayor amplitud del artículo 3.1 que el que se establecía en la Declaración, y que las cuestiones particulares sean resueltas en las normas específicas.

Igualmente, de las disposiciones citadas anteriormente se desprende que para ciertas materias la prioridad pasa de ser *una consideración primordial* (art. 3.1) a la consideración primordial como en el artículo 21 sobre adopción o, incluso la única consideración, como en el supuesto de separación del niño en contra de la voluntad de los padres (art. 9.1), y en la particular excepción a la garantía de separación entre privados de libertad adultos y niños (37. c)⁵⁰.

Al revisar la historia de la redacción de la CDN se observa que en los primeros textos el artículo 3.1 mantenía la idea que el interés superior del niño era la consideración fundamental (texto propuesto por Polonia), pero luego en las sesiones de 1981 se consideró, a partir de una enmienda propuesta por Estados Unidos, pasar al término *una consideración primordial*, lo que según consta en el debate fue aceptado por algunos para lograr el consenso, considerando que sus legislaciones nacionales podían subir ese estándar, o bien en opinión de otros porque efectivamente había casos en que debía admitirse algún tipo de ponderación⁵¹.

La discusión se reabriría nuevamente en las sesiones de 1989, en que se puso en cuestión si se debía redactar que el interés superior del niño fuera la *consideración primordial*, o *una consideración primordial*. El argumento que se esgrimió fue que la fórmula *la consideración* estaba ya recogida en el artículo 5 de la Convención contra Toda Forma de Discriminación de la Mujer y en otros textos de Naciones Unidas, pero finalmente se mantuvo la forma aprobada por consenso y que llegaría hasta el texto definitivo⁵².

Si bien la razón fundamental para la redacción del artículo 3.1 de un modo menos exigente fue que ésta fue la redacción que permitió el consenso, nos parece que la solución buscada no es defectuosa ni desde un punto de vista técnico jurídico ni conceptual.

Desde el punto de vista técnico jurídico, el artículo 3.1, en coordinación con el citado artículo 41, no impide que un estándar de peso mayor del interés superior del niño sea establecido en otras normas de la CDN, como de hecho se hace en otros tratados o en el ordenamiento jurídico nacional. Así Brasil lo hace en su Constitución de 1988 y en el Estatuto del Niño y del Adolescente en que reconoce una *prioridad absoluta* a los derechos de los niños; la «*Children Act*» de 1989 del Reino Unido que consagra el interés superior como la *consideración fundamental* y el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, establece en su artículo 8.3 que los «Estados Partes velarán por que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados

50. Véase CARDONA LLORENS, J., *op. cit.* p. 51.

51. OHCR, *op. cit.*, pp. 338-339, la referencia al caso de colisión de derechos que exigiría ponderar remitía al supuesto de las emergencias médicas en el parto (p. 339, núm. 24).

52. *Idem*, p. 344. Luego del debate al no haber consenso se mantuvo el texto como una consideración primordial que sí lograba el acuerdo, p. 345, núm. 125.

en el presente Protocolo la consideración primordial sea el interés superior del niño».

Igualmente, el artículo 3.1 establece un criterio general, pero en aquellos asuntos en que hubo consenso en que el estándar establecido fuera más exigente se estableció de ese modo, como se destacó anteriormente en materias como crianza, la separación de los padres o la excepción a la garantía de separación de los niños y adultos en los recintos de privación de libertad.

Conceptualmente, como se ha dicho, el proceso de *especificación* de los derechos fundamentales otorga una protección complementaria o *supraprotección* de los derechos de ciertos grupos, pero no parece correcto que pueda establecerse una *jerarquía* superior –de carácter general– a la protección y garantía de estos derechos por sobre los derechos fundamentales de las demás personas. Por lo tanto parece razonable sostener que, para que el principio de interés superior del niño pueda tener una amplia y legítima aplicación, no puede exigirse una prioridad *excluyente* de la protección de derechos de las demás personas, particularmente en el ámbito de los derechos que deben satisfacerse por medio de prestaciones sociales, como pareciera desprenderse de la formulación de los derechos de los niños como *prioridad absoluta*, por ejemplo en el sistema constitucional y legal de Brasil⁵³.

En consecuencia, parece correcta la técnica jurídica de la CDN de establecer un criterio general de prioridad que resulte compatible con otras igualmente relevantes para el derecho internacional, pero sin excluirlas mutuamente, sin por ello renunciar a privilegiar al niño en mayor medida que a otros colectivos también priorizados, lo que exigirá un ejercicio de ponderación. Pero, adicionalmente, si se considera que la CDN, en casos específicos, concede una prioridad de mayor peso al interés superior del niño, e incluso lo consagra como excluyente de otros intereses o derechos en supuestos como el de la adopción, es razonable interpretar la prioridad general del artículo 3.1 como de un alcance menos exigente.

Por su parte, el *interés superior del niño* tiene una función sistemática en la CDN a la que ya se ha hecho referencia, como un derecho y un principio para la interpretación del conjunto de sus disposiciones que permite resolver cuestiones concretas en que se encuentran derechos vulnerados o conflictos entre derechos⁵⁴. El apartado I.A.6 de la Observación General Núm. 14 del Comité formula y resume perfectamente estos cometidos:

«El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar

53. La idea que el artículo 3.1 establece una prioridad *no excluyente*, se desarrolla en CILLERO BRUÑOL, M., «El Interés Superior...», *op. cit.*, pp. 58-59.

54. Véase CILLERO BRUÑOL, M., «El Interés...», *op. cit.*

distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos».

El último aspecto que queda por tratar del interés superior del niño es el relativo al significado o contenido del concepto, vale decir a la pregunta ¿en qué consiste el interés superior del niño?; la respuesta más frecuente ha sido que se está en presencia de un concepto jurídico indeterminado⁵⁵.

55. En este sentido un examen de las diferentes definiciones y propuestas de contenido de este concepto jurídico indeterminado en RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El Interés del Menor*, Madrid, 2000, capítulo 2, pp. 51-85, en que examina las ventajas y desventajas del carácter indeterminado de la cláusula, las posibles modificaciones y diferentes propuestas para determinarlo; RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El Interés Superior del Niño: concepto y delimitación del término», *Revista Educativa XXI*, 30, núm. 2, 2012, pp. 89-108, p. 92, que señala «pretender definir lo que debe entenderse como «interés superior del niño» es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el favor filii», el autor identifica, siguiendo a parte de la doctrina, cláusula general con el concepto jurídico indeterminado, posición que no es la que se sigue en este trabajo. En el derecho anglosajón el tema se ha planteado y pretendido resolver a través de la formulación de criterios legales específicos para la determinación en el caso concreto, véase MC. LAUGHLIN, J. H., «The Fundamental Truth About Best Interests of the Child», *Saint Louis University Journal*, Vol. 54, 113-165, 2009, p. 130, que señala que pese a haber reglas específicas con criterios para su determinación se sigue sosteniendo críticamente su indeterminación; ARCHARD, D., *op. cit.*, pp. 62-64, que el principio plantea un

Tras esta pregunta, subyace también otro interrogante relativo a quién es el sujeto habilitado para definir el interés superior del niño, cuestionamiento que se encuentra en el núcleo de una larga y profunda discusión entre enfoques *paternalistas* y *liberales* de justificación de los derechos del niño⁵⁶. Sin poder examinar a fondo este debate en esta oportunidad, es conveniente fijar posición señalando que a nivel teórico esta discusión se puede zanjar, como se dijo, asumiendo posiciones doctrinarias intermedias que permitan conjugar *protección y autonomía*, tomando en cuenta tanto el interés actual como el futuro del niño, vale decir, el impacto de las decisiones para su desarrollo y autonomía futura; y, también, ponderando el interés *manifiesto o expresado del niño*, con un interés superior abstracto que puede determinar el adulto llamado a tomar una decisión que busque beneficiarlo⁵⁷.

Si bien estas dos cuestiones son muy relevantes, y se examinarán seguidamente, es necesario realizar antes un análisis somero sobre la cuestión de la *indeterminación jurídica del interés superior del niño* y referir en notas a parte de la literatura especializada que se refiere a esta discusión, ya que su tratamiento profundo excede los objetivos de esta exposición, que tiene por objetivo desarrollar un análisis jurídico general e introductorio de la CDN y proveer criterios para una aplicación concreta y jurídicamente justificada del interés superior del niño como norma jurídica internacional contenida en el artículo 3.1.

No nos estamos preguntando, aquí, por la cuestión ética de la legitimidad de las decisiones que se toman en beneficio de otros⁵⁸, sino que se está proponiendo la idea que una interpretación correcta del interés superior del

lenguaje de *maximización*, que debe ser determinado de un modo no paternalista. FREEMAN, M., «Article 3: Best Interests of the Child», en «ALEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN, E., VERHEYDE, M. (eds.), *A Commentary on the Convention on...*, op. cit., que el interés superior del niño es, por supuesto indeterminado» y que deben considerarse cuestiones culturales que resultan inevitables, así como la distinción entre intereses actuales y futuros del niño, pp. 2-3, quien remite a la formulación de la distinción en BUCHANAN, A. E., BROCK, D. W., *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, New York, 1989, p. 247, obra ampliamente citada por la literatura posterior en el ámbito de las decisiones médicas. Sobre la función del interés superior del niño en el razonamiento jurídico y la adjudicación de derechos, véase GARRIDO, R., «El interés superior del niño y el razonamiento jurídico» en *PROBLEMA (Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho)*, vol. 7, UNAM, 2013, pp. 115-147, *passim*.

56. Por todos, ver el examen de este debate en FANLO CORTÉS, I., op. cit., *passim*; ARCHARD, D., op. cit. pp. 67-69, en que examina el *paternalismo y proteccionismo* del artículo 3.1, en oposición al carácter *participativo* del artículo 12.1.

57. En este sentido ampliamente COUSO SALAS, J., «El Niño Como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia De Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído», en *Revista de Derechos del Niño* 3-4, Universidad Diego Portales/UNICEF, Santiago, 2006, pp. 145-166.

58. Véase en ese sentido BUCHANAN, A.E., BROCK, D. W., op. cit., quienes examinan aspectos de aplicación práctica sobre la participación de los niños en las decisiones médicas, diferenciando adolescentes, niños y recién nacidos, como una cuestión que debe evolucionar desde la presunción de incompetencia a los estándares para evaluar la competencia pp. 216-224 o la distinción entre *paternalismo censurable* y no censurable de FEINBERG, J., *Harm to*

niño en el marco de la CDN, exige concluir que los niños, tanto individual como colectivamente, tienen derecho a que al tomarse una medida respecto de ellos, «se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen»⁵⁹.

Esta noción jurídica parte del supuesto que el interés superior del niño, como disposición jurídica, debe interpretarse en el contexto sistemático de la CDN, es decir de un tratado que reconoce y garantiza derechos humanos y que, en consecuencia, al reconocer e identificar los derechos de los niños está, al mismo tiempo, estableciendo de un modo jurídicamente vinculante y preciso, el contenido de ideas generales como *bienestar o interés del niño*. La CDN dota en el conjunto de su texto de sustancia específica a estas nociones, razón por la cual el interés superior del niño pasa a ser jurídicamente, desde la CDN en adelante, la «*plena satisfacción de sus derechos*» y no la particular idea del bien que tenga el adulto llamado a decidir en beneficio del niño⁶⁰.

De este modo, al estar incardinado el principio de interés superior del niño en un instrumento jurídico de derechos humanos, su significado cobra un sentido diferente, más específico y que disminuye el ámbito de discrecionalidad de las autoridades o personas llamadas a aplicar este criterio para tomar una medida en el caso concreto.

Así lo ha dicho el Comité de Derechos del Niño, en la OG 14, al definir que «el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño⁶¹», con lo cual no sólo delimita el contenido del principio a los derechos del niño, sino también a su *disfrute*, con lo que parece poner el acento, no sólo en la garantía, realización y satisfacción de sus derechos, sino en su *ejercicio*. De este modo el principio deja de atender a categorías morales⁶² o fenomenológicas sobre lo que sería el *bien del niño*, con lo que se favorecen criterios jurídicos más objetivos para su aplicación.

La doctrina, por su parte, ha propuesto como parámetro para la interpretación del interés superior del niño examinar los efectos negativos de la actuación, ya que resulta bastante más probable tener un acuerdo racional y

Self, New York, 1986, referido específicamente a la doctrina del *parens patriae* aplicable a los niños, p. 6. que incluye la facultad de *protegerlos de sí mismos*.

59. CILLERO BRUÑOL, M.: «El interés superior...», op. cit., p. 54.

60. He desarrollado ampliamente el punto en CILLERO BRUÑOL, M., «El interés superior...», op. cit., *passim*.

61. Observación General Núm. 14 del Comité de Derechos del Niño, apartado 4.

62. COUSO, señala críticamente que la comprensión del interés superior del niño como una «*facultad paternalista, que en ciertos casos es ineludible ejercer, permitió, sin embargo, convertir no pocas veces el argumento del "interés superior del niño" en un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador de turno, a pesar de la neutralidad que el Derecho exige sobre casi todas estas cuestiones*», op. cit., p. 147.

justificado sobre lo que afecta a los derechos del niño, que sobre aquello que promueve mejor su satisfacción, cuestión que resulta obvia frente a casos como los de ejercicio de violencia contra los niños⁶³, criterio que la propia CDN propone para definir el contenido del interés superior del niño en el artículo 9.1 al señalar el supuesto de maltrato del niño por parte de sus padres.

En atención a lo expuesto, para efectos de interpretación jurídica, se puede afirmar que al enmarcar el principio en la CDN se ha acotado bastante su ámbito de indeterminación conceptual, lo que permite una aplicación que satisfaga mejor las exigencias de la seguridad jurídica. Surgen entonces como criterios ineludibles de aplicación que las decisiones deben considerar el disfrute o satisfacción de los derechos del niño en el supuesto en cuestión y el de prohibición de interpretar de un modo que pueda favorecer la vulneración de esos derechos, que en la práctica significará una revisión o examen del *daño a los derechos* que puede significar tomar o no tomar una medida.

Finalmente, como tercer criterio de aplicación, se encuentra la necesidad de proteger integralmente los derechos del niño que se puedan ver afectados en la situación específica que se desprende del hecho que el desarrollo del niño es integral, según lo dispone expresamente el artículo 27. Este carácter, que el Comité de Derechos del Niño define como *desarrollo holístico*⁶⁴, exige una ponderación del conjunto de beneficios y costes que la adopción o no de una medida pueda generar en el conjunto de los derechos del niño, debiendo tomarse aquellas medidas que favorezcan la máxima realización y la mínima restricción de sus derechos⁶⁵.

Establecida esta posición corresponde abordar ahora una cuestión que se había enunciado y dejado pendiente: quién está habilitado para determinar el interés del niño y cuáles son los estándares que deben justificar su decisión, aspectos que se examinarán en la siguiente sección en conjunto con el principio de autonomía (art. 5) y el derecho a ser oído (art. 12), disposiciones con las que guarda estricta relación.

c. Autonomía y libertades del niño, derecho a ser oído e interés superior

Como se ha dicho uno de los principios que estructuran la CDN es el de autonomía y participación, que se encuentra estricta y sistemáticamente vinculado al de interés superior del niño.

El principio de autonomía no se encuentra directamente establecido en la CDN, sino que debe desprenderse de múltiples disposiciones. Entre ellas las

63. Desarrolla el argumento que aunque la noción de interés superior del niño esté cargada de valores y se pueda decir que está en cierta medida indeterminada, se puede sostener como un hecho dado que la violencia contra los niños debería generar consenso sobre su carácter negativo. FREEMAN, M., *Upholding...*, op. cit., p. 216.

64. Observación General Núm. 5, apartado 12.

65. Véase CILLERO BRUÑOL, M., «El interés...», op. cit., p. 58.

más relevantes se encuentran el artículo 5, que a propósito de las funciones parentales, expresa los elementos centrales sobre lo que se puede denominar el *principio de respeto y promoción de la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos*:

«Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

Esta disposición se complementa con el artículo 12.1 que establece el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta:

«Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

En otras disposiciones de la CDN se encuentran regulaciones similares, entre las que se destacan el artículo 14.2 relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que establece que 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»; el artículo 28.1, que reconoce «el derecho del niño a la educación» y establece deberes a los Estados, «a fin de que éste se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades», y la referencia en el preámbulo a la preparación del niño para una *vida independiente*.

En el ámbito de la autonomía, la CDN descansa sobre el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la concepción tradicional que entendía al niño a partir de su incapacidad jurídica y lo consideraba sólo en razón de sus necesidades o carencias o por lo que les falta para ser adultos. Para la CDN ser niño no es ser *menos adulto*, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta; la infancia y la adolescencia tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. La niñez no se define a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos, es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica⁶⁶.

Sin embargo, al aplicar estas ideas, surge «la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho —que tienen que ver con su madurez— y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos,

66. Véase CILLERO BRUÑOL, M., «Infancia, Autonomía...», op. cit., p. 4.

en particular, de los padres». El artículo quinto de la CDN considera y propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa, al disponer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de «la evolución de sus facultades», y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir «orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención». Al Estado, por su parte, le corresponde «respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres» o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar ya reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, y reafirmado por el artículo 16 de la CDN⁶⁷.

En consideración a estos elementos, el aspecto central para interpretar adecuadamente estas disposiciones es el de *progresividad* que se deriva directamente de las referencias de los artículos 5 y 12 a la evolución de las facultades y a la edad y madurez, respectivamente. Por ello, es posible hablar de una *autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño*, y del *principio de participación en la toma de decisiones que le afectan*, en el ámbito de la interpretación de los artículos 3.1 y 12 relativos al interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído.

Esta idea de autonomía progresiva, guarda paralelismo con las ideas de *capacidad o de competencia*, esta última muy desarrollada en la doctrina anglosajona particularmente por la noción de «*Gillick competence*», derivada del caso del mismo nombre de 1985, que estableció que un niño con una madurez suficiente debe tener el derecho de determinar por sí mismo que procedimientos, especialmente médicos, pueden o no aplicársele⁶⁸.

En síntesis, y como se dijo anteriormente, la interpretación conjunta del interés superior del niño con el derecho a ser oído, exige que toda decisión que pretenda justificarse en el interés superior del niño considere de un modo prioritario la opinión del niño.

Sin embargo, la noción de autonomía progresiva sólo cobra relevancia práctica si, junto con reconocerla, se establece una capacidad de ejercer los derechos y la obligación de respetar esa voluntad de ejercicio. Esta segunda dimensión es la que habilita el artículo 12 al establecer como garantía el derecho a ser oído y el deber de atender la opinión expresada. Esta garantía tiene dos dimensiones, por un lado la de *capacidad* y por otra la de *peso* o influencia, ambas determinadas por el reconocimiento del nivel de evolución de las facultades⁶⁹.

67. Ídem, p. 5.

68. Un tratamiento completo de la relación entre autonomía e interés superior en relación a la *Gillick competence* en ARCHARD, D., *op. cit.*, pp. 64-69.

69. La literatura sobre este punto es muy extensa, véase por todos ARCHARD, *loc. cit.*; COUSO SALAS, J., *op. cit.*; y el excelente tratamiento sistemático de las condiciones de aplicación en LUNDY, L.: «Voice» is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *British Educational Research Journal*, Volume 33, Issue 6, 2007, pp. 927-942.

Por su parte, la relación dialéctica entre interés superior del niño como principio protector que establece la posibilidad de tomar medidas en beneficio de sus derechos por alguien externo a él, y la autonomía del niño en el ejercicio sus derechos, es abordada en la CDN en varias de sus normas, el ya examinado 3.1, el citado artículo 5 y el 12 sobre el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, los cuales, sin embargo, conforman una unidad que debe interpretarse sistemáticamente. Este vínculo sistemático entre los artículos 3.1 y 12 queda de manifiesto si se considera que en los trabajos preparatorios del texto de la CDN se hizo la discusión tratando ambas materias en un mismo artículo, que luego se separó en dos⁷⁰.

De este modo, más allá de la tensión teórica sobre el valor que deba darse al interés expresado por el niño y al del *interés superior abstracto determinado por un tercero*, que en la decisión de un caso concreto pueden coincidir o no, la CDN establece la exigencia de considerar de un modo relevante el *interés expresado al niño*. En consecuencia la exigencia de la CDN que para la determinación del interés superior se deben interpretar los artículos 3.1 y 12 conjuntamente, lleva necesariamente a concluir que una decisión sobre una medida que pueda afectar a los derechos del niño, basada en su interés superior, no puede ignorar la opinión del niño y debe *tenerla debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez*.

Couso ha propuesto como interpretación de la oración «*tomar debidamente en cuenta*» la obligación del intérprete de «*conferir un "especial peso"*» a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, aclarando que «*no debe entenderse esto en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él*»⁷¹.

70. Propuesta de Estados Unidos de Norteamérica, OHCHR, p. 438, en que se establecía este derecho en el numeral 2 del artículo 3.

71. COUSO SALAS, J., *op. cit.*, pp. 155, quien desarrolla en concreto las secuencias concretas del razonamiento que propone: «Así, si en un determinado caso resulta que "antes" de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un "especial peso" que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia. A la misma conclusión puede llegarse si "antes" de escuchar la opinión del niño una alternativa parece apenas un poco mejor que las otras; entonces, la preferencia expresada por el niño a favor de otra alternativa que no parecía la mejor, de manera perfecta puede inclinar la balanza en su favor al conferirle un mayor peso relativo. En cambio, si por razones distintas a la opinión del niño, una alternativa parece al tribunal muy desventajosa para el interés superior del niño, es perfectamente posible que el mayor peso relativo conferido por la opinión del niño a esa alternativa no sea suficiente para inclinar la balanza en su favor, dado que todavía hay razones de mayor peso a favor de la alternativa que al tribunal parecía claramente preferible».

Seguidamente al derecho del niño a ser oído y a participar en los asuntos que le afecten, la CDN reconoce un conjunto de derechos *políticos o de participación* de los niños que en su conjunto constituyen un núcleo sistemático que puede ser caracterizado como *libertades*, como las de *expresión y dar y recibir información* (artículos 13 y 17); *de pensamiento, conciencia y religión* (artículo 14); *de asociación y reunión* (artículo 15); al que hay que agregar el de *participación en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento* (artículo 31.2). Este núcleo se complementa con una garantía general de no 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*» (artículo 16), que se dirige principal, aunque no exclusivamente, a los órganos del Estado y a los medios de comunicación social entendidos de un modo amplio que incorpore, por ejemplo, las redes sociales. Todos estas libertades tienen en común el ser de ejercicio personalísimo, es decir no admiten representación, y constituyen en general para el Estado y las demás personas obligaciones de respetar, no impedir y promover o facilitar.

d. La protección efectiva del desarrollo

La Convención es un instrumento jurídico vinculante cuyo objetivo es proteger el desarrollo integral del niño. Este principio, se articula a partir de diferentes disposiciones de la CDN. En primer término el artículo 3.2, que establece una obligación general de los Estados de asegurar el bienestar y cuidado del niño, que responde a una fórmula bastante tradicional y declarativa que no se formula explícitamente en clave de derechos:

«Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

Esta disposición se complementa y especifica por el artículo 4 que exige que las medidas que se tomen en cumplimiento de esta obligación, estén dirigidas a *dar efectividad a los derechos del niño reconocidos en la CDN*, vale decir, identifica la protección del bienestar del niño y el cuidado del niño con asegurar el disfrute y satisfacción de sus derechos.

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.»

La efectividad de los derechos a que hace referencia el artículo 4 de la Convención exige no sólo la recepción normativa de los derechos sino la adopción

de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado⁷². Es decir, se requiere de una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos, las políticas públicas y los servicios sociales para asegurar su protección.

La Convención contiene un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales cuya satisfacción es progresiva y depende de factores externos y económicos. Por ello la CDN es un programa de acción para los gobiernos y la sociedad en cuanto a tomar las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, que debe reflejarse en políticas públicas que respeten y promuevan los derechos de la infancia. Sin embargo, para que la aplicación de la CDN sea completa, en los términos que promueve el artículo cuarto, es necesario lograr una vigencia «sociológica», es decir, un «derecho eficaz, realmente aceptado o vivido por sus destinatarios»⁷³, que requiere la promoción de una cultura de respeto de los derechos de las niñas y los niños. El logro de este amplio objetivo, dependerá de la aplicación integral de la CDN, también se relaciona con ciertas obligaciones especiales que los Estados asumen en virtud de la ratificación. La primera de ellas es la de divulgar los «*principios y disposiciones de la Convención tanto a los adultos como a las niñas y los niños*» (art. 42).

Al finalizar esta visión global de la CDN, decir que entre las medidas que los Estados deben adoptar, una de las más relevantes son las medidas legislativas que permitan desarrollar mecanismos de protección legal, judicial y administrativa, cuestión que es tratada ampliamente en los diferentes trabajos de este libro a los que se integra este capítulo.

72. Un análisis más completo sobre este aspecto y su influencia para el Derecho y las políticas públicas en CILLERO BRUÑOL, M., «Los Derechos del Niño: de la Proclamación a la Protección Efectiva», *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Núm. 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pp. 49-63.

73. DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1981, p. 60.