



Universitat Autònoma de Barcelona

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCEPCIÓN SOCIAL
Y DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MENOR:
DE UN HOMÚNCULO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

Autora: Marie-Caroline BERGER BATON-VERMEERSCH

Trabajo de Fin de Grado de Derecho

4º curso

2013/2014

Director: Sebastià SOLÉ I COT

16 de mayo de 2014

RESUM

Treball de Final de Grau de Dret sobre l'evolució històrica de la concepció del nen en la societat i en el dret. Intenta posar de relleu el pas d'un extrem a l'altre en matèria de drets del nen, és a dir, el pas de la consideració del nen com un "homenet" (un home en miniatura), que gairebé no té drets i que sovint és objecte de mals tractaments –els quals no són castigats–, a un nen admès com a persona i subjecte privilegiat de drets "l'interès superior" del qual és positivat per un tractat universal i vinculant: la Convenció dels Drets del Nen (1989).

RESUMEN

Trabajo de Fin de Grado de Derecho que trata de la evolución histórica de la concepción del niño en la sociedad y en el derecho. Intenta poner de relieve el paso de un extremo a otro en materia de derechos del niño, es decir, el paso de la consideración del niño como un *homúnculo* (hombre en miniatura), que casi no tiene derechos y que es objeto frecuente de malos tratos que no son castigados, a un niño admitido como persona y sujeto privilegiado de derechos cuyo "interés superior" está positivado por un tratado universal y vinculante: la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

ABSTRACT

Final Work Article on the historical evolution of the child's conception in society and in the law. Attempts to emphasize the swing from one extreme to the other on the rights of the child, in other words how the child was at first called "homunculus" (miniature man), without barely any rights and often suffered bad unpunished treatments, and then started to be recognized as a person and privileged subject of rights whose "superior interest" is protected in a universal and binding treaty: the Convention on the Rights of the Child (1989).

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCEPCIÓN SOCIAL DEL NIÑO HASTA LA POSITIVACIÓN JURÍDICA DE SUS DERECHOS	7
<u>A. Evolución histórica de la concepción social del niño.....</u>	7
1. Inexistencia de la infancia como etapa en la Antigüedad y Edad Media	7
2. Del Renacimiento hasta nuestros días: crecimiento progresivo de un interés por el niño	12
<u>B. Evolución histórica de la concepción jurídica del niño</u>	16
1. Aparición de un “interés superior del niño”	16
2. Reconocimiento positivo de los derechos del niño y de su “interés superior”	18
II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: SIGNIFICADO Y ALCANCE	21
<u>A. Definición de la noción de “interés superior del niño” y su evaluación</u>	24
1. Análisis literal del artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño	25
2. La evaluación y determinación del interés superior del niño	31
<u>B. Posibles garantías</u>	34
1. A nivel internacional: el papel del Comité de los Derechos del Niño	34
2. A nivel europeo: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	37
CONCLUSIÓN	38
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXOS	45
ANEXO 1: Pinturas Museu Nacional d’Art de Catalunya	45
ANEXO 2: Convención sobre los Derechos del Niño.....	48

INTRODUCCIÓN:

“El niño no se convierte en Hombre, ya lo es.”¹ Ya en 1899, mucho tiempo antes de la Declaración de los derechos de los niños, Janusz Korczak², considerado como el padre de los derechos del niño, reclama el respeto de los derechos del niño. La idea de que los niños no difieren mucho de los adultos inspira gran parte de la actividad de Korczak. Para él, el niño debe ser tratado como un ser respetable, pensante y sensible al igual que los adultos, de tal manera que “no es correcto decir que los niños llegarán a ser personas: son ya personas”. Luchador por los derechos de la infancia, es uno de los autores centrales a la hora de entender que el niño tiene que ser tratado por la persona que es hoy y no por el adulto que será mañana. Pese a que no llegó nunca a escribir una “Carta de Derechos” (mérito que corresponde a Eglantyne Jebb, por el impulso que dieron a la creación de un marco legal internacional para la protección a la infancia, como es la Declaración de Ginebra de 1923), su obra es la mejor muestra de una actuación coherente con una visión del niño como sujeto de derecho.

En cuanto al fundamento de los derechos del niño, se puede citar a Robles Maloof que considera que existen dos corrientes clásicas –que en ocasiones son opuestas- sobre la fundamentación y el contenido de estos derechos. La primera corriente se llama *Proteccionista* y la segunda *Liberacionista*. Según este autor, “la corriente proteccionista postula que la niñez es un estado del desarrollo que necesita de protección integral, en esta etapa la persona no está en aptitud de ejercer sus derechos por sí mismo y requiere de la participación de sus padres y en todo caso del Estado para garantizarlos. Podemos afirmar que esta es la corriente clásica de justificación de los derechos de la infancia”. Sobre la segunda corriente, el autor explica que “surge en la década de los setentas, a partir de los movimientos de liberación de la mujer y de los pueblos. Esta postura sostiene que

¹ KORCZAK, Janusz, “Le droit de l’enfant au respect” (1928), Trad. WALERYSZAK, Lydia, Paris: Éditions Fabert, 2009.

² Janusz Korczak, llamado en realidad Henryk Goldszmit (22 de julio de 1878 en Varsovia – 5 de agosto de 1942 en el campo de exterminio de Treblinka) fue un médico polaco, reconocido pedagogo y escritor de literatura infantil.

el privar de derechos a la niñez, es una opresión hacia la infancia de la que se debe liberar, dicha privación sólo se justifica en términos de poder”³.

Por otra parte, desde el punto de vista de Ochaíta y Espinosa, “lo importante a la hora de justificar la existencia de derechos humanos –y naturalmente de derechos de los niños– es el reconocimiento moral de que el Derecho positivo debe basarse en la satisfacción de necesidades. El discurso de necesidades –no el de intereses o de deseos– que subraya su universalidad, es suficiente para justificar que las personas que no pueden reclamar sus derechos, son igualmente titulares de ellos. Esto es evidente en el caso de los niños cuyas necesidades justifican que deban ser considerados sujetos de derechos desde el nacimiento”. Este razonamiento se inscribe en la línea del artículo “¿Derechos humanos o necesidades humanas?” de Hierro en el que considera que: “*De lo dicho podemos concluir aproximadamente que tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones para exigir en todo caso; consecuentemente tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso*”.⁴

Por último, de acuerdo con Verhellen, existe actualmente tres tendencias en el movimiento de los derechos del niño: una tendencia *reformista* que apunta a imponer un estatuto de adquisición progresiva de derechos, una tendencia *radical* que apunta a eliminar la discriminación hacia los niños (discriminación basada en la edad) y a reconocerles el pleno ejercicio de derechos cívicos y civiles, una tendencia *pragmática* que apunta a reconocer a los niños todos los derechos, salvo los que fueran enumerados exhaustivamente⁵.

Según Jean Zermatten, actual presidente del Comité de los Derechos del Niño, “el

³ ROBLES MALOOF, Jesús Roberto, *Los derechos de las niñas y los niños construyendo el gran consenso de la humanidad*. Segundo certamen de ensayo sobre derechos humanos. Derechos humanos de las niñas y de los niños (1ª ed.), Biblioteca Jurídica Virtual, México, 1999, p. 49-50, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2281/4.pdf>.

⁴ MARTÍN LÓPEZ, M. T. (coordinadora): *La protección de los menores : derechos y recursos para su atención* (1ª ed.), Civitas, Madrid, 2001, p. 50-51

⁵ VERHELLEN, Eugène, *Convention on the rights of the child*, Garant, 2000 (3º Ed.), p. 29 ss.

niño no puede ser titular de todos los derechos y la excusa de la edad debe beneficiarle, ya que reconocerle todos los derechos sería como reconocerle también todas las obligaciones y una plena responsabilidad. Se iría entonces contra sus intereses en una nueva fórmula que diría “*Más derechos = más obligaciones = plena responsabilidad = menos protección*”. No creo que el interés del niño fuera en ese caso ni asegurado, ni garantizado.”⁶

Según la Profesora Enesco⁷, parece que en la Antigüedad y la Edad Media no se reconocía la infancia como etapa con sus propias características y cualidades, y que hasta el S. XVII no hubo un sentimiento de la infancia. Además, precisa que hasta el S. XX la infancia no es plena y explícitamente reconocida como periodo con sus propias características y necesidades, el niño como persona, con derecho a la identidad personal, a la dignidad y la libertad.

Es en esta civilización del individualismo que el niño es un individuo, de tal manera que hoy se admite que el niño es una persona. Aunque es una persona que todavía no ha desarrollado la titularidad de todos sus derechos y que debe pues a menudo hacerlos valer por medio de los adultos. Se ha debido pues inventar un instrumento jurídico para hacer valer esta posición: es el interés superior del niño.⁸

Por consiguiente, conviene preguntarse sobre: ¿Cómo hemos llegado a este interés superior del niño y en qué consiste en concreto?

Para contestar a estas preguntas, conviene ver en primer lugar la evolución histórica de la concepción del niño en la sociedad como en el derecho (I) y, en segundo lugar, intentar entender lo que significa este concepto de “interés superior del niño” y si su correcto respeto está garantizado (II).

⁶ ZERMATTEN, Jean, *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institut international des droits de l'enfant, Informe de trabajo 3-2003, p. 18.

⁷ ENESCO, Ileana, “El Concepto de Infancia a lo Largo de la Historia”, *Universidad Complutense de Madrid* (2009), p. 1 y 3, en: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf

⁸ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 27.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCEPCIÓN SOCIAL DEL NIÑO HASTA LA POSITIVACIÓN JURÍDICA DE SUS DERECHOS:

A. Evolución histórica de la concepción social del niño:

1. Inexistencia de la infancia como etapa en la Antigüedad y Edad Media:

Las primeras informaciones útiles sobre el estatuto del niño se pueden encontrar al momento de la antigüedad griega y romana.

❖ Antigüedad:

En la Antigüedad, la idea de conceder una protección especial a los niños no era común⁹. En efecto, según Jean Zermatten¹⁰, actual presidente del Comité de los Derechos del Niño, “aunque el niño era objeto de mucha afección y amor, no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (*infant* = el que no habla)¹¹ y que no podía bastarse a sí mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependiente completamente de los adultos”. En efecto, es abandonado a la buena voluntad del detentador de la patria potestad que no es limitada. La única virtud que debe guiar al padre, no es una relación de derecho o de protección, sino la *philia* (la afección) que va a dirigir al

⁹ SORET, Olivier, “Historia de los Derechos del Niño. Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño.”, Trad.: MULLER, Paola, *Humanium* (2013), en: <http://www.humanium.org/es/historia/>

¹⁰ ZERMATTEN, Jean, *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institut international des droits de l'enfant, Informe de trabajo 3-2003, p. 22.

¹¹ del verbo latino *fari*: hablar

padre a querer el bien del niño, ya que este será una prolongación del padre. Para el hijo, el deber de obediencia es igualmente natural.¹²

De acuerdo con los filósofos griegos, “el niño no está verdaderamente definido, pero es aprehendido por una especie de definición negativa: el que no habla, el que no trabaja, el que no está terminado”. Así, Jean Zermatten recuerda que “Aristóteles compara el niño a un animal, ya que no tiene la libertad de obrar según la razón “el alma del niño no difiere por así decirlo del de los animales”¹³.

La profesora Enesco¹⁴ sostiene que es en Grecia que nace el concepto de educación liberal y de desarrollo "integral" de la persona (cuerpo-mente). Algunos filósofos¹⁵ expresan la necesidad de que la educación se adapte a la naturaleza humana¹⁶. Pero en Roma, pierde relevancia la educación liberal y hay mucha menos atención a la educación física y el deporte. El objetivo de la educación es formar buenos oradores. Si en la Grecia clásica se defiende la necesidad de que los ciudadanos varones se escolaricen, en Roma se permite el acceso a la educación a los ciudadanos libres¹⁷.

Por consiguiente, Jean Zermatten afirma que en un tal sistema, “la noción de derechos del niño no sólo no existe sino que además es contraria también al concepto de la sociedad y de la familia, ya que el Estado no se ocupa de la familia y que en la familia sólo prevalece la autoridad del padre”.¹⁸

¹² ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 23.

¹³ [Ethique à Nicomaque, citado por YOUSSEF D. Penser les droits de l'enfant, PUF, Paris, 2002, p. 10].

¹⁴ ENESCO, Ileana, “El Concepto de Infancia a lo Largo de la Historia”, *Universidad Complutense de Madrid* (2009), p. 1, en: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf

¹⁵ Plutarco: *Sobre la educación de los niños*; Platón: *República*; Aristóteles: *Ética a Nicómaco*

¹⁶ En este sentido se puede referir a Aristóteles que escribió que: “La mayoría de los juegos de la infancia deberían ser imitaciones de las ocupaciones serias de la edad futura”. [Aristóteles, *Política*, libro VII, capítulo 15]

¹⁷ En la Italia romana, entre los siglos I a.C y I d.C, había entre 5 y 6 millones de hombres y mujeres libres, y entre 1 y 2 millones de esclavos, según la Profesora Enesco.

¹⁸ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 23.

❖ Edad Media:

Según el mismo autor, “toda la Edad Media ha vivido casi en la misma idea que la Antigüedad y en la posición de que el niño no ha cambiado apenas. El niño permanece un ser sin personalidad propia, pertenece completamente a su familia y no habla. Desde el momento en el que puede expresarse, se le introduce en las actividades de los adultos y ocupará entonces un lugar al lado de los adultos, se le incluye especialmente en las actividades profesionales de hombres o de mujeres, según su sexo, y va a trabajar. Es el momento en el que la educación se realiza por medio del aprendizaje, es decir por la reproducción de los mismos gestos de los adultos”¹⁹. Todo este periodo está marcado por la utilización de los niños en el trabajo²⁰, es decir que “*desde muy pequeño, se volvía enseguida un hombre joven, sin pasar por las etapas de la juventud*” constata Philippe Ariès²¹.

De acuerdo con la Profesora Enesco, en la Edad Media “el niño es concebido como *homúnculo* (hombre en miniatura), no hay evolución, cambios cualitativos, sino cambio desde un estado inferior a otro superior, adulto (Tomás de Aquino)” y eso se refleja en la frase: “*Sólo el tiempo puede curar de la niñez, y de sus imperfecciones*”²². La idea del “niño-homúnculo” se refleja también en la pintura. Según los historiadores, el arte medieval no “conocía” la infancia o no trataba de representarla. Las pinturas de niños muestran a éstos como hombre minúsculos, sin rasgos de infancia (la musculatura era la misma que la de los adultos pero reducida de tamaño). A excepción de los griegos, no se observa ninguna idealización de la infancia en el arte.²³ Hoy en día se puede contemplar pinturas medievales que ilustran esto, como por ejemplo en el Museu Nacional d’Art de Catalunya [Ver Anexo 1].

¹⁹ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 23.

²⁰ Según la Profesora Enesco: La pobreza secular de grandes sectores de la población europea conlleva la práctica de incorporar al niño al trabajo desde los 5 años. El niño es en cierto modo “esclavo del adulto”. Los padres tienen la propiedad sobre él. Pueden entregarlo, abandonarlo, venderlo. En el S. XII la Iglesia decreta que no se puede vender a un hijo después de los 7 años.

²¹ ARIES, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil: Collection Histoire, 1973, p. 6.

²² ENESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 1.

²³ ENESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 4.

A lo largo de la Edad Media desaparece por completo la idea de educación liberal y se elimina la educación física ya que se considera que el cuerpo es fuente de pecado. Sólo acceden a la educación algunos varones, no las mujeres. En general, la tradición judeo-cristiana gira en torno al concepto de "pecado original" que conlleva la idea del niño como ser perverso y corrupto que debe ser socializado, redimido mediante la disciplina y el castigo. En el S. XVII, el Abad Bérulle escribía: "*No hay peor estado, más vil y abyecto, después del de la muerte, que la infancia*". No se observa una preocupación por la infancia como tal, y la educación no se adapta al niño sino que el niño debe ser educado para ser "reformado".²⁴

❖ Datos comunes en la Antigüedad y Edad Media:

El abandono de niños, que durante mucho tiempo no era considerado como delito²⁵, es un fenómeno multisecular. En la Antigüedad greco-romana, es un tema recurrente de los relatos mitológicos o históricos. Numerosos dioses o héroes son niños expósitos/abandonados, como Júpiter, Poseidón o Rómulo y Remo.²⁶ La prerrogativa de aceptar y reconocer al hijo era del padre. Por ejemplo, en Atenas, si el padre tomaba el niño en sus brazos, el niño de pecho había la vida salvada, si lo puesta en el suelo, era abandonado.²⁷ A esto se le llamaba "exposición" del bebé²⁸ (niños *expósitos*). La exposición se encontraba en los medios desfavorecidos por un lado, en los casos de incesto, violación o nacimiento ilegítimo por otro lado²⁹. Sin embargo, la exposición podía también ser una alternativa al infanticidio, sean los niños expósitos frecuentemente

²⁴ ENESCO, "El concepto de infancia a lo largo de la historia", cit. p. 1.

²⁵ JANICKI, "Les tours d'abandon pour nouveau-nés", cit., p. 31.

²⁶ LE BOULANGER, Isabelle, "L'abandon d'enfants. L'exemple des Côtes-du-Nord au XIXe siècle", *Presses universitaires de Rennes* (2011), p. 15, en: http://www.pur-editions.fr/couvertures/1298651031_doc.pdf

²⁷ JANICKI, Jérôme, "Les tours d'abandon pour nouveau-nés", *Les Dossiers de l'Obstetrique*, n° 382 (2009), p. 28.

²⁸ En la época romana, la pobreza llevaba a mucha gente a vender a sus recién nacidos a los traficantes de esclavos [*Historia de la vida privada*, vol. I, p. 63]

²⁹ [J.E. BOSWELL, "Expositio and oblatio: the Abandonment of children and the Ancient and Medieval Family", *Americal historical Review* 89 (1984), p. 18-19.]

recogidos y educados por monjes o por otros.³⁰ En periodo de dificultades económicas, la pauperización/empobrecimiento se traducía por un recrudecimiento de abandonos de niños³¹. La exposición de niños era una práctica relativamente habitual/corriente en las sociedades antiguas, aún comprobado en la Alta Edad Media³². No fue sino hasta el final de la época medieval, con la doctrina cristiana, que la recepción de los abandonados se institucionaliza, por lo menos en las principales ciudades europeas.³³

El infanticidio -que no se considera asesinato hasta el siglo IV, aunque se sigue practicando durante la Edad Media- se practicaba profusamente. A modo de ilustración, se puede pensar en las leyes de la Antigüedad que autorizaban los padres de familia a abandonar los recién nacidos deformes o con algún defecto físico a animales salvajes.³⁴

Por último, a lo largo de la Antigüedad y Edad Media, aunque la tasa de natalidad era alta, la tasa de mortalidad infantil por causas naturales también lo era³⁵. Así la muerte del niño es habitual y banalizada/común de tal manera que encariñarse, de un punto de vista afectivo, con el recién nacido, no resulta evidente y el niño de pecho era relativamente poco valorado y sólo adquirían valor los niños que habían superado los 4-5 o incluso 6 años³⁶ (se tiene que esperar el fin del siglo XIX y la vulgarización de las descubiertas pastorianas para

³⁰ LE JAN, Régine, “Famille et pouvoir dans le monde franc (VIIe-Xe siècle): essai d'anthropologie sociale”, *Volume 33 de Publications de la Sorbonne: Histoire ancienne et médiévale* (1995), p. 347.

³¹ [Ver por ejemplo M.G.H. Capit. I n° 24, p. 89-90.]

³² LE JAN, Régine, “Famille et pouvoir dans le monde franc (VIIe-Xe siècle): essai d'anthropologie sociale”, *Volume 33 de Publications de la Sorbonne: Histoire ancienne et médiévale* (1995), p. 347.

³³ LE BOULANGER, Isabelle, “L’abandon d’enfants. L’exemple des Côtes-du-Nord au XIXe siècle”, *Presses universitaires de Rennes* (2011), p. 15, en: http://www.pur-editions.fr/couvertures/1298651031_doc.pdf

³⁴ JANICKI, Jérôme, “Les tours d’abandon pour nouveau-nés”, *Les Dossiers de l’Obstetrique*, n° 382 (2009), p. 28.

³⁵ Enfermedades, mala alimentación, atención y trato inadecuados y por accidentes (descuidos). Se sabe por numerosos documentos que los niños sufrían abusos diversos (físicos, sexuales...) y que eran frecuentemente "objeto" de diversión de los adultos.

³⁶ La Profesora Enesco recuerda que por estas razones, la infancia se describía como “*edad muy frágil*” y, para los que la superaban, como una *época de transición, que pasa rápido y de la que se pierde el recuerdo*. [UNESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 3.]

observar una notable disminución de la mortalidad infantil). Según Jacques Gélis³⁷: *“el fallecimiento de los niños pequeños es un hecho cotidiano del cual hoy en día hemos perdido la medición”*.³⁸

2. Del Renacimiento hasta nuestros días: crecimiento progresivo de un interés por el niño.

❖ Del Renacimiento al s. XVII:

Durante el Renacimiento (s. XV-XVI), se puede notar un nuevo interés por la evolución del niño con la reaparición de muchas de las ideas clásicas sobre la educación infantil y con un auge de las observaciones de niños³⁹.

Luego, durante el siglo XVII, el empirismo llega a un importante cambio en las concepciones de la naturaleza humana y, en consecuencia, del niño. Así, John Locke insiste en la importancia de la experiencia y los hábitos, proponiendo una visión según la cual el niño no nace bueno ni malo sino que todo lo que llegue a hacer y ser dependerá de sus experiencias.⁴⁰

Además, la introducción de la escuela obligatoria va a conducir al niño a separarse de los adultos una gran parte de su tiempo, de tal manera que la escuela se sustituye a la formación a través de la imitación de los adultos y que los niños escolarizados van a constituir una categoría nueva de niño, entre el *infant* que no dice nada y el hombre joven.⁴¹ El hecho de la escolarización ha provocado también una modificación de la familia que comienza a tomar en consideración, no sólo el interés del niño en el sentido moderno del término, sino también su

³⁷ GELIS, Jacques, LAGET, Mireille y MOREL, Marie-France, « Entrer dans la vie : naissances et enfances dans la France traditionnelle », Paris: Gallimard, 1984, p. 185.

³⁸ LE BOULANGER, “L’abandon d’enfants”, cit. p. 21.

³⁹ A título de ejemplo, se puede citar a Erasmo que se interesa a la naturaleza infantil, a Luis Vives que afirma la necesidad de adaptación de la educación a los distintos casos y niveles, y a Comenius que insiste en que se debe educar tanto a niños como niñas, y en el papel de la madre como primera educadora.

⁴⁰ ENESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 3.

⁴¹ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 23.

existencia y sus necesidades.⁴²

❖ Siglos XVIII-XIX:

A partir del siglo XVIII y durante el XIX, se empieza a considerar al niño como una persona diferente del adulto que tiene que ser educado y cuidado para que pueda ser, posteriormente un buen ciudadano adulto. Ésta es la concepción desarrollada por el primer filósofo que haya verdaderamente hablado del niño y de su lugar en la sociedad, Jean-Jacques Rousseau en su obra *Émile ou De l'éducation* (1762).⁴³ Para él, el hombre, bueno por naturaleza, ha sido corrompido por la civilización. Así, el niño es bueno por naturaleza. Nace así y es la sociedad la que puede llegar a pervertir las buenas inclinaciones del niño. El remedio pasa por la educación cuya finalidad es la de acercar al hombre a su estado natural. Hay que respetar la naturaleza. Ahora bien, la naturaleza le ha hecho niño y no adulto, o pequeño adulto en consecuencia, hay que tratar al niño como a un niño.⁴⁴

En este sentido, según la Profesora Enesco: “frente a la perspectiva medieval del niño como homúnculo, Rousseau sostiene que es un ser con características propias, que sigue un desarrollo físico, intelectual, moral... y resume estas ideas en la frase: *El pequeño del hombre no es simplemente un hombre pequeño*”⁴⁵. Así, Rousseau opera un cambio fundamental en la concepción del niño: de la negativa (el niño es el que no es...), propone una definición positiva: el niño es un niño y no un adulto en miniatura. La infancia no es una caída como lo pensaba Locke, sino un estado.⁴⁶ Según Jean Zermatten, no es todavía el interés del niño, aunque es un interés muy claro por el niño a que se convierta en un ser que tenga una existencia propia.⁴⁷

⁴² ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 24.

⁴³ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 52.

⁴⁴ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 24.

⁴⁵ ENESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 2.

⁴⁶ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 24.

⁴⁷ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 25.

❖ Siglos XIX-XX:

Los siglos XIX y primera mitad del XX han estado marcados por un interés importante por el niño, en particular por la toma de conciencia de la obligación del Estado de proteger al niño. Esto se acentúa sobretudo por las medidas de protección que las naciones van a tomar con respecto al trabajo de los niños⁴⁸. Ya que, con el comienzo de la industrialización, los adultos habían descubierto los beneficios de la mano de obra infantil, de tal manera que era muy corriente ver a los niños, desde la edad de 7 años, trabajar más de 10 horas cada día. No es sino a primeros del siglo XIX (ley inglesa del 1802) que se promulga el primer instrumento jurídico de protección y se tendrá que esperar hasta los años 1970 para ver la OIT adoptar la primera Convención internacional sobre el trabajo de los niños.⁴⁹

En el siglo XIX, no hay todavía una concepción unificada de la infancia y de la educación. En la Europa continental persiste la influencia del pensamiento de Rousseau que defiende la bondad natural del niño y la idea de una educación permisiva. Pero, en Estados Unidos e Inglaterra persiste la tradición calvinista según la cual el niño debe ser reformado mediante una educación autoritaria que haga uso del castigo físico y público.⁵⁰

La protección de los niños (en el área social, jurídica y sanitaria) comenzó a implementarse a principios del siglo XX, primero en Francia y luego se extendió más adelante por toda Europa.⁵¹

Según Jean Zermatten⁵²: Todo este periodo está sobretudo marcado al nivel del

⁴⁸ Según Soret: a mediados del siglo XIX, surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños; esto permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores. A partir de 1841, las leyes comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo y, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a una educación. [SORET, “Historia de los Derechos del Niño. Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño.”]

⁴⁹ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 25.

⁵⁰ ENESCO, “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, cit. p. 3.

⁵¹ SORET, “Historia de los Derechos del Niño. Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño.”

estatuto del niño y de la concepción que se tiene del niño como niño, miembro de un cuerpo, la familia. Esa familia encuentra su legitimidad en el hecho de que el niño es un ser inacabado, físicamente muy frágil (pensemos en la mortalidad infantil de esta época) e intelectualmente dependiente de los adultos. Las decisiones que se toman pues están dictadas por el interés de la familia y, la organización familiar continúa fundada sobre la autoridad del padre “jefe de la familia”⁵³. El Estado no se metía en los asuntos familiares y cuando había decisiones judiciales o administrativas que tomar, se hacía “en el interés de la familia”. Esta situación ha perdurado hasta los años 1960/1970 en los países de Europa occidental.

La segunda mitad del siglo XX ha provocado una ruptura de esta concepción de la familia para consagrar el concepto del individualismo: no son los vínculos sociales quienes le obligan, sino que es él quién elige los lazos por los que entiende vincularse. Desde entonces, la autoridad no puede imponerse a él y este la deniega llegando hasta el “esta prohibido prohibir”. Por consiguiente, en un tal contexto, la familia se ha transformado lentamente y la autoridad del jefe de la familia se ha disuelto en el nuevo concepto de parentalidad o de patria potestad compartida.⁵⁴

Es el psicoanálisis, luego la psicología del desarrollo que han marcado sobretudo el advenimiento del hombre individual, *homo individualis*, y es Freud el que inició una parte de este movimiento hacia el individualismo. Así, la aparición del individualismo ha liberado a todos los miembros de la familia de la autoridad del padre y ha traído los cambios horizontales, terminando con los cambios verticales en el marco de la familia. Desde entonces, el objetivo de los padres no es el de ser una buena familia sino el de ser buenos padres.⁵⁵

⁵² ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., pp. 25-26.

⁵³ Los papeles son conocidos: el padre tiene la autoridad sobre la familia, en consecuencia sobre su esposa y sus hijos; la madre tiene la autoridad sobre los hijos, pero por delegación del jefe de la familia. [ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 25.]

⁵⁴ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 26.

⁵⁵ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 27.

Jean Zermatten constata que el siglo XX ha sido un siglo de afirmación progresiva del nuevo puesto del niño en la sociedad y si se consideran los acontecimientos históricos que han jalonado la historia de la infancia, nos damos cuenta de que nos hemos preocupado más y más del niño como persona digna de interés, hasta el punto de que se han orientado las políticas de educación, de cuidados o incluso económicas (y de marketing) más hacia el niño y sus necesidades, hasta preceder a sus deseos.⁵⁶

B. Evolución histórica de la concepción jurídica del niño:

1. Aparición de un “interés superior del niño”:

“Es a lo largo del siglo XX cuando la comunidad internacional se va a interesar de forma específica por los derechos de la infancia y la adolescencia y su positivación en los documentos internacionales. (...) Los primeros documentos referentes a los niños tienen aún un marcado carácter proteccionista. Efectivamente, la grave situación en que se encontraba la infancia en las clases más desfavorecidas, y sobre todo las consecuencias de las dos guerras mundiales, hicieron conscientes a los Estados de la necesidad de proteger los derechos de los niños. Pero ciertamente la aceptación jurídica de las niñas, niños y adolescentes como *sujetos activos de derechos*, entre los que se incluye la libertad o autonomía, sólo se consigue con la redacción en 1989, y la posterior firma y ratificación por parte de los Estados, de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*.”⁵⁷

⁵⁶ Ciertos acontecimientos históricos del siglo XX que ilustran este interés: el primer oso de peluche, Teddy Bear (1903), bebé Cadum hace su entrada en la publicidad (1912), primera vacunación de un niño en Francia (tuberculosis) (1921), Blanca Nieves: 1er largo metraje para los niños (1937), 1eros pañales: revolución en la higiene y comodidad de los niños (1959). [ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 2.]

⁵⁷ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 53.

En 1924, la primera Declaración de carácter universal sobre los Derechos del Niño, denominada *Declaración de Ginebra*, fue aprobada por la V Asamblea General de la Sociedad de las Naciones. Este documento tenía sus raíces en los años que siguieron al final de la Primera Guerra Mundial, cuando la británica Eglantyne Jebb, clara defensora de los derechos de la infancia, creó la organización «*Save the Children*» para ayudar a los niños víctimas de esta guerra y de la Revolución Rusa. Este texto adolece de una cierta generalidad y vaguedad en sus principios, lo que es lógico si se tiene en cuenta el contexto en que se redactó, en el que aún prácticamente no se había iniciado la generalización de los derechos más allá de los del «hombre adulto». No obstante, su mayor mérito reside en que supone el precedente de toda la legislación posterior en derechos de la infancia.⁵⁸

El desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial acabó con todos los esfuerzos de la Sociedad de las Naciones para garantizar los derechos humanos. Los efectos de la Segunda Guerra Mundial para los niños fueron devastadores. Ello llevó a Naciones Unidas, en el año 1947, a la creación del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el especial objetivo de garantizar la defensa y la protección de los derechos de los niños y niñas.⁵⁹

En este mismo contexto en diciembre de 1948, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Por tratarse de una declaración, el texto no tiene carácter obligatorio. Está compuesto de 30 artículos en los que se introduce ya la generalización de los derechos a todos los seres humanos, independientemente de su raza, color, sexo, religión, o cualquier otra condición. La Declaración no incluye en su artículo 2 la edad como condición de no discriminación. Sólo se refiere de forma concreta a la infancia en dos de sus artículos: el 25.2: «*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*» y el

⁵⁸ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., pp. 53-54.

⁵⁹ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 54.

artículo 6 que desarrolla el derecho a la educación.⁶⁰

El año 1959 constituye el segundo punto de influencia importante en lo que se refiere a la positivación de los derechos de los niños con la adopción de una nueva *Declaración de los Derechos del Niño* por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas. Se trata de un texto breve, que consta de 10 principios, en los que se trata de concretar, en el caso del niño, los principios generales de la *Declaración de Derechos Humanos*. Sus contenidos son claramente proteccionistas⁶¹, y en ella los derechos se presentan principalmente como obligaciones exigidas a las personas individuales o a las instituciones; así en el preámbulo dice: «*Considerando que el niño, por su falta de madurez física o mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...*». Aunque de nuevo no se trata de un documento jurídicamente vinculante, es importante por desarrollar el texto general de la declaración de derechos adultos y, especialmente, por dejar sentado en el principio II, la doctrina referente al «*interés superior del niño*».⁶² Luego, esta disposición ha sido incorporada en varias convenciones internacionales, de las cuales se puede citar la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d))⁶³.

2. Reconocimiento positivo de los derechos del niño y de su “interés superior”:

Lo que constituye un hito a la hora de positivizar las necesidades y derechos de la infancia es la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, que fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Convención tiene su antecedente en una versión previa (del

⁶⁰ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 54.

⁶¹ La posición de los redactores es muy paternalista y orientada hacia la protección del niño más bien que hacia el reconocimiento de su calidad de detentor de derechos, según Marina Eudes.

⁶² MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 55.

⁶³ HAMMARBERG, Thomas, “Le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant : ce qu’il signifie et ce qu’il implique pour les adultes”, Conferencia del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa pronunciada en Varsovia el 30 de mayo de 2008, en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1313889&Site>

año 1978) elaborada por el gobierno de Polonia y así es el fruto de un grupo de trabajo que se reunió durante diez años hasta poder consensuar el texto final.⁶⁴ “A pesar de que la existencia de un texto específico para los niños, niñas y adolescentes implica, necesariamente, cierto proteccionismo, la Convención puede considerarse el primer tratado universal⁶⁵ y multilateral que considera al niño como sujeto de derechos y no como objeto pasivo del derecho a ser protegido⁶⁶. Además, se trata de un Convenio internacional que tiene carácter vinculante para todos los Estados que la han ratificado, que en la actualidad son todos los del mundo, exceptuando los Estados Unidos”⁶⁷, Somalia y Sudan del Sur.

Como primer texto internacional legalmente persuasivo en el campo, la Convención y sus protocolos⁶⁸ imponen obligaciones a los Estados que la ratificaron. En consecuencia, los Estados partes están obligados a respetar y hacer cumplir todos los procedimientos desarrollados por estos instrumentos judiciales. Esto implica respetar los derechos de los niños, particularmente en sus instituciones de protección y cuidado de la niñez.⁶⁹

Desde 1989, varios instrumentos internacionales contienen a su vez una referencia a la necesaria tomada en consideración del interés del niño en las decisiones que le atañe, en particular, tratándose de textos vinculantes, de la *Carta*

⁶⁴ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 55.

⁶⁵ Para llegar al consenso universal que la Convención representa "hubo que conciliar muchas diferencias con respecto a las tradiciones, las culturas, las religiones, los niveles de desarrollo económico, los sistemas jurídicos y, a decir verdad, las actitudes políticas; el texto representaba un amplio consenso sobre lo que deben ser las obligaciones de la familia, la sociedad y la comunidad internacional para con los niños" según el Sr. Adam LOPATKA, presidente-relator del Grupo de Trabajo encargado de su redacción.

⁶⁶ Según Carmona Luque, la Convención constituye el tratado internacional de derechos humanos más ratificado en la familia de las Naciones Unidas -alcanzando casi la absoluta universalidad de los Estados que integran la Comunidad Internacional- y que representa además el umbral de una nueva percepción del niño al reunir, bajo un carácter holístico, la totalidad de derechos cuya titularidad específica se le atribuye.

⁶⁷ MARTÍN LÓPEZ, *La protección de los menores*, cit., p. 55.

⁶⁸ Los tres protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño son: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000); el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía (2000); el Protocolo Facultativo sobre el procedimiento de denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño (2011).

⁶⁹ BERTLING, Margit, “Temas de la Convención”, Trad.: PABA, María, *Humanium* (2013), en: <http://www.humanium.org/es/temas-convencion/>

*africana sobre los derechos y el bienestar del niño*⁷⁰, de la *Convención de La Haya relativa a la adopción internacional*⁷¹, de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* o de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁷². Como último ejemplo se puede citar al *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños*⁷³ que conlleva siete referencias al interés superior del niño⁷⁴.

Es interesante constatar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inspira directamente de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al disponer en su artículo 24.2 que: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

El hecho de que desde los años 1990, numerosos instrumentos internacionales y regionales como jurisprudencias internas y europeas, se refieren a la fórmula “interés superior del niño” parece demostrar la existencia de un consenso internacional alrededor de un concepto cuyo significación es de difícil

⁷⁰ La *Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño*, adoptada en 1990 en el ámbito de la Organización para la Unidad Africana, fue ratificada por la gran mayoría de los Estados africanos. La Carta vuelve a coger la mayor parte de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño pero adaptándolas a las realidades africanas. Según Marina Eudes, la Carta es el único texto regional a volver a recoger así la Convención de 1989.

⁷¹ El preámbulo y el artículo 1 de la *Convención Internacional sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, adoptada en 1993 a La Haya, ilustran la preocupación de sus redactores para garantizar “que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales”.

⁷² La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000) adquirió en 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. La Carta es aplicable a las instituciones europeas, en cumplimiento del principio de subsidiariedad, y a los países de la UE cuando aplican la legislación comunitaria. La Carta reúne en un único documento los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos, como las legislaciones nacionales y comunitarias, así como los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, establece una seguridad jurídica dentro de la UE.

⁷³ El *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños*, adoptado en 1996, se presenta como un texto autónomo, de carácter complementario e instrumental a la Convención de las Naciones Unidas.

⁷⁴ GROUPE DE TRAVAIL SUR L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT, Note de présentation “L'intérêt supérieur de l'enfant”, *Le Défenseur des droits* (2011), p. 2, en: <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/interet-superieur-enfant-note-dossier-9-11-11-.pdf>

determinación. Así, después de esta puesta en perspectiva de la concepción del niño a lo largo de la historia, tanto desde un punto de vista relativo a la sociedad que desde un punto de vista jurídico, ahora conviene precisar el contenido de este nuevo concepto jurídico de “interés superior del niño”.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: SIGNIFICADO Y ALCANCE.

Existe cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, según el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité)⁷⁵. En particular, para Jean Zermatten, es importante poner en relación tres de estos artículos “paraguas”⁷⁶ en la medida en que considera que fundan y justifican la noción de niño sujeto de derecho y que no pueden leerse (ni comprenderse) sin estar vinculados los unos a los otros. En concreto, se refiere al artículo 2 (no discriminación o principio de igualdad entre los niños)⁷⁷, artículo 3 (el interés superior del niño) y artículo 12 (la audición/la palabra del niño). A su juicio, como de la doctrina en general, estas disposiciones son como pivotes alrededor de las cuales se articulan todos los derechos enunciados por los otros artículos del texto.⁷⁸

⁷⁵ Observación general N° 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; y Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 2 [« El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos. »].

⁷⁶ Según Carmona Luque, el interés superior del niño es una “*norma paraguas*” en tanto que establece las pautas a seguir en todas las medidas concernientes a los niños, no existiendo ningún artículo ni ningún derecho reconocido en la Convención respecto a los que este principio no sea aplicable.

⁷⁷ Sólo se pueden considerar los derechos de la Convención si todos los niños independientemente de toda consideración de raza, de color, de sexo, de lengua, de religión o de opinión política... pueden disfrutarlos.

⁷⁸ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 4.

Esto es lo que Carmona Luque califica de carácter esencial e interdependiente del interés superior del niño. En efecto, para la autora, el carácter esencial que reviste el interés superior del niño “queda de manifiesto en su condición de principio rector y guía de toda la Convención. Se trata de un principio fundamental para dar efectividad a los derechos enunciados en la Convención”.⁷⁹

Además de quedar proclamado con carácter general en el artículo 3§1 de la Convención, el interés superior del niño es explícitamente reiterado en otras disposiciones, a saber: Artículo 9, párrafos 1 y 3, en relación a la separación del niño de sus padres⁸⁰; artículo 18, párrafo 1, respecto a las responsabilidades de los padres⁸¹; artículo 20, párrafo 1, respecto a niños privados del entorno familiar⁸²; artículo 21, sobre la adopción⁸³; artículo 37, c), respecto a los niños en situación de privación de libertad⁸⁴; y artículo 40, párrafo 2, b) iii), relativo a niños con conflicto con la justicia⁸⁵.

Sobre este tema, en doctrina, existen diversas posiciones respecto a esa reiteración del principio en el texto convencional oscilan entre los que cuestionan la repetición de un principio ya consagrado con carácter general en el artículo 3.1 en otras disposiciones específicas de la Convención donde se presenta incluso con un carácter más determinante, entendiendo que la proclamación general no necesitaría nuevas formulaciones que, en todo caso, parecen restarle fuerza; y

⁷⁹ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

⁸⁰ “...el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño”; “derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contactos directo con ambos ... salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

⁸¹ “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño... Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”

⁸² “... los niños cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio [familiar], tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”

⁸³ “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primor-dial”

⁸⁴ “... todo niño privado de libertad estará separado de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”

⁸⁵ “... todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantizará ...que la causa sea 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 adecuado, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, ...”

aquellos otros para quienes la invocación del principio en otros artículos de la Convención persigue apoyar, justificar o aclarar un enfoque concreto del interés superior del niño sobre las cuestiones o aspectos específicos que en ellos se trata.⁸⁶

El Comité⁸⁷ y Carmona Luque se suman a esta última posición. En efecto, no considera que “el exceso de precisión de este principio a través de su concreción respecto a algunas materias, reguladas en artículos determinados, reste en nada la importancia esencial -y por ello incuestionable y obligatoria- que el principio sigue manteniendo respecto a todos los derechos del niño derivados de la Convención y todas las acciones emprendidas en relación a ellos. Su precisión en esos casos responde en definitiva al propósito de señalar la manera correcta de llevarlo a efecto en el supuesto particular, sin restar con ello relevancia a la formulación general”⁸⁸.

En este estudio nos interesemos a uno de estos, es decir el principio del interés superior del niño del artículo 3 párrafo 1 de la Convención:

*“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”.*⁸⁹

⁸⁶ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

⁸⁷ El Comité de los Derechos del Niño ha confirmado la destacada posición del principio, insistiendo en la importancia de su recepción y proclamación general desde los órdenes internos de los Estados Partes en la Convención así como en su tratamiento específico respecto a las diversas materias que afectan al conjunto de derechos enunciados en esta última. En ese sentido, en su Observación General n° 2 (2002) sobre "El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño", el Comité ha señalado como una de las actividades que dichas instituciones deberían llevar a cabo en relación con el ejercicio de los derechos del niño a la luz de los principios generales de la Convención y de conformidad con el artículo 3 de esta última, "exigir que una consideración primordial a la que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños sea el interés superior del niño, y velar porque los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta ...". [CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.]

⁸⁸ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

⁸⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, en: [http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

Según el Comité, el “interés superior del niño” es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Además, 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 niño⁹⁰. El Comité recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este concepto. Así, la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.⁹¹

A. Definición de la noción de “interés superior del niño” y su evaluación:

Como ya hemos señalado, el principio del interés superior del niño no resulta un concepto nuevo introducido por la Convención de 1989. A pesar de esto, ni la Convención, ni los trabajos relativos a su redacción, ni el Comité han dado una definición precisa de lo que se debe entender por “interés superior del niño”. Esto explica porque Carmona Luque considera que uno de los caracteres de este concepto es de ser indeterminado. Según la autora, la razón lógica para ello es el “carácter casuístico de este concepto, agudizado por la diversidad de sistemas jurídicos y culturales de los Estados Partes en la Convención”.⁹²

Si se analiza esta disposición en su conjunto, no muestra ninguna explicación particular sobre la manera de aplicarla, ni fija ningún deber particular, ni tampoco

⁹⁰ El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación general N° 5, párr. 12).

⁹¹ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 4 y 5.

⁹² CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

enuncia reglas precisas. Para intentar entender este concepto, analizaremos los elementos de este artículo.

1. Análisis literal del artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1.1. "En todas las medidas concernientes a los niños"

a. "En todas las medidas"

El objetivo del artículo 3, párrafo 1, según el Comité, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño o sea que en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. En tal sentido, considera que en el término “medidas” se incluye las decisiones, así como todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas; pero también la pasividad o inactividad y las omisiones.⁹³

b. "Concernientes a"

El Comité considera que la expresión "concernientes a" debe entenderse en un sentido muy amplio en la medida en que “la obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños”. Por consiguiente, el Comité hace una distinción dentro de la expresión "concernientes a", considerando que este última se refiere, “en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general” y, “en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos”.⁹⁴

⁹³ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 17 y 18.

⁹⁴ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 19.

Partiendo de la idea según la cual “todas las medidas adoptadas por un Estado afectan de una manera u otra a los niños”, el Comité estima que es cuando una decisión va a tener repercusiones importantes en uno o varios niños (es decir que no concierna cada una de las medidas tomadas por el Estado), que es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior.⁹⁵

c. "Los niños"

De manera expresa, el Comité afirma que el término "niños" hace referencia a “todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención”.⁹⁶

El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual. Así, los Estados partes tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial o bien el interés superior del niño con carácter individual (i.e. evaluado individualmente) cuando se trata de decisiones particulares o bien el interés superior de los niños como grupo o en general cuando se trata de medidas que les conciernan.⁹⁷

1.2. "Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos"

Por esta parte de frase se establece/afirma la obligación⁹⁸ que tienen los Estados partes de examinar si el interés superior del niño está garantizado en todas las medidas tomadas por todas las instituciones públicas y privadas de bienestar

⁹⁵ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 20.

⁹⁶ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 21.

⁹⁷ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 22 a 24.

⁹⁸ FLAMMER, August, “Wer weiss dann, wann das Kind (ganzheitlich) wohl ist ?”, en: KAUFMANN, Claudia, y ZIEGLER, Franz (Ed.), *Le bien de l'enfant*, Zürich: Ed. Verlag Rüegger, 2003, p. 45 ss.

social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten.

No se menciona expresamente en él a los padres o tutores del niño pero el asunto parece quedar solventado con su mención expresa en el párrafo 1 del artículo 18⁹⁹.

a. "Instituciones públicas o privadas de bienestar social"

Según el Comité, estos términos no deberían interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales *stricto sensu*, sino *entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos*. Así, las instituciones privadas de bienestar social incluyen a las organizaciones del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños disfruten de sus derechos y que actúan como alternativa a los servicios públicos, en nombre de ellos, o junto con ellos.¹⁰⁰

b. "Los tribunales"

El Comité considera que el término “tribunales” alude a *todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje*. Además, el Comité¹⁰¹ precisa que, en la vía penal, la protección del interés superior del niño significa que *los tradicionales*

⁹⁹ Artículo 18.1 de la Convención: “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”.

¹⁰⁰ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 26.

¹⁰¹ Observación general N° 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 10.

*objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.*¹⁰²

c. "Las autoridades administrativas"

El Comité precisa que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.¹⁰³

d. "Los órganos legislativos"

El hecho de hacer extensiva la obligación de los Estados partes a sus “órganos legislativos”¹⁰⁴ pone claramente de manifiesto que el artículo 3, párrafo 1, se refiere a los niños en general, no solo a los niños con carácter individual. El Comité explica que la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados de paz que afectan a los niños) debería regirse por el interés superior del niño. El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no solo en las normas que se refieren específicamente a los niños.¹⁰⁵

¹⁰² COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 27 a 28.

¹⁰³ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 30.

¹⁰⁴ Lo que es, para Jean Zermatten, una revolución dado que: “Es pues por estas dos palabras (órganos legislativos), que toda la dimensión política o macro societal, se introduce en la Convención. El interés superior del niño toma una función nueva: sirve a establecer, en un programa legislativo, lo que es bueno para el niño y lo que no lo es.” [ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 6.]

¹⁰⁵ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 31.

1.3. "El interés superior del niño"

El Comité reconoce que el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. Así, “el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.”¹⁰⁶

El Comité precisa que “el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos”¹⁰⁷. Esto subraya el carácter exclusivo del que habla Carmona Luque al considerar que se trata de un principio que se predica exclusivamente en relación al niño y que adquiere una entidad propia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁸.

Por último, el Comité considera que “la flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución

¹⁰⁶ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 32.

¹⁰⁷ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 33 y 34.

¹⁰⁸ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

de los conocimientos en materia de desarrollo infantil”¹⁰⁹. Aquí es del carácter dinámico del concepto que esta cuestión y “ello deberá afectar a la manera de proceder en su interpretación y aplicación. Si bien se ha destacado en este sentido que sus implicaciones irán cambiando con el tiempo y de unas sociedades a otras, así como en relación con la situación concreta del niño; ello no podrá en ningún caso vaciar de contenido los fines que inspira y persigue la Convención con carácter general”¹¹⁰.

1.4. *"Una consideración primordial a que se atenderá"*

El Comité considera que la expresión "a que se atenderá" impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome¹¹¹. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones¹¹². Ahora bien, se tiene que tomar en cuenta el matiz consistente en que el interés superior del niño tiene el valor de “una” consideración primordial y no de “la” consideración primordial.

A la cuestión de saber si el uso de este artículo “una” en lugar de “la” debilita el principio, Jean Zermatten considera que “no lo debilita, sino que le otorga su sitio justo, puesto que establece la obligación de considerar en todas las decisiones oficiales el interés superior del niño; el hecho de examinar este principio, no es cuestión de una elección sino de una obligación”¹¹³. Va más allá considerando que “El hecho de no dar sistemáticamente la razón al niño es un factor de equilibrio: No sería deseable que el interés del niño fuera superior a cualquier otro interés y

¹⁰⁹ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 33 y 34.

¹¹⁰ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

¹¹¹ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 36.

¹¹² La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 37.]

¹¹³ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 8.

lo aventajase sistemáticamente”. En efecto, opina que poner el niño en un pedestal sería poner el niño en una posición contraria a la finalidad de la protección que se debe a los niños y provocaría irremediablemente la desaparición de los derechos del niño.¹¹⁴

2. La evaluación y determinación del interés superior del niño:

Según el Comité, cuando hay que tomar una decisión se tiene que seguir dos pasos: la evaluación y la determinación del interés superior del niño. Así, se debe: determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás, en primer lugar; en segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.¹¹⁵

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate¹¹⁶.

El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. Precisa que el carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de

¹¹⁴ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 8.

¹¹⁵ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 46 y 47.

¹¹⁶ Características como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 48.]

niños concreto. Además, todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación, de tal manera que la lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible.¹¹⁷

En este sentido, se puede notar que varias tentativas han sido realizadas para precisar, completar o para “objetivizar” la noción del interés superior del niño. Por ejemplo, en Canadá, hay el proyecto de modificación del “Divorce Act” que desea que el interés del niño sea juzgado según los elementos de una lista no exhaustiva de 14 elementos que no parecen haber sido clasificados de manera jerarquizada. Otros países, como Inglaterra con su “Children Act” (1984), han efectuado diligencias similares.¹¹⁸

Por su parte, el Comité proporciona los elementos que considera que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, es decir:

- a) La opinión del niño¹¹⁹
- b) La identidad del niño¹²⁰
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones¹²¹

¹¹⁷ COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 51.

¹¹⁸ ZERMATTEN, *El interés Superior del Niño*, cit., p. 13-14.

¹¹⁹ El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 53 a 54.] Aquí se puede decir que el Comité sigue las ideas de Janusz Korczak que consideraba que la posibilidad para el niño de expresarse era un derecho esencial en la medida en que “*Lo que piensan y lo que sienten los niños, lo saben mejor que nosotros*”.

¹²⁰ Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 55.]

¹²¹ El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20). También subraya que los elementos antes mencionados son derechos concretos y no solo elementos para determinar el interés superior del niño. La conservación del entorno familiar

- d) Cuidado, protección y seguridad del niño¹²²
- e) Situación de vulnerabilidad¹²³
- f) El derecho del niño a la salud¹²⁴
- g) El derecho del niño a la educación¹²⁵

El Comité añade que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. En consecuencia, no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. En concreto, esto significa que el contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.

Además, hay que ser consciente que los elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias. En efecto, en ocasiones el interés superior del niño, a pesar de la importancia intrínseca que reviste, puede verse enfrentado a intereses de terceros que pudieran en su caso prevalecer sobre él, o incluso a otros intereses en

engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 58 a 70.]

¹²² Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 71 y ss.]

¹²³ Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 75.]

¹²⁴ El derecho del niño a la salud (art. 24) y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 77.]

¹²⁵ El acceso a una educación gratuita de calidad redunda en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 79.]

presencia del propio niño, individual o colectivamente considerado, que obligase a una adecuada ponderación entre ellos. Esto es lo que Carmona Luque el carácter no absoluto del interés superior del niño¹²⁶. En esas situaciones, el Comité considera que se tendrán que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o los niños.

Por último, el Comité afirma que al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles¹²⁷. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

B. Posibles garantías:

1. A nivel internacional: el papel del Comité de los Derechos del Niño.

Adicionalmente, la Convención cuenta con un aparato de control, el Comité de los Derechos de los Niños, que tiene la misión de comprobar la implementación de estos textos por parte de los Estados miembros. Es así como los Estados partes tienen que presentar reportes periódicos al Comité con respecto a los esfuerzos realizados para estipular e implementar los textos, así como a la situación actual y los derechos de los niños en su país. Con la preocupación de respetar los derechos de los niños y al mismo tiempo ser transparentes con la situación de los Estados,

¹²⁶ CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del niño*, cit. p. 111-112.

¹²⁷ Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 84.]

el Comité examinó en paralelo los reportes nacionales y los reportes transmitidos por las ONG nacionales.¹²⁸

En el sitio Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se dice que: el Comité de los Derechos del Niño es el órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra tres períodos de sesiones al año que constan de una sesión plenaria de tres semanas y un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúne durante una semana. También publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general.¹²⁹

❖ Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño:

Siendo el concepto de interés superior del niño una norma de procedimiento en sí mismo, el Comité considera que para garantizar la observancia efectiva del

¹²⁸BERTLING, Margit, “Temas de la Convención”, Trad.: PABA, María, *Humanium* (2013), en: <http://www.humanium.org/es/temas-convencion/>

¹²⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño”, en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. Así, “el Comité invita a los Estados y a todas las personas que se hallen en situación de evaluar y determinar el interés superior del niño a que presten atención especial a las salvaguardias y garantías siguientes”:

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión¹³⁰
- b) La determinación de los hechos¹³¹
- c) La percepción del tiempo¹³²
- d) Los profesionales cualificados¹³³
- e) La representación letrada¹³⁴
- f) La argumentación jurídica¹³⁵
- g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones¹³⁶

¹³⁰ Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. En el marco de esa comunicación, entre otras cosas, se debería informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 89 a 91.]

¹³¹ Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 92.]

¹³² Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 93.]

¹³³ Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. Por ese motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. 94-95.]

¹³⁴ El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 96.]

¹³⁵ A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 97.]

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño¹³⁷

Respecto a la letra h), se puede precisar que algunos países, como Noruega o Suecia, han previsto mecanismos de evaluación de los efectos de las decisiones nacionales en los niños. Además, en 2006, el Defensor de los niños en Escocia elaboró una herramienta (“CRIA” = “Child Rights Impact Assessment”) para evaluar en ocho etapas el impacto de las decisiones (políticas, legislativas, presupuestarias, etc.) en los derechos de los niños. Este instrumento permite prever, controlar, y en su caso, atenuar incluso impedir el impacto de la decisión o de la acción en los derechos de los niños. Esta herramienta ha sido retomada en Irlanda y en Austria y el UNICEF se esfuerza para promoverla en otros países.¹³⁸

2. A nivel europeo: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A nivel europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) ha integrado la Convención sobre los Derechos del Niño y particularmente la noción del interés superior del niño en su jurisprudencia relativa al derecho de la familia y los derechos del niño. El TEDH comprueba que las jurisdicciones internas han tenido en cuenta el interés superior del niño apreciado *in concreto* y “*que se han confiado a un examen profundo del conjunto de la situación familiar y de toda una serie de elementos, de orden factual, afectivo, psicológico, material y médico especialmente y han procedido a una apreciación equilibrada y razonable de los respectivos intereses de cada uno con*

¹³⁶ Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño. Debería existir siempre la posibilidad de solicitar una revisión o recurrir una decisión en el plano nacional. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 98.]

¹³⁷ La adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. [COMITÉ, “Observación general N° 14”, cit. párr. 99.]

¹³⁸ GROUPE DE TRAVAIL, “L’*intérêt supérieur de l’enfant*”, cit. p. 5.

*la preocupación constante para determinar qué era la mejor solución para el niño”.*¹³⁹

Cuando diferentes intereses están en tela de juicio, el Tribunal considera que un justo equilibrio debe alcanzarse entre los intereses del niño y los de su padre(s). De este modo, el Tribunal concede especial importancia al interés superior del niño, que, según su naturaleza y gravedad, puede predominar sobre los de su padre(s). Por lo tanto, admite en el marco del derecho al respeto de la vida familiar, que una madre se ve privada de su patria potestad y que su niño sea adoptado ya que esta adopción se basa en motivos pertinentes y suficientes y que es proporcionada al objetivo legítimo perseguido, a saber, la protección del interés superior del niño [TEDH, *Aune c/ Norvège*, 28 octubre 2010, n°52502/07].¹⁴⁰

CONCLUSIÓN:

La concepción social así como el tratamiento jurídico del menor han evolucionado desde la perspectiva de un niño inexistente, casi animal, hasta la perspectiva de un niño, persona a parte entera, quien a pesar de su vulnerabilidad esta reconocido como individuo detentador de derechos que beneficia de garantías y de protección.

En efecto, hoy en día se admite que el niño es una persona. Pero esto toma en cuenta el hecho de que este último no ha desarrollado ya la titularidad de todos sus derechos y debe hacerlos valer por los adultos. En consecuencia, hubo que inventar un instrumento jurídico para hacer valer esta posición: el interés superior del niño.

¹³⁹ GROUPE DE TRAVAIL, “L’*intérêt supérieur de l’enfant*”, cit. p. 9.

¹⁴⁰ GROUPE DE TRAVAIL, “L’*intérêt supérieur de l’enfant*”, cit. p. 9.

Tal interés se ve positivado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), verdadera "Carta de los derechos del niño", que consiste en el primer tratado universal (al ser ratificado por la casi totalidad de los Estados reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas) y legalmente persuasivo que considera al niño como sujeto de derechos y no como objeto pasivo del derecho a ser protegido.

Además, la Convención contiene las dos generaciones de derechos humanos (la de los derechos civiles y políticos y la de los derechos económicos, sociales y culturales) y no las separa sino que fuerza a combinarlas, es decir, que ninguno de estos derechos puede ser invocado y respetado por separado. Esta voluntad globalizadora en un instrumento jurídico internacional es realmente nueva e inusual ya que se acostumbra a leer los tratados artículo por artículo. Por ello, el planteamiento de la Convención puede también inspirar el camino en el desarrollo y respeto de los derechos humanos en general. Como dice Eugène Verhellen: “convertir en realidad las normas que regulan los derechos humanos es una dinámica catalizadora fuerte para conseguir una democracia de calidad”.

Así, desde la Convención, el interés superior del niño se manifiesta como un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y, de manera subrayada, respecto a los demás principios generales de ésta; exclusivo del niño; no absoluto; dinámico e indeterminado.

Respecto a este último carácter, se puede unir al esfuerzo del actual presidente del Comité de los Derechos del Niño, Jean Zermatten, que se ha lanzado en la peligrosa tentativa de definición del interés superior del niño. Así, propone: *“El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a*

largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.”

Este concepto jurídico indeterminado de “interés superior del niño” no significa que el niño es un individuo superior a los otros ni que su interés puede ser superior a otros intereses. Se debe entender más en el sentido de que, cuando se trata de tomar una decisión con respecto al niño, su interés no puede ser olvidado por el hecho de que es el interés de un niño.

En resumidas cuentas, la Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento jurídico importantísimo en la consideración del niño como sujeto de derechos. Se puede constatar la importante evolución que han conocido los derechos del niño: ignorados durante largo tiempo y hoy en día reconocidos y presentes en textos internacionales como nacionales. Además, en poco tiempo el Comité podrá examinar denuncias individuales de menores.

Pero a pesar de estos progresos, la eficacia de la Convención sobre los Derechos del Niño como de los otros textos sobre este tema no esta completa ni uniforme en todos los países contratantes. Se necesitaría una implicación más vinculante para los Estados como para los particulares de tal manera que habría una verdadera toma de conciencia colectiva en materia de derechos del niño.

En efecto, aunque, respecto a la Convención, se admite que “*diversity and national specificity have paved the way to universality*”, se tiene que estar consciente de que los Estados partes han emitido reservas (que pueden convertirse, en algunas ocasiones, en un recurso abusivo a través del que se persiga imponer ciertos particularismos nacionales sobre la universalidad de las normas mínimas de derechos humanos consagradas en los respectivos tratados). Así, se advierte un número importante de reservas, procedentes en una gran mayoría, pero no únicamente, de países musulmanes, que pretenden sujetar los imperativos derivados de la Convención a interpretaciones singulares, conforme a su derecho nacional y/o religioso. Al respecto, se puede citar algunas “*prácticas*

tradicionales nocivas para la salud de la mujer y del niño” como la mutilación genital femenina, la ablación, la alimentación forzosa, los matrimonios precoces concertados, etc.

Por otra parte, se tiene que ser consciente de los límites del Comité. Por un lado, existe una falta de intercambio directo entre el Comité y los otros organismos especializados en los Derechos del Niño (por ejemplo, la UNICEF) pone un freno a las posibilidades de cooperación y acciones conjuntas las cuales brindarían resultados más efectivos. Por otro lado, el Comité no dispone de capacidades vinculantes que garanticen la protección efectiva de los derechos de los niños. No cuenta con la posibilidad de tomar decisiones obligatorias ni de ejecutar sanciones en caso de violación de derechos. En efecto, en el marco del examen de los informes periódicos, los Estados tienen solo la obligación de transmitirle informes periódicos al Comité. La única arma del Comité contra los Estados que no respeten los derechos es la publicación de informes en los cuales se denuncian públicamente las violaciones cometidas por los Estados. Así, el poder del Comité depende principalmente de la buena voluntad de los Estados, tanto en su cooperación como en su buena fe en la aplicación de la Convención.

En todo caso, hay la idea de que los niños, especialmente cuando son muy pequeños, precisan un cuidado y una protección especial por parte de los adultos. Pero no se tiene que olvidar que los niños tienen las mismas necesidades que los adultos, aunque la forma en que se manifiestan las necesidades varía notablemente con la edad, y que compartimos un común denominador: nuestra *humanidad*. Así se puede unir a Janusz KORCZAK cuando dice: “Niño? Adulto? Solo existen seres humanos.”

BIBLIOGRAFÍA

ARIES, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil: Collection Histoire, 1973.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, en: [http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

BERTLING, Margit, “Temas de la Convención”, Trad.: PABA, María, *Humanium* (2013), en: <http://www.humanium.org/es/temas-convencion/>

LE BOULANGER, Isabelle, “L’abandon d’enfants. L’exemple des Côtes-du-Nord au XIXe siècle”, *Presses universitaires de Rennes* (2011), en: http://www.pur-editions.fr/couvertures/1298651031_doc.pdf

CARMONA LUQUE, María del Rosario, *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson, 2011.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)” [CRC/C/GC/14], 2013.

ENESCO, Ileana, “El Concepto de Infancia a lo Largo de la Historia”, *Universidad Complutense de Madrid* (2009), en: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf

EUDES, Marina, “La convention sur les droits de l’enfant, texte emblématique reconnaissant l’intérêt de l’enfant... et passant sous silence les droits des femmes

?”, *La Revue des droits de l’homme* 3 | 2013 (2013), en: <http://revdh.revues.org/192>

GROUPE DE TRAVAIL SUR L’INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L’ENFANT, Note de présentation “L’intérêt supérieur de l’enfant”, *Le Défenseur des droits* (2011), en: <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/interet-superieur-enfant-note-dossier-9-11-11-.pdf>

HAMMARBERG, Thomas, “Le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant : ce qu’il signifie et ce qu’il implique pour les adultes”, Conferencia del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa pronunciada en Varsovia el 30 de mayo de 2008, en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1313889&Site>

LE JAN, Régine, “Famille et pouvoir dans le monde franc (VIIe-Xe siècle) : essai d’anthropologie sociale”, *Volume 33 de Publications de la Sorbonne: Histoire ancienne et médiévale* (1995).

JANICKI, Jérôme, “Les tours d’abandon pour nouveau-nés”, *Les Dossiers de l’Obstétrique*, n° 382 (2009).

KORCZAK, Janusz, *Comment aimer un enfant*, 1919. (Paris: Éd. Réponses Laffont, p. 162), en: <http://korczaq.fr/m4textes/citations/korczaq-sur-immaturite-des-adultes.html#idem>

KORCZAK, Janusz, *Le droit de l’enfant au respect* (1928), Trad. WALERYSZAK, Lydia, Paris: Éditions Fabert, 2009.

MARTÍN LÓPEZ, María Teresa (coordinadora), *La protección de los menores : derechos y recursos para su atención* (1ª ed.), Madrid: Civitas, 2001.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia

del ejercicio de los derechos del niño”, en:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

ROBLES MALOOF, J. R.: Los derechos de las niñas y los niños construyendo el gran consenso de la humanidad. Segundo certamen de ensayo sobre derechos humanos. Derechos humanos de las niñas y de los niños (1ª ed.), Biblioteca Jurídica Virtual, México, 1999.

CEPC: *Dossier sobre "Los derechos del niño"*, Boletín de documentación nº 16, 2003.

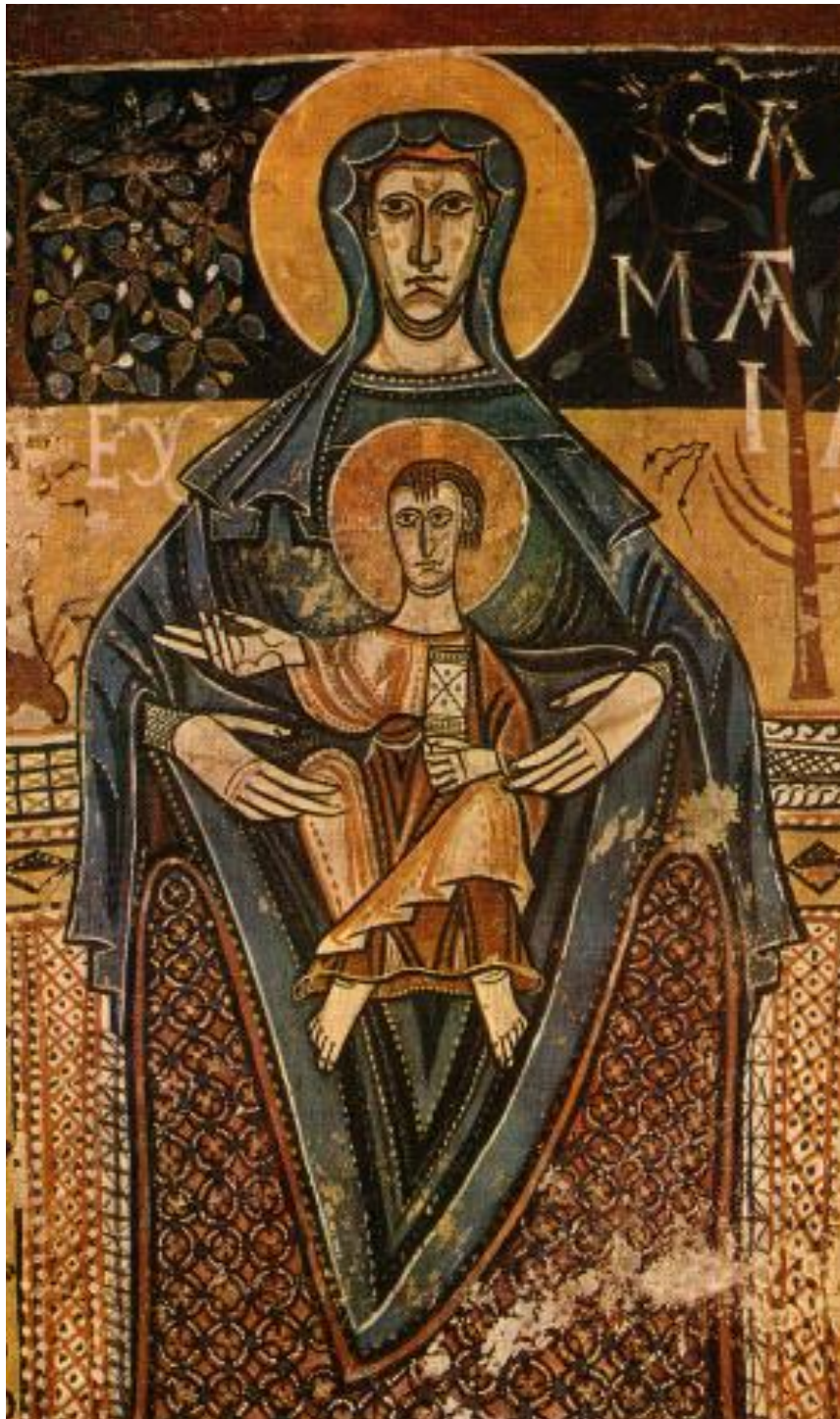
SORET, Olivier, “Historia de los Derechos del Niño. Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño.”, Trad.: MULLER, Paola, *Humanium* (2013), en: <http://www.humanium.org/es/historia/>

ZERMATTEN, Jean, *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institut international des droits de l’enfant, Informe de trabajo 3-2003.

ANEXOS

ANEXO 1: Pinturas Museu Nacional d'Art de Catalunya

Museu Nacional d'Art de Catalunya. Virgen con el Niño. Detalle del ábside de San Pere de Sorpe. Lérida. Siglo XII.



Museu Nacional d'Art de Catalunya. Arte románico. Santa María de Tahull. Siglo XII.



Museu Nacional d'Art de Catalunya. Fragmento del frontal procedente de Cardet (Lérída), con escenas de la vida de Jesús. Siglo XIII.



ANEXO 2¹⁴¹

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

¹⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, en: [http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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.

Artículo 2

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.

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.

2. 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.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

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.

Artículo 5

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.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por

ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. 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.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

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

Artículo 14

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

Artículo 15

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

Artículo 16

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

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 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.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 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.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya

continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones

intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias

para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- 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;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

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;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten

informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.
2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.
3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.