



ANEXO DE LECTURAS

CURSO "EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"

UNIDAD I: EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO PERUANO

- 1) BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En, Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. Páginas 1 a 45.
- 2) BARATTA. Alesandro. Infancia y Democracia. En, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Páginas 27 a 54.

UNIDAD I: EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO PERUANO

1) BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En, Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. Páginas 1 a 45.

Un modelo para armar —y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular* **

Mary Beloff**

1. Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos¹. Su ratificación por veinte países —el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia²— ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención.³ A la fecha, sólo

* Este trabajo reconoce muchos antecedentes. En primer lugar, el trabajo titulado *Estado de avance del proceso de adecuación de la legislación provincial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en la Argentina*, preparado para el Foro de Legisladores provinciales sobre derechos del niño en 1997. Agradezco a la Lic. Irene Konterllnik el haberme invitado a escribirlo, además el haberme instado a incluir, en las conferencias para grandes auditorios, técnicas audiovisuales que hasta entonces no usaba en las conferencias académicas, y a recurrir a modelos gráficos explicativos del tipo de los que se desarrollan en este texto. En segundo lugar, el trabajo que con un nombre parecido, sin referencias a la situación argentina, se incluyó en la Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Santiago de Chile, 1999 n° 1, págs. 9/22. En tercer lugar, la conferencia que dicté en el Seminario “La Niñez y la Adolescencia ya no son las mismas (lo que todavía no se dijo)”, organizado por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad, realizado en la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de abril de 2002, por invitación de la Lic. Eva Giberti, a quien agradezco la oportunidad de haber participado en esas jornadas excelentes. Finalmente, decenas de reuniones, seminarios, conferencias, clases. Vaya pues mi reconocimiento a los cientos de personas que en diferentes países han debatido conmigo estos temas, con quienes, *as maos dadas*, estamos construyendo una nueva cultura en relación con la infancia y sus derechos.

** Agradezco a la abogada (UBA) Verónica Spaventa el cuidadoso trabajo de edición de la conferencia del año 2002, la minuciosa lectura de este artículo y sus lúcidos aportes.

** Abogada (UBA), *Magistri in Legibus -LL.M.-* (Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, USA), Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño en uno o varios artículos.

² Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

³ Cfr. LE BLANC, Lawrence J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, pp. 11 y ss.

Estados Unidos, Somalia y el recientemente independiente Timor Oriental no la han ratificado.⁴

Varias y diversas razones explican tal generalizada aceptación⁵. La que comúnmente se invoca es que en todo el mundo los niños⁶ son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica. Aunque la comunidad internacional demoró bastante en formalizar en diferentes tratados que los derechos humanos pertenecen también a otros sujetos históricamente marginados, tales como las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con necesidades especiales, en relación con la infancia esta formalización y reconocimiento llegaron aún más tarde. Recién sobre el final del siglo XX los niños fueron reconocidos en su subjetividad jurídica y política, como últimos actores sociales invitados a sentarse a la mesa de la ciudadanía.

La Convención significa un cambio radical tanto si es mirada desde un punto de vista jurídico como político, histórico o —y muy especialmente— cultural. Con su aprobación se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia.

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como "modelo tutelar", "filantrópico", "de la situación irregular" o "asistencialista", y que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.

Es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Esta transformación se conoce, en la literatura especializada, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", lo que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" —una parte del universo de la infancia—

⁴ Enfrentados los dos primeros casos, diría que la omisión se explica, en el primero por la presencia de demasiado estado; en tanto que en el segundo por su ausencia casi total. Somalia es sujeto de derecho internacional pero de la mayor fragilidad y comienza a vincularse con el resto de la comunidad internacional. En cambio, en Estados Unidos por el diseño del sistema federal —a diferencia del sistema federal argentino que no permite que los estados regulen esta materia— algunos estados no sólo toleran sino que aplican pena de muerte a personas menores de 18 años de edad imputadas de determinados delitos, práctica que está prohibida por la Convención. Este es el argumento de fondo por el cual Estados Unidos se resiste a ratificar un tratado "políticamente tan correcto", si bien se esgrimen formalmente otros. Timor Oriental es un estado muy joven; es de desear que, a diferencia de Somalia, pronto ratifique la CDN.

⁵ Otras razones que en mi opinión explican la generalizada firma y ratificación del tratado son analizadas en otro artículo. Ver BELOFF, Mary, *Hay algo más allá de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño?*, Buenos Aires, 2003, en preparación.

⁶ La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (cfr. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.849 aprobatoria del tratado con relación al art. 1 que este debía ser interpretado en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.⁷

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención en el contexto latinoamericano⁸.

En relación con el poder judicial, pese a la manifiesta contradicción de las leyes tutelares de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional —y aún después— con las Constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros), ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes⁹. En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de reformas con el fallo *Gault* en 1967¹⁰.

Respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso que a la fecha puede ser dividido en dos etapas. La primera de esas etapas, la década 1990-2000, en la que nos concentraremos en este artículo, encontró a los países latinoamericanos recorriendo tres caminos diferentes¹¹.

En algunos países la ratificación de la Convención Internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial o un impacto retórico. Ratificada la Convención, su incorporación al derecho interno no produjo realmente ningún cambio en lo sustancial, más allá del impacto político —representado por ejemplo por la participación en la

⁷ Sobre la distinción entre “menores” y niños ver BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en Revista *No hay derecho*, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992.

⁸ Es interesante destacar que en América Latina la incorporación de este tratado a los sistemas jurídicos nacionales tuvo lugar en el marco de procesos de transición o consolidación democráticas. Las implicancias de esta coincidencia histórica no han sido aún suficientemente estudiadas en profundidad.

⁹ La no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de tribunales locales con el argumento de su programaticidad no es poco frecuente en los tribunales latinoamericanos, y no es privativa de los instrumentos relacionados con los derechos de los niños y adolescentes. En el contexto argentino, este argumento fue superado a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdjian v. Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492, en el que se sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional consistente en que todos los órganos del Estado —administrativos o jurisdiccionales— apliquen ese instrumento siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas que hagan posible su aplicación inmediata. Un análisis más profundo del tema puede verse en BELOFF, Mary, “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 623 y ss.

¹⁰ Cfr. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹¹ Cfr. UNICEF/TACRO, *Informe Final. Reunión de Puntos Focales. Área Derechos del Niño*, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

Primer Cumbre Mundial de la Infancia— o el impacto retórico que sí se ha producido en todos los países¹².

En otros países, se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Este segundo grupo comprende los países en los que se introdujeron reformas en sus leyes —y eventualmente en sus instituciones— pero que sólo operaron como una adecuación formal del derecho interno a la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño. A este proceso se lo denomina de adecuación "formal" o "eufemística" porque se reformaron las leyes pero, no cambió la mirada, lo que se refleja a veces hasta en el propio nuevo texto legal.¹³ En este sentido una de las primeras tareas que se llevó adelante en América Latina a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue poner en evidencia los llamados "fraudes de etiquetas" en relación con la infancia y la adolescencia, porque en el fondo nada cambia si sólo se trata de un cambio de nombres vacío de contenido. En este sentido es importante tener en cuenta que la nueva cultura de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes no propone un cambio en el nivel de los significantes (o al menos no sólo y fundamentalmente), sino que propone un cambio absoluto en el nivel de los significados.

Finalmente, otros países han realizado —o se encuentran en proceso de realizar— una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional¹⁴.

¹² Sin lugar a dudas, a este grupo pertenecen los países que están más atrasados desde el punto de vista de la adecuación de sus ordenamientos legales a la Convención y son básicamente México y el Cono Sur (Argentina, Chile y Uruguay), ningún otro país de la región. Sobre la problemática argentina puede consultarse BELOFF, Mary, *Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina. Tendencias y perspectivas*, separata del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos del Niño y la Adolescencia, Salta, 1998.

¹³ En esa situación, el caso más simpático es el de la República Dominicana donde cuando apenas se ratificó la Convención se aprobó un Código de la Niñez que en nada modifica la condición jurídica de la infancia. Para dar un ejemplo, no regula la figura del abogado defensor, nada mas y nada menos. Lo mismo sucedió, básicamente, en Honduras —en la parte del Código referida a la protección—, en Bolivia —que ya tiene un nuevo Código— y en Ecuador, donde el Código sancionado a comienzos de los años 90, también derogado recientemente, diseñaba un modelo de justicia de carácter administrativo y en la que, por lo tanto, no intervenían jueces, aún en asuntos penales. Se trata aquí de lo que Antonio Carlos GOMES DA COSTA ha llamado "el paradigma de la ambigüedad".

¹⁴ El caso más citado es el de Brasil (Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 sancionada el 13 de julio de 1990), al que pueden sumarse en esta primer década Paraguay (Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1.680 de noviembre de 2001, modificada por Ley 2.169 de marzo de 2003), Costa Rica (Ley 7576 de Justicia Penal Juvenil sancionada en marzo de 1996 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7.739 del 2 de diciembre de 1997), El Salvador (Ley del Menor Infractor, Decreto 863 del 27 de abril de 1994, D.O. 106 tomo 323 del 8 de junio de 1994), Panamá (Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia, ley 40 vigente desde el 26 de agosto de 1999), Nicaragua (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287 aprobada el 24 de marzo de 1998, publicada en mayo y vigente desde el 23 de noviembre del mismo año) y Venezuela (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en vigencia desde el 1 de abril de 2000).

**¿Qué pasó en los países de América Latina a partir de la ratificación de la
CIDN?
Primer etapa de reformas legales e institucionales (1990-2000)**

GRUPO A	- La ratificación no tuvo ningún impacto o tuvo un impacto político superficial o un impacto retórico.
GRUPO B	- Se llevó a cabo un proceso de adecuación “formal” o eufemística de las leyes internas del país a la CIDN.
GRUPO C	- Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a la CIDN.

En el nivel de la adecuación sustancial se advierte, en general, otra tendencia. Diferentes razones (muchas relacionadas con las circunstancias particulares históricas, políticas o con la cultura jurídica del país) hacen que algunos estados opten por aprobar un Código integral y que otros opten por el dictado de leyes específicas.

Los primeros sancionan Códigos o leyes integrales que regulan sobre todos los derechos reconocidos por la Convención, distinguiendo los aspectos relacionados con las políticas públicas de aquellos vinculados con la intervención judicial. Aún mas, muchas veces estos Códigos o leyes integrales contienen también dispositivos para dar lugar a la necesaria reforma institucional que una ley basada en la protección integral de derechos necesariamente implica. Como es evidente, el dictado de una ley o Código con estas características requiere un detallado estudio y articulación con todas las normas vigentes que tratan de una manera u otra la materia (por ejemplo, el Código Civil o el Código de Trabajo, los decretos de creación y funcionamiento de los organismos de la administración, etcétera)¹⁵.

Los segundos optan por dictar leyes específicas en el marco de la Convención: Leyes o Códigos de Familia o de algún tema puntual (adopción, violencia, identidad, etcétera), leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes o sobre un aspecto en particular (por ejemplo, ejecución de las sanciones penales juveniles), y leyes de organización o re-organización institucional¹⁶. Estas adecuaciones sólo lo son respecto de algunos artículos de la Convención (por ejemplo, si se trata del régimen para infractores de la ley penal, se trataría de los artículos 37 y 40 del mencionado instrumento internacional); por eso un país que sólo dicta una ley específica no está cumpliendo en toda su dimensión con el compromiso asumido al ratificar la Convención en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos¹⁷.

Hay argumentos que apoyan la variante de la reforma a través de varias leyes y otros que apoyan la variante de la reforma a través de una sola ley. Lo importante a tener en cuenta en el marco de un proceso dirigido a adecuar el

¹⁵ Tales los casos de Nicaragua, Venezuela o Paraguay.

¹⁶ Tales los casos de Panamá, El Salvador o Costa Rica.

¹⁷ Cfr. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

derecho interno de un país al tratado que se comenta es que no queden ámbitos del orden jurídico al margen de los estándares internacionales. Si eso se hace con una ley, reglamento o con diez, dependerá de cada situación particular.

Frente a estas reformas legales, mejores o peores, completas o incompletas, aparecen en el imaginario social latinoamericano dos visiones respecto del efecto que las leyes tienen en relación con la producción de cambio social. Por un lado existe una visión basada sobre una profunda desconfianza en las leyes como herramientas capaces de producir transformaciones sociales. Es la posición característica de ciertos movimientos de base en la región, extendidos en los años `70 y reflejados en la actualidad en la posición que en la materia defienden algunas ONG's de infancia. Por otro lado, hay quienes creen que el derecho puede automáticamente producir cambio social. Esta posición se suele encontrar en sectores tradicionalmente considerados conservadores, como pasaba en las viejas discusiones afortunadamente ya superadas en torno del divorcio vincular en algunos países o bien como ocurre todavía con la discusión vinculada con alguna clase de regulación de interrupciones de embarazos¹⁸.

En materia de infancia se oscila también entre estos dos extremos, sin que sea posible identificar posiciones con personas; por el contrario, según el tema las mismas personas pueden tener una posición de confianza que se convierte en escepticismo o desconfianza si se trata de otro tema (justicia juvenil frente a salud o educación, por dar un ejemplo)¹⁹.

Proceso de Adecuación Sustancial

¹⁸ Sobre derecho y cambio social ver MINOW, Martha, *Law and social change*, traducción en español de Mary BELOFF publicada en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 5, Nro. 1, Buenos Aires, 2000, págs. 1/14.

¹⁹ En algún sentido estoy queriendo comunicar aquí, estimo, la misma idea que Emilio GARCÍA MÉNDEZ expresa cuando afirma que el tutelarismo está “democráticamente” distribuido por todo el espectro político.

Código Integral de la Niñez y la Adolescencia

- a) aspectos de protección
- b) redefinición institucional
- c) justicia (de familia, penal)

Leyes específicas

- a) Leyes o Códigos de Familia
- b) Leyes de Responsabilidad Penal Juvenil
- c) Leyes de Organización Institucional
- d) otras leyes

Hace algunos años un fiscal de menores latinoamericano, en una clase, me dijo que aquello que yo estaba explicando respecto de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño era literatura. Su afirmación —compartida por muchos de sus colegas en distintos países latinoamericanos y comprensible si referida a otro orden de cosas—, en el orden del derecho, no es acertada. La Convención no es literatura.

Los tratados, las convenciones y los pactos son fuente de derecho internacional. La Convención es una especie dentro de los tratados de derechos humanos, forma parte de ese universo. ¿Qué significa que la Convención sea un tratado de derechos humanos? Significa que los países firmaron un contrato que deben honrar del mismo modo que cuando dos personas firman un contrato, deben cumplirlo. La diferencia es que en un tratado, en lugar de ser particulares, quienes se obligan son los estados —que actúan como personas, sujetos del derecho internacional—. Como consecuencia de esas obligaciones que asumen los estados al firmar los tratados, si no las respetan, ese incumplimiento tiene consecuencias serias en el mundo del derecho internacional.

Por consecuencias serias no me estoy refiriendo necesariamente a consecuencias desde el punto de vista de la fuerza. Hay diversas consecuencias disvaliosas para los estados que incumplen sus obligaciones internacionales, que implican mayor o menor coactividad; pero ello no autoriza concluir que no se trata de un orden normativo sino de ficción, de literatura.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no es una Declaración, como la firmada en el año 1959²⁰, que era una formulación de principios acerca de cómo el mundo de posguerra se proponía tratar a los niños. La Convención es un contrato en el que toda la comunidad internacional —con excepción de los Estados Unidos, Somalía y Timor Oriental, como se señaló— se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple

²⁰ Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 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 arts. 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 50).

con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello.

Los tratados de derechos humanos pueden clasificarse, de manera sencilla, en universales —como la Declaración Universal de Derechos Humanos— o regionales —como, en América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—; y también en generales (para todas las personas) y específicos, por ejemplo dirigidos a las mujeres o a los niños (la CEDAW o la CDN). Cualquiera sea el caso, estos tratados como tales tienen fuerza obligatoria para los estados que los firmaron.

Los derechos que se reconocen en estos instrumentos no necesitan, en general y como principio, ser reglamentados. Ciertas doctrinas en algunos países —sobre todo en aquellos de tradición inquisitivo/española, toda la América Latina— plantean que el ejercicio efectivo de un derecho reconocido en un tratado está sujeto a reglamentación por parte de cada uno de los estados. Si bien hay temas procesales que muchas veces requieren desarrollar los derechos y garantías reconocidos en los tratados, la cuestión pasa por decidir actuar en defensa de los derechos y no al margen de ellos. En cada situación, frente al problema concreto, la Convención se puede aplicar directamente. Por ejemplo, el niño tiene derecho a un abogado defensor siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento que le acarree alguna consecuencia disvaliosa. ¿Qué puede decir la ley que reglamente ese derecho que tiene el niño? Es claro: o el niño tiene derecho a un abogado o no lo tiene. El argumento de la reglamentación —que remite a la distinción que en cierta "doctrina" se hace entre derechos operativos y programáticos— está emparentado con el formalismo propio de la tradición inquisitiva del expediente, de lo escrito, del secreto y la delegación, donde es más relevante el color de la tinta o el papel en el que se hace una petición que el contenido de esa petición o que el derecho involucrado en esa presentación.

Al firmar la Convención los estados se obligan a cumplirla, a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en el instrumento internacional²¹. Si alguien prueba que el estado no cumple con esta obligación puede denunciarlo. Entonces, si existe el tratado, está en vigencia, ha sido ratificado, es pertinente preguntarse ¿por qué los niños están como están?

Hace diez años el tratado no existía y no había forma de obligar a nadie para que hiciera algo diferente; hoy se puede. En este tema los abogados tenemos todavía una deuda pendiente que es aceptar y desarrollar mecanismos de exigibilidad de los derechos de niños y niñas. De modo que, para concluir con este punto, los niños no están como estaban; algo ha cambiado, para mejor, pero no es suficiente.

En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que como en cualquier tratado ampliamente ratificado, hay temas problemáticos que el tratado no resuelve, unos relacionados con la estructura del tratado, otros relacionados con su contenido. Algunas cuestiones problemáticas que presenta la estructura misma de la Convención son: a) el mecanismo de control a los estados que prevé, de baja exigibilidad; b) la limitación de cada derecho que se reconoce; y c) la baja exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

²¹ Cfr. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños.

La Convención considera al niño como sujeto, esto es, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más derechos específicos por encontrarse en una etapa de la vida, de crecimiento. Sin embargo, cada vez que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o interés superior del niño²². La pregunta que una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver es cómo es posible compatibilizar el ejercicio de los derechos con la etapa de crecimiento por la que un niño se encuentre atravesando. En la nueva concepción es una interpelación a los adultos, no más una autorización para limitar los derechos a los niños. Son los adultos los responsables de generar los arreglos institucionales y condiciones necesarias para que en cada momento los niños puedan ejercer sus derechos reconocidos por el tratado. Otra conclusión implicaría concluir que el tratado se firmó para que nada cambie, lo que no parece razonable.

Una salida que se ha explorado y que algunos consideran como implícita en la Convención es el concepto de “autonomía progresiva”: el niño, por la “evolución de sus facultades”, va adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos. La pregunta es hasta qué punto este desarrollo teórico no reproduce las doctrinas clásicas del derecho civil napoleónico en el sentido de que, como afirman algunos autores, no es exacto que las leyes tutelares no reconozcan derechos a los niños (incapacidad de derecho) sino que por su condición no puede ejercerlos por sí, por lo que necesitan representantes legales —sus padres o el asesor de menores, por ejemplo— para que los ejerzan por ellos (incapacidad de hecho).

Otra tema importante es la limitación a derechos en función del interés superior del niño²³ que casi sin excepción hace la Convención cuando reconoce un derecho²⁴. A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos paradigmas²⁵ —que obviamente compartimos—, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por *interés superior del niño* no ha permitido plantear la discusión en términos superadores del viejo paradigma de la situación irregular. Es que se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una

²² Por ejemplo, arts. 12 y 14 de la Convención.

²³ Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

²⁴ A modo de ejemplo, el art. 9 establece: “1. Los Estados Parte velarán porque 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 (...) 3. Los Estados Parte 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.”

²⁵ Al respecto puede verse ALLSTON, Philippe (ed.), *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994 y CILLERO, Miguel *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogotá, 1ª ed., 1998, pág. 69 y ss. Hay una segunda edición actualizada y ampliada, en dos tomos, de 1999.

visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que permitió que quien tuviera que decidir cuál era *el interés superior* del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención —que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un rol muy relevante²⁶—no ha logrado reducir su uso en este sentido²⁷ y de hecho es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica “hacia atrás”.

Otro aspecto problemático de la Convención es que si bien reconoce todos los derechos —es la primera vez que un tratado reconoce derechos civiles y políticos, y también derechos económicos, sociales y culturales, que son los que históricamente tuvieron que ver con la infancia, ya que las discusiones tradicionales estuvieron relacionadas con la supervivencia, la salud, la vivienda, etc.— limita ese reconocimiento a las posibilidades del desarrollo económico de cada país²⁸.

Tal vez los núcleos problemáticos señalados brevemente expliquen por qué prácticamente todos los países del mundo firmaron la Convención. Es claro que el argumento referido a que los niños son considerados a nivel mundial las personas más vulnerables en términos de sufrir violaciones a sus derechos humanos es un argumento débil para explicar tan masiva aceptación del tratado. Pero visto desde esta perspectiva, si los estados se obligan a respetar derechos pero limitados por el interés superior del niño, la madurez, la capacidad para formarse un juicio propio, y en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, limitados por el desarrollo de país, parecería que el costo de firmar este tratado no era muy alto; por el contrario, el costo de no firmarlo es evidentemente mucho mayor y si no véase el caso de los Estados Unidos.

A esto se agrega el factor del débil mecanismo de control y seguimiento al Estado, ¿cuál es el sistema de control que prevé la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño? ¿Cómo se responsabiliza al país que no cumple con la Convención?

²⁶ Sobre el desarrollo histórico de la categoría “interés superior del niño” ver BELOFF, Mary, *La historia del interés superior del niño*, Buenos Aires, 2003, en preparación.

²⁷ De hecho, en Argentina, donde rigen plenamente las instituciones tutelares, el art. 3 de la Convención es el más citado por la jurisprudencia.

²⁸ Textualmente el artículo 4 dispone que: “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.” También, por ejemplo, en materia de derecho a la salud el art. 24 concluye su redacción en los siguientes términos: “Los Estados Parte se comprometen a promover y alertar la cooperación internacional con miras a lograr *progresivamente* la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrá plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.” (Las cursivas son mías).

El mecanismo de seguimiento diseñado en la segunda parte de la Convención es muy débil²⁹. No prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicar el instrumento. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados, la Convención crea el Comité de los Derechos del Niño³⁰. A tal fin los Estados Parte deberán presentar, la primera vez cada dos años y luego cada cinco, informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos³¹.

No obstante, en busca de construir mejores estándares jurídicos para la infancia, es posible compensar la debilidad del sistema de la Convención con el sistema fuerte propio del ámbito latinoamericano. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José crea dos órganos específicos de control³²: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³. Los estados tienen que declarar expresamente que reconocen la competencia de la Corte porque al admitirla están cediendo parte de su soberanía³⁴.

²⁹ Este tema es particularmente importante, ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección, en el ámbito latinoamericano, evidenciaron una carencia notable desde el punto de vista del propio texto legal en cuanto descuidaron el diseño de los dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de los derechos. Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

³⁰ Cfr. arts. 43 y 44 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El 27 de febrero de 1991 se establecieron los diez primeros integrantes del Comité, que actualmente está se compone de 18 expertos y sesiona dos veces por año en Ginebra.

Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como "observaciones finales", las cuales son públicas.

El Comité también hace públicas su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como "Observaciones Generales". Asimismo expresa recomendaciones generales sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como "La violencia contra los niños".

³¹ Un profesor español realizó una investigación a través de la cual comprobó que si todos los países hubieran cumplido con el primer envío de informes en plazo debido —dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte la Convención entró en vigor— el Comité habría tardado alrededor de 8 años en leer, procesar y responder todos esos informes, período en el que se habrían acumulado dos informes más por país aproximadamente, lo que determina que además de ser un mecanismo débil, es de implementación imposible en términos ideales. La solución que recientemente ha encontrado el sistema es aumentar el número de comisionados, pero es evidente que esto no resuelve el problema de fondo vinculado con el nivel de exigibilidad del sistema de informes periódicos.

³² Art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Las cuestiones vinculadas a la organización, funciones, competencia y procedimiento de cada uno de estos órganos supranacionales están reguladas en los capítulos VI y VII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Cfr. arts. 45.1 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado argentino mediante ley 23.054 aprobó en 1984 la Convención Americana y, expresamente, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo

La solución en este punto es ingresar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a través del Pacto de San José de Costa Rica — Convención Americana sobre Derechos Humanos— al sistema interamericano para compensar la debilidad de su mecanismo de control al estado. Con los mecanismos de control más intensos que el tratado regional diseña es posible, entonces, reclamar los derechos del instrumento internacional específico para la infancia. De hecho, esto se ha comenzado a realizar. Así, en ejercicio de la jurisdicción contenciosa, en “Villagrán Morales y otros” (caso de los “Niños de la calle”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ambos instrumentos forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños³⁵, postura que la misma Corte mantuvo en oportunidad de expedirse en uso de la competencia que le asigna el art. 64 del Pacto de San José en la Opinión Consultiva 17³⁶.

Finalmente, el 16 de noviembre de 1999 entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador³⁷—. Con él es posible compensar la debilidad relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Ahora, en el contexto regional, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José y su protocolo adicional, es posible ingresar al sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular en relación con un derecho central de la infancia, para el que el Protocolo Adicional admite el mecanismo de peticiones individuales, que es el derecho a la educación.

2. Concepciones en tensión: de la irregularidad del tutelado a la integralidad de la protección

El título de este trabajo podría haber sido simplemente “protección integral de derechos: un modelo para armar”; que no se haya quedado sólo en el aspecto propositivo se debe a que a partir de la Convención no se construye de cero una nueva legalidad y una nueva institucionalidad para la infancia en América Latina. El terreno sobre el cual se pretende montar el nuevo sistema no está virgen; no sólo es necesario construir una nueva cultura sino que hay que desmontar otra, aquella con la que hemos sido entrenados y funcionamos desde hace casi cien años: la cultura tutelar.

En lo que sigue intentaremos caracterizar uno y otro modelo, de manera esquemática y omitiendo ciertamente los aspectos de contacto o continuidades inevitables entre uno y otro.

indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial para aquellos casos en los que esté comprometida la aplicación e interpretación de ese instrumento (art. 2 de la mencionada ley).

³⁵ Cfr. “Villagrán Morales y otros” (caso de los “Niños de la calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63. Un análisis del fallo puede consultarse en BELOFF, Mary, “Los derechos de los niños en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la calle”)”, en: Revista *¿Más derecho?*, Editorial Di Plácido, Buenos Aires, Año 1, noviembre de 2000.

³⁶ Cf. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

³⁷ Suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

2.1. La concepción tutelar

Las leyes³⁸ e instituciones que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención pertenecen a lo que se ha dado en llamar, en cierta literatura regional, la “doctrina” o modelo “de la situación irregular”.

Marco teórico

El modelo o sistema tutelar o de la “situación irregular” encuadra dentro de la escuela etiológica. Reproduce criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX. El determinismo entre pobreza y marginalidad, y delincuencia, se encuentra presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares (el famoso binomio “menor abandonado/delincuente”³⁹). Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos clásicos de un derecho penal de autor.

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización —o neutralización en su caso— y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas —idealmente privación de libertad bajo el nombre de internación— por tiempo indeterminado⁴⁰.

En general, la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrosista clásico sino que utilizó otro, mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado⁴¹, circunstancia que recién fue advertida y puesta en evidencia con la

³⁸ Argentina en 1919 se convierte en el primer país de América Latina que tuvo una ley de estas características.

³⁹ Cf. IGLESIAS, Susana, VILLAGRA, Helena, y BARRIOS, Luis, *Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (eds.), *Del revés al derecho*, Galerna, Buenos Aires, 1992, pág. 389 y ss.

⁴⁰ Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas —no obstante ser más modernas— categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

⁴¹ Cfr. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español de la segunda edición en inglés ampliada de Félix BLANCO, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.

ruptura epistemológica que significó el paso del modelo etiológico al modelo de la reacción social, hacia el final de la década del '60⁴².

Características del destinatario de las normas e instituciones tutelares

En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, es posible afirmar que no fueron pensadas para ser aplicadas para todo el universo de la infancia y la adolescencia, sino sólo para una parte de ese universo, para los "menores". Como lo recuerda Anthony Platt al usar en su clásico libro una famosa cita de Enoch Wines, un "salvador de niños", estas normas e instituciones "especiales para menores" fueron creadas para la "excrecencia" de la categoría infancia a la que "[s]u indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmunda, impiden que [la] admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos."⁴³

Se trata de aquellos que no ingresaban al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después; como lo ha expresado claramente Antonio Carlos Gomes da Costa, son el producto del proceso aprehensión + judicialización + institucionalización = menor⁴⁴. Para los menores se crearon los dispositivos tutelares que representan una forma de mirar, de conocer y de aprehender a la infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años las que, en todo este tiempo, consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial.

En ese sentido es posible afirmar que la ley construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serán socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los "menores"), y los niños, sobre quienes este tipo de leyes —como se señaló— no se aplican. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia —violencia—, la respuesta estatal frente a los "menores" es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen al otro segmento de la infancia, es probable que no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia⁴⁵, también con sus bemoles.

Otra característica del modelo es que los "menores" son considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial. Es evidente que esta concepción se construye a partir de

⁴² Sobre ese cambio de paradigma puede consultarse BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Editorial Siglo XXI, México, 1991; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Editorial Siglo XXI, México, 1999; TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, entre otros en español.

⁴³ Cfr. PLATT, Anthony, *op cit*, pág. 10.

⁴⁴ GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, en AAVV, *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Galerna, 1992, págs. 131/154.

⁴⁵ Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere dentro de una lógica tutelar y de un modo similar al del juzgado de menores, como ocurre con la medida cautelar de protección de persona en la justicia de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

una definición negativa de estos actores sociales, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces, como “una isla rodeada de omisiones”, esa bella metáfora que utiliza Antonio Carlos Gomes da Costa⁴⁶, uno de los autores del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil⁴⁷. Por esta razón, también, la opinión del niño deviene irrelevante⁴⁸. Un ejemplo de lo que se acaba de afirmar es que el “derecho de menores” —que lo que haya sido y siga siendo, es algo bastante alejado de la idea que de “derecho” tienen las sociedades occidentales modernas— utilizaba un lenguaje propio del derecho patrimonial, términos como “disposición” o “depósito” son frecuentes en este área, si bien son más utilizados por el derecho de las cosas que por el derecho de las personas. Esta situación respecto del nivel de los significantes se correspondía en el plano de los significados porque, en el modelo tutelar, los menores eran considerados objetos de tutela y represión encubierta bajo eufemismos. Es por este motivo, también, que en esta concepción la protección a la que son sometidos “los menores” con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente, vale la pena reiterarlo, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

El menor ingresa al dispositivo tutelar a partir de que algún funcionario estatal considera, discrecionalmente, que se encuentra en una situación “definida” mediante categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, ya que colisionan con el principio de legalidad material, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares⁴⁹. Como es el “menor” quien está en situación irregular —por sus condiciones personales, familiares y sociales—, es objeto de intervenciones estatales coactivas, junto con su familia en gran parte de los casos⁵⁰.

⁴⁶ GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *op cit*, pág. 138.

⁴⁷ Con la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, por ley 8069, se inauguró en la región latinoamericana la etapa de adecuación sustancial de la legislación interna a la Convención.

⁴⁸ El paralelo resulta gráfico. El “menor”, como el educando en el paradigma que Paulo Freire llamó “educación bancaria”, es como un receptáculo, carente de iniciativa y protagonismo en las acciones en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. Sobre la relación entre derecho y pedagogía ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, “Pedagogía y Justicia”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), *op cit*, pág. 59 y ss.

⁴⁹ Sobre este punto es interesante señalar que las leyes tutelares no sólo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, agregan una cláusula que establece que se encuentra en esa situación {irregular} todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida discrecionalmente según los parámetros morales, religiosos, etc., del juez o funcionario que toma conocimiento y debe decidir el caso.

⁵⁰ “Estas dos leyes [la ley 4513 de 1964 que en Brasil establecía la Política Nacional de Bienestar del Menor y la ley 6697 de 1979 que creó el Código de Menores] no se dirigían al conjunto de la población infanto-juvenil brasileña. Sus destinatarios eran solamente los niños y jóvenes considerados en situación irregular. Entre las situaciones tipificadas como situación irregular se encontraba a los menores en estado de necesidad ‘en razón de manifiesta incapacidad de los padres para mantenerlos’. De esta forma, los niños y adolescentes pobres

De este modo se explica y justifica la abolición implícita del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños a quienes se imputa haber cometido un delito cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en “situación irregular”.

Características y rol del juez

En este marco el juez de menores deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más relacionadas con la ejecución de políticas sociales.⁵¹ En palabras de Donzelot, “[m]ás que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de Menores hace pensar en la reunión del Consejo de Administración de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada.”⁵²

Se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez-padre-acusador-decisor-defensor. Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función protectora paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño.

Características de la respuesta estatal

La principal característica es la centralización, tanto como concentración de funciones en la misma persona, el juez de menores, cuanto territorial e institucional⁵³. Ejemplo de ello son las enormes instituciones nacionales de

pasaban a ser objeto potencial de intervención del sistema de administración de justicia de menores. Además, había un único conjunto de medidas aplicables a las que se destinaba, indiferentemente, al menor carente, al abandonado y al infractor.” Cf. GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor ...*, op. cit., pág. 137.

⁵¹ En este sentido, es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores, que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular, es de naturaleza tutelar o asistencial.

⁵² Cfr. DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1990, pág.103.

⁵³ El juez de menores en el sistema que la Convención trata de superar —que cumple en el imaginario social el rol de *pater familiae*— siempre me hace recordar el cuento El príncipe feliz de Oscar WILDE. Su protagonista es una estatua, la del Príncipe Feliz, imagen por todos admirada, más que cualquier otra cosa de la ciudad, completamente revestida de oro fino, con dos zafiros como ojos y un gran rubí rojo en el puño de su espada. Esta estatua, ubicada en la parte más alta de la ciudad, posibilitaba al Príncipe Feliz observar todas las miserias de su ciudad, que tanta angustia le provocaban. Así fue, llorando, como conoció a una golondrina despechada que volaba hacia Egipto, escapando del frío del norte de Europa. Gracias a ella, conmovida por su tristeza, incluso al punto de perder su vida al resignar su viaje hacia el calor

protección a la infancia creadas a lo largo del siglo en prácticamente todos los países de América Latina (SENAME en Chile, PANI en Costa Rica, FUNABEM en Brasil, Consejo del Menor en Argentina, INAME en Uruguay, ICBF en Colombia, ISPM en El Salvador, IHNFA de Honduras, etc.).

De ese modo queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños a quienes se imputa haber cometido delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia directa. Es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales” que producen la “invención” de la delincuencia juvenil.⁵⁴

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de “protección”

La respuesta clásica en clave tutelar es el internamiento —presentado como una medida de protección del menor—, lo que no es más que una forma de encierro. El concepto de privación de la libertad según la regla 11.b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad se define —para terminar con los eufemismos, con los “como si”— como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad

Finalmente se considera a niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables —en concordancia con la concepción de ellos como incapaces—, lo que entre otras cosas ha implicado, en la práctica, que frente a la imputación no se les siga un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida coactiva no dependa necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo” o “situación irregular”.⁵⁵

de otras tierras, el Príncipe Feliz primero se desprendió del rubí rojo del puño de su espada, luego de los zafiros de sus ojos y finalmente de cada una de las finas láminas de oro que lo revestían, para que los pobres de su ciudad no sufrieran el frío y el hambre al que estaban condenados por príncipes que como él —cuando estaba vivo y gobernando— miran hacia otro lado.

⁵⁴ Se relaciona este punto con la “profecía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le “pegue” la etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales. Un análisis sobre las teorías del etiquetamiento puede consultarse en BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op cit, cap. VII, pág. 83 y ss. y TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., op cit, cap. 5, pág. 157 y ss.

⁵⁵ En este punto es interesante recordar la distinción que la doctrina penal hace entre el derecho penal de autor y de acto. El primero consiste en un diseño político criminal propio de sistemas autoritarios en el que el estado reacciona frente a las personas por lo que son y no por lo que hacen. En un estado de derecho el derecho penal de acto deviene garantía fundamental porque asegura que el aparato coercitivo estatal se ponga en funcionamiento sólo frente a la comisión de un delito que tiene que estar claramente tipificado en la ley penal (de

Como vimos, el modelo tutelar se monta sobre un argumento muy poderoso y persuasivo cual es la ayuda a la infancia desvalida. En ese marco, la pregunta que funda el derecho penal moderno —acerca de los límites del poder punitivo del estado— desaparece y, con ella, los derechos y garantías. La concepción tutelar no tiene espacio conceptual para preguntarse sobre los límites porque se pone en marcha y justifica para “proteger”, para ayudar. Si bien cierta doctrina ha señalado una ruptura entre el modelo peligrosista y el modelo tutelar (del sujeto peligroso al sujeto carente)⁵⁶, la línea no es clara. Como en todo modelo basado sobre premisas positivistas, la legitimación explícita encubre una justificación latente que, como se señaló, en este caso, se refiere a la protección de la sociedad de sus integrantes “peligrosos”. Cuando se priva de la libertad al “menor” se está separando a la sociedad de ese integrante conflictivo, con lo que se genera la ilusión de seguridad, con la excusa de su protección.

2.2. La concepción de la protección integral de los derechos del niño

La concepción tutelar entró en crisis en la década del ‘60 en los Estados Unidos y en la década de los ‘80 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño”, que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁵⁷.

Esta nueva concepción se construye no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y pueden devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

Los principales instrumentos a partir de los cuales se crean nuevos estándares en relación con la condición jurídica de la infancia son:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos:

acuerdo al principio de legalidad, piedra basal —como se dijo— del derecho penal de un Estado de Derecho).

⁵⁶ Cf. GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor ...*, op. cit..

⁵⁷ Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional; como tal no aparece en el ámbito europeo o norteamericano. En particular sobre situación irregular y protección integral ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia de los derechos y la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02)⁵⁸;
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02)⁵⁹;
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85)⁶⁰;
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)⁶¹;
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)⁶²;
- Además de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁶³; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶⁴; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁶⁵).

A partir de estas reglas e instrumentos internacionales —que tratan sobre temas tales como la delincuencia juvenil, la escuela, el rol de la familia, el rol de la comunidad, el rol de la justicia— es posible afirmar que se inaugura una era de ciudadanía de la infancia, ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hasta ahora en América Latina⁶⁶.

⁵⁸ Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 52 países.

⁵⁹ Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 50 países.

⁶⁰ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985, cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁶¹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

⁶² Resolución 45/112, aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

⁶³ Todos ellos incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de la Constitución Nacional de Argentina en 1994 (cf. art. 75, inc. 22, CN).

⁶⁴ A través de la publicación en el Boletín Oficial del 9/5/1997 de la Ley 24.820, se aprobó la jerarquía constitucional de esta Convención en la Argentina.

⁶⁵ A través de la publicación en el Boletín Oficial del 3/9/2003 de la Ley 25.778, se aprobó la jerarquía constitucional de este instrumento internacional de derechos humanos en la Argentina.

⁶⁶ Hay algo de paradójico en esta situación que indirectamente señalan CUNNINGHAM, Hugh, *Children & childhood in western society since 1500*, Longman, 1995; POSTMAN, Neil, *The*

No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños⁶⁷. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de *los derechos* de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, quizás puramente teórico pero con implicancias prácticas muy concretas que ya veremos, el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas en los postulados peligrosistas y filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspirada en la Convención del Niño.

Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo, no parece adecuado cerrar el paquete de instrumentos internacionales de los que surge la protección integral con aquellos específicamente orientados al tema infancia, tal como se hacía en los primeros artículos que sobre el tema se escribieron a comienzos de la década del '90. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por cada país.

En términos generales es posible afirmar que un sistema de protección integral de derechos de los niños presenta las características que se mencionan a continuación.

Marco teórico

El nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño se enmarca en lo que se conoce como escuela de la reacción social, que representa una ruptura con el modelo etiológico⁶⁸. La condición de pobre, marginal o delincuente deja de ser una cuestión relevante. Ya no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a intervenir; sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no sólo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado.⁶⁹

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no "potenciales infractores") de la ley penal, como veremos más adelante.

dissapearance of childhood, Vintage, 1994; y JENKS, Chris, *Childhood*, Londres, Routledge, 1996.

⁶⁷ De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia.

⁶⁸ Sobre paradigma criminológico que se instala a partir del enfoque de la reacción social o *labelling aproach*, ver BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal, op cit*, cap. VII, pág. 83 y ss. y TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *op cit*, cap. 5, pág. 157 y ss.

⁶⁹ Cf. BELOFF, Mary, *Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño*, en Revista "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, Del Puerto, 2002/B, págs. 419/442.

Características del destinatario de las normas e instituciones de protección integral de los derechos de la infancia

Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia de estar creciendo.

El reconocimiento y promoción de los derechos de esos sujetos se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de “menores”. Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una parte de ella.

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta⁷⁰. Se pasa de una concepción de exclusión de la voz del menor, donde los niños, como incapaces, no tenían nada que decir, a otra más cercana a la “situación ideal de diálogo” en la que participan todos los ciudadanos, pensado el proceso en términos habermasianos⁷¹. En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa.⁷² En palabras de Alessandro Baratta la democracia necesita que los niños opinen y participen, y este sí es representa un cambio absoluto y, al mismo tiempo, el gran desafío⁷³.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.⁷⁴ Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etc. No es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un

⁷⁰ Cfr. art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), *op cit*, págs. 31 y ss.

⁷¹ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.

⁷² Cfr. GRANT, J., *Los derechos de los niños: la base de los derechos humanos*, UNICEF, Nueva York, 1993. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, p. 13.

⁷³ BARATTA, Alessandro, “Infancia...”, *op cit*.

⁷⁴ Cfr. arts. 4 y 5 de la CDN.

niño se encuentra amenazado o violado, es alguna persona o institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).⁷⁵

Características y rol del juez

Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia). Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitado en su intervención por las garantías y deberán ser idóneos en derecho.

Características de la respuesta estatal

Se distinguen así claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión específicamente penal y se plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales. De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de “protección”

La protección es ahora de los derechos del niño. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado violado no es posible intervenir. Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe, y por este motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad⁷⁶

⁷⁵ Esta transformación absoluta se dio por primera vez en la Constitución de Brasil de 1988, un año antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Así, el art. 227 establece: “[e]s deber de la familia; de la sociedad y del estado, asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad u opresión.”

⁷⁶ Sobre los nuevos sistemas de justicia juvenil ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, en García Mendez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, págs. 29/70; también publicado en Revista “Justicia y Derechos del Niño”, Buenos Aires, UNICEF, Nro. 3, diciembre de 2001, págs. 9/36; y BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia. Análisis*

Existen tres áreas en las que en el marco de la doctrina de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil⁷⁷, la adopción internacional⁷⁸ y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuye haber llevado a cabo una conducta tipificada en el Código Penal.

Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad, acorde con la Convención, establece que estos deben responder en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de determinada edad⁷⁹. Se trata de un sistema de justicia especializado, completamente distinto del sistema tutelar, que al dejarlos bajo la tutela de un juez y considerarlos inimputables los priva de todos los derechos; es además un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos.

En cuanto a la política criminal, este sistema reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas⁸⁰.

Los adolescentes sólo pueden ser juzgados por tribunales específicos y bajo procedimientos especiales. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y que permita instancias conciliatorias a lo largo de todo el proceso, no para desconocer las garantías como en el modelo anterior sino para permitir una solución real al conflicto.

En un sistema de este tipo, la responsabilidad del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. El catálogo de esas

crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalma, Bogotá, 1998. Del mismo artículo, versión corregida y actualizada en *Infancia, Ley y Democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, 2da. ed. aumentada y actualizada, Temis/Depalma, Bogotá, 1999, entre otros.

⁷⁷ Ciertos movimientos sociales de infancia —sobre todo en los países andinos— consideran que en la Convención se reconoce “el derecho del niño a trabajar”. Sin embargo, no se puede extraer de la CDN tal conclusión. El ideario sobre el cual la CDN está montada se corresponde con el de la socialización de un niño occidental, básicamente de países desarrollados, a través de la escuela y la familia. Si el niño tiene derecho a ir a la escuela, a descansar y a jugar tal como la CDN lo reconoce expresamente, no hay espacio para el reconocimiento del derecho a trabajar ni en términos prácticos ni en términos teóricos. Lo que sí garantiza el tratado es el derecho de los niños a no ser explotados laboralmente (cf. art. 32).

⁷⁸ Ver por ejemplo art. 21 de la CDN. Al ratificarla, por ley 23.849, Argentina hizo una reserva en relación con los incisos b, c, d y e de ese artículo, manifestando que los mismos “no regirán en su jurisdicción por entender que para aplicarlo, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño (...) a fin de impedir su tráfico y venta”.

⁷⁹ Piénsese en las mujeres por ejemplo que durante mucho tiempo no podían “cometer delitos”. Si una mujer realizaba una conducta penalmente disvaliosa, ésta era explicada como un trastorno orgánico hormonal pero nunca como delito. Es del caso recordar el reclamo de Olympe de Gouges al derecho a la tribuna y al patíbulo, reclamo que parece anticiparse a la tesis hegeliana de la pena entendida como un derecho para el reo, pues es honrado en su ser racional. Un cuidadoso análisis sobre este aspecto ver GRAZIOSI, Marina, *Infirmitas sexus*, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, 1999-A, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

⁸⁰ Cfr. art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.

medidas se extiende desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de arresto domiciliario o privación de la libertad en institución especializada. En este sistema la privación de libertad en centro especializado es una medida excepcional, *ultima ratio*, que en todos los casos debe dictarse por tiempo determinado y más breve posible, sólo frente a la comisión de un delito gravísimo.⁸¹

	MODELO TUTELAR O DE DE LA SITUACION IRREGULAR (PRE-CDN)	MODELO DE LA PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS (POST-CDN)
Marco teórico	escuela etiológica	escuela de la reacción social
Características del destinatario de las normas e instituciones	<ul style="list-style-type: none"> - “menores” - incapaces - objetos de protección - infancia fragmentada - no importa la opinión del niño 	<ul style="list-style-type: none"> - niños y jóvenes/adolescentes - personas en desarrollo - sujetos de derecho - universalidad de la categoría de la infancia - es central la opinión del niño
Supuestos que habilitan la intervención estatal	<ul style="list-style-type: none"> - “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular” o “circunstancias especialmente difíciles” - “menor en situación irregular” 	<ul style="list-style-type: none"> - derechos amenazados o violados - adultos, instituciones y servicios en situación irregular
Características y rol del juez	<ul style="list-style-type: none"> - juez ejecutando política social / asistencia - juez como “buen padre de familia” - juez con facultades omnímodas 	<ul style="list-style-type: none"> - juez en actividad jurisdiccional - juez técnico - juez limitado por garantías
Características de la respuesta estatal	<ul style="list-style-type: none"> - centralización - lo asistencial confundido con lo penal - judicialización 	<ul style="list-style-type: none"> - descentralización - lo asistencial separado de lo penal - desjudicialización

⁸¹ Los delitos graves deben estar taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones de la palabra “grave” que afecten el principio de excepcionalidad, como sucede en algunos países.

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de “protección”	<ul style="list-style-type: none"> - protección que viola o restringe derechos - internación 	<ul style="list-style-type: none"> - protección que reconoce y promueve todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos - no hay intervención estatal coactiva
Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad	<ul style="list-style-type: none"> - “menor abandonado / delincuente” - derecho penal de autor - imputados de delitos como inimputables - sistema de tradición inquisitiva - se desconocen todas las garantías - prevención especial - privación de libertad como regla - medidas por tiempo indeterminado 	<ul style="list-style-type: none"> - desaparece ese determinismo - derecho penal de acto - responsabilidad penal juvenil (consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos) - justicia especializada - procedimientos especiales - sistema acusatorio (oral y contradictorio) - se reconocen todas las garantías, más garantías específicas - privación de libertad como excepción, por tiempo determinado y el más breve posible, y sólo para infractores graves - otras sanciones/ medidas por tiempo determinado

3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como herramienta para promover cambio social

Sin duda, ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni el tratado ni las leyes nacionales producidas tras la incorporación de la Convención al derecho interno, cambian automáticamente la realidad. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social. Pero lo que es claro es que sin un marco de legalidad y sin un diseño institucional que legalice y legitime las políticas, prácticas y abordajes de protección integral de los derechos de la infancia, la discusión genera un *plus* de dificultad porque obliga a trabajar desde la para-legalidad⁸². Es necesario contar con leyes

⁸² Utilizo este término y no hago referencia a la ilegalidad de las leyes porque, en última instancia, la protección integral de la infancia es un mandato constitucional en cualquier país latinoamericano por más que las leyes tutelares de menores no hayan sido modificadas. Las

cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados para que los derechos de la infancia sean exigibles, además de, por principio, porque la ley contiene —o debería contener— más allá de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacer efectivos esos derechos. Indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia que permitan a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral. De ahí la importancia del marco legal.

Veamos un ejemplo. El art. 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), de 1996, de Costa Rica, indica que el 7% de los impuestos recaudados deben ser transferidos enteramente al PANI en el mes de enero de cada año. El gobierno no transfirió esos fondos desde que la ley entró en vigencia, acumulando una deuda de más de 42 millones de dólares con la niñez más pobre de ese país. Frente a ese incumplimiento, Casa Alianza —organización gubernamental encargada de la niñez y la adolescencia en Costa Rica— inició una acción constitucional ante la Sala Constitucional que el 1 de marzo del 2002 ordenó al gobierno de Costa Rica pagar los fondos adeudados e incluir la asignación legalmente prevista en el presupuesto ordinario anual de la República. Asimismo, la Sala advirtió al Ministro de Hacienda sobre la posibilidad de enfrentar cargos criminales si no acataba el fallo.⁸³

Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, la protección a la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones. La reciente historia latinoamericana demuestra que para que esta situación comience a modificarse, la ley cumple un rol central. En los estados populistas —como algunos de los implementados en el contexto latinoamericano en los años 50— la “protección” a la infancia se traducía en políticas asistenciales canalizadas mediante políticas sociales universales. Hoy estas políticas de ciudadanía reclaman en las nuevas leyes y en la realidad social mecanismos de exigibilidad para la plena vigencia de los derechos que sean fácilmente apropiables por los destinatarios, fundamentalmente, niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño se convirtió —probablemente a pesar de ella misma y de quienes la escribieron⁸⁴— en un diseño utópico; no en el sentido de utopía regresiva, sino en un texto, en una narrativa que nos habla de cómo queremos que el estado —y el mundo adulto en general— se relacione con la infancia. Su impacto a través de reformas legales en América Latina permite advertir cómo la ley incide directamente para que la realidad de la vida de los niños se acerque un poco a ese diseño utópico.

En ocasión de recibir el Premio Nobel, en 1982, Gabriel García Márquez, en relación con la miseria y la pobreza, decía que se sentía con el derecho de creer que todavía no era demasiado tarde para emprender la creación de una utopía contraria a la que nos estaba siendo impuesta, "(...) una nueva y

reformas legales son un imperativo constitucional porque las leyes tutelares de menores son inconstitucionales.

⁸³ Tanto el funcionario que al momento de dictarse el fallo se desempeñaba como Ministro de Hacienda como su predecesor, fueron denunciados penalmente por Casa Alianza.

⁸⁴ Cf. BELOFF, Mary, *Hay algo más allá de la Convención...*, *op cit.*

arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”⁸⁵. La Convención se ha constituido en esta segunda oportunidad y es nuestro deber —en este caso, de los juristas— trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda.

⁸⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *La soledad de América Latina*, Discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982.

**UNIDAD I: EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO
PERUANO**

2) BARATTA. Alesandro. Infancia y Democracia. En, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Páginas 27 a 54.

INFANCIA Y DEMOCRACIA

Alessandro Baratta

Sumario: 1 Democracia y políticas públicas para la protección de los derechos del niño; 2 Infancia y democracia: relevancia y exclusión; 3 Libertad, participación y representación. El derecho a expresarse y ser escuchado en el sistema de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 4 Desarrollo humano y política de los derechos. La infancia como el futuro de la democracia; 5 La dimensión reflexiva del desarrollo: el saber científico y la representación de las necesidades en el sistema democrático.

1. Democracia y políticas públicas para la protección de los derechos de los niños

El contexto democrático de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños adquiere un sentido y una relevancia diferente, por un lado, si los niños son o no son considerados parte integrante en las relaciones de democracia y, por el otro, según como sean entendidas las relaciones entre los niños y los adultos.

El concepto de democracia puede ser articulado en una doble dimensión. Desde el punto de vista de las relaciones entre sujetos podemos distinguir una dimensión social y una dimensión institucional de la democracia¹, según se consideren las instituciones de la sociedad civil (familia, escuela, asociaciones) o las instituciones del Estado o del orden jurídico internacional (Estado o entidades territoriales públicas e instituciones de la comunidad internacional). Desde el punto de vista de la extensión territorial podemos distinguir un nivel local, un nivel central (nacional) y un nivel global (internacional) de la democracia.

Tomando en consideración estas dos diferentes articulaciones podemos llegar a seis diferentes dimensiones de la democracia y seis correspondientes aspectos de las relaciones funcionales entre el contexto democrático y las políticas públicas. Antes de examinar estas dimensiones y estos aspectos es oportuno hacer algunas consideraciones generales con respecto a la implementación de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños en relación con la acción positiva del Estado (derechos de prestación). Una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 exige -según mi opinión- que se supere el límite sugerido por el tenor literario del primer párrafo "en todas las medidas concernientes a los niños", asumiendo que normalmente todas las medidas "tomadas por instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" tienen directa o indirectamente relevancia para los niños. De esta manera, el criterio del "interés superior del niño"² se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Esto quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente sólo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos los actores potencialmente competentes.

La diferencia entre lo público y lo privado no coincide necesariamente con la que existe entre sujetos públicos y privados. Las actividades de sujetos privados pueden cumplir o contribuir a cumplir funciones públicas. La participación de la sociedad civil en las políticas sociales es un momento esencial en el desarrollo de la democracia participativa y puede jugar un papel trascendente en las políticas de protección de los derechos de la infancia.

Consideradas en todo su repertorio, las políticas públicas de protección de los niños en el marco de la Convención se distribuyen en cuatro niveles. Estos se presentan -como lo ha mostrado García Mendez³- en la forma de una pirámide cuya área disminuye cuanto más nos desplazamos desde la base hacia la

cúspide. La sección más ancha está representada por las políticas sociales básicas (escuela, salud). En el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto); más arriba las políticas correccionales (medidas socio-educativas de respuesta a la delincuencia juvenil), y finalmente las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños.

El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y que con respecto a éstas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la Convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos.⁴ Las normas de la Convención ofrecen ejemplos elocuentes de una concepción dinámica de la igualdad⁵ en relación con las reglas del Estado de bienestar y de la solidaridad internacional⁶ (que apunta a una clase diferente de globalización de la que conocemos hoy).⁷

El catálogo de los derechos fundamentales del niño contenido en la Convención obliga a los Estados-parte a proteger estos derechos y es quizás el más amplio que se encuentra en vigencia hasta ahora, debido a la manera detallada y específica como está formulado. La cláusula de reserva introducida por el artículo 41 permite considerar a este catálogo como una versión ampliada y corregida de conformidad con el interés superior del niño. Esta cláusula permite que prevalezcan todas las normas nacionales o internacionales -anteriores o posteriores a la Convención- aplicables en un Estado-parte que sean más favorables al niño⁸. La cláusula se aplica por supuesto a cada documento del derecho internacional o nacional en el cual están definidos y protegidos los derechos humanos y fundamentales, independientemente de la edad de las personas que gozan de estos derechos. De esta manera, la Convención hace explícita la relevancia de todo el sistema de los derechos humanos y fundamentales para los niños, acabando con la toda posible duda sobre este aspecto fundamental.

La extensión del catálogo de los derechos de prestación por parte del Estado en la Convención no es solamente debida a la amplitud y especificidad sino también al hecho de que una parte de los derechos civiles y de libertad de que los niños gozan en el sistema de la Convención no están contemplados solamente de manera negativa, es decir, como derechos de protección⁹ sino que se añaden derechos complementarios de prestación por parte del Estado.¹⁰ La protección de los derechos del niño en relación a violaciones por parte de terceros se encuentra fortalecida a través de una serie de normas específicas que dan forma a un grupo particular de derechos a la protección proactiva o reactiva por parte del Estado respecto de estas violaciones¹¹. Si le añadimos a los grupos de derechos considerados hasta ahora, todos los derechos de prestación por parte del Estado establecidos en la Convención¹², las normas que prevén lo relativo al conflicto con la ley penal¹³ así como el volumen de las políticas públicas que el Estado tiene que desarrollar, entonces la cuestión de los recursos humanos y financieros se convierte en una cuestión crucial para las políticas públicas de protección de la niñez. Esas observaciones ilustran las razones por las cuales el contexto democrático tiene que ser considerado como la premisa básica en el momento de definir estrategias adecuadas de implementación de los derechos de los niños establecidos en la Convención. Quiero indicar estas razones utilizando como referencia las seis dimensiones del concepto de democracia indicadas precedentemente. Comenzaré con las dimensiones sociales.

1. El principio de la municipalización y de la participación en las políticas públicas (que ha sido formulado en el "Estatuto del Niño y el Adolescente" de Brasil) ¹⁴ es un excelente ejemplo de traducción legislativa de la Convención, que puede ser cumplido con éxito solamente si la red de las relaciones democráticas de poder y de participación están desarrolladas de manera suficiente en la comunidad local. Por otro lado, la experiencia ha mostrado que las necesidades de los niños y la percepción de estas necesidades y derechos pueden volverse un momento constructivo y evolutivo de la cultura de la democracia y de la legalidad democrática al interior de la comunidad local.

2. Al nivel central de la dimensión social, es necesario enfatizar el papel de las asociaciones de la sociedad civil y la importancia de la forma democrática de su estructura organizacional, así como de la participación y del control popular sobre los procesos de producción e implementación de la ley en el campo de los derechos de los niños que se llevan a cabo a través de ella. A este nivel, la discusión política de base sobre los temas de los derechos de la infancia puede convertirse también en un elemento importante de la consolidación democrática y política de la sociedad.

El pluralismo y el control democrático de los medios de comunicación, así como la libertad de acceso a ellos, son factores esenciales para la formación de una opinión pública crítica y la liberación de una imaginación social capaz de proyectarse más allá de lo existente.¹⁵

Es importante considerar la democracia social al nivel nacional también como pluralismo étnico y cultural, como respeto por las minorías y como la capacidad de aprender de ellas. Si esta dimensión de la democracia social se encuentra suficientemente desarrollada, también será posible una política de implementación de los derechos de los niños coherente con su identidad cultural y étnica¹⁶. El respeto de la identidad cultural y étnica del niño es, a su vez, una condición para la existencia y la reproducción de esta dimensión pluralista de la democracia social¹⁷.

3. Consideremos ahora la dimensión política de la democracia en su nivel local.

En el presente proceso de transformación del Estado y de crisis de su soberanía, condicionada por la rápida globalización del sistema económico y de su estructura decisional, somos testigos de una creciente localización del sistema político y de una revaluación de la autonomía local, centrada sobre todo en la ciudad y el municipio. En lugar de una descentralización tecnocrática -un movimiento del poder desde arriba hacia abajo- es importante resaltar el fenómeno de la localización en sus aspectos más nuevos y prominentes cuando esta toma la forma de una descentralización democrática, de una reforma de la estructura del poder a través de un movimiento desde abajo hacia arriba. Este movimiento se expresa en tres fenómenos: el federalismo, las políticas públicas locales participativas y las redes de ciudades y municipios para la coordinación horizontal de específicos sectores de las políticas locales.

Es extremadamente importante, en mi opinión, tomar en consideración esta tendencia y la potencialidad de reagregación de la estructura política de la comunidad que ella representa, siendo las condiciones a nivel local, hoy en día, generalmente más favorables para este proceso de reagregación que a nivel central. Una parte de las estrategias de implementación de la Convención podría y debería ser insertada en este

proceso de localización. Esto es, entre otras cosas favorables al desarrollo de experiencias multiagenciales e interinstitucionales, que pueden enriquecer la democracia política y hacer más eficaces las políticas públicas de protección de la niñez a nivel local. A este nivel, el potencial de las políticas públicas dirigidas a la implementación de la Convención está bien lejos de estar agotado, tanto en América Latina como en Europa¹⁸.

La importancia adquirida por la democracia local y la crisis de la soberanía de los estados nacionales no significan que su papel para la realización de las políticas públicas sea hoy en día menos importante. Los cambios posibles resultantes del federalismo y de la localización pueden modificar las formas de intervención de las instituciones de los estados nacionales, pero no disminuir su importancia. Las políticas locales de *empowerment* y de desarrollo alternativo exigen no un estado débil, sino un estado fuerte, un estado que puede y está dispuesto a apoyar las políticas locales a través de la acción legislativa financiera y técnica.

4. Es a nivel central, más bien que al local que emerge el problema central del estado social: la financiación de las políticas públicas. Este problema se ha agravado dramáticamente a raíz de la crisis de esta forma de Estado. La doctrina del derecho constitucional considera los derechos fundamentales de prestación por parte del Estado -como son los derechos económicos, sociales y culturales- sujetos a una cláusula general de reserva concerniente a lo económicamente posible¹⁹.

Esta reserva parecería limitar la obligación del Estado de asegurar la implementación de políticas adecuadas. La Convención hace referencia explícita a esta reserva²⁰.

No obstante, no es correcto interpretar esta cláusula de reserva de una manera que pueda proporcionar una coartada o una legitimación por el incumplimiento de las obligaciones del Estado. Una adecuada interpretación de esta cláusula de reserva que tome en serio los derechos fundamentales de los ciudadanos, supone que ésta solamente tiene vigencia cuando el Estado haya agotado todas sus posibilidades de cumplir su obligación de procurar los recursos necesarios, a través de los instrumentos de la política fiscal y financiera²¹. En general, la reserva no debería aplicarse, si el Estado no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles.

Por otro lado, no sería correcto colocar todas las variables de las cuales dependen los problemas de la financiación de las políticas públicas solamente al interior del ámbito de acción del Estado. En efecto, las variables fundamentales se encuentran en el desarrollo económico mundial y en su relación de complementariedad o de oposición con respecto al desarrollo humano, es decir, al sistema de las necesidades humanas y de los derechos fundamentales²². Las cuestiones concernientes a la igualdad social y a la justicia y las relativas al desarrollo económico y humano son estrictamente interdependientes. Ambas escapan ampliamente al sistema decisional interno del Estado y son sólo de manera insuficiente controlables a través de las formas existentes de organización y cooperación internacionales. La tarea de la democracia estatal termina ahí donde comienza la de la democracia internacional. 5. A nivel global, es en las dimensiones social e institucional donde se encuentra el déficit más grave de democracia: es especialmente aquí que necesitamos realmente la democracia. La creciente interdependencia de las sociedades

nacionales y los estados está acompañada del crecimiento en lugar de la disminución, de las diferencias entre riqueza y pobreza. El "crecimiento" económico de la aldea global y la universalización del mercado no parecen tener un impacto positivo sobre la tragedia global de la infancia. Los niños pagan más que ninguno las distorsiones del desarrollo, con la pobreza absoluta (doscientos cuarenta millones de niños), el hambre, las enfermedades (cuarenta mil niños mueren diariamente en el mundo). En un "desarrollo" económico que se encuentra estructuralmente separado de las necesidades humanas, la lógica del mercado imposibilita a veces la producción de alimentos, debido al hecho de que las necesidades humanas no se convierten necesariamente ni en demanda de mercancía ni en prioridades de producción. Si observamos la comunidad internacional en su dimensión social, ella asemeja una oligarquía anárquica, en la que el poder real está altamente concentrado en pocas centenas de grupos de poder financiero en competición los unos contra los otros, y cuyo volumen de actividades económicas ha sobrepasado la suma del presupuesto de la mitad de las naciones existentes en el mundo.

La capacidad técnica y financiera de intervención de la comunidad internacional para sustentar las políticas públicas dirigidas a la implementación de los derechos de los niños se encuentra todavía desproporcionalmente débil frente a la dimensión de las necesidades.

El discurso que se acaba de abrir sobre la dimensión institucional de la democracia en el nivel internacional es demasiado complejo para poder desarrollarlo exhaustivamente en el presente contexto. Quiero en este trabajo limitarme a indicar tres posibles direcciones.

En primer lugar, así como en el nivel local y nacional, el fortalecimiento de la democracia de la estructura del poder en el nivel global, es una condición que no puede ser descuidada en el proceso de definición de las estrategias para una política de implementación de la Convención.

En segundo lugar, el control de las condiciones "globales" de la implementación de la Convención y no solamente las acciones estructurales o emergenciales de protección de los derechos del niño, se encuentran bajo la competencia y la responsabilidad de todas las instituciones del derecho y de las políticas internacionales que sean capaces de tener un impacto sobre estas condiciones. Las más generales e importantes entre estas condiciones son la paz y el orden económico internacional. La Convención contiene una referencia implícita a ambas.

Con respecto a tareas como estas es indispensable una ampliación de los recursos, un crecimiento de la organización y un fortalecimiento del poder de aquellas instituciones y organizaciones internacionales que tienen competencia para controlar las dos condiciones indicadas anteriormente. Sin embargo, su democratización es el presupuesto necesario, pero no suficiente, si no es acompañado de otras transformaciones cualitativas del ámbito de acción de las instituciones en la comunidad internacional y de su capacidad de incidir sobre la realidad. Sin la paz y un orden económico capaz de asegurar que la producción y la distribución de la riqueza sean orientadas a las necesidades humanas y al desarrollo social, no existen las condiciones estructurales y financieras necesarias para la implementación de la Convención.

Asegurar la paz en un orden económico justo supone que el ordenamiento y las organizaciones internacionales ejerciten un control justo y eficiente sobre los centros de poder que actúan en el marco de la sociedad civil global y que se han emancipado ampliamente del control de los estados y parcialmente controlan a los estados mismos. Ello hace inevitable un reexamen crítico de las relaciones de subsidiariedad entre los estados y la comunidad internacional²³. La manera restringida e insatisfactoria como la Convención ha llamado, hasta ahora, a la colaboración internacional y a la intervención de la

Organización de las Naciones Unidas con respecto a la financiación²⁴ y el control de las políticas estatales²⁵, representa un signo de la necesidad urgente de llevar a cabo este reexamen.

2. Infancia y democracia: relevancia y exclusión

A fin de dar un paso hacia adelante, sobre un tema fundamental, como el que estamos enfrentando, muchas veces nos vemos obligados a relativizar el significado de algunos axiomas con los que estábamos acostumbrados a convivir. Este es el caso de dos proposiciones que se volvieron clásicas en el discurso sobre los derechos de la infancia.

Se ha dicho: "la democracia es buena para los niños"²⁶. Otros han replicado: "los niños son buenos para la democracia"²⁷. Debo confesar que ni yo mismo que he usurpado estas eficientes formulaciones, me había dado cuenta de que ellas, en su oposición y complementariedad, testimonian simultáneamente la actual importancia del tema infantil dentro del sistema democrático y la histórica exclusión de los niños y de los adolescentes del concepto de los programas de acción de la democracia.

La crisis de los regímenes autoritarios, primero en Europa, entre finales de los años cuarenta y finales de los setenta, y después en América Latina, a finales de los años ochenta, ha permitido, entre otras cosas, medir empíricamente la importancia del restablecimiento y del desarrollo del estado democrático de derecho para el reconocimiento normativo y la real protección de los derechos de los niños y de los adolescentes, a nivel internacional y nacional. En diversos países latinoamericanos, el tema de la infancia ha sido en el transcurso de los últimos diez años, objeto y motor de una movilización de la sociedad civil y del proceso democrático.

Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas.

En esta doctrina, tal como sabemos, ya no se ve al niño como objeto de protección-represión por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios con respecto a esas instituciones. Por otro lado, y en relación con la histórica exclusión, es posible mencionar que la titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia. Esta cobertura requiere que ellos sean parte, como sujetos activos, de lo que propongo llamar "relación social o política, de autonomía, democracia y de auto-gobierno". La relación es social cuando se refiere a las instituciones de la sociedad civil, como por ejemplo la familia, la escuela, la fábrica, las asociaciones; es política cuando se refiere al Estado y a otros entes políticos territoriales como son la provincia, la municipalidad, el barrio. La relación es de autonomía cuando se refiere a las reglas sobre la base de las cuales se pueden tomar decisiones en nombre de la colectividad; y es de auto-gobierno cuando se refiere a la competencia de determinadas personas de decidir en nombre colectivo o a la participación directa en opciones colectivas. La relación social o política de autonomía y de auto-gobierno también podría ser denominada más sintéticamente relación social o política de democracia. Una clase de sujetos está en una relación de democracia social o política con otros sujetos cuando el consenso de los miembros de la clase resulta determinante para la producción o para la validez de las reglas que disciplinan las decisiones en nombre colectivo, en una determinada institución de la sociedad civil, en el Estado o en otro ente político territorial y pueden participar en la toma de decisiones, directamente o por representación. Como se puede observar, esta definición abarca ambos polos, sólo aparentemente opuestos, entre los cuales se pueden ubicar las actuales teorías de la democracia: el polo formal-procesal²⁸ y el polo substancial-participativo²⁹.

Adoptando una definición como la arriba indicada, democracia es más un "tipo ideal" que un concepto clasificatorio. Un tipo ideal no describe sino que estiliza la realidad, indicando un criterio regulativo, es decir, una meta a través de la cual resulta posible interpretar diversas fenomenologías de la sociedad civil y de los entes políticos territoriales, así como sus procesos evolutivos en curso, valorándolos según la mayor o menor aproximación al tipo. Es también evidente que el grado de aproximación entre la sociedad latinoamericana y la europea puede variar fuertemente, incluso en un mismo país, según las distintas instituciones y entes territoriales, la clase de sujetos (hombres y mujeres, blancos y de color, ricos y

pobres, nacionales y extranjeros, adultos y niños) y el período histórico examinado, así como según la combinación de esas variables.

Volvamos la vista a nuestras dos valiosas proposiciones: la democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia. Sin embargo, esto no significa necesariamente que los niños y los adolescentes sean sujetos de relaciones sociales o políticas, de autonomía y de autogobierno.

En realidad, tomadas en su tenor literal, nuestras dos proposiciones hablan más que todo de una relación funcional externa de importancia entre niños y democracia: en general, no señalan que el progreso de la democracia puede favorecer la participación de los niños y adolescentes en actividades de democracia social y política, ni tampoco que la democratización de la relación entre niños y adultos, en general, puede favorecer el progreso de la democracia. No se trata de una relación funcional entre el sistema democrático y uno de sus subsistemas, sino de la importancia recíproca entre el sistema democrático y el sistema de la infancia, que comprende el interés superior y los derechos de los niños. Pero ese interés, con esos derechos, corresponden necesariamente a su participación democrática en el ámbito social y en el ámbito político.

Consideremos ahora dos axiomas no menos conocidos que los que hemos encontrado hasta el momento: "del niño y adolescente hacia el menor"; "del menor hacia el ciudadano"³⁰.

Con el primero es como si pasara frente a nuestros ojos un siglo de institucionalización y de exclusión del sistema normal escuela-familia, de una significativa minoría de niños y adolescentes, en Europa, o incluso de la mayoría de ellos, como ocurre en algunos países de América Latina. El segundo axioma, al contrario, sugiere la transición desde el paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral de niños y adolescentes, la cual fue adoptada por las Naciones Unidas a través de la Convención de 1989 y sus antecedentes. Precisamente, la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los "menores" de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y de reintegrar a los "menores" en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de la infancia y la adolescencia.

La doctrina de protección integral, que encontró su espacio en la Convención y en los documentos de Naciones Unidas que la han precedido, constituye también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa. No sólo cambió profundamente el concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje, lo cual constituye una señal relevante de la transformación en el plano normativo. Se habla y se escribe siempre menos de "menores", y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos.

Cuando usamos la fórmula "del menor hacia el ciudadano", nos colocamos frente a un proceso en curso, no cumplido aún. Este carácter abierto del proceso no se refiere solamente, como es obvio, a la implementación en la realidad fáctica de las normas internacionales y nacionales y de los principios teóricos en los cuales se expresa la nueva doctrina; sino que también se refiere a la producción normativa y doctrinal. En ese sentido (y para usar otra feliz expresión del mismo autor de aquella fórmula), cuando decimos "del menor al ciudadano", estamos expresando "nuestra memoria del futuro"³¹. Aún cuando el "menor" vuelva a ser niño no se convertirá, solamente por eso, en un ciudadano. Permanezcamos en el nivel normativo: ¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la Convención? La respuesta a esta pregunta nos permitirá establecer si en esta memoria del futuro existe más memoria o más futuro.

Resulta importante establecerlo para saber cuán largo es el camino que tenemos frente a nosotros en lo que se refiere a las normas y a la doctrina.

3. Libertad, participación y representación. El derecho a expresarse y

ser escuchado en el sistema de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales. En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política³². Por otro lado, como veremos a continuación, el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales.

La ciudadanía no es idéntica a la democracia, pero no puede existir ciudadanía sin democracia, y no puede existir democracia sin ciudadanía. La ciudadanía comprende las relaciones políticas de autonomía y auto-gobierno, pero no las sociales o por lo menos, no directamente. Sin embargo, en una sociedad compleja y pluralista, como la nuestra, la democracia política no es posible sin la democracia social. Un ciudadano que goce de derechos democráticos en la esfera política (con capacidad de influir con sus opiniones y con sus decisiones sobre la comunidad), pero que resulta sujeto de relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (la familia, la escuela, la fábrica o en las asociaciones civiles o religiosas en las cuales participa) será un ciudadano a medias. No obstante, es difícil plantearse hipotéticamente esa situación porque sin poder social no puede existir poder político.

Esto fue ampliamente reconocido en la teoría del *empowerment*. Con referencia a los estratos más pobres de la población John Friedmann, que desarrolló esta teoría en el campo político, demostró cómo la exclusión política de los individuos pertenecientes a esta clase está condicionada por su exclusión social. "Es la pobreza -escribe él- la que efectivamente los excluye del pleno ejercicio de sus derechos políticos". La estrategia del desarrollo alternativo, que el autor propone aquí y que se basa en su larga experiencia en programas de desarrollo en América Latina y otras partes del mundo, está fundada en el incremento del poder social y en la transformación de este último en el poder político, comenzando con el fortalecimiento de la capacidad económica y comunicativa de los pobres, a partir del núcleo familiar y de la comunidad local. Esta es según Friedmann, la vía principal para realizar el modelo de la "democracia inclusiva".

Pero esta no es otra cosa que la efectiva extensión de la ciudadanía activa, es decir, de la participación de todos los individuos en las decisiones en la esfera social y política, de las cuales dependen sus condiciones de vida. La historia de la democracia, en América Latina y en Europa, es ciertamente también la historia de su futuro. La reflexión sobre ella permite generalizar la teoría política del *empowerment* a todas las categorías de sujetos excluidos, de hecho o de derecho, del pleno ejercicio de los derechos políticos, es decir, gravemente limitados en su estatus de ciudadano. Se trata de una historia antigua, como antigua es la historia occidental; sin embargo, su última y decisiva fase empezó con la teoría y la praxis del pacto social propio de la modernidad. En otros trabajos he mostrado como se puede considerar este pacto como un pacto de exclusión ya que en realidad, a pesar del potencial universal declarado de su principio, fue un pacto entre individuos del género masculino, adultos, blancos y propietarios para excluir del ejercicio de la ciudadanía en el nuevo Estado que nacía con el pacto, a mujeres, niños, personas de color y desposeídas, es decir, propietarios de nada más que de su fuerza de trabajo. El desarrollo del pacto social moderno en la constitución formal y material de los países de América Latina y Europa, está marcado por las luchas de los excluidos y de aquellos que han tomado partido por ellos, para la integración de éstos en la ciudadanía y en la democracia. La historia y el futuro de la democracia tiene su norte en el pasaje de la exclusión a la inclusión, en la transformación del poder de un

movimiento que va de arriba hacia abajo en un movimiento que va de abajo hacia arriba, es decir, en la extensión de la base social del ejercicio y de la legitimación de las decisiones tomadas en nombre colectivo.

Esta historia no es una historia homogénea porque el proceso democrático fue hasta hoy discontinuo y fragmentado, tanto con respecto a los grupos de sujetos como a las áreas geográficas. Asimismo hay algunos elementos fundamentales de unidad, que dependen sobre todo de la relación funcional entre aquello que se suele denominar "centro" y lo que se denomina "periferia" de la formación económico-social capitalista que los abarca a ambos. Las diferencias en el desarrollo de la democracia en América Latina y Europa son notables, pero no me ocupare aquí de ellas, sino que me referiré a las diferencias existentes entre los grupos de sujetos. Por lo menos existen tres diferencias que desarmonizan, por no decir que tornan anómalas, la historia de los niños en el camino hacia la democracia, con relación a la historia de todos los otros grupos de sujetos.

En primer lugar, la exclusión de los niños del pacto social en la actualidad se da como una exclusión explícita y programada del pacto social de la modernidad: una exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho sino también de derecho. Los niños y adolescentes, como todos los seres humanos, tienen acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en las declaraciones de derechos humanos. No obstante, ellos no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad, ni la obligación natural de serlo. Esto resulta, claramente, de la diferenciación entre seres racionales e irracionales, que constituye un fundamento ontológico y ético de las teorías del derecho natural y del contractualismo en la modernidad: por un lado están los adultos y por el otro, los niños y los animales. Todos los seres vivientes, o todos los entes, en cuanto centro de vida y de existencia son centros de valor, pero solamente los seres humanos adultos son personas sujeto del ordenamiento jurídico y moral.

Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él. Aquello que para todas las personas excluidas del pacto parece ser una contradicción, para los niños es una situación normal, pero que los excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. El camino de los derechos que tienen los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno. La segunda anomalía consiste en que la lucha de los niños por su derecho a la igualdad esté desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. El reconocimiento de su diferencia de género, de cultura y de posición en el mundo de la producción es el momento culminante en la lucha de los otros excluidos por la igualdad.

Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente -como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención-, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una

separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal, -a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios- de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria -retomando la metáfora de Antonio Carlos Gomes da Costa- hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho.

La tercera anomalía es que la lucha por los derechos de los niños y de los adolescentes, a diferencia de los otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos. Esta anomalía puede parecer una paradoja si pensamos que los adultos son los que ejercitan el poder sobre los niños y frente a los cuales se dirige la demanda de igualdad, de libertad, de integridad física y moral y de respeto en favor de los derechos de los niños.

Reivindicaciones semejantes han tenido éxito en los otros grupos, cuando se han dado las siguientes condiciones: **1)** cuando han sido liderados por sujetos que forman parte del grupo o de un sector significativo del mismo; **2)** cuando han sido liderados en forma colectiva y pública y **3)** cuando las reivindicaciones han transformado las necesidades en derechos; y finalmente **4)** cuando han existido acciones orientadas a contestar el poder de los grupos antagónicos. Así, la lucha de las mujeres se ha dirigido contra el poder de los hombres; los de las personas de color contra el poder de los blancos; los de los trabajadores contra el poder de los propietarios del capital³³.

Sin embargo, se debe tomar en consideración que actualmente la lucha por la emancipación y por la justicia ha perdido, por lo menos en parte, la dimensión del antagonismo específico, que fue la característica de la histórica lucha de clases, asumiendo aquella, más general, la de un movimiento por la emancipación de la subjetividad y por la transformación de la estructura propia del poder, como lo ha planteado Michael Foucault³⁴. A la luz de la teoría foucaultiana del poder y de la lucha por el poder, que tiene por objeto la transformación contemporánea, se pueda quizás entender la anomalía y la paradoja de la lucha de nuestros días por los derechos de los niños. En la lucha por los derechos de los niños a la cual estamos asistiendo en América Latina y en Europa, ellos no son protagonistas, sino destinatarios de esos derechos. Los niños no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado un discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos, a pesar de que hayan ocurrido experiencias aisladas de altísima calidad en este sentido (piénsese en el movimiento de los "pibes unidos" en Argentina y en Uruguay, en el de los "meninos da rua" en Brasil, en algunos movimientos de escolares en Europa)³⁵.

Las anomalías han condicionado fuertemente el movimiento por los derechos de los niños y sus actuales resultados. Los adultos que se han hecho cargo del movimiento, han dado un amplio espacio a los derechos civiles y a los derechos económicos y sociales de los niños, pero un espacio muy pequeño a los derechos políticos y de participación política.

Los adultos han reformulado las reglas del juego y los procedimientos a través de los cuales pueden ser tomadas decisiones de las que dependen directa o indirectamente las condiciones de los niños, pero no han admitido compartir con ellos el poder de formular

las reglas del juego y los procedimientos, de nombrar los representantes, o de participar directamente de las decisiones en nombre colectivo. Les han otorgado todos los derechos del ciudadano, salvo el de participar en el gobierno de la ciudad. La democracia se ha convertido en un límite de la ciudadanía de los niños, pero como veremos a continuación, la infancia se ha tornado la cuestión límite de la democracia. O para decir esto de otra manera, la democracia saldrá de la infancia sólo cuando haya comenzado a medirse con la cuestión infantil como una cuestión interna, no más como una cuestión meramente externa.

Ninguna de las grandes teorías contemporáneas de la democracia, de acuerdo con mis conocimientos, ha extendido a los niños y a los adolescentes el ejercicio de derechos políticos. La exclusión es formulada explícitamente tanto por Bobbio como por Dahl³⁵, cuyas posiciones se sitúan en los dos polos extremos de la entera gama de teorías. Por otra parte, en la atención que se ha dado a la relación externa entre democracia y derechos de los niños falta la simetría entre los dos grupos de escritores que se han ocupado de los respectivos temas: quien escribe sobre derechos de los niños habla sobre democracia, pero quien escribe sobre la democracia no habla de los derechos de los niños. Este límite histórico lo reencontramos incluso en el texto de la Convención de 1989. No obstante, tanto las grandes teorías sobre la democracia y sobre derechos políticos, como la Convención (si la consideramos en el contexto de una interpretación dinámica y sistemática³⁶) contienen elementos importantes para construir un discurso teórico y normativo que nos puede llevar más allá de este límite.

Examinemos la Convención, detengámonos ante todo sobre las huellas que este límite histórico ha dejado en ella. Estas huellas son evidentes, especialmente cuando inciden sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido por la Convención en el artículo 12 y otros artículos (considérese, en particular, el artículo 13.1). Conforme este principio, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión y, en tercer lugar a ser escuchado.

Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. El nuevo principio encuentra también expresión en el artículo 13.1; en el artículo 14.1 y en el artículo 9.2³⁷. Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos robustas baterías de normas.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño³⁸ o aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño³⁹. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no sólo al respeto de los derechos y de las libertades de los otros⁴⁰ -lo que es correcto-sino -lo que es dudoso- a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad nacional; la seguridad, la salud y la moral pública⁴¹.

Sin embargo, la Convención no establece solamente contrapesos y límites externos al derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su propia opinión y a ser escuchado: no menos relevantes son los límites internos a esto. Estos límites derivan, en primer lugar, de la articulación de estos tres diferentes derechos y de la forma en que son colocados en relación entre ellos en el artículo 12 de la Convención; en segundo

lugar, del bajo grado de intensidad que tales derechos tienen en la formulación de este artículo; en tercer lugar, de la función relativa que tienen en el sistema de la Convención con respecto al principio democrático.

Bajo el primer aspecto podemos observar que la extensión de los tres derechos disminuye en el pasaje del primero al segundo y del segundo al tercero. La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo en relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Debidamente, pero ¿en función de qué?. "En función de la edad y madurez del niño". Sin una interpretación garantista y global de la Convención, estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo -dicen los adultos- pero nosotros no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosle cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si este resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro⁴². Aún más restringido resulta el derecho de los niños de ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de "todo procedimiento judicial y administrativo". ¿Todo? Sí, pero, naturalmente, sólo aquellos que afectan al niño.

Bajo el segundo aspecto, la intensidad de los derechos previstos en el artículo 12 es notablemente baja. Sabemos por la doctrina de los derechos fundamentales, que su intensidad puede variar, según sea el caso. Que hay derechos fuertes y derechos débiles, que solo algunos de los derechos tienen la fuerza de los derechos "definitivos", según la expresión utilizada por Robert Alexy, es decir, de pretensiones que se pueden defender en juicio; que la intensidad depende también de la simetría o de la asimetría de las posiciones subjetivas del titular y del Estado, que resultan de la formulación de los derechos y por la aplicación a ellos de condiciones explícitas o implícitas, como la reserva de lo económicamente posible. Finalmente, sabemos que en general los derechos de prestación, aquellos que corresponden a una obligación positiva del Estado con respecto del titular, son derechos más débiles que aquellos de protección, los cuales corresponden a una obligación de no hacer del Estado (por ejemplo, abstenerse del prejuzgar la vida y la libertad del ciudadano). A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos "definitivos", son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio - artículo 17.1-), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella⁴³. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término "oportunidad" y no el término "derecho"⁴⁴.

Pero el tercer aspecto es el más importante, porque concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses.

No se extiende a los intereses generales, y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. La única vez que la Convención pone, de manera explícita, el ejercicio de los

derechos de libertad del niño en relación funcional con el principio de la democracia, es en el segundo párrafo del artículo 15; pero no para indicar la función democrática de la libertad del niño, en este caso la libertad de asociación, sino para permitir que se pongan, con respecto a esta libertad, las limitaciones "que sean necesarias en una sociedad democrática"⁴⁵.

Si la consideramos en el tenor literario del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño, también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad y en el Estado, como son aquellos previstos en el artículo 12, no como los derechos de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de auto-gobierno, sino que como aquellos de un ciudadano a medias, o mejor de un ciudadano potencial o futuro. Al niño mientras tanto, le estaría garantizado el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales, culturales (con las limitaciones y los contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero solo cuando se hubiere convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política.

4. Desarrollo humano y política de los derechos. La infancia como el futuro de la democracia

En mi opinión el futuro de la democracia, para utilizar el título de un conocido libro de Norberto Bobbio, está fundamentalmente vinculado al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. Mi tesis es que si en lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena. Una ciudadanía plena que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño. Por último, las diferencias en la forma del ejercicio de los poderes y de las funciones democráticas entre el niño y el adulto, por lo que concierne en particular a las posiciones de los niños y de los adultos en el funcionamiento del sistema de la representación política, están compensadas a favor del niño por el sistema de los derechos que se desprende de la Convención y por la centralidad del niño en una nueva fundación del Estado social y democrático de derecho. En este último sentido, el principio de la prioridad absoluta del niño no concierne solamente a la finalidad de un desarrollo alternativo sino a la forma misma, es decir la metodología comunicativa de este desarrollo, en otras palabras a la democracia inclusiva. En cuanto se refiere al primer punto, es oportuno tener en cuenta que la teoría más adelantada de los derechos fundamentales permite considerar el principio democrático como el enfoque central para su clasificación y sistematización en el marco del estado social de derecho. Tomamos como ejemplo, la sistematización propuesta por Klaus Stern. Si aceptamos como punto de partida una clasificación como esta, podemos establecer tres premisas importantes para nuestro discurso. En primer lugar, como ya se ha observado anteriormente, los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales son condiciones para el ejercicio del tercer grupo de derechos, los derechos políticos y de participación, sin que la vida, la libertad personal, la libertad de opinión y de asociación estén realmente garantizadas, sin que esté garantizado el desarrollo económico, social y cultural de los sujetos y de los grupos, el sistema de la democracia política no puede funcionar. En segundo lugar, es preciso recordar que es el ejercicio de los derechos políticos y de participación que condiciona y garantiza todos los demás derechos. Sin tener voz y acceso en el proceso de información, de comunicación, de decisión, en todas las esferas de la vida de la sociedad civil y del Estado, los sujetos y los grupos no podrían ejercer, en concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales.

El desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional en la familia, la escuela, la iglesia, las asociaciones políticas, económicas, culturales y deportivas, así como la participación activa de todos los ciudadanos en ellas, son indicadores de la libertad política en un país, no menos importantes y decisivos que la calidad y el buen funcionamiento de las reglas sobre las elecciones y el acceso a las funciones públicas.

De todo eso depende el ejercicio de lo que podríamos llamar "el uso público de la libertad". Por esto, los derechos de participación se encuentran en una fuerte interrelación funcional con los derechos de libertad y especialmente, con los llamados

derechos "comunicativos de libertad" que conciernen a la libertad de opinión, de información, de asociación y de reunión y de acceso a los medios de comunicación.

También dentro de la esfera pública del Estado y de sus entidades funcionales y territoriales, así como de las organizaciones intermedias, el espacio de la participación ciudadana tiene un significado importante para el desarrollo de la democracia participativa, lo que concierne, por un lado, a la dinámica de los procesos formalizados, semi formalizados o informales de interacción de la administración pública con la ciudadanía. Y por el otro, los llamados derechos fundamentales procesales que garantizan la participación y la representación del ciudadano en toda clase de procedimientos judiciales, de naturaleza civil, administrativa o penal. Así, en la clasificación de Stern, los derechos fundamentales procesales constituyen un cuarto grupo al que también se encuentran estrictamente vinculados con el tercero, el de los derechos políticos y de participación.

Mientras que con los clásicos derechos civiles y de libertad se realiza, según la terminología de Georg Jellinek, el *status negativus* y con los derechos de prestación el *status positivus* del ciudadano, con los últimos dos grupos de derechos se realiza su *status activus*⁴⁶. Es fácil darse cuenta, que estos tres *status* de la ciudadanía están estrechamente vinculados entre ellos y que en el modelo de la democracia inclusiva el *status activus* representa el momento culminante y decisivo, en el entero sistema de los derechos fundamentales. El análisis de la Convención permite establecer que el niño goza, no solo de manera plena sino de manera privilegiada con respecto a los adultos, de todos los derechos fundamentales con los que se realiza su *status negativus*, su *status positivus* y que, por lo que se refiere al *status activus*, el niño goza ciertamente de los derechos procesales fundamentales y de una parte importante de los derechos de participación.

La Convención reconoce al niño todos los derechos cuyo ejercicio constituye la condición para el ejercicio de los derechos políticos y de participación, así como en el caso de los adultos. La manera específica con la cual está construida la ciudadanía plena del niño en el sistema de la Convención, depende de la identidad diferente de los niños, en sus distintas fases de desarrollo, con relación a los adultos.

Mi segunda tesis, es que el reconocimiento de la diferente identidad se expresa en la forma específica, privilegiada y más intensa con la cual, con respecto a los adultos, se le reconocen al niño los derechos civiles y de libertad, los económicos, sociales, culturales, procesales y, en particular, los derechos comunicativos de libertad. Estas diferencias ventajosas para los niños son reconocidas, en parte, tomando en consideración las necesidades especiales de protección y de cuidado que el preámbulo de la Convención recoge de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Pero ellas también pueden ser interpretadas a la luz de las prerrogativas positivas del niño y de sus capacidades y no solamente de su debilidad y de su falta de madurez física y mental.

La tercera tesis, es que las ventajas de protección de las que goza el niño con relación a los adultos en los tres grupos de derechos fundamentales así como las prerrogativas de sus derechos de participación en los procesos comunicativos y decisionales compensan las disminuciones que afectan al niño a raíz de su distinta identidad y su específica colocación en el contexto de los derechos políticos clásicos. De esta tesis derivaría que la ciudadanía del niño, su participación activa en la democracia social y en la democracia política es diferente, pero no menor que de la de los adultos. Fundamentar estas tesis supone reconstruir el sistema de los derechos formulados en el artículo 12 de la Convención de manera opuesta a la anteriormente indicada, que deriva de una

interpretación literaria y estática, con el resultado de dar la máxima extensión y un significado nuevo y fundamental al derecho del niño a ser escuchado. Para reflexionar en esta dirección, es necesario proporcionar al uso de la libertad a la cual se refiere el artículo 12 un sentido más amplio del uso privado y extenderlo al uso público. Esto es posible, si ponemos la libertad del artículo 12 en una relación sistemática con el concepto de libertad contenido en la Convención en el tercer párrafo del preámbulo, concepto que, en mi opinión, está en la base del conjunto entero de los derechos humanos del niño formulados en la Convención misma. El tercer párrafo del preámbulo habla de "un concepto más amplio de libertad" y lo pone en relación con dos principios básicos: el de la "dignidad de la persona" y el del desarrollo humano, expresado con la fórmula del "progreso social".

A la luz de este amplio concepto de libertad, que abarca tanto su uso privado cuanto su uso público, es que se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo. La superación de la letra del artículo, necesaria para establecer esta relación de simetría entre el derecho del niño y el deber de los adultos, se alcanza dando una extensión correctamente amplia al concepto de "los asuntos que afectan al niño".

Todos los asuntos sobre los que intervienen los adultos con sus decisiones y actuaciones afectan e interesan a los niños, ya sea de manera directa e inmediata, sea de manera indirecta. Y en realidad, cuales serían los asuntos que no les afectan?.

Se establece así un principio del interés universal del niño, que a su vez conlleva el principio de la reciprocidad estructural de los intereses del niño y de los adultos. El resultado es, entre otros, un cambio de perspectiva en la aplicación del artículo 12. El criterio de la relevancia universal de los asuntos para el niño no corresponde solamente a los asuntos definidos estrictamente como de sus intereses, sino a los intereses de todos los adultos. Es así que los adultos conseguirían, con la mayor extensión de su deber de tomar en cuenta la opinión de los niños, un criterio evaluativo y un método de decisión, del cual hasta el momento se ha hecho muy poco uso, con desventaja para todos.

Finalmente, es necesario hacer dar un paso más allá de la letra del artículo 12. El derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. A este resultado se llega siguiendo los dos pasos siguientes: el primero consiste en proporcionar a la fórmula "procedimiento administrativo" el contenido más amplio posible, abarcando todas las interacciones formalizadas, semi formalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano-niño. El segundo paso consiste en considerar la formulación del segundo párrafo del artículo 12 "oportunidad de ser escuchado ya sea directamente o por medio de un representante" en los procedimientos, como una especificación, con respecto a la integración entre niños y funcionarios, de un principio general que abarca todo el artículo 12 y se refiere también a las demás relaciones entre niños y adultos. De este principio se desprende el derecho del niño a ser escuchado y el deber simétrico de los adultos a escucharle.

Pero este deber no se puede reducir a la pura libertad del niño a expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto)

opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas⁴⁷. Solo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos.

Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia. Para darnos cuenta de esto, debemos considerar la relación en la cual el derecho del niño a ser escuchado, o sea el deber de los adultos de aprender de él, se suma a los conceptos de participación y de representación. La ciudadanía como expresión de libertad política se realiza en el marco de los derechos políticos y de participación, con formas de participación directa e indirecta en las decisiones a nombre colectivo. La participación indirecta puede tener la fórmula del mandato representativo; pero el concepto de representación es más amplio que el de mandato.

Los adultos y las autoridades que toman decisiones a nombre colectivo con base en la realización del deber de aprender de los niños, realizan una forma de representación sin mandato, que no es la única en el funcionamiento de una moderna democracia. También la función científica, entendida como el conjunto de la actividad de investigación en el marco de las universidades y otras instituciones de la sociedad o del Estado, supone una forma de representación de las necesidades, las opiniones y los intereses de la ciudadanía. La calidad y la legitimidad de las formas de representación sin mandato, dependen principalmente de la realización del vínculo comunicativo o de interacción, que considero como un principio constitucional que regula la acción de las instancias representativas con respecto a la sociedad. El ejercicio del derecho a ser escuchado, en la forma de la realización del deber de los adultos a aprender de los niños, puede ser considerado también como una forma de participación por representación del niño en la democracia política o en la social. El vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos y niños determina la calidad y la legitimidad de las decisiones que los adultos adoptan a nombre colectivo. Es necesario no obstante dar un paso más allá y considerar, además de su posible sentido representativo, la variada y diferenciada articulación que el derecho del niño a ser escuchado manifiesta, si tenemos en cuenta la diversidad de las situaciones que se presentan en la interrelación de los niños con los adultos, según los distintos contextos institucionales e informales y las distintas fases de desarrollo en que se encuentra el niño. El punto de partida que propongo para afrontar este aspecto de la cuestión es que se puede compatibilizar la vigencia general del derecho del niño a ser escuchado con todas las diferencias posibles de su forma de cumplimiento. No hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones niños-adultos en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa. Sin embargo, para hacer esta afirmación, se tiene que dar al principio una extensión que va más allá de la esfera intelectual y verbal de las opiniones y del juicio propio que el niño puede formarse y expresar. El principio incorporado en el artículo 12 tiene vigencia como principio general de la Convención y se refiere no solamente a la expresión verbal y las opiniones, sino también a todos los signos de la experiencia sea intelectual o emotiva y de las necesidades del niño en cada edad y situación.

El deber de aprender de los niños para orientar o modificar actitudes o acciones lo tienen los adultos tanto con respecto a su uso público como a su uso privado de la libertad, entendiéndose por libertad el desarrollo mismo del niño, que requiere al mismo tiempo remoción de obstáculos y condiciones positivas de todo tipo, materiales, afectivas, sociales y culturales. El derecho a ser escuchado, a la luz de los principios de

la Convención, lo tiene también el niño nacido prematuro, para que el especialista perciba con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y de sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza. Y finalmente, el derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral. No se trata, ciertamente, de negar el deber de los padres y los educadores de favorecer y acompañar al desarrollo fisiológico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino de reconocer los límites que el cuidado y la función educativa encuentran allí donde se convierten o puedan convertirse en procesos de manipulación y en la represión de capacidades del niño y especialmente del niño pequeño. Desde hace años, Alice Miller ha puesto en evidencia los graves inconvenientes que sufren los niños con estas formas de manipulación y represión, que impiden al niño disfrutar su natural capacidad de orientación a través de su propia experiencia, de aprender a resolver sus conflictos y elaborar sus angustias. No se trata solamente de inconvenientes que padecen los niños. Alice Miller y otros autores han señalado la importancia fundamental del tabú que la sociedad adulta impone al niño con respecto a la elaboración y la expresión de la violencia, de la que es víctima en su ámbito más cercano, en particular en el ámbito familiar, para la reproducción de los patrones de violencia en la sociedad.

La democracia tiene como condición necesaria la paz. La paz, según una definición de John Galtung, es ausencia de violencia, de toda forma de violencia individual, física, psicológica o estructural. En este sentido, el hecho de que se tome en serio el derecho del niño a elaborar sus experiencias como víctima de la violencia, el hecho de que los adultos, la familia, la escuela, la iglesia, ofrezcan al niño la oportunidad de liberarse del peso del tabú y de esta manera de la herencia de la violencia padecida, es también un aspecto central de un autoanálisis colectivo de los adultos, que es necesario para tratar de interrumpir el círculo de la violencia y su reproducción a lo largo de las generaciones. En un libro sobre los límites de la democracia, Etienne Balibar plantea la dificultad que encuentra actualmente la introducción, en el discurso y en la práctica del Estado social de derecho, del principio de la política como política de los derechos. La política de los derechos, escribe Balibar, es la que pone la democracia frente a sus límites, es decir en aquella línea en la que se divide el presente del futuro. Una visión dinámica de la democracia, el proyecto de una democracia inclusiva de los niños como eje de una forma alternativa de desarrollo económico, que se compatibiliza y no choca con el desarrollo humano, implica una transformación del concepto mismo de política.

De la política como administración del *status quo* de la sociedad, a la política como proyecto de sociedad. En la política como proyecto, el sujeto es la sociedad misma entendida como forma constituyente y no como forma constituida del Estado. En la política como proyecto se realiza una siempre nueva fundación o refundación del Estado y del pacto -alianza- social. La política de los derechos, que es la política de la realización dinámica de la constitución del Estado social de derecho y de las convenciones internacionales que la integran, es la que permite, a través de su cumplimiento, la definición de nuevos derechos, que pone al Estado y al pacto -alianza- social en condición de renovarse continuamente. En este sentido, la política de implementación de los derechos de los niños y la realización del principio innovador contenido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño indican hoy en día un cambio de paradigma en el camino que puede llevar desde la infancia de la democracia hacia una sociedad humana y madura.

5. La dimensión reflexiva del desarrollo: el saber científico y la representación de las necesidades en el sistema democrático

En una concepción democrática de la relación entre saber y sociedad, la investigación científica y el saber institucional son formas sin mandato de representación de los ciudadanos, de articulación de sus necesidades y derechos⁴⁸. Ello es cierto también para la investigación científica y el saber institucional que tienen que ver con la situación y los derechos de los niños en cuanto soporte de las instituciones públicas y privadas que se encargan de su protección.

Si consideramos el saber institucional en este campo, podemos observar que también aquí se encuentran tres niveles: local, nacional y global (internacional). A nivel local, la experiencia ha demostrado la eficacia de las metodologías participativas que siguen los modelos de la "investigación acción". A los niveles nacional y global, el saber institucional puede tener como objetivo el diagnóstico de situaciones en el marco nacional e internacional, y el desarrollo de programas o estrategias para la colaboración técnica y la evaluación de las políticas locales y nacionales, respectivamente. En todos los niveles encontraremos una finalidad doble del saber institucional. En primer lugar, el monitoreo y el sustento de las acciones realizadas al nivel inferior; en segundo lugar el automonitoreo.

Es de importancia trascendente que el saber institucional sea acompañado por la investigación científica libre y que las instituciones nacionales e internacionales que producen los programas de acción y el saber institucional colaboren con centros de libre investigación científica o que incluso tengan centros propios. La libre investigación científica, puede en efecto, integrar y orientar la producción del saber institucional. Pero a diferencia de éste, es "libre" de las tareas de monitoreo y de automonitoreo, que son características de los programas de acción; por lo tanto debe conservar la libertad de elegir autónomamente sus objetivos y sus metodologías, incluso si su objeto son los programas institucionales y las necesidades y problemas a los cuales se pretende responder.

Tanto el conocimiento científico como el institucional, pero en forma diferente, escuchan o deberían escuchar a los niños y representarse sus necesidades. Su relación con los programas y sus operadores a cada nivel, puede ser vista como un pulmón que percibe y aspira libremente la experiencia de los programas y de su contexto social y puede volver a transmitir conocimiento a cada célula del organismo planetario formado por los programas. La colaboración con la libre investigación científica o, cuando sea conveniente la promoción de ella, hacen parte de las tareas de las instituciones dirigidas a la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente de las que pertenecen a la comunidad internacional. Así, el saber científico es un medio importante e indispensable a través del cual la voz de los niños puede ser oída en la programación y la evaluación de las políticas dirigidas a la protección de sus derechos.

NOTAS

¹Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991, pág. 50.

²Alston, Philip, *The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights*, 1994, en Alston, Philip, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Unicef, Oxford, Clarendon Press, 1994, págs. 13-23; Eekelaar, John, *The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism*, en Alston, Philip, *The best interests ... op. cit.*, págs. 42-61; An-na'im, Abdullahi, *Cultural transformation and and normative consensus on the best interests of the child*, en Alston, Philip, *The best interests ... op. cit.*, págs. 76-80; Dorsch, Gabriele, *Die convention der vereinten Nationen uber die rechte des Kindes*, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, págs. 103-108; Ronfani, Paola, *L' interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, *Sociologia del diritto* 1, 1997, págs. 27-45.

³García Mendez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, segunda Ed. 1997, págs. 241 y siguientes.

⁴Este concepto es utilizado por las Naciones Unidas. Las tres dimensiones más importantes del desarrollo humano son: llevar una vida larga y saludable, adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos necesarios para un standar de vida digno.

En su informe anual los investigadores del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo describen el desarrollo de algunos indicadores que permiten cuantificar el grado de desarrollo humano en un nivel planetario. En relación con la definición de desarrollo humano, ver UNDP Human Development Report 1990, New York 1991, págs. 9-16, especialmente en la página 10; sobre el derecho al desarrollo, ver Denninger Erhard, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 221.

⁵Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 2.

⁶Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4, 18 párrafos 2 y 3, 20, 22 al 28, 31, 32, 38 párrafo 4 y 39. Con referencia particular al principio de igualdad ver artículo 23 párrafo 3, 28 y 31 párrafo 2.

⁷La perspectiva de una interacción global "desde arriba" a través de la iniciativa de estados subordinados, regiones y clases sociales y grupos ha sido recientemente descrita como "cosmopolitismo" en un impresionante texto de De Sousa Santos, quien comprende este cosmopolitismo como la mayor promesa para un desarrollo democrático a nivel internacional, ver de Sousa Santos, Boaventura, *Toward a multicultural conception of human rights*, en "Sociologia del Diritto" 1, 1997, págs. 27 a 45. Ver también nuestra discusión acerca de la solidaridad internacional y las alianzas políticas desde una perspectiva cosmopolita en relación con la fundación de un "halfbreed state" en Baratta, Alessandro, *Der Mischleings-Staat und die plurale Burgerschaft. Überlegungen zu einer weltlichen Theorie der Allianz*, en Milios, John (ed.), *Social policy and social dialogue in the perspective of the Economic and Monetary Union and of the Europe of Citizens*, Atenas, European Cultural Center of Delphi/Kritiki, 1996, págs. 403 a 424; y también en Baratta, Alessandro y Giannoulis, Christina, *Vom Europarecht zum Europa der Rechte*, en "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 3, 1996, págs. 237-240 y 253-266.

⁸Ver por ejemplo Dorsch, G., op. cit., págs. 123-126.

⁹Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 13, 14, 15, 16 párrafo 1, 30, 38 párrafos 2 y 3, 40 párrafo 1.

¹⁰Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10, 37 c) y 39.

¹¹Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 11, 16 Nro. 2, 19, 21, 32 a 36 y 38.2.

¹²Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 17 párrafos 2 y 3, 20, 22 a 26, 28 y 38.4.

¹³Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 37 c) y d) y 40.

¹⁴Cury Munir et al., *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, Sao Paulo, Malheiro Editores, 1992.

¹⁵Sin embargo, no solamente el tema de los niños sino los niños mismos -como se verá

mas adelante- pueden convertirse en una fuente extraordinaria de renovación y de transformación positiva de la democracia de los adultos, si los adultos somos capaces de escucharlos y de aprender de ellos.

16 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 29 párrafo 1 c) y 30.

17 Ver como ejemplo de tal contexto de investigación empírica, Messner, Claudius, *Soziale Lage und kultureller Kontext italienischer Jugendlicher im Saarland. Eine Pilotstudie*, Saarbrücken: Arbeiten aus dem Institut für Rechts und Sozialphilosophie, 1995.

18 Szanton Blanc, Cristina, *Urban children in distress. Global predicaments and innovative strategies*, Luxemburgo, Unicef, Gordon and Breach Publishers, 1995; Cornia, Giovanni Andrea y Sipos, Sándor, *Children and the transition to the market economy. Safety nets social policies in Central and Eastern Europe*, Aldershot, Avebury, 1991.

19 Así se ha expedido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania; ver Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, pág. 457 y Murswiek, Dietrich, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, en Isensee, Josef y Kirchhof Paul (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, V, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, págs. 267-268.

20 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 27 párrafo 3.

21 Cfr. Las observaciones críticas de Alexy, 1986, y 68, en el sentido de que la cláusula restrictiva de este derecho no puede concluir en el nacimiento de contenido del mismo.

22 Heller, Agnes, *Theorie der Bedürfnisse bei Marx*, Westberlin, VSA, 1976; Baratta, Alessandro, *Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe*, en *Festschrift für Gunther Jahr*, Tübingen, Mohr, 1993, págs. 9-24 y Baratta, Alessandro, *Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten*, en *Festschrift G. Ellscheid für*, 1997.

23 Ver por ejemplo Pieper, Stefan Ulrich, *Subsidiarität*, Köln, Heymanns, 1994 págs. 170-171.

24 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 4, 24.4 y 28.3.

25 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 43, 44 y 45.

26 Declaración del Director Ejecutivo de Unicef, James P. Grant, en García Mendez, Emilio, op. cit., pág. 178.

27 García Mendez, Emilio (Citados por Gomezs da Costa, 1995:110); cf. La discusión sobre este texto, en Baratta, Alessandro, *La niñez como arqueología del futuro*, en Bianchi, María del Carmen (comp.), *El derecho y los chicos*, Buenos Aires, Espacio,

1995, 19-22.

28 Bobbio, Norberto, op. cit., págs. 4-7 y 63-84.

29 Dahl, Robert, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale, U.P., 1990 y Friedmann, John, *Empowerment. The politics of alternative development*, Cambridge, Blackwell, 1992.

30 Gomes da Costa, Antonio Carlos, *Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente*, en García Mendez ,Emilio y Carranza, Elías (Eds.) *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Galerna, 1992, págs. 131-153.

31 Gomes da Costa, Antonio Carlos, op. cit., 1992 y Baratta, Alessandro, *La niñez como arqueología del futuro*, en Bianchi, María del Carmen (comp.), *El derecho ... op. cit.*, págs. 20-21.

32 Se trata , en este caso, de una visión (restrictiva) de la ciudadanía, referida principalmente al ejercicio de los derechos políticos en un orden estatal dado. Además de esta definición, también es posible otra de tipo más extenso y sociológico, de uso frecuente en la literatura actual sobre derechos del niño. Esta versión ampliada de ciudadanía se refiere al "completo acceso a los derechos económicos, sociales y culturales" (Rezzini et al, 1995: 96); en este último caso, el concepto de ciudadanía se transforma en sinónimo del concepto de democracia participativa, sobre este último significado, ver, entre otros, Marshall, 1950, Leca 1994, Turner 1994..

33 Esta última condición, del antagonismo específico, pudo tener un efecto positivo para la lucha de esos sujetos sólo cuando fue acompañada de las otras tres. Como Hegel ha demostrado en páginas que se han tornado clásicas, la simple relación individual de antagonismo entre el siervo y el patrón sirve para asegurar la identidad del siervo como siervo y del patrón como patrón y la relación de subordinación entre ellos. La experiencia de la lucha entre los grupos demuestra que el antagonismo se vuelve emancipatorio sólo cuando toma la forma de un movimiento autónomo, colectivo, y público y logra afirmar sus demandas, como demandas de derecho y de justicia. Solo la justicia "desde abajo" como lo ha demostrado Ernst Bloch, es la que ha logrado, hasta el momento, modificar las condiciones de subordinación de los grupos en desventaja y la estructura de poder. Realmente, esta estructura nunca se modificó por la voluntad de quienes detentan el poder, con un movimiento descendente, de arriba hacia abajo, sino por la fuerza de los que resisten y contestan los dictados del poder.

34 Foucault, Michel, *Das Subjekt und die Macht*, en Dreyfus, Hubert y Rabinow, Paul, *Michel Foucault. Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, Frankfurt/M. Athenaum, 1987, págs 243-261; ver Deleuze, Giles, *Foucault*, Paris, Minuit, 1986, págs. 77-88; Baratta, Alessandro, *Panoptische Subjectivering. Zur Ideologie aktueller Drogenpolitik*, en *Zur Aktualitat von Michel Foucault. Wissen und Macht*, Tubingen, 1994, págs. 60-65.

35 De las cuatro condiciones arriba indicadas, la lucha por los derechos de los niños realiza solamente, aunque con la gran intensidad de los procesos de psique profunda

descritos por la teoría psicoanalítica, la del antagonismo específico del niño con relación al padre, que sin embargo permanece en la esfera privada individual. En verdad, pueden ser frecuentes las expresiones colectivas del antagonismo intergeneracional con el cual se han intentado explicar comportamientos de grupos de adolescentes y de bandas juveniles, pero falta casi siempre a estas expresiones el carácter público y de reivindicación de derechos.

³⁵ Bobbio, 1991: 5-6, 52; Dahl, 1990:129. En la práctica, los derechos del niño resultan objeto de una triple restricción: 1. En forma indirecta cuando en el derecho de familia, resultan automáticamente subordinados al derecho de cuidado de los padres. 2. En forma condicional, cuando la indisponibilidad de fondos legitima el incumplimiento por parte de los adultos. 3. En forma de no existencia (recuérdese que algunos derechos son sólo para adultos. (Flekkoy 1991: 178-179).

³⁶ Cf. Stempel, 1996:82 "Im Zentrum der Konvention steht das 'Dreieck der Rechte': Wohl des Kindes, Nicht-Discriminierung und Partizipation (Art. 3,2,12 KRK)".

³⁷ Si la interpretación de este último artículo es correcta, el niño es una de las partes a ser tomada en consideración en el procedimiento que decide sobre la eventual separación de los progenitores en contra de la voluntad de ellos.

³⁸ Cfr. Cillero, Miguel, El interés superior del niño, contenido en este libro. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1; 18.1; 21; 40. 2, *b*), número III.

³⁹ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 17.1, *e*) y artículo 40.4.

⁴⁰ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10.2; 13.2, *a*) y 14.3.

⁴¹ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 10 .2; 13.2, *b*); 14.3 y 15. 2.

⁴² Lo mejor debería ser justamente lo contrario, debido a la gran capacidad de experiencia y de orientación de los niños pequeños y la enorme incapacidad de los adultos de sacar provecho incluso de los propios niños.

⁴³ Dorsch, 1994, págs. 259-260.

⁴⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 12.2.

⁴⁵ Lo que demuestra que, en el subconsciente de los adultos que han formulado el texto de la Convención , la asociación de niños y de adolescentes está vinculada antes que nada a la rebelión y a la ilegalidad en lugar de serlo a las innumerables y constantes experiencias que se hacen en todos los países de la capacidad y de la sabiduría de los niños y los adolescentes de auto organizarse de forma ordenada, eficaz y democrática.

46 Jellinek Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Segunda edición 1919, Aalen, Scientia Verlag, 1979 págs. 87 y 94-105.

47 En este punto, la doctrina progresista está de acuerdo con rechazar cualquier forma de paternalismo en la determinación del interés superior del niño, así como en señalar el carácter sesgadamente ideológico del paternalismo. (Eekelaar, 1994; Ronfani, 1997: 91-93).

48 Estas formas podrían ser subsumidas bajo el concepto amplio de "Derechos Humanos al conocimiento"(Sandkuhler, 1991: 370-391,) Según este concepto, entonces, la forma social democrática constituye una condición imprescindible para la búsqueda de la verdad científica.

UNIDAD II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

- 1) CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 79 y 99.
- 2) SALANOVA VILLANUEVA, Marta. El derecho del menor a no ser separado de sus padresEl interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Páginas 87-243.

UNIDAD II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

- 1) CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 79 y 99.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Miguel Cillero Bruñol

SUMARIO: 1 Introducción; 2 La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal; 3 Los derechos del niño son derechos humanos; 4 El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones; 5 El interés superior del niño como "principio garantista"; 6 Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos; 7 Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Conclusión.

1. Introducción

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (veáse el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

Es en este marco que propongo analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del

niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos¹, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la

trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994² recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscritos a la vertiente "comunitarista" -crítica del "universalismo"-, se abre paso la idea de un "minimalismo" que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1994).

También en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables³ que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si -como se desarrollará más adelante- la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del "interés superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

3. Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier

forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social⁴.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de

derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

4. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres⁵. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio⁶. En consecuencia, se puede decir

que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo⁷.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y Africa, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia⁸. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16). De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

5. El interés superior del niño como "principio garantista"

La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de

efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia⁹. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

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

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"¹⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

6. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

7. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

7.1 Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del "interés superior del niño" que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

7.2 Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

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

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

7.3 ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos

"penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" como dispone el art. 9.3 de la Convención.

7.4 El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la "evolución de sus facultades".

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no

son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

8. Conclusión

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

NOTAS

¹Cfr. Peces-Barba, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.

²Alston, Philippe (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.

³Larraín, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Andrés Bello, Santiago, 1996.

⁴Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

⁵Goonsekere, S., *The Best interests of The Child: South Asian Perspective*, en Alston, *op. cit.*

⁶Cfr. Rubellin-Devich, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, en Alston, *op. cit.*

⁷Cillero, Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile* en Pilotti, Francisco (ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, págs. 75-138.

⁸García Mendez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

⁹Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

¹⁰Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

- ?? Alston Ph. Editor. "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press, 1994.

- ?? Alston, Ph., Bridget Gilmour-Walsh. "El Interés Superior del Niño. Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales" Unicef, Argentina, 1996.
- ?? Alvarez- Vézlez, M.I. "La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español". Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- ?? An-Na'Im, A. "Cultural Transformation and Normative Consensus on The Best Interest of The Child" en Alston, op. cit.
- ?? Bidart-Campos, G. "Teoría General de los Derechos Humanos" Universidad Autónoma de México, 1989.
- ?? Cillero, M. "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos" C. Medina y J. Mera editores. Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.
- ?? ----- . "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile", en "Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile" F. Pilotti coordinador. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.
- ?? Detrick, Sh. "The United Nations Convention on The Rights On The Child". Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992
- ?? Dworkin, R. "Los Derechos en Serio". Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed. 1989.
- ?? Ferrajoli L. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Ed. Trotta, Madrid 1995.
- ?? García Méndez E. "Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral". Forum Pacis, Bogotá 1994.
- ?? Goonesekere, S."The Best interests of The Child: s South Asian Perspective" En Alston, op. cit.
- ?? Himes, J. "Implementing The Convention On The Rights Of The Child" Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995
- ?? Larraín, J. "Modernidad, Razón e Identidad en América Latina". Ed. Andrés Bello, Santiago, 1996.
- ?? Lyotard, J.F. "La Condición Postmoderna". Ed. Cátedra, Madrid, 1994.
- ?? O'Donnel, D. "La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido". Revista Infancia No. 230, Tomo 63. Julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, 1990 Montevideo pp. 11-25.
- ?? Parker, Stephan "The Best Interests of the child- Principles and Problems", en Alston, op. cit.
- ?? Peña, Carlos "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en C.Medina y J. Mera, op.cit.
- ?? Peces-Barba G. "Derecho Positivo de los Derechos Humanos". Ed. Debate, Madrid 1987.
- ?? Rubellin-Devich, J. "The Best Interests Principle in French Law and Practice" En Alston op. cit.

Veerman, Ph. "The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood",
Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992,

UNIDAD II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

- 2) SALANOVA VILLANUEVA, Marta. El derecho del menor a no ser separado de sus padresEl interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Páginas 87-243.

EL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS PADRES

MARTA SALANOVA VILLANUEVA
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. JUSTIFICACION DEL DERECHO. III. CONFIGURACION DEL DERECHO A PARTIR DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1. Génesis del artículo 9. 2. Implicaciones del precepto. 3. Aportaciones de una lectura global de la Convención. 4. Invocabilidad de la Convención ante la jurisdicción interna. IV. PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1. El artículo 8 y el respeto a la vida familiar. 2. El artículo 6 y el derecho a un proceso equitativo. V. PLASMACION DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. 1. Política social preventiva de las situaciones patológicas del núcleo familiar. 2. Primacía de las soluciones que no entrañen una separación. 3. Gravedad de las circunstancias que justifiquen la separación. 4. Adopción de medidas de cara a la reinserción del menor en su familia de origen. 5. Previsiones tendentes a garantizar el respeto de los derechos de la familia. VI. EL INTERES DEL MENOR COMO LIMITE AL DERECHO. BIBLIOGRAFIA.

El punto de partida del presente estudio es el art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (1) y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991. El precepto pone de relieve cómo *“los Estados parte velarán porque el niño (2) no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior de niño”*, añadiendo una serie de garantías que habrán de ser respetadas en los procedimientos a resultas de los cuales se determine la conveniencia o no de la separación y previendo asimismo derechos de visita y de información.

De aquí en adelante pretendo exponer mi personal comprensión del *“derecho del menor a no ser separado de sus padres”*, dotándolo de contenido principalmente a partir del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las directrices que cabe extraer de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos cuyos supuestos fácticos incluyen la salida de un niño de su entorno familiar. Tras ello, trataré de contrastar las conclusiones alcanzadas con nuestro Derecho vigente que, dada la posible incardinación de aquéllas en diversos preceptos de nuestra Constitución, habrá de ser interpretado a la luz de las mismas.

Conviene apuntar ya que no nos encontramos ante un derecho absoluto: de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus padres. A mi entender, lo que el respeto al derecho impone con carácter fundamental es que la separación solamente se dé cuando las circunstancias concurrentes en el caso revelen que ésta es absolutamente necesaria de acuerdo al bienestar o interés del niño. Esta primera afirmación es coherente con el principio —recogido en muchas de las normas autonómicas promulgadas sobre protección de menores— de la

(1) BOE, n.º 313, de 31-10-1990.

(2) A lo largo del trabajo se utilizarán indistintamente los términos “niño” y “menor”, equivalentes si atendemos a la definición que de niño da la Convención en su art. 1: *“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.”*

Nótese sin embargo que recientemente la Ley Catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (BOE, n.º 207, de 30-8-1995), diferencia en su art. 2 entre “niño” —toda persona de menos de doce años— y “adolescente” —toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por ley—; distinción esta de justificación poco clara y de escasa trascendencia práctica a lo largo de la ley.

primacía de aquellas actuaciones públicas en defensa del menor que no entrañen su desarraigo familiar. No obstante, el derecho que tratamos tiene una proyección tanto anterior como posterior a la separación: con carácter previo, el Estado estaría obligado a desarrollar una política social preventiva de tales situaciones familiares patológicas; en caso de sobrevenir éstas, deberían ponerse todos los remedios posibles para la erradicación de aquellos factores que aconsejaron el distanciamiento, propiciándose así el retorno del niño a la compañía de sus padres.

I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO

Ya se ha adelantado que el eje fundamental de la investigación lo constituye el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este precepto —tal y como afirma el presidente de la Comisión redactora de la Convención en la declaración subsiguiente a la segunda lectura del art. 9 (3)— solamente se aplica a las situaciones domésticas de separación, contemplándose en los arts. 10 y 11 aquellas en las que se vean envueltos más de un Estado. Estos supuestos, en los cuales igualmente cabría hablar de un derecho del menor a no ser separado de sus padres (4), quedan fuera del ámbito del presente estudio.

No obstante, interesa señalar que el art. 10 de la Convención presenta como consecuencia del art. 9.1. la obligación de los Estados parte de atender “*de manera positiva, humanitaria y expeditiva*” toda solicitud, ya de un niño, ya de sus padres de entrar en o salir de un Estado con vistas a la reunificación familiar. Ahora bien, tal disposición deberá contrastarse siempre con la legislación interna reguladora de la inmigración (5), a la que se subordina: el presidente de la Comisión redactora, en el lugar arriba mencionado, manifestó que el art. 10 (6) “*no pretende afectar al derecho general de los Estados a establecer y regular sus respectivas leyes de inmigración de acuerdo con sus obligaciones internacio-*

(3) Inicialmente art. 6. Vid. DETRICK, Sharon (editora), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the “Travaux Préparatoires”*, 1992, p. 181, § 203.

(4) De hecho, fue durante el proceso de redacción del originariamente art. 6 cuando se advirtió la necesidad de regular las cuestiones a la postre previstas en los arts. 10 y 11, finalmente redactados aparte. Vid. DETRICK, op. cit., pp. 162 y ss.

(5) En España, habrá que acudir principalmente a la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y a su Reglamento de ejecución (en concreto, el art. 7 del último regula la concesión de visados de residencia por causa de reagrupación familiar). Asimismo, habrá de tomarse en cuenta la normativa comunitaria incidente en la materia.

(6) Inicialmente, art. 6 bis. Vid. referencia en nota 3.

nales", circunstancia esta que algunos países se han preocupado de recalcar en las declaraciones que acompañaron a su ratificación de la Convención (7).

En su párrafo segundo el art. 10 reitera, ahora respecto a aquellos casos en que hijo y progenitor vivan en Estados diferentes, el derecho del menor a mantener contactos periódicos con ambos padres previamente reconocido en el art. 9.2, acompañándolo del consiguiente derecho de entrar y salir libremente de cualquier Estado parte. La cuestión de las visitas transfronterizas ha de reconducirse tanto al Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (8) y al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (9).

Este último será asimismo el principal instrumento a tomar en cuenta al enfrentar el problema del traslado y retención ilícita de niños en el extranjero, punto abordado en el art. 11 de la Convención. En virtud de tal precepto los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para luchar contra fenómeno de tan triste actualidad en los últimos tiempos, animándoseles además a concertar acuerdos sobre la materia y a adherirse a los ya existentes.

Dentro de las situaciones domésticas —a las que me circunscribiré— son dos los supuestos tipo (10):

a) Separación del niño de ambos padres a resultas de una decisión de la autoridad en cada caso competente merced a la cual los progenitores se ven privados de la guarda. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, nos encontramos aquí con aquellos casos en que la entidad pública encargada de la protección de menores en cada territorio declara el desamparo del menor (art. 172 Cc), pero también con los de

(7) Así, el Reino Unido y Alemania (R. de la Secretaría General de AA. EE. sobre actuaciones de otros países respecto a tratados en los que España es parte de 26-1-1993, BOE, n.º 35, de 10-2-1993).

(8) Instrumento de ratificación en BOE, n.º 210, de 1-9-1984.

(9) Instrumento de ratificación en BOE, n.º 202, de 24-8-1987.

(10) Me limitaré al tratamiento de supuestos meramente civiles: no serán pues objeto de estudio aquellos casos en los que el menor se ve distanciado de sus padres a consecuencia de la imposición de una pena de privación de libertad ya sobre sus padres, ya sobre él mismo. Apúntese no obstante que para estos casos el art. 9.4 prevé un derecho de información indistintamente a favor de padres o hijos según quien sea el sujeto objeto de la sanción, y que el inciso c) del art. 37 reconoce el derecho del menor privado de libertad a "*mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales*".

privación judicial de la patria potestad merced al art. 170 e incluso con las medidas que el juez pueda adoptar en virtud del art. 158.3, entre las que puede figurar confiar la guarda del niño a personas distintas de sus padres.

b) Supuestos de inexistencia o ruptura de convivencia entre los padres. Esto es, casos en que los progenitores nunca llegaron a convivir establemente, uniones de hecho que se rompen y casos de separación *de facto* o judicial, nulidad o divorcio de matrimonios. En ellos el menor reside con uno solo de sus padres y consecuentemente —y por desgracia de manera inevitable— separado del otro.

El contenido del derecho que trataré de delimitar sólo se manifiesta con total plenitud en el primer grupo de situaciones: es evidente que poco se puede hacer para prevenir o solucionar rupturas en el seno de una pareja y que la gravedad de las circunstancias no necesita ser medida cuando tiene lugar. El derecho del niño ante tamañas tesituras se contrae a que la separación física no se vea acompañada de un distanciamiento emocional y afectivo, siendo fundamental para ello garantizar la existencia de un derecho de visita (11). Así, me ocuparé preferentemente del primer tipo de casos, sin dejar por ello de hacer las oportunas referencias a los segundos.

II. JUSTIFICACION DEL DERECHO

El porqué de la existencia de un derecho del menor a no ser separado de sus padres no es susceptible de explicación en términos jurídicos: la propia naturaleza y la experiencia seculares enseñan que el mejor entorno para un adecuado y armonioso desarrollo del niño es su propia familia. Así, lo manifiesta la Convención sobre los Derechos del Niño en los párrafos quinto y sexto de su Preámbulo, y de su artículo se colige que el niño es siempre contemplado en el contexto de su unidad familiar. Por su parte, el art. 1 de la Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y bienestar de los niños, con especial referencia al acogimiento y a la adopción de 1986, estatuye que la primera prioridad para el niño es el ser cuidado por

(11) Utilizaré la expresión en el sentido amplio que convencionalmente se le viene atribuyendo entre nosotros: visita *strictu sensu*, comunicaciones y estancias. Cf., entre otros, MARTÍNEZ SAPIÑA ("El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos", en RIVERO HERNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 1982; p. 353) y GARCIA CANTERO, G. (Comentario a los arts. 90 a 94, en *Comentarios al Código Civil EDERSA*, t. II; 1982, pp. 400-1.)

sus propios padres (12). Tampoco faltan afirmaciones en tal sentido en legislaciones extranjeras (13).

Tal "ley natural" se ve corroborada por las diversas investigaciones efectuadas en el campo de la sociología y la psicología infantiles —de interés e importancia incuestionables en todo lo relacionado con menores—, hasta el punto de que aquellos supuestos en que la misma quiebra se califican acertadamente de patológicos.

Consecuencia lógica de lo dicho es el reconocimiento por parte del ordenamiento positivo del derecho-deber de los padres de cuidar y formar a sus hijos: el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño atribuye a los padres la responsabilidad principal de la crianza y el desarrollo del niño; el art. 39.3 de nuestra Constitución impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos y en términos similares se expresan las Constituciones alemana e italiana (14).

La toma de conciencia sobre la importancia social del papel desarrollado por el grupo familiar mueve a los Estados a comprometerse a apoyarlo y velar por él, poniéndolo en situación de satisfacer adecuadamente su tarea educadora y socializadora. Vemos como el principio de protección a la familia no sólo se pone de manifiesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, párrafo 5.º), sino que aparece reflejado en diversos instrumentos internacionales —así la

(12) El art. 4 añade que sólo cuando tal cuidado no está disponible o cuando es inapropiado, la crianza por parte de parientes o por sustitutos (otra familia o una institución) podrá ser considerada.

(13) Así, una de las líneas inspiradoras de la regulación contenida en la Children Act 1989 (cap. 41) inglesa presupone que el medio ideal para velar por la educación del niño es su familia, y la ley italiana de 4 de mayo de 1983 sobre disciplina de la adopción y el acogimiento de menores, afirma en su art. 1. que "*il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia*". Apúntese igualmente que "*el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo armonioso y equilibrado del niño*" queda debidamente subrayado en la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño del Parlamento Europeo (R. A3-0172/92, DOCE, de 21-9-92).

(14) Art. 30 de la Constitución italiana de 1947 — "*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. / Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti*"— y párrafos 2 y 3 del art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949— "*2. El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento. 3. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de la familia en virtud de una ley, cuando los encargados de la educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo*" (traducción tomada del ejemplar de la Ley Fundamental de Bonn en castellano distribuido por la Embajada alemana en España); nótese las similitudes de este inciso tercero con el art. 9.1 de la Convención.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 16.3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 10.1), y el de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) (15), la Carta Social Europea (art. 16), la Resolución del Parlamento Europeo de 1989, por la que se aprueba la *"Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales"* (art. 7), etc., y Constituciones nacionales, haciéndolo la nuestra en su art. 39.1: *"Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia"* (16).

La tutela a la familia se presenta así como la vía fundamental merced a la cual el Estado articulará la protección de la infancia: al ser sus padres las personas más aptas para cuidar del menor, la política estatal tenderá a proteger a aquél indirectamente amparando a su familia (17), respetando su labor y evitando injerencias que no podrían ser sino perturbadoras. Nos encontramos de frente con la esfera de autonomía familiar, con la "privacy" anglosajona abiertamente reconocida en el principio II de la Declaración de Derechos del Niño de 1959: *"El niño debe ser cuidado con el debido respeto a la familia como entidad"*, y cuya intangibilidad inicial (18) reclama el art. 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *"Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres..."* No en vano nos hallamos ante un derecho a la vida privada familiar que nuestra Constitución reconoce

(15) Nótese no obstante que la protección brindada a la familia bajo el Pacto puede caer, merced al art. 4, en situación de emergencia pública debidamente declarada. No deja de ser paradójico, tal y como apunta VAN BUEREN (*The international law on the rights of the Child*, 1995, p. 86), que en aquellas circunstancias donde las familias necesitan de mayor ayuda sea lícito desampararlas.

(16) Declaraciones con el mismo objetivo se hallan en el art. 29 de la Constitución Italiana: *"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"*; art. 6.1 de la alemana: *"El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal"* (origen de la traducción en nota 14); y párrafos 9.º y 10.º del Preámbulo de la Constitución de la IV República francesa (todavía vigente): *"La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. La nación garantiza a todos, principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material de descanso y el ocio debido."*

(17) Así, LACRUZ BERDEJO (t. IV, vol. I de *Elementos de Derecho Civil*, p. 19), tratando de las potestades y funciones familiares, habla de cómo el padre (o tutor) son *"órganos de un poder protector de la familia o, singularmente, de los débiles, desempeñando una función en cierto modo pública, especialmente cuando asumen el cuidado de personas incapaces, que en otro caso correspondería al Estado"*.

(18) Inicial en la medida de que, tal y como veremos, esta intangibilidad podrá quebrar de requerirlo una correcta protección del menor; *vid.* en tal sentido CASS (*"The limits of the public/private dichotomy"* en vol. col. *Children, Rights and the Law*; pp. 141 y ss.) o VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 72 y ss.; 106), entre otros.

como fundamental (art. 18) (19), recogido en la Declaración Universal del Derechos Humanos (art. 12) y generador de una rica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación con tal esfera de autonomía surge la cuestión de la llamada “dicotomía público-privada” cuya formulación tradicional en materia de protección de menores resume CASS (20) indicando que correspondería a la esfera privada y por tanto al entorno familiar la alimentación, cuidados y protección personal del niño; mientras que quedaría a cargo de la pública —el Estado— la provisión de recursos y servicios adecuados para hacer viable el cumplimiento de tales cometidos por parte de los padres: infraestructuras educativas y sanitarias, subsidios familiares, etc. (21).

Tal dicotomía ha perdido los tintes de absoluta que en tiempos la adornaron, dando paso a un “principio de intervención subsidiaria” o “principio de subsidiariedad”: la autonomía de la familia es respetada en tanto cuanto ésta satisfaga las obligaciones que respecto al menor le incumben; cuando ello deje de ser así, la autoridad estatal no sólo está legitimada sino obligada a intervenir tomando a su cargo la protección directa del niño. En tales casos el eslabón que constituía la unidad familiar se ha roto, la protección indirecta resulta insuficiente y la “privacy” antes mencionada cede indiscutiblemente ante las exigencias del interés menor, siempre prevalentes y que ya no coinciden con las que la autonomía familiar impone (22).

(19) De cuya existencia se congratula LACRUZ (*op. cit.*, p. 12). El autor presenta “la autonomía del grupo familiar frente a una intromisión del Estado que no se dirija a tutelar evidentes derechos fundamentales de sus componentes” como principio común a la práctica totalidad de los modelos conocidos de familia, añade que “esto último no significa que se halle sustraída la familia al ordenamiento estatal, sino que tal ordenamiento ha de respetar las líneas maestras del modelo comúnmente aceptado y en particular el desarrollo interno de la vida familiar. Principio que viene reforzado por el **derecho a la intimidad**, que la Constitución española extiende, con acierto, de la persona a la familia: hay una esfera interna cada vez más amplia en la que ni el legislador ni el juez pueden inmiscuirse, excepción que se deduce de lo que tiene la familia de institución natural”.

(20) CASS, Bettina, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

(21) LACRUZ (*op. cit.*, p. 26) refiriéndose al art. 39.1 de la Constitución, tras lamentarse de su no inclusión entre los derechos y libertades fundamentales del Cap. II, manifiesta que, “aun así, implica un reconocimiento del valor y sustantividad de la familia, que no sólo es digna de respeto, y por tanto de una actitud negativa del poder público evitando inmiscuirse en la vida familiar, sino que merece todas las ayudas externas que favorecen su desarrollo y el cumplimiento de su misión: el proyecto constitucional, siguiendo a la Carta Social Europea, destacaba las prestaciones sociales y las ventajas fiscales”.

(22) Prueba de esta evolución en la comprensión de la “autonomía familiar” es la consagración positiva de una tendencia intervencionista del Estado en la familia antaño impensable, tal y como señala CASTAN VAZQUEZ (en CASTAN TOBENAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 5, vol. I, 1994; pp. 78 y ss.). El autor añade que “especialmente en la esfera de las relaciones paterno-filiales, se ha realizado ya una evolución muy honda (...) El Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de

En tal sentido, señala gráficamente CASS (23) que hoy en día —y ello queda patentemente reflejado en la Convención sobre los Derechos del Niño— los derechos del menor se disgregan de los derechos de la familia (24): ya no se identifica siempre y en todo caso la protección de aquél con la protección de ésta, y precisamente de la conciencia que se tenga de tal realidad así como del escepticismo con el que se contemple la concepción de la dicotomía público-privada dependerá la efectividad de la protección que los Estados brinden a los menores.

Sin restarle acierto a tal consideración, tampoco procede llevarla al extremo de ignorar la existencia de un margen dentro del cual les cabe a los padres actuar en relación a sus hijos en el sentido que ellos juzguen conveniente, autorizando una injerencia pública ante la menor disfunción del grupo familiar (25). El que el interés del menor sea prevalente no significa que todos los demás intereses y derechos en presencia sean automáticamente ignorados, y en este caso se halla en juego un derecho fundamental —aunque no absoluto— como es el de la vida privada familiar (26).

los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente”.

Desde una perspectiva internacional, VAN BUEREN (*op. cit.*) apunta: “*la intimidad (privacy) de la familia ya no es sacrosanta. Así, para proteger los derechos de los niños, los foros de derechos humanos tienen que considerar ahora asuntos que conciernen al equilibrio entre la responsabilidad del Estado y la intimidad de individuos miembros de la familia. Por una parte, el Derecho Internacional respeta la intimidad de los miembros de la familia, mientras que por otra el Estado está bajo la obligación de intervenir cuando existe un riesgo de que miembros de la familia estén maltratando al niño*” (p. 72); “*Aunque la familia todavía es reconocida como la unidad básica de la sociedad, en virtud de la amplia aceptación de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados han admitido que no todas las formas de vida familiar son consecuentes con el interés del menor*” (p. 106).

(23) *Op. cit.*, p. 142.

(24) Tal disgregación podría igualmente deducirse de LACRUZ (*op. cit.*, p. 38), cuando señala que “*si los padres tienen frente al Estado un derecho fundamental (constitucional) de criar al hijo, controlar su educación y transformarlo en una persona responsable, este derecho, como dice BEITZKE, ‘debe ejercitarse considerando la propia dignidad humana del hijo y sus derechos al desarrollo de la personalidad’: derechos estos que asisten al hijo igualmente frente al Estado*”. El autor pone de relieve el posible conflicto entre protección del niño por parte del Estado y el respeto por el mismo a la intimidad familiar, apuntando, en relación al art. 39.2 de la CE, que la oferta de una “*protección integral de los hijos*” “*plantea al poder público como primer problema el de la integralidad (o integridad) de esa protección estatal, territorial o municipal, cuya puesta en práctica puede entrar en conflicto con los derechos que tradicionalmente vienen reconociéndose a los padres*”.

(25) En tal sentido, CASTAN VAZQUEZ (*loc. cit.*) continúa la reflexión arriba transcrita (nota 22) diciendo que “*(h)ay que reconocer que es ésta una orientación necesaria y plausible, mientras no se la exagere y saque de quicio.*”

(26) VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 106) —quien refiere su análisis siempre a los textos internacionales existentes— manifiesta que “*el Derecho Internacional no encierra una división*

Así, GRASSO (27) apunta los dos extremos que tiene que tener en cuenta el legislador al incidir sobre la materia: de una parte, no cabe autorizar la violación sin más de los derechos de la familia abanderando como excusa el "*favor minoris*", y de otra el respeto de tales derechos no puede llevar a una configuración del grupo familiar como un ente intocable obstaculizándose con ello intervenciones en favor del menor cuando las circunstancias las requieran.

Si tal equilibrio puede buscarse y debe lograrse en abstracto en el tenor de la legislación protectora de menores —con lo que no se está diciendo que siempre ocurra así—, la cuestión presenta un cariz más arduo cuando se desciende al caso concreto.

Sobre lo que no debe quedar duda es que cualquier situación de peligro del menor habilita al organismo competente a intervenir siempre, pero no a hacer uso de determinadas medidas salvo que tras un examen exhaustivo de las circunstancias aquéllas se presenten como de imperiosa aplicación. Tal es el caso de la separación: dadas sus repercusiones sobre la vida familiar —sufre un ataque medular e irreparable—, y sobre el niño —psicológica y emocionalmente desestabilizado al ser sustraído de su medio habitual, considerado el ideal para su desarrollo—, sólo se justificará ante supuestos de gravedad contrastada, en los que no quepa solución alternativa y en el proceso de adopción de tamaña decisión habrá de observarse todo tipo de garantías (28).

III. CONFIGURACION DEL DERECHO A PARTIR DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Ya se ha tenido oportunidad de señalar cómo el art. 9 declara la inviabilidad de la separación de un niño de sus padres contra la voluntad de éstos salvo en circunstancias graves, rodeando al hecho

fundamental entre derechos de los niños y autonomía de la familia, poniendo a los unos por encima de la otra, más bien, pretende proteger la vida familiar sólo cuando ésta es consecuente con los derechos de los niños".

(27) GRASSO, Luciano, "L'affidamento e l'adozione", en vol. col. *I bambini e i loro diritti*, pp. 115.

(28) En palabras de LACRUZ (*op. cit.*, p. 41), "*esta intervención (la de las autoridades de cara a proteger al menor) ha de limitarse a lo indispensable para evitar el mal. Por ejemplo, si los padres no pueden o no quieren atender a la salud del hijo que necesita de cuidados médicos, el Estado puede proveer a que se le suministren esos cuidados, pero no puede trasladar innecesariamente al hijo a otro hogar. Si el padre no tiene medios económicos suficientes para atender al mantenimiento y educación de los hijos, el Estado puede prestarle ayuda financiera, pero sería inconstitucional que le exigiera, para esa prestación, el traslado de los hijos a distinto domicilio".*

de una serie de específicas garantías. Paso ahora a examinar el contenido de dicho precepto y las conclusiones a las que a partir del mismo cabe llegar. Su tenor es el siguiente:

9.1. *Los Estados parte velarán porque 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 primero 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 parte 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 esta 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 parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.*

Procede, antes de continuar, hacer referencia a la evidente relación existente entre el precepto que nos ocupa y el art. 7.1, cuyo inciso final declara que el niño tendrá derecho “*en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. Aunque fundamentar el derecho del menor a no ser separado de sus padres directamente en el art. 7.1 —considerando al art. 9 como un desarrollo del mismo en clave de obligaciones correlativas del Estado— presentase a primera vista la ventaja de que en aquél se habla específicamente de un derecho (más adelante veremos las implicaciones que ello puede llegar a tener para algunos), lo cierto es que la inclusión en el mismo de tal mención no estaba inicialmente prevista: el inciso no pasa de ser fruto de la insistencia de algunas delegaciones a la que las demás no se opusieron finalmente, dejándose eso sí constancia de que se estaba incurriendo en innecesarias reiteraciones dentro del

cuerpo de la Convención (29). Así pues, la sede principal del derecho del menor a no ser separado de sus padres se localiza en el art. 9, el que además goza de precisiones fundamentales de las que carece el art. 7.1, sin las cuales el derecho en sí quedaría muy debilitado (30).

1. Génesis del artículo 9 (31)

Como es de todos sabido, el punto de partida para la redacción en el seno de Naciones Unidas de un instrumento de carácter vinculante sobre los derechos del niño —recuérdese que tanto la Declaración de la Sociedad de Naciones de 1924, hecha en Ginebra, como la Declaración de N.U. de 1959, dada su condición de tales carecían de fuerza obligatoria— se encuentra en la propuesta presentada por el gobierno polaco durante la trigésimo cuarta sesión de la Comisión de Derechos Humanos de N.U. celebrada a principios de 1978. Se pretendía adoptar una

(29) El original art. 2 —finalmente, art. 7— pretendía garantizar el derecho de todo niño a un nombre y a una nacionalidad, aspectos relacionados con su identidad. Ciertamente la familia forma parte de la identidad de toda persona (*vid.* art. 8), y así el representante de Egipto —expresando la opinión de otros países, principalmente norteafricanos— propuso, con motivo de las consideraciones que siguieron a la primera lectura del texto de la Convención, una enmienda a resultas de la cual el art. 7.1 —hasta entonces limitado a reconocerle al niño los derechos precitados— leía: “El niño tendrá desde su nacimiento derecho a conocer y pertenecer (*belong*) a sus padres, así como el derecho a un nombre y a una nacionalidad” (*Vid.*, DETRICK, *op. cit.*, p. 127, §§ 93 y 94). Numerosos Estados objetaron la inclusión de la palabra “pertenecer” dado su implicación de una idea de propiedad (*ibid.* § 96). A continuación, se creó un grupo redactor reducido que presentó la configuración actual del precepto. Posteriormente, el representante de Italia planteó el añadir la frase “Ningún niño puede ser privado arbitrariamente de su familia”, a lo que otras delegaciones apuntaron que tal provisión ya estaba incluida en otro lugar del proyecto (futuro art. 9) y que no había necesidad de repetirla aquí (*loc. cit.*, p. 129, § 111). Finalmente, el observador de Canadá señaló que “*ciertas provisiones del art. 2 (finalmente, 7) tal y como se ha adoptado ya han sido incluidas en algunos de los otros artículos del proyecto de Convención, en concreto en el art. 6 (a la postre, 9)*”, urgiendo al grupo de trabajo a que se evitasen tales duplicidades en el futuro (*ibid.*, § 116).

(30) La expresión “*en la medida de lo posible*” motivó susceptibilidades en varias delegaciones en tanto en cuanto podía dar lugar a interpretaciones arbitrarias del artículo. Se propuso su sustitución por “*sujeto a las provisiones de esta Convención*” o “*en el interés superior del niño*”, sin que al final se retocase el tenor del artículo (*vid.*, DETRICK, *op. cit.*, p. 129, §§ 107, 108 y 115). La referencia al interés del menor sí consta expresamente en el art. 9 y en él aparecen diversas disposiciones tendentes a evitar arbitrariedades.

(31) Sobre el proceso de redacción de la Convención consúltese DETRICK (*op. cit.*, pp. 162 y ss. respecto al art. 9); o, más escueto, SAULLE, M. R. (a cargo de): *La Convenzione dei Diritti del Minore e l'ordinamento Italiano* (pp. 268 y ss. en cuanto al art. 9).

Convención en 1979, coincidiendo con el año internacional del niño. No obstante, los trabajos preparatorios se prolongaron nada menos que diez años, circunstancia esta que no ha de extrañar si se tiene en cuenta la dificultad de lograr el consenso entre los representantes de las distintas delegaciones participantes (32) en el proceso, abanderados de ideologías e intereses en muchos casos de difícil conciliación: he aquí una de las razones de la repetidamente señalada imprecisión, “abstracción” excesiva de la Convención, de importantes consecuencias como más adelante se verá.

La tendencia que queda patente tras el estudio del proceso de redacción del art. 9 es la ampliación clara de su contenido. El art. 6 del texto inicialmente propuesto por Polonia —que a la postre daría lugar, entre otros, al art. 9—, coincide en su formulación con el principio 6 de la Declaración de 1959, que reza: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (...).” (33).

El texto fue enviado por la Secretaría General a los Estados miembros de Naciones Unidas y a organismos especializados, de cara a recabar sus “opiniones, observaciones y sugerencias” sobre el mismo. Merced a aquellas que tuvieron como objeto el tema que nos ocupa, se destacó la necesidad de atender a los supuestos de familias “internacionales” rotas (34) —cuestión llamada a resolverse en el art. 10—, y se hizo especial hincapié en la exigencia de que la no separación se refiriera tanto al padre como a la madre (35).

(32) No debe olvidarse que éstas no sólo representaban Estados: tal y como apunta DETRICK (*op. cit.*, pp. 24 y 25), la contribución realizada por diversas Organizaciones no gubernamentales —quienes formaron un Grupo conjunto *ad hoc*— no encuentra parangón en la historia de la redacción de instrumentos internacionales. En lo que al art. 9 se refiere, se las considera directamente responsables de la introducción de los párrafos tercero y cuarto.

(33) La continuación del precepto (“... La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”), se recoge en la Convención en preceptos distintos: arts. 20.1 y 27.

(34) Así, Francia y la Sociedad de Legislación Comparada.

(35) Así, Francia, Finlandia, Grecia, Suecia, la Sociedad de Legislación Comparada y Nueva Zelanda, quien señaló que tal preferencia de la madre sobre el padre en cuanto a la custodia del niño era contraria a los principios de igualdad que inspiraban su regulación interna.

El grupo de trabajo inició su labor en 1980 a partir del texto revisado de la propuesta polaca, confluyendo en la materia a la postre tratada en el art. 9. Tanto el art. 6 (“*Los padres tendrán derecho a fijar el lugar de residencia del niño, a menos que, guiado por el interés superior del menor, un órgano estatal competente esté autorizado, de acuerdo con la ley nacional, a decidir sobre la cuestión*”); como el 10 (“*Un niño de edad preescolar no será separado de sus padres, salvo en los casos en los que tal separación sea necesaria en beneficio del menor*”) (36). El texto se fue modulando a raíz de las diversas objeciones y propuestas que fueron teniendo lugar: así, el representante australiano atinó a señalar la impropiedad de hablar de un derecho de los padres en una Convención sobre Derechos del Niño, y la redacción fue alterada en este sentido (37). Del mismo modo se acordó obviar la referencia a la edad del menor (38), introducir la necesidad de una revisión judicial de la medida, la audiencia de las partes, la ejemplificación de aquellas situaciones susceptibles de justificar una separación, la referencia al derecho de visita y a la información en los casos de separación, el tratamiento de los supuestos de residencia de los miembros de la familia en diferentes Estados y la prevención de los raptos internacionales —cuestiones estas dos últimas finalmente reconducidas a artículos independientes (39).

Este país hizo asimismo dos interesante puntualizaciones: de una parte, cuestionó la restricción de la declaración a los niños de “corta edad”, y de otra apuntó la necesidad de matizar la “no separación”, pues, de enterderse en sentido absoluto, se estaría negando a los padres la posibilidad de confiar a su hijo a instituciones —ya totalmente o en régimen ambulatorio— en aquellos casos en los que no se hallen en situación de atenderlo debidamente.

En cuanto a España, destaca su propuesta de que, tras la referencia a los niños sin medios materiales (en el inciso transcrito en nota 33), se especificase que debería proporcionárseles la adecuada asistencia, evitando su desarraigo del entorno familiar.

(36) Traducimos de la versión inglesa, que puede consultarse en DETRICK, *op. cit.*, p. 163.

(37) Nótese que durante el proceso de redacción de la Convención se sugirió la necesidad de que existiese una Convención sobre los Derechos del Padre (*vid.* VAN BUEREN, *op. cit.*, p. 68 y nota 8 en p. 107).

(38) Tal y como apunta VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 80), la Convención amplía la estrecha perspectiva en este punto adoptada por la Declaración del 59 y reconoce “*la importancia de la vida familiar en el desarrollo de todos los niños, no sólo de los muy pequeños (...). La mayoría de los Estados (...) no quiso ver cómo se hacía una distinción tal entre niños mayores y pequeños en un ámbito tan fundamental como es la separación familiar*”.

(39) Cf., *in extenso*, DETRICK, *op. cit.*, pp. 162 a 181. Entre las propuestas que finalmente no encontraron acomodo en el art. 9, quisiera destacar la que en las sesiones de 1982 fue hecha por los representantes de varias delegaciones: según ella, la separación debía ser preferentemente de naturaleza temporal o provisional, el período de distanciamiento lo más corto posible, y el niño devuelto a la compañía de sus padres tan

2. Implicaciones del precepto

Procede comenzar haciendo una puntualización previa: el art. 9 estatuye un derecho a favor del niño, el de no ser separado arbitrariamente de sus padres, independientemente de que su enunciado comience con la imposición de una tarea a los Estados. El fenómeno se manifiesta en numerosos puntos del articulado de la Convención: frecuentemente se opta por la fórmula “*los Estados parte...*” velarán porque, garantizarán que, adoptarán medidas para que, etc. Ante ello podríamos preguntarnos: ¿nos encontramos ante una Convención sobre derechos del niño o sobre obligaciones de los Estados para con los niños? Personalmente, me adhiero a la postura (40) partidaria de que la disyuntiva se resuelva en favor de la primera proposición. Uno de los logros que repetidamente se atribuye a la Convención sobre los Derechos del Niño es dejar clara y patente la consideración del menor como sujeto de derechos: supone el abandono del “paternalismo recalcitrante” según el cual el niño sólo tenía derecho a que los adultos se ocupasen de él como mejor les pareciese (41) y la aceptación de la

pronto como las circunstancias cambiasen en sentido favorable, haciéndose superflua la separación (*loc. cit.*, p. 168, § 19). Considero que unas líneas en tal sentido no hubieran estado de más en el texto del art. 9.

(40) Así, entre otros EEKELAAR, VAN BUEREN, FREEMAN, CAMPBELL, MIRALLES SANGRO, RAYMOND, MORO y DOGLIOTTI (*vid.* obras citadas en bibliografía). Compárese no obstante con la posición contraria adoptada por la Cour de Cassation francesa expuesta más adelante (pp. 260 y ss.).

(41) BÉVAN (*Child Law*, 1989, p. 12) cita el *dictum* de una sentencia inglesa (p. Crouse 4 Whart 9 at 11 (1838) Supreme Ct. Pa.) que refleja plásticamente lo que tal paternalismo suponía: “El derecho básico de un menor no es a la libertad, sino a la custodia. Tiene derecho a que alguien cuide de él, y si sus padres no pueden proporcionarle este privilegio, la ley debe hacerlo.” Frente a quienes pudieran rechazar de plano la viabilidad de mantener posturas paternalistas a partir de la Convención, FREEMAN (“Taking Children’s Rights more seriously” en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, pp. 52 y ss.) defiende una —atractiva a mi entender— “vía media de paternalismo liberal”, en virtud de la cual habrían de protegerse tanto a los menores en sí mismos como a sus derechos, señalando el autor la imposibilidad de dejar a los niños solos en el desarrollo de la autonomía que la concesión de derechos les proporciona, debiendo así intervenir en su interés de ser necesario. El problema —que Freeman no deja de apuntar— está en pergeñar los criterios de actuación y la orientación que cabe dar a la misma.

Por su parte, O’NEILL (“Children’s rights and children’s lives”, en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992; pp. 24 y ss.), considera que “*hay buenas razones para pensar que el paternalismo puede ser en gran medida lo que éticamente se requiere al tratar con niños, incluso si es inadecuado al tratar con menores maduros o en vías de madurar*” (p. 40); la autora desarrolla una construcción merced a la cual la protección de los niños se fundamenta mejor gracias a la existencia de “obligaciones fundamentales” gravando a otros sujetos, que merced a la atribución de “derechos fundamentales” a los niños, no

igualdad de las personas independientemente de su edad así como del valor de la autonomía del niño, siendo en este último sentido de mención inexcusable el art. 12 (42).

Las referencias al Estado hechas por la Convención deben considerarse como inevitables, sin que su existencia nos autorice a efectuar ningún tipo de diferenciación entre aquellos preceptos que —en palabras de EEKELAAR (43)— se expresan en el lenguaje de derechos y aquellos que disponen tareas específicas a cargo de los Estados: en consecuencia estos últimos deben entenderse también como creadores de derechos (44).

En último termino, si tal argumento no resultase convincente, podría (en lo que al derecho a no ser separado de sus padres se refiere) recurrirse al art. 7.1: como hemos visto, allí sí se habla expresamente de un derecho del niño a conocer y ser cuidado por sus padres, que habría de ser completado —sobre todo en lo que a la expresión “*en la medida de lo posible*” (45) se refiere— con el 9 (46).

dudando en tildar a algunos de los contenidos en la Convención de meros ‘derechos-manifiesto’. A resultados de ello el ámbito de la protección conseguida sería mayor: tales obligaciones son “imperfectas” en tanto que no se corresponden necesariamente con la existencia de un derecho en la contraparte; gracias a ello se lograría erradicar aquellas situaciones en las que cualquier adulto relacionado con un niño (en nuestro caso, los padres) no desarrolla adecuadamente su función para con él y sin embargo no está violentando derecho alguno de éste. Su propuesta puede calificarse sin titubeos de minoritaria.

(42) 12. 1. Los Estados parte 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.

(43) EEKELAAR, John, “The importance of thinking that children have rights” en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, p. 235, nota 10. Por su parte, FREEMAN (*op. cit.*, p. 69) indica que “(la Convención) reconoce un gran número de derechos (...) La mayoría se expresan en términos de derechos (por ejemplo, libertad de expresión, pensamiento, asociación, seguridad social, educación), aunque algunos se conceptualizan como tareas del Estado (por ejemplo, la provisión relativa al abuso sexual). La distinción no responde a nada importante: desde luego no es reflejo de consideración filosófica alguna”.

(44) De otra parte, la cuestión de si en la Convención se contienen derechos del niño o obligaciones a cargo del Estado tiene importancia, como posteriormente se verá, de cara a examinar la cuestión de la aplicabilidad directa, el carácter “self-executing” de la Convención.

(45) *Vid.* nota 30.

(46) Ello como argumento último, pues como ya se ha advertido (pp. 241 y ss.), la sede original y principal del derecho debe ser y es el art. 9.

Sentado esto, corresponde extractar las enseñanzas fundamentales que a mi entender cabe deducir de la lectura del art. 9, puntos que en principio deberán respetar las diversas legislaciones internas sobre la materia para armonizar con la Convención:

a) El derecho del menor a no ser separado de sus padres que el art. 9 reconoce se halla sujeto a dos condiciones acumulativas: que los padres no deseen tal separación (47) y que la misma no venga exigida por el interés del menor (48).

La primera obedece a una lógica que responde a dos tipos de supuestos bien distintos. De una parte, nos podemos encontrar ante familias temporalmente imposibilitadas de atender a las necesidades de sus hijos y que recurren a los servicios sociales estatales confiándoles su guarda, sin albergar la menor intención de desentenderse de ellos: tal sería el caso de la guarda administrativa del art. 172.2 de nuestro Código civil. Resultaría paradójico que en tales casos la institución competente se negase a acoger al niño alegando el derecho que éste

(47) OLSEN ("Children's rights: some feminist approaches to the U. N. Convention on the rights of the child" en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, pp. 211 y ss.), critica la falta de una provisión en el sentido de impedir la separación de un niño de sus padres contra la voluntad del propio niño. Por su parte VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 80) propone una interpretación —que ella misma reconoce optimista— del texto del art. 9.1 de cara a que la voluntad a tener en cuenta sea no exclusivamente la de los padres, sino la colectiva de padres e hijo. Si la cuestión pudiera llegar a plantearse en relación con la redacción inglesa del precepto, no es en absoluto viable con la española, la cual habla claramente de la voluntad de "éstos", pronombre demostrativo plural de primera instancia que necesariamente ha de referirse al sustantivo plural inmediatamente precitado, a saber, "sus padres": la inclusión de la voluntad del niño pasaría —en los términos en que el artículo está redactado—, por añadir "y de aquél". El texto inglés reza: "*States parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will*"; la palabra clave es aquí "their", posesivo referido a un poseedor plural (su de ellos), con lo que —en una lectura un tanto forzada— podría entenderse que "ellos" son los padres y el niño. No cabe duda que, tal y como señala la autora, tal exégesis del precepto casaría perfectamente con el énfasis que la Convención pone en la autonomía del menor y en su capacidad creciente para participar en —y hasta cierto punto determinar— la toma de elecciones; pero no puede olvidarse que en las primeras redacciones manejadas durante los trabajos preparatorios de la Convención se hablaba de que el niño no fuera separado "involuntariamente" de sus padres, vocablo el entrecomillado que sí podría dejar abierta la cuestión de cual era la voluntad a tener en cuenta y que, a sugerencia de Noruega (*Vid. DETRICK, op. cit.*, p. 167, § 21) fue sustituido por la expresión finalmente adoptada.

En último término nos encontraríamos ante un ejemplo de la problemática interpretativa que presentan los instrumentos redactados en varias lenguas todas ellas auténticas, pues según el art. 54 tanto el texto inglés como el español junto con el árabe, chino, ruso y francés lo son.

(48) Recuérdese la advertencia hecha en nota 10.

tiene a que no se le extraiga de su medio familiar, privándole de unos cuidados que mejorarían aquellos que la familia puede ofrecerle y que de hecho redundarían en su beneficio (49). De otra parte, estarían los supuestos en que los padres conscientemente desean desentenderse de sus hijos, ante los cuales lo único que cabe hacer es sancionarlos penalmente por abandono de familia y garantizar que seguirán contribuyendo a la manutención del menor mientras éste no sea reintegrado en una nueva familia con carácter definitivo (50); pero en ningún caso se debería forzar la permanencia del menor a su lado, simplemente porque ello chocaría directamente con su interés en la medida en que nadie puede ser compelido a prestar afecto a otra persona (51).

(49) Cf. las observaciones del gobierno de Nueva Zelanda a la propuesta polaca de Convención (cuyo texto carecía de toda alusión a la voluntad de los padres) en nota 35.

(50) No obstante, la viabilidad de tales medidas represoras depende de que sea conocida la identidad de los padres del niño: ¿a quién pedir responsabilidades en el típico caso del recién nacido cuya madre dio a luz fuera de una institución sanitaria, abandonado a la puerta de cualquier establecimiento religioso o de beneficencia?

En cualquier caso, su existencia es inexcusable. Como señala LACRUZ (*op. cit.*, pp. 40 y ss.), con motivo del art. 39.3 de la CE y de la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a sus hijos, dicha asistencia "exige la posible convivencia, y sería contraria a la orientación del art. 39 la decisión de un padre (la ley que la autorice) de romper cualquier vínculo de trato personal con su hijo menor colocándolo en una institución que le permita prescindir de todo contacto con él". Un ejemplo del tipo de situaciones a las que se puede referir el autor nos lo ofrece la jurisprudencia penal francesa (Cass. Crim., 11-7-1994; comentario de EUDIER, F., en *Juris Classeur Périodique*, éd. Gralé, 1995, II-22441) en el que unos padres se ven sancionados por delito de abandono de familia: el hecho de haber enviado a su hijo de seis años y medio a estudiar a un colegio indio regentado por una secta cubre el supuesto de hecho del delito, apreciándose la existencia de una falta de la orientación necesaria al hijo, comprometiendo su salud, su seguridad o su moralidad. El niño logró volver a Francia merced a la comunicación de los hechos a las autoridades por parte de sus abuelos, a quienes envió una carta pidiéndoles literalmente socorro. Los padres se defendieron argumentando en torno a la libre elección de la religión de los hijos y alegaron su "buena fe": creyeron hacerle un bien al niño brindándole la "oportunidad" de formarse junto a una especie de monjes tibetanos de costumbres austeras, en una región de dura climatología (de hecho, el niño no sólo se vio psicológicamente alterado, sino que enfermó físicamente), alejado de su entorno habitual y sin que sus padres —legalmente encargados de velar por él— pudieran ejercer ningún tipo de control sobre su evolución. La Cour de Cassation estimó que la puesta en práctica de tales elecciones educativas por los progenitores no escapa al control judicial; y en cuanto a la falta de dolo, el antiguo art. 357.1 del Código Penal francés no lo exigía, cabiendo la comisión culposa del delito (lo que también parece viable en nuestro ordenamiento en cuanto a los arts. 487, 488 y 489. Cf. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª ed., pp. 174 y ss.).

(51) Nos referimos claro está a casos de abandono consciente y malicioso, al que no considero equiparable aquellas hipótesis en que algún trastorno psicológico o similar lleva a uno o ambos padres a rechazar al niño: en tales supuestos una separación temporal sería necesaria, pero las autoridades estarían obligadas a proporcionar al progenitor terapias conducentes a facilitar la reconstrucción del núcleo familiar.

La segunda condición, la relativa al omnipresente “interés superior del menor” reviste entidad suficiente como para ser merecedora de tratamiento específico en epígrafe posterior (52). Simplificando extraordinariamente la cuestión y a reserva de lo que más tarde se dirá, este condicionante viene a suponer que el bienestar —tanto físico, como psicológico y material, presente y futuro— del niño no se vea amenazado de continuar la convivencia con sus padres.

El art. 9 cita, “por ejemplo”, dos situaciones en las que la separación viene exigida por el interés del menor. La primera es aquella en la que “el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres”; el problema, como era de esperar, surge a la hora de determinar qué debe entenderse por “maltrato o descuido”, dilema similar al que plantea la concreción de “la privación de la necesaria asistencia moral o material” de nuestro art. 172. El inciso debe ponerse en relación con el art.19.1, en virtud del cual “los Estados parte 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 sus padres (...)”. Tales conceptos —en concreto, el de abuso o descuido— son, tal y como señala Van Bueren, deliberadamente indeterminados de cara a evitar los peligros de arbitrariedad que una definición de los mismos podría entrañar (53). A ello cabe añadir que, salvo en casos de evidencia palmaria (abuso sexual, explotación económica o sexual, fuertes malos tratos físicos, etc.), en el fondo será el examen de las circunstancias fácticas concretas y la percepción que de las mismas alcance la persona encargada de valorar su peso lo que determinará la conveniencia o no de la separación. La aceptación de tal realidad lleva a conceder una relevancia especial al proceso de adopción de la decisión de sustraer al menor de su entorno, que deberá estar rodeado de una serie de garantías de cumplimiento insoslayable.

Respecto al segundo ejemplo del precepto, ya se ha tenido ocasión de hacer referencia a los casos en los que los padres “viven separados y

(52) *Infra*, pp. 285 y ss.

(53) *Op. cit.*, p. 88. A pesar de ello, la autora nos brinda una aproximación general a la noción de ‘descuido’ (“implica ya la incapacidad ya el rechazo deliberado a cuidar del niño, con el resultado de que el desarrollo del niño se ve perjudicado. También está claro que el abuso y el descuido incluyen todos los actos u omisiones cuya única motivación es el deseo de dañar al niño. Lo que no está claro es qué tipos de conducta están incluidos cuando las acciones desarrolladas carecen de la necesaria intencionalidad”) y a la de abuso, que comprende tanto el mental (“abuso emocional hasta el punto de convertirse en degradante y humillante”) como el sexual.

debe adoptarse una decisión en cuanto al lugar de residencia del niño". El alejamiento de uno de los progenitores se manifiesta como inevitable y el interés del menor —que, en principio, reclama que el niño crezca en la compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza del hijo— cede ante las exigencias de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de sus mayores (54). Aun siendo cierta esta primera observación, no cabe negar que en no pocas situaciones la tirantez de las relaciones entre los padres conduciría a que, de forzarse la convivencia entre ellos, el niño se desarrollase en un ambiente crispado e inestable en nada positivo para él: el interés del menor, que en abstracto se revela contrario a la separación, acaba por aconsejarla cuando se desciende al caso concreto.

b) Decisión adoptada por las "autoridades competentes". La resolución merced a la cual se opera la separación de un niño sólo podrá ser adoptada por los órganos legalmente predeterminados. Se desprende de ello la ilegitimidad de toda sustracción del niño por parte de cualquier particular, independientemente de su parentesco con él: quedan pues comprendidos los supuestos en los que el artífice de la separación es uno de los progenitores en caso de ruptura de la pareja. Así pues, se están sancionando ya —aparte de lo dispuesto en el art. 11— los traslados ilícitos de menores, sean o no al extranjero (55).

De otra parte, el precepto se refiere únicamente a "*autoridades competentes*" sin exigir, en este primer estadio de toma inicial de la deci-

(54) CARBONNIER (*Droit Civil 2. La Famille, les Incapacités*; 11 ed., 1979; pp. 232 y ss.) se plantea la cuestión de si el interés (material, moral y sobre todo educativo) de los hijos menores no debería constituir una causa de desestimación del divorcio o cuando menos de su "suspensión" hasta que el más joven de los hijos haya llegado a la mayoría. La Ley francesa de 1975 sobre divorcio no acepta en sí el principio, pero hace "*una concesión al interés del niño en el art. 240, bajo la cobertura de la 'cláusula de dureza'*" (art. 240.1: "*Si el otro esposo (el que no ha entablado la acción de divorcio) declara que el divorcio tendría, ya para él, teniendo en cuenta especialmente su edad o la duración del matrimonio, ya para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda*"). Tal disposición —de indudable interés, a pesar de lo previsiblemente limitado de su juego— no tiene paralelo alguno en nuestro ordenamiento.

(55) Adviértase que un padre, ante la sospecha de que su hijo está siendo indebidamente tratado por el progenitor custodio, deberá reclamar la ayuda de las autoridades (en nuestro ordenamiento de la judicial, solicitando un cambio de custodia, acompañado de una petición de medida provisional de considerarse el caso urgente) sin que en ningún caso esté legitimado a actuar por su cuenta apartando sin más al menor de la compañía de su guardador.

sión, su carácter judicial: así, el que sea un ente administrativo el que decrete la separación (56) no debe considerarse *ab initio* contrario al tenor de la Convención.

c) Previsión legal de la separación. Las mencionadas autoridades deberán ajustar su actuación a la "*ley (...) aplicable(s)*": la posibilidad de una separación ha de contemplarse expresamente en norma legal que, a mi modo de ver y dada las repercusiones de la medida que se está aplicando —no perdamos de vista que está en juego un derecho fundamental como es el de la vida privada familiar— deberá ser de rango superior (57). Del mismo modo, la norma debería especificar en grado suficiente los supuestos susceptibles de motivarla: evidentemente, no se trata de una precisión "matemática" extraña al Derecho en general y aún más al campo concreto del mismo en el que nos estamos moviendo, pero el omnipresente principio de seguridad jurídica reclama un esfuerzo por parte del legislador de cara a perfilar lo más posible su postura, sin que con ello se esté desautorizando el recurso a cláusulas generales ni olvidando el papel que en todos estos casos está llamada a jugar la discrecionalidad —que nunca arbitrariedad— del encargado de pronunciarse sobre la separación.

d) Requisitos procedimentales. La autoridad habilitada para decidir sobre la separación habrá de llegar a tal resolución tras la observancia de los "*procedimientos aplicables*", los cuales habrán de estar pues mínimamente previstos legalmente. No se está exigiendo con ello la existencia de un cauce procedimental específico para solventar la cuestión, pero sí que el mismo pueda ser fácilmente determinado. Sobre tal procedimiento pesa un requisito cualitativo de trascendencia fundamental cuya preclusión inicial solamente podría justificarse en casos de verdadera urgencia y peligro inminente para el menor, como

(56) La apreciación se extiende únicamente a la decisión sobre la medida de extraer al niño de su entorno familiar: otra cuestión es la de que en nuestro ordenamiento ello conlleve la suspensión de la patria potestad de los padres, con el atípico resultado de que sea un órgano no judicial el que la provoque. Hablo de suspensión —aun consciente de que la doctrina no es pacífica en este punto— al ser ésta la postura adoptada por el Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil (BOCG, n.º 117.1, de 16-5-1995; en adelante lo mencionaremos abreviadamente como "Proyecto de Ley del Menor"): su disposición final 4ª modifica el art. 172.1 del Cc, que pasa a declarar abiertamente que "*la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*".

(57) Está claro que deberá tratarse de una ley; ¿cabría plantear la necesidad de una Ley Orgánica, al afectar la separación de lleno a un derecho fundamental como es el de intimidad familiar?

es la vigencia en el mismo del principio de contradicción: el párrafo 2.º del art. 9 exige taxativamente que “*cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1.º del presente artículo... (ofrezca)... a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*”, sin hacerse excepción alguna. Reténgase que partes interesadas serán por supuesto los padres y demás familiares o allegados del niño, pero también él mismo, sobre todo todo si conectamos lo dispuesto en este inciso con el art. 12 de la Convención.

e) Revisión judicial de la decisión. Ya se ha dicho que el art. 9.1 no obsta a que la resolución de separar al niño de sus padres sea adoptada por un organismo de carácter administrativo, pero tal afirmación viene puntualizada por el inciso “*a reserva de revisión judicial*”. Cabría cuestionarse si del mismo puede inferirse que toda decisión de la cual dimana una separación deba siempre y en todo caso ser confirmada por el juez o si la exigencia impuesta por la Convención se vería satisfecha con la posibilidad de impugnar judicialmente la misma. Sin duda, sería deseable que el trámite judicial no se obviase en ningún caso, pero no se puede soslayar que el art. 9.1 habla de “revisión” y no de “confirmación” judicial, e interpretarlo en el segundo sentido sería forzar su tenor, sin apoyo aparente en el proceso de redacción del mismo (58). En todo caso, queda patente que injerencia tal en un derecho fundamental tanto de hijos como de padres no se debe dejar únicamente al arbitrio de una autoridad administrativa (59), y debe poder instarse su examen por órganos judiciales.

No obstante, la mera posibilidad de impugnación judicial tiene sus limitaciones, en tanto en cuanto la ignorancia, falta de información e incluso de ánimos de los afectados podrían derivar en la persistencia de una separación erróneamente decretada. La objeción podría salvarse autorizando a un órgano público —en el caso español el Ministerio Fiscal, que por ley debe ser informado de toda actuación de la Administración sobre menores (art. 174.2 Cc)— a actuar de oficio y cuestionar judi-

(58) El inciso fue propuesto por el representante de Estados Unidos en las sesiones de 1983 (*vid.* DETRICK, *op. cit.*, p. 168, § 20), sin que aparezcan observaciones posteriores al mismo.

(59) Aunque algunos países —en sus reservas con motivo de la ratificación del Convenio— han indicado la posibilidad bajo su legislación de que una autoridad no judicial resuelva con carácter definitivo sobre la separación: Yugoslavia (R. de la Secretaría General de AA. EE. sobre actuaciones de otros países respecto a tratados en los que España es parte de 3-1-1991, *BOE*, n.º 33, de 7-2-1992) y sus Estados sucesores (Eslovenia, R. 7-2-1994, *BOE*, n.º 41, de 17-2-1994; Croacia, [*ibídem.*] y Bosnia-Herzegovina, R. 31-5-1994, *BOE*, n.º 138, de 10-6-94] así como Islandia (R. 7-2-1994, *BOE*, n.º 41, de 17-2-1994).

cialmente la medida; se presupone, claro está, un correcto y dinámico funcionamiento de la institución correspondiente (60).

f) Derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con ambos padres. El párrafo tercero del artículo que estudiamos impone a los Estados parte la obligación de respetar tal derecho, apareciendo una vez más la eterna excepción basada en el interés superior del niño.

El derecho de visita —cuya titularidad se atribuye claramente al menor (61)— cumple una función distinta según el tipo de separación ante la que nos encontremos: de tratarse de padres con distinta residencia, tenderá a no distanciar totalmente al niño de aquél con el que no convive, posibilitándose la conservación de lazos afectivos entre ambos. De haber sido el niño retirado de su entorno familiar, las relaciones tendrán importancia decisiva a la hora de preparar la reunión de la familia, objetivo prioritario de toda medida de separación.

g) Derecho de información de los padres respecto al paradero de sus hijos y viceversa. Si bien es cierto que el párrafo cuarto del art. 9 parece referirse con preferencia a supuestos de imposición de algún tipo de sanción penal por parte del Estado a los padres o incluso al niño (se habla de detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte), no resulta descabellado afirmar que en una tesitura de gravedad en principio menor como sería la retirada del niño de su familia, tal deber de información existe igualmente siempre y cuando, tal y como el mencionado párrafo se encarga de reiterar, ello no resulte perjudicial para el bienestar del niño.

3. Aportaciones de una lectura global de la Convención

La Convención constituye un cuerpo global y unitario, con lo que cada precepto debe completarse con lo dispuesto en los demás e inter-

(60) En todo caso, el sistema de toma de la decisión por parte de una autoridad no judicial sujeta siempre a revisión judicial tendría a su favor, tal y como señala PEREZ MARTIN (*Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, 1995, pp. 181 y ss.) el combinar de una parte la necesidad de rapidez que la actuación administrativa está en disposición de proporcionar y de otra la seguridad y las garantías que otorga la intervención del poder judicial.

(61) No se pierda de vista que tal declaración no obsta a que tal titularidad sea compartida con los padres, con la única diferencia de que serán siempre los intereses del menor los que determinen la procedencia o no de las visitas en caso de conflicto. Tal es la postura que, como se verá (*infra.*, pp. 272 y ss.) adopta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

pretarse a la luz de los mismos. Las afirmaciones hechas respecto al art. 9 pueden enriquecerse merced a su conexión con otras disposiciones del instrumento:

a) Necesaria gravedad de las circunstancias que autoricen la separación. Tal y como señala Van Bueren *"una de las premisas subyacentes en la Convención es que la intervención del Estado en forma de separación del niño de la familia es una 'solución' extrema para una situación extrema"* (62). A tal conclusión —de la que escaparán obviamente los casos de separación, fruto de la ruptura de la convivencia de los progenitores— podemos llegar tras la lectura contrastada en primer lugar de los ya mencionados párrafos quinto y sexto del propio Preámbulo de la Convención —cuyo valor interpretativo no debe perderse de vista—, donde se consagra a la familia de origen como hábitat natural e idóneo para el desarrollo del menor. De otra parte, el principio de subsidiariedad de la responsabilidad del Estado en la crianza del niño aparece reflejado en los arts. 3.2 —en cuya virtud las acciones por parte del Estado en garantía del bienestar del niño tendrán en cuenta los derechos y deberes de sus padres (entre los que ocupará lugar destacado el derecho a la vida privada familiar)—; 5 —que exige respeto a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres a la hora de impartirle al menor la dirección y orientación que consideren apropiada—; y 18.1 —según el cual incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. A ellos hay que añadir el ya mencionado art. 7 —derecho del niño a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible (inciso este que, en cuanto constituye una excepción a un derecho fundamental, deberá ser apreciado con el consiguiente carácter restrictivo); el 8 —derecho del niño a conservar las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas—; y el mismo art. 16, que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la familia del niño (63). Téngase en cuenta además que todas aquellas disposiciones merced a las cuales se potencia la política preventiva de situaciones patológicas en el núcleo familiar o que declaran la primacía de las soluciones dentro de la propia familia, son un argu-

(62) *Op. cit.*, p. 87. Continúa la autora: *"Así pues, los motivos para tal separación pretenden evitar una 'intervención indiscriminada basada en los pánicos morales de moda', a lo que se añade el medio de cuestionar tal separación, la revisión judicial."*

(63) El art. 16 no hace sino reiterar el derecho a la vida privada familiar que al niño, en su calidad de ser humano, ya le estaba reconocido por otros instrumentos internacionales y, en lo que a nuestro ordenamiento respecta, por el art. 18 de la Constitución.

mento más en favor de la afirmación de que la separación debe responder a condicionantes de gravedad probada (64).

b) Articulación de una política social que prevenga la aparición de anomalías familiares que redunden en la necesidad de una separación. Tal directriz —fácilmente deducible de todas aquellas disposiciones que a nivel internacional y nacional establecen el principio de protección de todo tipo a la familia (65)— encuentra base tanto en el Preámbulo como en los preceptos arriba citados consagradores del que venimos denominando “principio de subsidiariedad”. Por su parte, el art. 18.2 prevé expresamente que *“a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados parte prestarán la asistencia apropiada (66) a los padres (...) 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”* (67). El art. 27, tras declarar el derecho del niño a un nivel de vida adecuado y dejar constancia de que es a los padres a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionarle al niño las condiciones de vida necesarias, ordena en su párrafo tercero que *“los Estados parte, 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 (sic) 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, vestuario y vivienda.”* La prevención encuentra igualmente acomodo en el art. 19.2, transcrito a continuación.

c) Primacía de las medidas de asistencia que no impliquen la separación. Los preceptos anteriormente enumerados justificadores de una urgencia real en la separación del niño de sus padres fundamentan lógicamente el que se deba recurrir al distanciamiento como última

(64) Por ejemplo, de la previsión de apoyo económico a las familias por parte del Estado contemplada en el art. 27, cabe colegir que la pobreza, tal y como recuerda VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 80 y ss.), *“nunca debería ser una razón que justifique separar a los niños de su familia biológica contra su deseo”*.

(65) Vid. las enumeradas en pp. 236 y ss.

(66) VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 77) propone una interpretación del concepto de “asistencia adecuada” a la luz de la Declaración de 1969 sobre progreso y desarrollo social, inferiéndose de la misma que la asistencia deberá prestarse a un nivel tal *“que ponga a la familia en disposición de asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*, siendo la principal de ellas el cuidado y formación de los niños.

(67) Por tales instituciones, instalaciones y servicios no debe entenderse automáticamente hogares de acogida que reciban al niño separado de sus padres, sino también centros de atención diaria al menor, comedores sociales, centros recreativos, servicios de guardería, etc.

solución, tras haber agotado previamente todas las alternativas viables. Lo mismo cabe predicar del apoyo previsto en el art. 18.2 y muy especialmente del art. 19 el cual, tras obligar en su párrafo primero a los Estados parte a adoptar *"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 (...)"*, da contenido a tales medidas en el párrafo segundo, las cuales deberán 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 (...)"*.

d) Reintegración en la propia familia como objetivo a perseguir tras la separación. Las referencias ya examinadas a la primacía del rol de la familia natural en la crianza del menor abonan esta afirmación, igualmente sostenida por la alusión a los programas sociales en el art. 19.2: tales programas que deberán seguir funcionando tras la separación, siendo tratado no sólo el menor sino también sus padres —la referencia a los mismos es expresa en dicho precepto—. Del mismo modo debe prestarse atención a las especiales garantías con las que el inciso a) del art. 21 rodea la adopción, única actuación capaz de romper con carácter definitivo los vínculos entre el niño y su familia natural: así, sólo las autoridades competentes podrán determinar *"con arreglo a las leyes y 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 su consentimiento sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario"*.

4. Invocabilidad de la Convención ante la jurisdicción interna

Uno de los avances fundamentales operados por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 respecto a sus precedentes inmediatos —las Declaraciones de 1924 y de 1959— es su naturaleza de Convención y sus consiguientes carácter vinculante y obligatorio cumplimiento. En lo que a España se refiere, de acuerdo a los arts. 96.1 de la Constitución y 1.5. del Código Civil, la Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 31 de diciembre de 1990

—fecha de su publicación en el *BOE*—, estando en vigor desde el 5 de enero del año siguiente. A mayor abundamiento, el art. 39.4 de la Constitución declara que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Ahora bien, ¿les cabe a los particulares invocar las disposiciones de la Convención ante las autoridades correspondientes en cualquier litigio que verse sobre materia objeto de la misma (dicho de otro modo, cabe atribuir a la Convención carácter “self-executing”), o debe ser considerada únicamente como un cuerpo cuyos principios deben ser retenidos en la interpretación del Derecho interno vigente e inspirar la creación del futuro?

Siguiendo los postulados del Derecho Internacional Público (68), un instrumento internacional vinculante no podría ser invocado por los particulares si:

a) El objeto de éste no es crear derechos y obligaciones sobre los individuos sino obligaciones sobre los Estados. Procede traer a colación las reflexiones que anteriormente hemos hecho (69) sobre el reconocimiento por parte de la Convención de derechos en favor de los niños independientemente de su formulación como tales derechos o de la imposición de tareas diversas sobre los Estados: repitamos una vez más que nos hallamos ante una Convención *sobre Derechos del Niño*, que opta por una vía de protección basada en la atribución de derechos fundamentales, no en la imposición de obligaciones fundamentales (70).

b) Aun cuando el instrumento engendre derechos y obligaciones para los particulares, sus disposiciones sólo serán directamente aplicables (“self-executing”) si éstas son lo suficientemente concretas en sus términos como para no requerir de desarrollo legislativo o reglamentario para

(68) Cfr. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. 1, 8ª ed., pp. 164 y ss. y en especial 178 y ss., así como la exposición que de los principios de Derecho Internacional Público hacen BENHAMOU (“La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l’enfant, le Droit International et le Droit Français”, nota a la sentencia de la Cour de Cassation Civile de 15-7-1993; *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., 1994, II-22219., pp. 83 y ss.) y RONDEAU-RIVIER (“La Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant devant la Cour de Cassation: un Traité mis hors jeu”; *Dalloz* 1993, chr. LIV, pp. 203 y ss.). Las consideraciones hechas por estos autores franceses nos son de utilidad en la medida que Francia, al igual que España, opta por el sistema de incorporación directa de los Tratados debidamente ratificados y publicados en el ordenamiento interno.

(69) Pp. 245 y ss.

(70) Ello a pesar de lo que a continuación se expone sobre la postura adoptada por el gobierno alemán y por los tribunales franceses respecto a la cuestión (pp. 260 y ss.).

su correcta aplicación (71). Surgiría aquí la cuestión de la criticada imprecisión de las disposiciones de la Convención, que podría de hecho llevarle a añadir poco o nada a las Declaraciones que la precedieron. Aun en este caso, sentado que lo que la Convención establece son derechos y no obligaciones sobre los Estados, ganaríamos el que cada uno de los preceptos de la misma habría de ser examinado de cara a debatir su aplicabilidad directa o no, lo que posiblemente nos llevaría a resultados diversos según los casos. Además, puede ocurrir que el Estado disponga de la legislación complementaria necesaria para hacer viable su aplicación, que, eso sí, debería ser interpretada a la luz de la Convención.

En nuestra doctrina, Miralles Sangro (72) opta abiertamente por la invocabilidad directa de la Convención a pesar de sus imprecisiones técnicas, sin tratar específicamente los argumentos en virtud de los cuales la misma podría ser desbaratada. En el mismo sentido se pronuncia Álvarez Vélez, apoyándose en los arts. 10.2, 39.4 y 96.1 de la Constitución (73). En cuanto a la postura jurisprudencial, en el momento de elaboración de este estudio no se ha localizado ninguna sentencia (74) en la que la Convención haya servido de fundamento a las pretensiones de los particulares, habiendo eso sí el Tribunal Supremo tenido oportunidad de mencionarla —y concretamente su art. 9— como *obiter dicta* para fundamentar su decisión final (75).

(71) Explica DIEZ DE VELASCO (*op. cit.*, pp. 178 y 179), "...si el contenido del tratado es suficientemente preciso e incondicional (tratado directamente aplicable o 'self-executing') tendrá eficacia directa e inmediata y afectará a los derechos y obligaciones de los particulares, debiendo asumir los órganos judiciales y administrativos del Estado y de las Comunidades Autónomas la vigilancia, aplicación y protección de los derechos y obligaciones establecidos por el tratado. / Pero sucede con gran frecuencia que los tratados no puedan ser aplicados directamente (tratados no 'self-executing') precisando de un desarrollo legislativo que corresponderá a las Cortes Generales o al legislativo autonómico (cuando afecte a la competencia de una Comunidad Autónoma) si la materia a la que se refiere el tratado es objeto de reserva legal o exige modificación de leyes anteriores o puede precisar de un desarrollo reglamentario que corresponderá al Gobierno de la nación o al ejecutivo autonómico".

(72) "La Ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño" *Actualidad Civil*, n.º 39, 1991, p. 533.

(73) ALVAREZ VELEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, UPCO, Madrid 1994, pp. 154 y ss.

(74) Me refiero a sentencias en el ámbito de la jurisdicción ordinaria: la Generalitat de Cataluña sí que invocó la Convención en el recurso de amparo resuelto por STC 260/1994, de 3 de octubre de 1994 (BJC, n.º 163, 1994), sin que el Tribunal Constitucional hiciera ningún tipo de referencia en su fundamentación jurídica a la Convención.

(75) STS civil de 12 de febrero de 1992 (C. L. 128). En su FD 3.º se aduce el art. 9 de la Convención en relación con el 3 para reforzar los argumentos previamente desarrollados (en torno a los arts. 158 y 170 del Código civil) en justificación de la

Procedamos ahora a repasar las conclusiones que sobre la cuestión han sido alcanzadas en países de nuestro entorno. Comenzando por Italia, constatamos de entrada que el inciso primero del art. 10 de su Constitución de 1947 sólo reconoce como parte del ordenamiento jurídico interno el Derecho Internacional general —esto es, normas consuetudinarias internacionales— siendo necesaria para la incorporación de tratados a la legislación interna la promulgación de una ley expresamente a ello destinada: la Convención sobre los Derechos del Niño lo fue merced a la ley de 27 de mayo de 1991, n.º 176. En cuanto a la cuestión de si la Convención es lo suficientemente precisa en su contenido como para ser de aplicación directa, Longobardo (76) aboga por el estudio de cada una de las disposiciones de la misma en particular, atendiendo a su formulación y a su carácter preceptivo o meramente programático. En cuanto a aquellas que dada su imprecisión necesiten de la promulgación de posteriores normas internas para su aplicación directa, considera que constituyen ya de entrada nuevos principios del ordenamiento: en consecuencia habrán de ser tomados en cuenta por el intérprete en la aplicación de las normas existentes, con las que deberán coordinarse e integrarse de cara a mantener la armonía y coherencia del ordenamiento merced a una interpretación sistemática del mismo. Por su parte, Dogliotti (77), defiende el carácter “self-executing” de la Convención que, como fuente de Derecho que es, deberá actuar como tamiz en la interpretación de la legislación existente, cubrirá las posibles lagunas del ordenamiento interno e incluso redundará en la abrogación implícita de las normas internas incompatibles con ella. Debe aclararse que tales deducciones son perfectamente cohe-

permanencia de un menor bajo la guarda de sus abuelos maternos una vez fallecida la madre —a quien tras proceso de separación le fue en su día concedida la custodia del menor—, y frente a las reclamaciones del padre tendentes a recuperar la compañía de su hijo. Si bien es cierto que debemos congratularnos de que nuestro alto tribunal recurra a la Convención en sus sentencias, quisiera manifestar mi decepción al ver cómo se cita el art. 9 para justificar una separación: no estoy diciendo con esto que la mención del precepto sea en sí desacertada, pero considero que su espíritu hubiese quedado mejor reflejado haciéndose referencia previa al art. 19 o apuntando el carácter excepcional con el que el art. 9 prevé la separación. Del texto de la sentencia parece deducirse que la finalidad del art. 9 es legitimar el alejamiento del niño de sus padres, siendo que a mi entender su objetivo es precisamente el contrario.

(76) “La Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, n.º. 1 y 2, pp. 575 y 576.

(77) DOGLIOTTI, Massimo, “I Diritti del Menore e la Convenzione dell’ONU”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1992, § 7, pp. 311 y 312.

rentes con su visión de los enunciados contenidos en la Convención como perfectamente concretos (78).

La discusión no se plantea en Alemania: a pesar de que el art. 25 de la Ley Fundamental de 1949 dispone: "*Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal*", en las declaraciones que acompañaron a su instrumento de ratificación (79) expresamente se hizo constar que "... la Convención no se aplicará directamente dentro del país. En ella se establecen obligaciones a los Estados con arreglo al Derecho Internacional que la República Federal de Alemania cumple con arreglo a su derecho interno, lo cual es conforme con la Convención" (80).

De notable interés resulta la situación vivida por la Convención en Francia. El art. 55 de la Constitución francesa de 1958 (81) reconoce a los acuerdos o tratados debidamente ratificados y publicados autoridad superior a la de la legislación interna. Así, no es de extrañar que aquellos autores galos que escribieron sobre la Convención al poco de ratificarse (82) celebrasen la llegada de la misma como una necesitada renovación del Derecho francés en materia de menores y no dudasen de su aplicabilidad directa (83). La Convención empezó a ser invocada al poco

(78) Así, en *op. cit.*, § 3, p. 304, refiriéndose a la Convención, leemos: "*Si tratta di un vero e proprio statuto dei diritti del minore, che avrà profonda influenza sugli ordinamenti degli Stati contraenti. I diritti sono enunciati con precisione, senza ambiguità ed incertezze...*" Tal consideración debe contemplarse como claramente minoritaria, de hecho es el único de los autores consultados que se expresa en tal sentido.

(79) De 6 de marzo de 1992, *vid.* R. 26-1-1993 de la Secretaría de AA. EE. sobre actuaciones de otros estados contratantes respecto a tratados de los que España es parte, BOE, n.º 35, de 10 de febrero de 1993.

(80) Decimos "a pesar" del art. 25 de la Ley Fundamental porque tanto VAN BUREN (*op. cit.*, p. 381) como BENHAMOU (*op. cit.*, p. 87) ponen el precepto alemán como ejemplo de norma constitucional merced a la cual la Convención crearía sin lugar a dudas derechos en favor de los particulares y consiguientemente sería de posible invocación ante los tribunales nacionales.

(81) "*Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados regularmente tienen a partir de su publicación una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, respecto a cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte.*"

(82) Ratificación el 2 de julio de 1990 (Loi, n.º 90-548, de 2-7-1990), publicación el 12 de octubre de 1990 por Decr. n.º 90-917, de 8-10-1990.

(83) Así, NEIRINCK (voz "Enfance"; *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. IV, 1991; § 6, p. 2), no dudaba en 1991 de que la Convención podía desde el momento de su publicación "...ser invocada ante todas las jurisdicciones francesas, civiles o administrativas", ni de que "en caso de conflicto entre la norma interna y la regla contenida en la Convención ésta deberá prevalecer"; ponía igualmente de relieve el autor que, dada la pluralidad de interpretaciones a las que podían dar cobijo los amplios términos del texto, "el impacto de

tiempo y la cuestión acabó llegando a la Cour de Cassation civile, que en sentencia de 10 de marzo de 1993 (84) declara taxativamente que la Convención de Nueva York —toda ella— únicamente crea obligaciones a cargo de los Estados y en consecuencia no es directamente invocable ante la jurisdicción interna, apoyándose para ello en el art. 4 (85) de la misma. No se hacen esperar las críticas por parte de determinados sectores de la doctrina (86) a una decisión juzgada en exceso conservadora y “monolítica”, frente a los distinguos en razón de la precisión de las diferentes disposiciones del instrumento que hacían determinadas sentencias de instancia (87). Lo que pudo considerarse como desafortunada pero aislada decisión vio confirmada su tendencia por sentencias de la

*la Convención sobre el Derecho francés de la infancia dependerá así en gran medida de su interpretación jurisprudencial”, punto este en el que su intuición acertó plenamente, aunque como se verá no en el sentido en el que él hablaba. Parecida convicción sobre la aplicabilidad directa de la Convención mantenía RAYMOND (“La Convention des Nations Unies sur les Droits de l’enfant et le Droit Français de l’enfance”, *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale. 1990, I-3451, § 3).*

(84) El padre natural de una niña que vivía con su madre tras la ruptura del concubinato solicitó la fijación de un régimen de visitas a su favor, a lo que la niña parecía oponerse. Se ordenó la realización de una “encuesta social” (medida prevista en el art. 287-2 del Código civil francés que tiende a recabar datos sobre “la situación material y moral de la familia, sobre las condiciones en las que viven y son educados los niños y sobre las medidas que ha lugar adoptar en su interés”) y un examen médico de cara a oír a la pequeña, determinar las causas de su oposición y valorar si la ausencia de contactos con su padre armonizaba o no con su interés. El tribunal de Rennes se negó a escuchar a la menor, y el padre en su recurso invocaba la infracción de los arts. 1, 3, 9 y 12 de Convención.

(85) “Los Estados parte 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 parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

(86) Vid. en tal sentido HAUSER, Jean, “Jurisprudence française en matière de Droit Civil: Personnes et Droits de la Famille”; *Revue Trimestrielle Droit Civil*, n.º 2 y 3 de 1993, pp. 341 y ss. y 572 y ss., respectivamente; RUBELLIN-DEVICHI, “Droit de la famille”, *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale, 1993, I —3688, p. 300, § 4, donde leemos “Esperemos que la sentencia de 10 de marzo de 1993 no haga jurisprudencia”, líneas abajo dice la autora: “El consuelo, para aquellos a quienes la redacción —sin duda demasiado apresurada y demasiado general— de la sentencia de la primera Sala civil de 10 de marzo de 1993 hubiera inquietado, vendrá sin duda de la lectura de la sentencia dada el 27 de noviembre de 1992 por la Cour de Paris (...).” Esta sentencia, que declara directamente aplicable el art. 26 de la Convención (derecho a la Seguridad Social) en sustitución de las provisiones del art. R. 313.12 del Código de la Seguridad Social, fue sin embargo casada por s. de la Cour de Cassation social de 13 de julio de 1994 (*Juris Classeur periodique*, Ed. grale., 1995, II-22363).

(87) Así, la precitada sentencia de la Cour de Paris de 27 de noviembre de 1992, también mencionada *ad exemplum* de la orientación indicada por HAUSER en *op. cit.*, n.º 3, de 1993, p. 573.

sala civil de 2-6-1993 y las dos de 13-7-1993, postura a la que se vino a adherir la sala social por sentencia de 13 de julio de 1994. Mientras algunos justifican la tendencia (88), otros se cuestionan la carencia de mecanismo de control de la aplicación de la Convención por parte de los Estados a ello obligados, vislumbrándose como posible salida el planteamiento de una reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (89). No se había pronunciado todavía sobre la materia el *Conseil d'Etat*: lo hizo por sentencia de 29 de julio de 1994, apreciándose (90) una corriente ligeramente más receptiva que la de las salas civil y social de la Cour de Cassation, en tanto en cuanto excluía la aplicación del artículo invocado —precisamente el 9— por considerar que merced al mismo se estaba imponiendo una obligación al Estado (91), de donde cabría deducir que aquellos preceptos donde no aparece referencia alguna al mismo serían susceptibles de aplicación directa de presentar a su contenido un grado de precisión suficiente.

Vistas las posturas seguidas, me inclino por la construcción expuesta por Longobardo (92), perfectamente extrapolable a nuestro ordenamiento. Recordando la misma, el único factor a retener para decidir sobre el carácter “self-executing” o no de las disposiciones de

(88) Así, el magistrado BENHAMOU en sus notas a las sentencias de 13-7-1993 (*Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1994, II-22219) y de 13-7-1994 (*ibid.*, 1995 II-22363).

(89) La cuestión de la falta de mecanismo de garantías es abordada por HAUSER (*op. cit.*, n.º 4, de 1993, p. 804), y BENHAMOU (*op. prima. cit.*, p. 85). Proponen el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos —teniendo en cuenta las dificultades existentes dada la no total coincidencia entre las pretensiones defendibles desde la Convención sobre los Derechos del Niño y desde el Convenio de Roma— RONDEAU-RIVIER (*op. cit.*, pp. 205 y s.) y RUBELLIN-DEVICHI (*en op. cit.*, p. 300, “Le Principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1994, I-3739., p. 92 y ss. y en “Droit de la Famille”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1995, I-3813., p. 11, donde la autora reflexiona: “¿Podemos esperar que el temor a un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la violación de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño constituya al mismo tiempo una violación de la Convención Europea de Derechos del Hombre, conduzca a la Cour de Cassation a modificar su jurisprudencia?”).

(90) *Vid.* comentario de MONEGER, F., “La famille et l'enfance”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n.º 1, 1995, pp. 167 y ss.

(91) Artículo éste que sin embargo el TGI de Rennes, en sentencia de 13-6-94 considera directamente aplicable —a pesar de la doctrina jurisprudencial de la Cour de Cassation—, juzgándolo “suficientemente completo y preciso como para dispensarse de textos de acompañamiento de Derecho interno”. (*Vid.* comentario en HAUSER, *op. cit.*, n.º 3, de 1994, pp. 581 y s. y referencia en RUBELLIN-DEVICHI, “Droit de la Famille”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1995, I-3813., p. 11).

(92) *Vid.* p. 259.

la Convención sería la precisión de que hacen gala cada uno de sus preceptos, y aun aquellos que no superasen tal examen, habrían de ser tenidos en cuenta como principios de interpretación de la legislación interna existente de cara a mantener la coherencia de un ordenamiento jurídico del que también forma parte la Convención. En lo que al art. 9 en concreto atañe, y dado que España dispone de legislación donde se contempla la separación del niño de sus padres y existen procedimientos aplicables para operarla, considero que el art. 9 es plenamente invocable ante nuestros tribunales, y en cualquier caso la legislación vigente sería susceptible de acomodarse a sus dictados.

IV. PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —así como, en menor medida, de las opiniones de la Comisión— requiere de poca explicación: constituye la vía autorizada de interpretación de las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (93), de acuerdo al cual —y en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 de nuestra Constitución— habrán de interpretarse las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Entre ellos se encuentra el derecho a la intimidad familiar —noción reconducible a la “vida privada familiar” de la que habla el Convenio— del art. 18, directamente implicado, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, en la materia que nos ocupa.

Han sido múltiples las ocasiones en las que, en los últimos tiempos, el Tribunal de Estrasburgo ha debido pronunciarse en controversias en torno a la separación de un menor de sus padres a resultas de la intervención de las autoridades a las que en cada país se halla confiada la protección de la infancia. Contra el Estado implicado actuaban como demandantes el o los padres del niño, y en ocasiones incluso éste mismo (94). Los preceptos principalmente invocados, y en los que nos centraremos, son el art. 8 —derecho al respeto de la vida privada y

(93) Ratificado por España merced a instrumento de 29 de septiembre de 1979 (BOE, de 10-10-1979)

(94) Nótese marginalmente que el niño aparece representado normalmente por el padre codemandante, lo que en algún caso puede plantear dudas sobre la existencia o no de conflicto de intereses (por ejemplo, caso ERIKSSON, v. Suecia, s. de 22-6-89 (BJC, 1991, p. 181), *vid.* voto particular disidente de SCHERMERS, p. 206, § 4).

familiar, siendo su paralelo constitucional el art. 18— y el art. 6 —derecho a un proceso justo, parangonable a nuestro art. 24.

1. El artículo 8 y el respeto a la vida privada familiar

Procede hacer unas consideraciones preliminares en torno a la noción que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido sosteniendo de vida familiar (95). En síntesis, ésta se da en todo grupo fundado o no sobre el matrimonio y debe considerarse subsistente tanto tras el divorcio (punto a retener en los casos de discusión sobre visitas entre el niño y el padre con el que no convive), como tras las medidas adoptadas por los organismos correspondientes que tienen como efecto la retirada del menor del núcleo familiar.

La apreciación de la realidad de una “vida familiar” que legitime la invocación del precepto exige la presencia de un vínculo preexistente (96), efectivo y que implique una relación lo suficientemente real y estrecha entre los sujetos implicados, sin que sea *condictio sine qua non* la convivencia (97).

(95) Vid. principalmente DRZEMCZEWSKI, Andrew, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance tel que le garantit l'article 8 de la CDEH*; Dossiers sur le droit de l'homme n.º 7, 1985; pp. 10 y ss.; e INTERNATIONAL MOVEMENT OF CATHOLIC LAWYERS & CENTRE INTERNATIONAL DES AVOCATS DE STRASBOURG, *Law relating to minors and minor's rights: the protection of minors under the European Convention on Human Rights. Analysis of case-law*, conferencia 1989, pp. 2 y ss.

(96) Tal principio, consolidado hasta ahora, parece en opinión de algunos tambalearse a raíz del caso KEEGAN, v. Irlanda, sentencia de 26-5-1994, serie A, n.º 291 (vid. nota a la misma de SHERLOCK en *European Law Review*, v. 20, n.º 1, de 1995, pp. 111 y ss.). En ella se reconoce la existencia de vida familiar entre un padre natural y su hija —dada en adopción sin su conocimiento— nacida al tiempo de la ruptura entre sus padres y que por tanto nunca convivió con él. En palabras de SUDRE, F. (“Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”; *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale., 1995; I-3823, p. 89, § 32) “la noción de ‘vida familiar’ se extiende a la vida familiar potencial, que habría podido desarrollarse entre un padre y su hijo nacido fuera del matrimonio”. Debe matizarse a ello que, tal y como señala SHERLOCK, el tribunal toma buena cuenta del hecho de que la pareja había mantenido una relación de dos años de los cuales uno fue de convivencia, planeó en su día casarse y decidió conscientemente concebir al hijo: existía pues vida familiar entre los padres y consecuentemente también entre el padre y su hija desde el momento del nacimiento de ésta, aunque el concubinato de los progenitores se disolviese. Se quiere decir con ello que la sentencia KEEGAN no da pie de por sí a considerar que existe vida familiar entre todo padre biológico y el fruto —quizá no deseado— de una relación —quizá esporádica o incluso accidental— sostenida por el mismo.

(97) Vid. caso Berrehab, v. Países Bajos, sentencia de 21-6-1988, serie A, n.º 138; donde se aprecia la existencia de vida familiar entre un padre y su hija, que convivía con su madre tras el divorcio del matrimonio pero que había sido regularmente visitada por él (BJC, 1990, p. 76, § 21).

Como es sabido, el art. 8 presenta una doble línea de desarrollo, positiva y negativa, cuyos postulados habrán en ambos casos de ser seguidos por los Estados para no incurrir en violación del derecho garantizado (98). La vertiente negativa se traduce en una obligación a cargo del Estado de no interferir en la vida privada de los particulares, salvo que concurran los presupuestos enumerados en el párrafo segundo del precepto —de interpretación restrictiva dado su cariz limitador de un derecho fundamental—, a saber: previsión por ley de la injerencia, finalidad legítima de la misma y calidad de necesaria en una sociedad democrática (99). De no ser así, la injerencia será arbitraria y consecuentemente violará el art. 8.

Centrándonos en los casos de separación de un menor de su familia, el tribunal ha sentado que para padres e hijos, el estar juntos supone un elemento fundamental de su vida familiar: toda separación constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente fundamentada de acuerdo al art. 8.2 (100). La extraordinaria gravedad de la inmisión requiere que los argumentos aducidos en su defensa sean de peso: como era de esperar, los gobiernos alegan siempre en su descargo el haber actuado en pos del interés del menor (101). Quedarían por esta vía cubiertas las exigencias del art. 8.2: la previsión legal de la medida no suele plantear problemas, nadie duda de la legitimidad de la finalidad de una acción emprendida de acuerdo

(98) Una rápida explicación de tal interpretación del precepto se puede encontrar —entre otros— en CONNELLY, "Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Review*, julio, 1986, pp. 567 y ss.

(99) Una buena exposición de lo que cada uno de tales requisitos supone la hallamos en el caso OLSSON 1, v. Suecia, sentencia de 24-3-1988, serie A, n.º 130 (BJC, 1989, pp. 844 y ss., § § 60 a 68; véase también el desarrollo efectuado por la Comisión en pp. 853 y ss., § § 132 a 152).

Compárese, por otra parte, tales exigencias con las que el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño pone para la viabilidad de una separación: la existencia de ley aplicable que la prevea aparece expresamente, la finalidad legítima se plasma en la referencia a la necesidad de la medida de acuerdo al interés superior del niño y en cuanto a la necesidad en democracia, el parámetro de la gravedad de las circunstancias y el carácter de única solución posible tomado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se recoge igualmente, como hemos visto, en la Convención.

(100) *Vid.*, entre otras, ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 193, § 58); OLSSON 1 (*loc. cit.*, p. 844, § § 59, 72) o caso *W v. Reino Unido*, sentencia de 8-7-1987 (Series A, vol. 121, 1987, p. 27, § 59)

(101) *Vid.* ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 194, § § 66 y 67); OLSSON 1 (*loc. cit.*, p. 85, § § 64 y 65); HENDRIKS, v. Países Bajos, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports, n.º 29, diciembre 1982, p. 18, § 115).

a los dictados del interés del menor y, en cuanto a su necesidad en una sociedad democrática, dado que una de las obligaciones de todo Estado democrático es la protección de la infancia (102), toda actuación en tal sentido cumpliría la tercera condición del precepto. Freinando aquí la argumentación, prácticamente toda intervención estatal en la familia sería susceptible de justificación, pero el tribunal exige un “plus” para que la injerencia sea catalogable de necesaria en democracia: la medida adoptada habrá de ser proporcional a la finalidad por ella perseguida. Así pues, una solución tan tajante como la separación del niño de sus padres —ataque frontal a la vida familiar— deberá ir avalada por factores de gravedad tal que no permitan otra alternativa respetuosa con el interés del menor: el que el niño estaría presumiblemente mejor atendido fuera de su entorno familiar sin más es insuficiente (103).

Para calibrar la proporcionalidad de la actuación al fin perseguido será trámite inexcusable el estudiar a fondo la coyuntura familiar y recabar sobre ella todo tipo de información, ocupando dentro de ésta lugar destacado las opiniones y posibles justificaciones de los

(102) Así, lo manifiesta la Comisión en HENDRIKS, v. Países Bajos, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (*loc. cit.*, p. 18, § § 120-121).

(103) Con motivo del caso OLSSON 1 (padres de tres hijos cuya custodia es asumida por las autoridades suecas, colocándolos en hogares distintos y a considerable distancia entre sí y de la residencia de los demandantes) el tribunal, tras analizar las razones —de gravedad palmaria— en las que el tribunal administrativo del Condado correspondiente se apoyó para confirmar la resolución de hacerse cargo de los niños, manifestó que *“estas razones eran, evidentemente, ‘aplicables’ para acordar hacerse cargo de los niños, pero la ruptura de una familia es una injerencia muy grave. Por ello, una medida así tiene que fundarse en consideraciones de peso, movidas por el interés del niño; pues, como señala la Comisión, no es suficiente comprobar que estaría mejor atendido en su nueva situación”* (*loc. cit.*, p. 846, § 72). Por su parte, la Comisión rebate de entrada el argumento —precisamente tomado de resoluciones anteriores de la propia Comisión— que el gobierno sueco esgrime al afirmar que *“cuando existe un conflicto importante entre el interés del niño y el de los padres, que sólo puede garantizarse (sic) en perjuicio de uno de ellos, debe prevalecer el primero”*. Tal razonamiento es procedente en casos de separación o divorcio, pero el problema *“cuando se trata de un caso de asistencia pública, es por completo distinto en el ámbito del Convenio. El art. 8 reconoce el derecho de los padres de cuidar de sus niños y de educarlos, derecho que se ha de ejercitar en interés de éstos. El Estado sólo puede limitar este derecho cuando se prueba claramente que los padres lo ejercitan en contra de los intereses del niño. / La separación de un niño de sus padres en aplicación de una resolución sobre su guarda es una injerencia grave del Poder público que no se puede justificar limitándose a decir que es preferible confiarlo a otras personas dispuestas a acogerlo. El art. 8 impone al Estado la carga de probar las razones poderosas y suficientes que justifican la medida. Estas razones deben ser de tanto peso que hagan que la resolución sea necesaria en una sociedad democrática en el propio interés del niño”* (*loc. cit.*, p. 855, § § 148 a 150).

padres (104), quienes en consecuencia deberán ser cumplidamente ilustrados de toda acción concerniente a su hijo (105). La cuestión tiene importancia no sólo desde el punto de vista del respeto a los derechos de los padres, sino también de los derechos e intereses de los hijos: el interés del menor —único capaz de legitimar la medida— es, como se verá, de determinación suficientemente compleja de por sí como para que las autoridades se permitan ignorar fuentes de primera mano como son los propios miembros del entorno familiar. A ello se añade que una apreciación errónea de las demandas del interés del menor puede tener efectos de hecho irreversibles: un niño alejado innecesariamente de sus padres y colocado en un hogar acogedor puede ver cómo con el paso del tiempo su bienestar, que un día exigía permanecer con su familia de origen, acaba reclamando el carácter definitivo de la separación como fruto de la adaptación del niño a su nuevo hogar y del debilitamiento —cuando no ruptura total— de vínculos con su padres biológicos (106).

Podemos pues extraer como conclusiones de esta obligación negativa del Estado algunas de las ya apuntadas en torno al art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño: especial gravedad de las circunstancias que aconsejen la separación —con el consiguiente agotamiento previo de todas aquellas alternativas que no la lleven inherente—, derecho de información de los padres y participación de los mismos en el procedimiento merced al cual se ha de resolver sobre la misma.

(104) Así, se desprende de las sentencias de 8-7-1987 en los casos R., W. y B. todos ellos contra el Reino Unido (las tres Serie A 121, 1987). *Vid.* por todas caso W, §§ 61 a 65 (*loc. cit.*, pp. 27 y ss.); donde el tribunal señala que, aunque el art. 8 no contenga ningún tipo de requisito procedimental expreso, ello no obsta a que los procesos —de todo tipo, no sólo los judiciales— aplicables a la resolución de asuntos relativos a la vida familiar deban ser respetuosos con la misma. En lo que se refiere a la toma de decisiones en virtud de las cuales un niño pasará a estar bajo el cuidado de las autoridades, entre los aspectos relevantes a sopesar por éstas deberán incluirse las opiniones e intereses de los padres: “*Así pues, el proceso decisorio debe, en opinión del tribunal, ser capaz de garantizar que sus (de los padres) opiniones e intereses serán oídos y debidamente tenidos en cuenta por la autoridad local y que ellos (los padres) podrán ejercitar a su debido tiempo cualquier recurso a su disposición*” (§ 63). Reténgase que tales apreciaciones basadas en el art. 8 —frente a las que se fundamentan en el art. 6— son aplicables tanto a procedimientos propiamente judiciales como a los administrativos.

(105) A salvo, como siempre, de que el interés del menor aconseje lo contrario.

(106) *Vid.* entre otros casos W, (*loc. cit.*, p. 28, § 62). Se podría incluso llegar a plantear el respeto al derecho a la vida familiar de los acogedores con el niño y viceversa: así, se apunta en el voto particular del señor SCHERMERS en ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 206, § 3). La cuestión, de indudable interés, escapa al ámbito de este trabajo, dedicado a la relación entre familia de origen y menor.

La vertiente positiva del art. 8. obliga a los Estados a adoptar todo tipo de medidas para garantizar a sus súbditos un goce efectivo de los derechos reconocidos en el precepto, sin que juegue en este caso la excepción del art. 8.2.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ampara en el art. 8 el derecho de aquellos que han visto su núcleo familiar disgregado como consecuencia de una actuación protectora sobre el menor —derecho pues tanto de éste como de sus padres— a que se desplieguen todos los medios posibles de cara a propiciar una reunión tan pronto como sea posible (107). En este sentido, la autorización de visitas entre padres e hijo cobrará un protagonismo absoluto: difícilmente estará en armonía con el interés del menor devolverlo, tras períodos de tiempo normalmente largos, a una familia que era la propia pero que se ha convertido en una extraña debido a la ruptura de relaciones con ella: así, la privación absoluta o la limitación excesiva de las visitas obstaculizan e incluso pueden aniquilar la reunión familiar (108), deri-

(107) *Vid. OLSSON 1 (loc. cit., p. 848, § 81)* donde el tribunal señala que, al no perseguirse la adopción de los niños “había que considerar dicha resolución (la de hacerse cargo de los niños) como una medida temporal que se suspendería tan pronto como las circunstancias lo permitieran y cualesquiera acciones de ejecución debían armonizar con la última finalidad: reunir de nuevo a la familia”; por su parte, la Comisión consideró que “la medida de hacerse cargo de un niño debe ser, en la mayoría de los casos, de carácter temporal puesto que, en definitiva, la finalidad es volver a unificar la familia. Incluso cuando hay que prolongar el período en cuestión, las medidas de colocación se han de tomar teniendo presente el alzamiento futuro de la de hacerse cargo del niño. Sólo en circunstancias excepcionales se puede actuar como si la resolución no debiera revocarse nunca.” (*loc. cit., p. 857, § 175*). Adviértase que los señores Olsson impugnaron en virtud del art. 8 tanto la resolución merced a la cual las autoridades suecas se hicieron cargo de sus hijos, como la negativa a levantar la medida y el modo de ejecución de la resolución. El tribunal absolvió a Suecia de los dos primeros cargos, condenándola por el tercero ya que el emplazamiento de los niños en hogares separados y en algunos casos a considerable distancia del domicilio de los demandantes, unido a las restricciones impuestas a sus visitas, obstaculizaron de hecho el logro de una pronta reunión familiar. En *ERIKSSON (loc. cit., p. 194, § 71)* el tribunal afirma que “el derecho de una madre al respeto de su vida familiar, garantizado por el art. 8, implica el derecho a las medidas adecuadas para reunirse con su hija”.

(108) Merece la pena como prueba de ello detenernos en los antecedentes del caso *ERIKSSON*. Los servicios sociales suecos tomaron a su cargo a la hija de la señora Eriksson en 1978, a los dos meses de nacer, dada la manifiesta imposibilidad de la madre de hacerse cargo de ella (se le había impuesto una pena de catorce de meses de cárcel por receptación y tenencia de drogas). La niña fue entregada en acogimiento, dos años después la madre —de cuya rehabilitación social no cabía ninguna duda pues de hecho se la consideró plenamente apta para hacerse cargo de su hija— solicitó la finalización de la medida adoptada. La petición no fue estimada hasta 1983: las autoridades suecas consideraron entonces que ya no había motivo para mantener la resolución inicialmente adoptada, con lo que la misma se levantó. Ahora bien, al mismo tiempo se prohibió a los padres que retirasen a la niña del hogar donde vivía “hasta que otra cosa

vando tales supuestos en violaciones del art. 8, sin que quepa alegar frente a ello, tal y como se ha señalado, que ya no existe vida familiar entre los padres y el hijo del que han sido separados (109).

La violación del art. 8 por no concesión de visitas puede discutirse igualmente —ahora con independencia de la apuntada función de facilitar la reunión familiar— en los casos de no convivencia de los padres. La cuestión se planteó, entre otros, en el caso *Hendriks v. Holanda* (110), asunto en el que la Comisión no estimó la existencia de infracción

se acordara" (el ordenamiento sueco prevé medidas de tal tipo, de cara a que el cambio de guarda no sea excesivamente brusco para el niño), autorizándoseles a visitar a la niña una vez cada dos meses. A partir de aquí se suceden los intentos de la madre de recuperar la compañía de su hija al tiempo que los contactos con ésta se ven continuamente impedidos no sólo por los acogedores, sino por los propios asistentes sociales encargados del caso (parece ser que la madre llegó a ser "chantajeada" en el sentido de que si desistía de las acciones judiciales que incansablemente emprendía podría ver con más frecuencia a la niña). Llegamos así a 1987, y nos encontramos con una madre que sólo ha visto a su hija desde que se la separó de ella hace nueve años —y recuérdese que ésta era entonces un bebé de dos meses— en 33 ocasiones, nunca más de dos horas y salvo en cuatro ocasiones siempre ante la presencia de extraños: la niña —de nueve años y que hasta los seis pensó que sus acogedores eran sus padres verdaderos— no desea regresar con ella, y forzarla a ello le causaría trastornos emocionales, psicológicos e incluso somáticos graves, en definitiva sería contrario a su interés superior. El relato es un ejemplo tan triste como real de cómo la impericia e indolencia del Estado puede exterminar una familia.

(109) Junto a los ya vistos OLSSON 1 y ERIKSSON, cabe citar OLSSON 2 (S. de 27-11-1993, serie A, vol. 250); ANDERSSON (S. de 25-2-1993, serie A, vol. 226) donde a la madre se le impidió no sólo las visitas sino todo tipo de comunicación, incluida la epistolar y la telefónica con su hijo durante casi dieciocho meses; o el caso HOKKANNEN v. Finlandia, (S. de 23-9-1994 serie A, vol. 299a) en el cual el tribunal aclara que las medidas a tomar de cara a la reunión familiar deberán ser adoptadas desde la perspectiva del interés del menor: así, en el caso, la ausencia de un derecho de visita a favor del padre transgredía el art. 8, pero no la negativa de las autoridades a cederle la guarda del niño (*Vid.* referencia en SUDRE, *loc. cit.*).

(110) Demanda n.º 9427/78, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports, n.º 29, diciembre 1982, pp. 5 y ss.) El Sr. HENDRIKS alegaba que la legislación holandesa no garantizaba suficientemente su derecho a mantener relaciones con su hijo en tanto en cuanto en última instancia la madre podía en todo caso frustrarlo oponiéndose simple y llanamente a las visitas. La Comisión justificó la situación de acuerdo al interés del menor, quien presumiblemente vería su nuevo ambiente familiar —el hogar formado por la madre y su nuevo compañero— trastornado por las tensiones que las visitas del padre traerían consigo. Frente a ello, el voto particular conjunto de MELCHLOR, SAMPALO, WEITZEL y SCHERMERS (pp. 22 y ss.) —en la postura que a mi entender resulta más adecuada— motejó a la interpretación que del interés del menor hizo la mayoría de la Comisión de "rara", recordando que las visitas debían considerarse en principio y salvo que poderosas razones indicasen lo contrario como beneficiosas para el niño, que su interés debía interpretarse no de un modo "estático" sino dinámico (aunque inicialmente las visitas podrían desestabilizar ligeramente al menor, a la larga éste se vería enriquecido por su relación con su padre), y que en ningún caso era de recibo amparar una eliminación total de la vida familiar del niño y su padre por respeto a la vida familiar de la madre y su segundo esposo.

alguna, siendo decidido por el Consejo de Ministros. Lo cierto es que tales supuestos no son considerados del mismo modo que los anteriormente tratados, pareciendo resentirse a consecuencia de ello la protección brindada a los derechos del padre no custodio (111).

2. El artículo 6 y el derecho a un proceso equitativo

Si bien es cierto que el art. 6 se dirige con preferencia a dotar de garantías al procesado en una causa penal, también tienen en él acomodo los asuntos civiles, y así comienza su párrafo 1: *"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil..."*

Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado con carácter general que negar a los padres la posibilidad de participar en el procedimiento de adopción de una determinada medida concerniente a su hijo infringe —aparte de lo dicho respecto al art. 8— también el art. 6 (112).

La invocación del precepto en casos en los que los ordenamientos internos no preveían un procedimiento independiente de cara a solu-

(111) *Vid.* lo manifestado en tal sentido por la Comisión en su opinión al caso OLSSON 1, reproducido en nota 103. Comparemos el caso OLSSON con el caso HENDRIKS en lo que a las visitas se refiere: Suecia es condenada por limitar el derecho de visita a unos padres que venían obstaculizando sistemáticamente las acciones que en favor de sus hijos se emprendían, hostilizando insistentemente a las familias acogedoras y perturbando emocionalmente a algunos de sus niños cuando se acordaban de que tenían un derecho de visita a su favor y lo ejercitaban; mientras que Holanda es absuelta pese a que sus tribunales impiden a un padre —cuyas pretensiones se reconocen como legítimas y razonables— volver a ver a su hijo tras su divorcio recurriendo a argumentos que más que proteger los intereses del niño amparan los de una madre egoísta. Parece ser que, en estos casos, al convivir el niño con el otro progenitor goza ya de una vida familiar, sin importar demasiado que sea una vida familiar "a medias".

(112) Así, en Keegan v. Irlanda (*loc. cit.*, p. 113): la legislación irlandesa no permite a un padre natural ser oído por el Consejo de Adopción o por los tribunales de cara a oponerse a un acogimiento preadoptivo (en la especie, la madre había entregado a la niña de menos de dos meses a las autoridades sin conocimiento del padre). La única vía a su alcance es entablar un proceso de cara a obtener la guarda y custodia de la niña, para *a posteriori* impugnar la medida. Tal remedio es juzgado insatisfactorio por el tribunal ya que, dada la duración de tales procedimientos, para cuando éstos hubiesen concluido el bienestar de la niña requeriría el permanecer con los futuros adoptantes.

cionar la cuestión de las visitas (113) ha propiciado interesantes declaraciones del tribunal en cuanto a tal derecho. En virtud de las mismas no cabe discutir el carácter de derecho civil —como derecho de familia que es— del derecho de visita, y por tanto susceptible de demandar la aplicación del art. 6 (114): en tal sentido, el derecho a que un tribunal decida en los litigios sobre el mismo no se ve satisfecho con la posibilidad de pedir su regulación en el seno de procedimientos de miras más amplias —por ejemplo, solicitando la revisión de la medida de poner al niño bajo el cuidado de los servicios sociales correspondientes— en tanto en cuanto los argumentos que para la cuestión de las visitas serían suficientes pudieran muy bien no serlo para el debate de la cuestión que necesariamente ha de aparecer como principal. A ello se añade una dilatación de la duración del procedimiento, que dejaría de ser “razonable”, frente a las exigencias del art. 6.1.

La cuestión de cuándo un plazo es “razonable” se presenta de difícil determinación en los casos que estudiamos. El problema requiere de la conjugación de dos exigencias igualmente importantes y totalmente contradictorias: de una parte, dada la delicadeza de los derechos que se barajan, las circunstancias concurrentes en cada caso deben ser cuidadosamente sopesadas de cara a determinar con acierto qué es lo mejor para el niño; de otra, la trascendencia de esos mismos derechos se acomoda mal con la prolongación de situaciones de incertidumbre, cuyas consecuencias como ya se ha señalado pueden ser determinantes en el sentido de debilitar e incluso extinguir los lazos entre padres e hijos (115). El equilibrio es de definición compleja, máxime si añadimos a lo visto la sobrecarga de trabajo y la lentitud en la toma de decisiones que adquiere matices de mal endémico en las jurisdicciones de algunos países.

(113) ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 195, §§ 80 a 82) y B., W. y R. (serie A, vol. 121) y O. (serie A, vol. 120), todos v. Reino Unido, sentencias de 8-7-1987.

(114) *Vid.*, por todas las sentencias de 8-7-87, la del caso W. (§ 78, pp. 34 y s.) donde se declara abiertamente que el derecho de visita, “como parte integral de la vida de familia” es sin duda un derecho civil. En ERIKSSON, la Comisión opinó que “*un litigio sobre el derecho de un padre a visitar a su niño, existiendo una prohibición de recuperarlo de la familia en que está acogido, afecta a los ‘derechos de naturaleza civil’ paternos*” (§ 242, p. 203).

(115) HENDRIKS (*loc. cit.*, § 137, p. 21). *Vid.* asimismo caso H. v. Reino Unido, sentencia de 8-7-87 (serie A., 120b, § § 90 y 101), en el que sí se apreció violación del art. 6 por excesiva duración (dos años y siete meses) del proceso en el que se decidió sobre las visitas.

En el ámbito de la legislaciones internas, indudable interés presenta la s. 1 (2) de la Children Act 1989 inglesa, que advierte que en todo proceso en el que surja alguna cuestión que afecte a la crianza (“upbringing”) de un niño, el tribunal deberá tener en cuenta el principio general de que cualquier retraso en la resolución de la cuestión es susceptible de perjudicar el bienestar del niño.

Por último, es interesante destacar que, frente a las alegaciones de algún gobierno de que el derecho de visita es únicamente un derecho del niño —con la consiguiente improcedencia de reclamaciones sobre el mismo por parte de los padres—, el tribunal ha tomado la postura de atribuir su titularidad tanto a uno como a otros, con la única matización de que, al ser el interés del menor prevalente, en caso de conflicto las exigencias de este último primarán sobre las pretensiones, aun legítimas, de los padres (116).

(116) La objeción fue planteada por el gobierno del Reino Unido en los casos O., W., B., y R. precitados bajo términos idénticos. Aquél se opuso a la aplicabilidad del art. 6.1 ya que *“no había ‘derecho’ alguno en juego”*, basándose en cuatro argumentos sistemáticamente desmontados por el tribunal (en W. se hallan en § 72, p. 32). En primer lugar, Reino Unido admite que el concepto de “derecho civil” en el contexto del art. 6.1 es autónomo, pero sin embargo aduce que el precepto no es aplicable a menos que el objeto del litigio constituya un derecho dentro de la legislación interna, a la cual debe por tanto atenderse. En segundo lugar manifiesta el gobierno británico que *“la noción de ‘derechos’ parentales sobre los hijos estaba superada; además, de acuerdo a los dicta de los jueces ingleses, el llamado ‘derecho’ de visita de un padre a su hijo se definía preferentemente como un derecho del niño”*. En tercer lugar, se dice que *“en cualquier caso el mencionado derecho era ‘teórico’ (‘rhetorical’), y no legal”*. Por último, se añade que, aun de haber existido un derecho tal al principio, éste habría desaparecido tras el pronunciamiento de una orden de asistencia o de una resolución sobre la patria potestad, ya que a consecuencia de las misma se transfieren a la autoridad local —salvo limitadas excepciones— *“todos los derechos, poderes y deberes del padre con respecto al hijo. La mera posibilidad o esperanza de que la autoridad pudiera, en uso de su discreción, permitir ulteriormente al padre visitar a su hijo no constituye un ‘derecho’”*. En cuanto a la primera afirmación, el tribunal no le resta valor pero *“no suscribe la tesis del Gobierno de que ningún derecho de tal tipo esté en juego en el caso presente”* (W. § 73). Especial interés revisten las reflexiones del tribunal frente a la obsolescencia de la noción de derechos paternos que el Reino Unido esgrimió: *“Para calificar como superada la noción de los derechos patenorfiliales, el Gobierno se apoya en la idea de que aquéllos se derivan de los deberes y responsabilidades de los padres y existen sólo en tanto son necesarios para la protección de la persona o los bienes del niño. Esta concepción parece responder al deseo esencial no de negar la existencia de derechos paternos, sino de acentuar que no son absolutos y pueden ser anulados si no se ejercen de acuerdo con el bienestar del niño (...). Además, cuando los tribunales ingleses hablaban de la visita como de un derecho del niño, parecían no haber estado proclamando la ausencia de cualquier derecho paterno de visita, sino el principio de que en caso de conflicto entre derechos concurrentes de padre e hijo es el bienestar del niño el que debe ser considerado como la razón fundamental.”* (W., § 74, p. 34). Frente al tercer argumento se objeta que el derecho de visita tiene precisamente su proyección práctica cuando la convivencia del núcleo familiar se ha roto (W. § 75), y en cuanto a la última observación del Gobierno, se afirma que el que la autoridad a cuyo cargo pasa a estar el niño tenga potestades sobre el mismo —entre ellas la regulación de sus contactos con los padres— no supone la desaparición de todo derecho paterno en cuanto a las visitas, tal extinción *“no sería compatible con las nociones fundamentales de vida familiar ni con los vínculos familiares que el art. 8 pretende proteger”* (W., § 77).

A todas las consideraciones hechas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deberá ajustarse nuestra legislación interna sobre menores y la actuación de las autoridades sobre ellos, en la medida en que de lo contrario se vulnerarían derechos que tienen su correlativo en nuestra Constitución —arts. 18 y 24— y que han de ser interpretados a luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (117).

V. PLASMACION DEL DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO

A continuación, se contrastará ordenadamente cada una de las directrices que en torno a la separación de un niño de sus padres hemos ido extrayendo tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el panorama que la cuestión presenta en nuestro país. Aquél se revela especialmente complejo dada la convivencia de la legislación estatal con las disposiciones de distinto rango normativo que, en virtud de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre protección de menores, han ido surgiendo en los distintos territorios. No se pretende efectuar un estudio detallado de la prolífica —y en continuo aumento— normativa autonómica, haciéndose no obstante referencia a la misma allí donde sea necesario.

1. Política social preventiva de situaciones patológicas del núcleo familiar

Ya se ha apuntado anteriormente que aquellas situaciones en las que el principio natural de que el mejor entorno para el desarrollo

(117) El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión sobre recursos de amparo en asuntos como los que nos ocupan, sin que en ninguno de los consultados se apreciase infracción ya de los art. 18, ni del 24, bien por motivos sustantivos, bien por no haber sido debidamente alegadas las infracciones que se pretendían ante la jurisdicción ordinaria en su momento. Así ocurre, entre otros, en el Auto n.º 535/1985, de 24 de julio —invocación de los arts. 18, 24 y 25 por un padre bajo prisión preventiva cuya hija había sido confiada por las autoridades a la abuela materna; Auto n.º 137/1992 de 25 de mayo — alegación de los arts. 14, 18 y 24 por los padres de tres hijos, respecto a dos de los cuales se había constituido acogimiento judicial contra su voluntad; o en la Sentencia 289/1993, de 18 de octubre, donde una madre soltera denuncia la violación del art. 24 ante su falta de oportunidad de presentar los medios de prueba que considerase pertinentes de cara a demostrar que su hijo —confiado por ella al cuidado de dos señoras, dada su imposibilidad de atenderlo por razones laborales— no estaba desamparado.

armónico del menor es su propia familia quiebra, deben calificarse de patológicas. También se ha dejado constancia de que la prevención de las mismas forma parte de la política de protección familiar de todo tipo que a nivel internacional se reclama y que el art. 39.1 de nuestra Constitución presenta como “asegurada” por los poderes públicos en su vertiente social, económica y jurídica.

En consonancia con el mandato constitucional, las leyes sobre servicios sociales promulgadas en las distintas Comunidades Autónomas (118) tienden a incluir entre sus áreas de actuación la de protección y promoción de la familia (119): tienen así cabida el desarrollo de políticas de prevención de situaciones de riesgo (120) para el menor. Tales actuaciones se encuentran igualmente previstas con carácter genérico en el art. 1 del Proyecto de Ley del Menor (121).

La eficacia real de tales políticas vendrá condicionada por un doble factor: la dotación a los servicios encargados de llevarlas a cabo de medios materiales y personales suficientes y lo acertado del contenido de las mismas. Si bien es cierto que en cuanto al primer aspecto las disponibilidades económicas de cada Comunidad determinarán en muchos casos lo adecuado del funcionamiento de sus servicios (122),

(118) Pueden consultarse en CREUS I FERRE, E. (dirigido por), *Legislació estatal i autonòmica sobre protecció dels menors en situació d'alt risc social*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, junio 1994. Algunas de las normas autonómicas que a continuación irán apareciendo se encuentran recogidas en tales volúmenes, no así las de fecha posterior a la edición de los mismos; junto a éstas últimas se indicará el lugar donde pueden ser consultadas.

(119) Por ejemplo, la catalana 26/1985, de 27 de diciembre, art. 5.2 a); la canaria 9/1987, de 28 de abril, art. 4 y la vasca 6/1982, de 20 de mayo, art. 3.2; etc.

(120) Hablamos de situaciones de riesgo en sentido amplio: el Proyecto de Ley del Menor (*vid.* E. M., II, párrafo quinto) diferencia entre situaciones de riesgo y desamparo, dando las primeras —frente a las segundas— origen a actuaciones que no entrañan la separación del menor de su familia. Lógico es que al prevenirse situaciones más leves —las de riesgo— se eviten al mismo tiempo las más graves —las de desamparo.

(121) Art. 1. Actuaciones de protección. 1. “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante el establecimiento de servicios, la prevención y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. 2. Los poderes públicos velarán por que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al desarrollo del menor.”

(122) Resulta de un acierto indudable la observación genérica que al tratar sobre los límites generales a los derechos de los niños hace FREEMAN (*op. cit.*, p. 61), en el sentido de que “los derechos sin servicios carecen de significado, y los servicios no pueden prestarse sin recursos. ‘Ninguna ley’, escribió Monrad Paulsen (1974) en relación con la legislación obligatoria sobre abuso de niños en los Estados Unidos, ‘puede ser mejor de lo que los recursos permiten’ (...). En otras palabras, tiene poco sentido crear y mejorar el marco legal o instituir grandes derechos en favor de los niños, a menos que junto a ello se prevea y reestructure la asignación de

no debería olvidarse la necesidad de formar a profesionales cualificados y debidamente concienciados de las fuertes implicaciones de las tareas que están llamados a desempeñar. Respecto al segundo, sería útil tener en cuenta las líneas apuntadas por el Consejo de Europa a través de distintas Recomendaciones tocantes a la materia (123): vías de preparación a la gente joven de cara a asumir con éxito sus futuras responsabilidades paternas —incluyendo programas escolares en tal sentido—, amplia información sobre la existencia de servicios de apoyo familiar y potenciación del recurso a los mismos por parte de las familias, fomento de las instituciones privadas que desarrollen funciones similares, etc.

2. Primacía de las soluciones que no entrañen una separación

Una vez que se detectan signos de deterioro del medio familiar, la autoridad estatal deberá intervenir con presteza (124), sin que ello suponga automáticamente un recurso a medidas de separación: es principio repetidamente manifestado en la legislación autonómica sobre servicios sociales el de “integración” o “normalización”, en virtud del cual la actuación de los mismos deberá tender siempre al mantenimiento del sujeto (en nuestro caso, el niño) en su ambiente familiar y social. De otra parte, las normas propiamente atinentes a protección de menores no pierden ocasión de destacar en sus preámbulos la prioridad del tratamiento del menor en su propia familia, pasando a tratar en su articulado aquellas soluciones que conlleven el desarraigo del

recursos”. En este sentido, reviste gran interés el art. 16 de la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes (BOE, n.º 127, de 30-8-1995); el cual, bajo la rúbrica “Prioridad presupuestaria”, indica que “La Generalitat debe procurar que sus presupuestos tengan en cuenta de forma prioritaria las actividades de atención, formación, promoción, reinserción, protección, integración y ocio de los niños y los adolescentes de Cataluña. Asimismo, debe procurarse que los entes de la Administración local asuman dicha prioridad.”

(123) Vid. principalmente R. No. R. (79) 17 del Comité de Ministros sobre protección de los niños contra los malos tratos; R. 874 (1979) de la Asamblea sobre una Carta Europea sobre los Derechos del Niño; R. No. R (81) 3 del Comité de Ministros sobre la acogida y la educación del niño desde el nacimiento a los ocho años; R. No. R. (85) 4 del Comité de Ministros sobre la violencia en la familia.

(124) El art. 3 del Proyecto de Ley del Menor, rubricado “Atención inmediata”, dispone: “Las Autoridades y Servicios Públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.”

niño de su medio en último lugar y con carácter claramente subsidiario respecto al llamado "apoyo familiar" (125). En esta línea, es digna de todo elogio la distinción que el Proyecto de Ley del Menor introduce entre las actuaciones en situación de riesgo [art. 5 (126)] y las actuaciones en situación de desamparo [art. 6 (127)] que, en palabras de la Exposición de Motivos (II, párrafo quinto) *"dan lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad Pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la Entidad Pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria"* (128).

(125) Por ejemplo, Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores; Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; Decreto gallego 196/1988, de 28 de julio, sobre protección y tutela de menores desamparados; Ley asturiana 1/1995 de 27 de enero, de protección del menor (A. C. legislación, 1995, § 125); Ley valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, BOE, n.º 21, de 25-1-1995), etc.

(126) Art. 5. Actuaciones en situaciones de riesgo. *"En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentre. / Una vez apreciada la situación de riesgo, la Entidad Pública competente en materia de Protección de menores, realizará un seguimiento de la evolución del menor en la familia, a fin de comprobar si se han disminuido los factores de riesgo."*

(127) Art. 6. Actuaciones en situación de desamparo. *"1. Cuando la Entidad Pública considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. / 2. Cada Entidad Pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas en funcionamiento."*

(128) La introducción de tal distinción despeja las dudas que *de lege data* pudieran plantearse sobre si la existencia de una declaración de desamparo del menor por parte de la Administración es requisito para que ésta lleve a cabo cualquier tipo de actuación sobre el mismo, aunque ésta no suponga la separación del menor de su familia: la respuesta será claramente negativa. Bajo la legislación vigente cabe alcanzar los mismos resultados dada la diferenciación que en el art. 172 se hace entre los supuestos de tutela automática (172.1), de guarda (172.2) y de apoyo familiar, que SERRANO GARCIA (en su comentario al art. 172 en Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia, 1993, p. 578) localiza en el art. 172.4. Tal solución se deduce con mayor claridad en los textos de algunas normas autonómicas, por ejemplo, en Extremadura (Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores [A. C. legislación, § 960, pp. 2389 y ss.]); Asturias (Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor) o Valencia (Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia) —siendo aquí la exclusión expresa (*vid.* arts. 22 y 23). No obstante, no

A tal apoyo se le suele dotar de un contenido económico —cuando los problemas familiares vengan motivados por la carencia de recursos de este tipo, traduciéndose en la percepción por parte de la familia de prestaciones ya en dinero, ya en especie (servicios de comedor, ropas, vivienda, etc.)— y/o técnico —atención domiciliaria a cargo de asistentes sociales, guarda diurna de niños, atención psicológica a la familia, etc.

3. Gravedad de las circunstancias que justifiquen la separación

En nuestro ordenamiento jurídico la separación del menor de su familia exige como presupuesto que éste se halle en situación de desamparo, descrita en el art. 172 del Cc. como *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”* (129), en expresión que parece confirmar la vieja cita de que *omnis definitio in iura periculosa est*, sin que ello obste a que en ocasiones —como sin duda es ésta— haya que pechar con todos los riesgos que una definición pueda conllevar, en pos de una mayor seguridad jurídica. Antes de referirnos a la misma, procede hacer algunas consideraciones en torno a la legislación autonómica en la materia.

Ya hemos señalado que el apoyo familiar se diseña como instrumento prioritario de protección al menor, y solamente de resultar éste inoperante se autoriza la adopción de otras medidas —las que implican separación— plásticamente calificadas en ciertos textos de *“alternativas”*. En algunos casos el legislador o ejecutivo autonómico se muestra más concreto que el estatal proporcionando, frente a la generalidad de la definición del art. 172, un catálogo de supuestos en los que el recurso a tales soluciones extremas se autoriza. Tomando como ejemplo el Decreto Foral navarro 90/1986 sobre adopción, acogimiento familiar y atención a menores, leemos en su art. 6: *“Los Servicios Sociales de Base informarán al Servicio Regional de Bienestar Social, a fin de que se adopten soluciones alternativas al apoyo familiar en los siguientes supuestos en que resulten víctimas los menores: a) graves carencias afectivas, por parte de ambos*

parece ser la misma la conclusión a la que se llega tras la lectura de los arts. 5 y ss. de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, donde entre las medidas a adoptar mientras el niño está bajo la tutela de la Generalitat se encuentra la atención en la propia familia.

(129) El proyecto de Ley del Menor, que amplía notablemente el contenido del art. 172.1, mantiene la definición de situación de desamparo en todos sus extremos.

padres. / b) Malos tratos físicos o psíquicos, por parte de uno o ambos padres. / c) Violación o abusos sexuales, por parte de alguno de ellos / d) Explotación económica o utilización para la mendicidad. / e) Abandono. / f) Otras situaciones manifiestamente vejatorias de la dignidad y derechos del menor." Tanto éste como otros preceptos con el mismo objeto (130) tienen el mérito de ofrecer ejemplos de situaciones concretas de desamparo evidente, pero no pueden evitar el recurrir a cláusulas más o menos generales de interpretación igualmente controvertida que la del art. 172 del Código (en el ejemplo propuesto, los dos últimos supuestos).

Respecto a la exégesis —sin duda complicada— del art. 172, nos interesa poner de manifiesto que, desde el momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, deberá hacerse a la luz de las disposiciones de ésta. Ello supone de entrada, en lo que a la noción de desamparo atañe, que la misma sólo se deberá apreciar ante casos realmente graves: así, tal y como apunta Vargas Cabrera (131) la desasistencia moral o material deberá ser total, de acuerdo con el significado literal de los términos "privación" y "necesaria" que aparecen en el precepto. Además, deberán ser efecto directo del "incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección" (132).

En cuanto a la consideración de tales causas, puede resultar de fundamental importancia la diferenciación entre lo que se ha dado en llamar desamparo "forzoso" o "involuntario" —aquellos casos en que la situación de riesgo para el menor acontece sin intervención y en contra de la voluntad de los padres—, y el "culposo" —cuando la desasisten-

(130) Por ejemplo, art. 8 del Decreto valenciano 23/1988, de 8 de febrero, sobre medidas de protección de menores desamparados; art. 6 de la Ley extremeña 4/1994, de 10 de noviembre, sobre protección y atención de menores (A. C. Legislación, 1994, § 960, pp. 2389 y ss.); art. 31 de la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero o el art. 2.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y de la adopción.

(131) "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *ADC*, 1991, I, pp. 623 y ss.

(132) *Vid.* también, entre otros, DE PABLO CONTRERAS ("Comentario al art. 172 del Cc" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1993, pp. 40 y ss.); PEREZ ALVAREZ (*La nueva adopción*, 1989, pp. 76 y ss.); SERRANO GARCÍA (*op. cit.*, p. 579); PEREZ MARTIN (*Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, 1995, pp. 173 y ss.); RUIZ-RICO RUIZ ("La tutela *ex-lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *Actualidad Civil*, 1988, pp. 63 y ss.) o GONZALEZ DE LEON (*El abandono de menores en el Código Civil*, 1995, p. 78 y ss. y 105 y ss.), quien en concreto considera necesario que la situación de desasistencia sea tan grave y definitiva como para que la reinserción en la familia se presente como imposible, lo que sería coherente con su visión del abandono (pues la autora habla de abandono) como vinculado de por sí a la adopción.

cia tiene su origen en la consciente indolencia de aquéllos, a pesar de los tintes objetivos con el que el art. 172 expone la noción de desamparo. Si bien es cierto que en algunos casos de desamparo involuntario se revelará conveniente la separación del menor de su entorno (así, enfermedades graves de los padres, trastornos mentales, etc.), no cabe predicar lo mismo respecto de otros: así, un supuesto típico de desamparo "forzoso" como es el de privaciones materiales del menor a consecuencia de la indigencia de los padres no debería solucionarse con el recurso expeditivo a la declaración de desamparo: ello podría suponer un atentado directo al principio de igualdad constitucionalmente reconocido en el art. 14 de nuestra norma fundamental, en tanto en cuanto los núcleos familiares con escasez de recursos sufrirían, por tal razón, una desintegración que no hubiese tenido lugar de ser distinta su situación económica (133); nótese lo incongruente que resulta que el niño se vea separado de sus padres por una Administración cuya política asistencial general ha podido fracasar. En cualquier caso, no se excluye que

(133) Así, lo plantean PEREZ MARTIN (*op. cit.*, p. 185 y ss.) y en Italia GRASSO (*op. cit.*, p. 116) respecto del art. 3 de la Constitución Italiana.

La cuestión se aborda en el Auto de la A. P. de Córdoba de 19-10-1990 (Actualidad Civil Audiencias, 1991, pp. 138 y ss.). La Audiencia se plantea la existencia de dos vías de proteger a los menores: una sería "proteger al menor por encima de todo, sin tener en cuenta las circunstancias que rodean su entorno familiar: problemas de trabajo de los padres, estado de salud, etc., no constituirían circunstancias a tener en cuenta a la hora de actuar en este terreno. Llevada al extremo, esta vía podría suponer ciertamente una especie de 'confiscación' de los hijos de los pobres en favor de los ricos, pues el interés del menor estaría mejor atendido en una familia de buena posición económica y social. Parece evidente que tal postura no es defendible en el terreno de los principios. La segunda vía vendría a coordinar el interés del menor con el de la familia en conjunto. El menor tendría que ser protegido en todo caso, pero el tipo de protección vendría determinado por sus circunstancias familiares. Esta es una solución mucho más adecuada desde el punto de vista constitucional". A la postre, la resolución opta por mantener la declaración de desamparo y constituir el acogimiento judicial de dos de los hijos de los demandantes, reintegrando el tercero —el mayor— a su compañía. Los padres —cuyo recurso de casación no fue aceptado a trámite— buscaron el amparo del Tribunal Constitucional, que resolvió por Auto 137/1992 de 25 de mayo. Se alegó, entre otras, la infracción del art. 14 de la Constitución en tanto que existió una discriminación injustificada de los padres respecto de las familias escogidas por el ente público para su acogimiento "puesto que es únicamente la mejor posición económica y mayor estabilidad social de los acogedores frente a los padres naturales lo que determina, en fin, el sentido de la decisión" (antecedente 3). El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en todos sus extremos, basando el rechazo del art. 14 en que "el fundamento de la decisión no fue sólo la diferente posición económica de los padres naturales frente a los acogedores, sino también la apreciación de un 'descuido' de los progenitores respecto de la educación de sus hijos (FJ 6); y, además, también porque, pese a alegarse respecto a una resolución judicial, no se aporta término de comparación válido, representado por otra u otras decisiones judiciales que, en supuesto análogo, resolvieran de forma diferente; lo que, conforme a la doctrina de este tribunal, impide ya la apreciación de dicha lesión".

puedan existir casos de falta de medios económicos en los que, dada su previsible irreversibilidad a corto plazo, una separación sea ineludible: es aquí donde entra en juego la obligación de las autoridades de poner todos los medios posibles para reintegrar al niño en su hogar, y será precisamente en las hipótesis de problemas exclusivamente económicos donde tal reintegración será más fácil de potenciar.

El Proyecto de Ley del Menor parece tomar buena nota de la inminente seriedad de los peligros que debe correr el menor para que proceda su extracción de la familia, consagrando en consecuencia la ya referida distinción entre medidas en situación de riesgo y medidas en situaciones de desamparo, reservándose la separación únicamente para estas últimas (134).

4. Adopción de medidas de cara a la reinserción del menor en su familia de origen

El art. 172.4 del Cc dispone que *“se procurará la reinserción del menor en la propia familia (...) siempre que redunde en interés del menor”*, (135) indicación diáfana a mi entender de los derroteros por los que debe discurrir la actuación de los servicios competentes tras la asunción por la Administración de la tutela del menor y su consiguiente desarraigo familiar: con la toma bajo su guarda del niño desamparado y la previsión de su internamiento en un centro o de su entrega a un hogar acogedor no acaban las responsabilidades de tan singular tutor, sino que éste deberá poner todos los medios posibles para lograr la vuelta del niño a la compañía de sus padres en el período más breve posible (136).

(134) *Vid.* Exposición de Motivos, párrafo transcrito en p. 276.

(135) El Anteproyecto de Ley del Menor elaborado por el Ministerio de Asuntos Sociales suprimía del art. 172.4 la referencia a la reintegración en la propia familia, imperdonable omisión que el Proyecto se encarga de subsanar en los siguientes términos: *“Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.”*

(136) Tal interpretación del inciso es sostenida por PEREZ ALVAREZ (*op. cit.*, pp. 121 y ss.); quien pone de manifiesto cómo *“la norma del art. 172.4 contiene un mandato que condiciona las actuaciones referentes al menor que se encuentra en situación de desamparo. En particular, el artículo 172.4 configura un mandato, en beneficio del menor y al menos en favor de sus padres, de procurar la consecución de la compañía ex artículo 154.1 y demás funciones de la patria potestad que hubieren sido detraídas a los progenitores por haberse hecho efectiva la tutela prevista por el artículo 172.1 Cc (...) el mandato que impone el art. 172.4 vincula a la entidad pública competente, al ministerio fiscal y a la autoridad judicial”* (pp. 126 y ss.); asimismo considera posible inducir del art. 172.4 un derecho del menor a ser reintegrado en su propia familia, cuya eficacia supedita a la *condictio* del interés del menor (pp. 125 y ss.).

Debería tenerse siempre presente que cuando la Administración interviene, no sólo se ve afectado el menor sino la familia toda —si bien es cierto que el móvil de su acción es la protección del niño—, y del mismo modo que la actuación sobre el niño no es puntual —en tanto en cuanto luego se sigue cuidando de su desarrollo y evolución— tampoco debería serlo la actuación sobre los padres, a quienes se ha de prestar toda la asistencia y apoyo disponibles de cara a que los factores que en su momento aconsejaron retirar al niño del ambiente familiar desaparezcan, y éste pueda regresar al mismo con todas las garantías de recibir las atenciones que su formación y desarrollo necesitan (137).

Junto a tal línea de trabajo por parte de los servicios sociales con la familia biológica, en ningún caso podrá descuidarse el mantenimiento de contactos entre padres e hijos: ya hemos tenido oportunidad de hacer referencia al carácter fundamental que tiene el derecho de visita en situaciones de separación de cara a la futura reunión familiar, impensable si los padres se han convertido en unos extraños para el menor (138). En nuestro ordenamiento la visita está suficientemente garantizada legalmente, tanto en los arts. 160 como 161 del Código civil (el último en concreto sobre los casos de acogimiento) como en la normativa autonómica sobre menores. Recuérdese que el único motivo aceptable para suspender (139) las visitas es que el interés del menor las desaconseje profundamente: la mera oposición de los acogedores —de existir— nunca sería de recibo.

En relación con la continuación de las relaciones entre padres y hijos se halla el derecho de los padres a recibir cumplida información sobre las causas y efectos de la medida que sobre su hijo se adopta, indispensable de cara a solucionar las deficiencias que la provocaron y

(137) Previsiones de este tipo las hallamos en la Orden gallega de 13 de enero de 1993, por la que se establecen ayudas periódicas a familias para la integración del menor.

(138) Recuérdese una vez más lo ilustrativo que resulta respecto a tal realidad el caso ERIKSSON (*vid.* nota 108)

(139) Una privación irrevocable de las visitas sólo sería admisible de proyectarse la adopción del menor. *Vid.* en tal sentido PEREZ MARTIN (*op. cit.*, p. 450) quien prolonga la posibilidad de continuar las visitas hasta la constitución de la adopción, pues hasta entonces considera la reinserción en la familia posible. Personalmente, opino que en los casos de acogimiento preadoptivo —que el Proyecto de Ley del Menor regula específicamente en el que será art. 173 bis 3.º del Código civil— las visitas ya no serán beneficiosas para un menor cuyo retorno al medio familiar biológico ha tenido que revelarse inviable, habiendo fracasado pues todos los intentos de la Administración en ese sentido.

afrontar posteriormente el cuidado en exclusiva del mismo. La normativa autonómica contiene previsiones en torno a la necesidad de que los propios menores y sus padres sean notificados de las medidas que se adopten, sus consecuencias, su previsible duración y de los derechos que asisten al niño, con la misma salvedad contenida en el art. 9.4 de la Convención, a saber, que el bienestar del menor no se vea dañado por ello (140). El Proyecto de Ley del Menor prevé la información a los familiares en su art. 11 (141).

5. Previsiones tendentes a garantizar el respeto de los derechos de la familia

Ya se ha apuntado líneas arriba que la obligada protección del menor por parte de las autoridades no puede amparar injerencias arbitrarias en la familia, con el consecuente ataque al derecho fundamental a la intimidad de todos los miembros de la misma: no sólo de los padres, sino también del propio niño. Deberá buscarse un criterio de actuación compensado, en cuya determinación habrán de tenerse en cuenta las conclusiones que anteriormente hemos extraído de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Comenzando por la previsión legal y en términos restrictivos de la separación, cabe considerar que el art. 172, a pesar de sus deficiencias, es susceptible de recibir una exégesis restringida en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño; por otra parte, como ya se ha indicado, el Proyecto de Ley patentiza el carácter extremo de la separación dada su diferenciación entre situaciones de riesgo y de desamparo.

(140) Por ejemplo, art. 3.4 de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores; art. 7 de la Ley catalana 37/1991; o art. 19 de la Ley asturiana 1/1995.

(141) *"La Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres sobre la situación de aquellos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba."* El tenor del artículo permite dar cabida no sólo a informaciones sobre la acción inicialmente emprendida, sino también a la obtención de noticias periódicas sobre la evolución del niño, extremo este de indudable interés que si bien podría parecer de forzado acomodo en el art. 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin duda se hace necesario tras una lectura global de la misma, en especial de aquellos preceptos de los que se infiere la vuelta a la familia de origen como objetivo prioritario (*supra*, p. 256.): para que tal retorno se produzca con éxito los padres deberán saber en qué condiciones educativas, evolutivas, somáticas, etc., se encuentra su hijo, requiriéndose para ello la ilustración por parte del personal cualificado que se ha encargado de efectuar el necesario seguimiento del menor, siendo insuficientes en cuanto a tales aspectos técnicos las impresiones que intuitivamente los padres hayan obtenido merced a las visitas.

En cuanto a la autoridad competente para decidir sobre la separación, ninguna crítica puede hacerse con apoyo en la Convención frente al hecho de que sean autoridades administrativas las que en nuestro país resuelvan de entrada sobre la cuestión, en la medida en que son ellas las encargadas de declarar el desamparo del menor (142). Las lógicas reservas que levanta el que una autoridad no judicial decida sobre la separación del niño de sus padres —interferiendo así en un derecho fundamental de éstos y de aquél— desaparecen en el ámbito de la Convención merced al control judicial al que el art. 9 somete sus determinaciones. La nueva redacción que del art. 172 ofrece el Proyecto de Ley del Menor incluye un apartado 6 que expresamente manifiesta que *“las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”*, adición que, de prosperar, sin duda habremos de celebrar (143).

En lo que atañe a los requisitos procedimentales, toda declaración de desamparo —salvo los supuestos de extrema urgencia, que requieran de una intervención inmediata— deberá ir precedida por el correspondiente expediente administrativo, en el que habrá de recabarse todo tipo de información sobre el menor y su entorno, estudiarse la misma detenidamente y muy especialmente dar la posibilidad de participar a todos los interesados, a los padres y a los hijos de tener éstos capacidad suficiente para expresarse. Tal trámite de audiencia y parti-

(142) Nótese que únicamente se está haciendo referencia a la adopción de la decisión de la separación merced a una declaración de desamparo, sin que con ello se esté simpatizando con el hecho de que de la misma haya de deducirse una suspensión automática de la patria potestad.

(143) Al tratar de la “reserva judicial” del art. 9 de la Convención (pp. 252 y ss.) se planteó una posible interpretación de la misma en el sentido de una confirmación judicial de la decisión tomada por la autoridad administrativa obligatoria en todo caso, independientemente de la existencia de demanda a instancia de parte. Se concluyó entonces que, a pesar de lo interesante de la propuesta, no parece que el precepto pretenda llegar a ese extremo. Sin embargo, no faltan en nuestra doctrina autores que propugnen tal control judicial sistemático: así, RUIZ-RICO RUIZ (*op. cit.*) propone aplicar análogamente el mecanismo previsto en el art. 211 para el supuesto de internamiento de incapacitados; o PEREZ MARTIN (*op. cit.*, pp. 181 y ss.) quien, como ya se ha indicado, menciona entre las ventajas de un sistema así construido el conjugar la rapidez de acción que exigirá bajo determinadas circunstancias la protección del menor —proporcionada por una declaración de desamparo directamente desde la Administración— con las necesarias garantías debidas a los derechos en juego —suministradas por la confirmación judicial de tal desamparo.

Nótese, por otra parte, que el inciso aclara definitivamente que la jurisdicción competente es la civil, frente a las dudas que en algún momento se han suscitado, de *lege data*, en cuanto a este punto.

cipación se contempla en algunas normas autonómicas, autorizándose su preclusión únicamente en los mencionados casos de urgencia (144). Sin embargo, parece ser que la práctica tiende a invertir el orden de los acontecimientos: primero, se declara el desamparo, y *a posteriori* son notificados los padres (145). A tal praxis —desde luego viciosa— parece responder la redacción que al art. 172 pretende dar el Proyecto de Ley del Menor: tras obligarse a la Entidad Pública competente en cada caso a adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda de todo menor que se encuentre en situación de desamparo y consecuentemente bajo su tutela, se añade “poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”. Nada cabe objetar a la inclusión —necesaria por otra parte— de una precisión tal, pero debería haberse hecho mención al derecho de los padres de manifestar lo que entiendan procedente en su descargo no sólo ante los órganos judiciales, sino también ante las autoridades administrativas. Quizá al ser el procedimiento previo a la declaración de desamparo de carácter administrativo, pudiese disculparse la carencia de una referencia como la que se propone en un artículo del Código civil, pero en cualquier caso debería haberse hecho en el articulado del Proyecto.

(144) Así, Orden aragonesa de 30 de septiembre de 1988, por la que se dictan normas para la aplicación del Decreto 119/1988, §§ 3 y 7 frente al 5 (situaciones urgentes); Decreto canario 103/1994, de 10 de junio regulador de los procedimientos y registros de la adopción y las formas de protección de menores en el ámbito de la C. A. (A. C. legislación, 1994, § 733, pp. 1766 y ss.) art. 7 frente al art. 11 (necesidad de intervención urgente); Ley extremeña 4/1994 (*loc. cit.*) art. 8 frente art. 12 (grave riesgo para la integridad física o psíquica del menor); o en Ley asturiana 1/1995 (*loc. cit.*) cuyo art. 33 hace referencia a la existencia de expediente previo a la declaración de desamparo salvo en “supuestos de urgencia debeidamente justificada”, sin que se haga referencia expresa a la audiencia de los padres en el expediente.

En todo caso, tal y como ponen de relieve PEREZ MARTIN (*op. cit.*, pp. 177 y ss.) y DE PABLO CONTRERAS (Comentario a la STC 298/1993 de 18 de octubre, CCJC, n.º 34, 1994, p. 83), el expediente administrativo previo a la declaración de desamparo deberá ajustarse a lo que con carácter general impone la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en lo que nos interesa al art. 84 —donde se prevé el trámite de audiencia a los interesados (y sin duda alguna, de acuerdo al art. 31.1. b) padres e hijos lo son)— así como al art. 35 —donde se enuncian los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública.

(145) Así, lo indica PEREZ MARTIN —secretario de Juzgado de Familia— en *op. cit.*, pp. 177 y ss.

Esperemos que la deficiencia se subsane durante los trámites parlamentarios, poniéndose así la ley interna de acuerdo con el art. 9.2 de una Convención que la Exposición de Motivos del Proyecto no pierde ocasión de mencionar, y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (146).

VI. EL INTERES DEL MENOR COMO LIMITE AL DERECHO

Ya adelantamos al tratar sobre las condiciones de operatividad del derecho del menor a no ser separado de sus padres que una de ellas era que la separación no viniese exigida por su interés superior (147), interés este que asimismo es el único en disposición de desplazar al derecho de visita o al derecho de información.

Procede señalar de entrada que en lugar alguno, ni a nivel nacional ni internacional, encontramos definición legal del interés del menor (148), punto en nada criticable si atendemos al dato de que el mismo deberá ser apreciado respecto a un menor concreto, de acuerdo a su concreta personalidad, en virtud de las concretas circunstancias que lo rodean y de acuerdo al concreto momento de su existencia en que se halle pero sin perder de vista su evolución futura... frente a tanta concreción, dar una definición general resulta complicado. Tampoco cabe negar que todos tenemos una aproximación "intuitiva" a lo que el interés del menor representa: actuar guiados por el interés del menor sería hacer lo

(146) *Vid. supra*, pp. 266 y s. (en especial, la referencia a las sentencias W., R. y B. de 8-7-1987, en nota 104).

(147) ¿Qué interpretación cabe dar a la calificación de superior ("the best interest of the child" en la versión inglesa) que en la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño —como ya ocurría en la Declaración de 1959— recibe el interés del menor? ¿Quiere decirse que el interés del menor se impone sistemáticamente a los demás en presencia?, como veremos ello es indefendible desde el momento en que tal interés superior es sólo "una" consideración primordial a tener en cuenta, pero no la única. ¿Supone que de los múltiples intereses con demandas quizás contradictorias que puede tener el niño, debe atenderse al superior, al "mejor"?

RUBELLIN-DEVICHI ("Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Juris Classeur Périodique, Ed. grale.*, 1994, I — 3739, p. 90) considera que no se añade nada al "intérêt de l'enfant" presente en la legislación francesa, con lo que siguiendo su consideración, nada añadiría el que la Convención hable de "interés superior del niño" a nuestro tradicional "interés del menor"; de hecho, el Proyecto de Ley del Menor sólo utiliza la expresión "interés superior" en la Exposición de Motivos, manteniéndose las referencias del articulado al "interés del menor".

(148) Ni por supuesto de su interés superior: como señala VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 45) "no existe acuerdo sobre lo que constituye el interés del menor, por no hablar de su interés superior".

que más va a beneficiarle de cara a su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hacer “lo mejor para él”; quizás a fin de cuentas la dificultad no radique tanto en el concepto abstracto del interés del menor, sino en la determinación de lo que en cada caso éste exige.

Ante ello la doctrina opta ya por enumerar factores a retener de cara a su determinación (149), ya —conscientes de que el menor no tiene un único interés, sino varios— establecen sistemas de preferencia entre las distintas categorías de intereses concurrentes (150), ya formulan aproximaciones a la noción (151), proponen el recurso a los “usos sociales generalizados” para dotarla de contenido (152), ya critican

(149) CRETNEY (*Principles of Family Law*, 1979, pp. 491 y ss., *Elements of Family Law*, 1987, pp. 159 y ss.) enumera —en lista abierta— una serie de factores a examinar de cara a dotar de contenido en cada caso al principio de bienestar del menor (“the welfare principle”, antecedente anglosajón del “the best interests of the child”), entre ellos los deseos de los padres naturales, su conducta para con los hijos, la edad y sexo del niño, sus deseos, educación, religión, ventajas materiales, factores médicos y psicológicos, etc, VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 47), refiriéndose al art. 3 de la Convención, adelanta que la lista de aspectos a considerar es casi infinita y que dependerán de cada caso concreto, estando entre ellos las opiniones del niño y de los miembros de su familia, su noción del tiempo (“sense of time”), la necesidad de continuidad en la evolución del menor, el riesgo de daño y las necesidades del niño.

Similares listas de circunstancias gozan en ocasiones de consagración legal: así, la sentencia 1 (3) de la Children Act 1989 inglesa dispone que los tribunales, a la hora de adoptar determinadas medidas concernientes a un menor, habrán de prestar atención en especial a los deseos y sentimientos probados del menor implicado, considerados a la luz de su edad y madurez; sus necesidades físicas, emocionales y educativas; el probable efecto que sobre él tenga cualquier cambio en sus circunstancias; su edad, sexo, origen y cualquier característica suya que el tribunal considere pertinente; cualquier daño que el niño haya sufrido o corra el riesgo de sufrir; hasta qué punto son capaces cada uno de sus padres —y cualquier otra persona que el tribunal crea oportuno tomar en consideración— de satisfacer sus necesidades; y el grado de discrecionalidad que la propia ley permite a los tribunales en el proceso en cuestión (esto es, el tipo de medidas que les es posible decretar). Por su parte, la Ley catalana 8/1995 de atención y protección de los niños y adolescentes se muestra mucho más escueta cuando manifiesta en su art. 4 que para la determinación del interés superior del niño y el adolescente “*debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social*”.

(150) Cf. RIVERO HERNANDEZ, “El derecho de visita, ensayo de una construcción unitaria”, en RIVERO HERNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 1982, pp. 113 y ss.

(151) Así, GONZALEZ LEON (*op. cit.*, p. 22), define el principio de interés del menor en el ámbito de la protección de menores como aquél en virtud del cual “*el menor tiene derecho a una adecuada asistencia moral y material que garantice el pleno desarrollo de su personalidad, preferentemente en el seno de su propia familia*”.

(152) Cf. DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, 1984, pp. 175 y ss. El autor, trata sobre el principio de protección integral de los hijos, y al enfrentarse con la determinación en concreto de cuál es el beneficio de los mismos indica que “*como en tantos otros*

abiertamente el principio dada la inseguridad que genera —en último término, todo queda a la percepción que del interés del menor tenga la autoridad encargada de decidir en el asunto que se plantee— y proponen alternativas al mismo buscando con ello objetivizar en mayor medida tal interés (153).

Recordemos el tenor del art. 3.1 de la Convención, donde se formula con carácter general el “principio del interés del menor”: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es el interés superior del niño*”: el interés del menor será “una” pero no “la” consideración primordial a la hora de adoptar una determinación que le afecte, y nótese que la expresión del art. 3 no es fruto de un descuido sino que intencionalmente fue buscada (154), varián-

conceptos y cláusulas generales se produce aquí una fórmula de gran ambigüedad, en la que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo”. No obstante, avanza que lo más beneficioso no será necesariamente ni lo que el padre considere ni lo que los órganos judiciales crean —aunque sean las opiniones de estos últimos las que se impongan—, sino que “*habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso*” (p. 176).

(153) Así, CARBONNIER (nota a la S. Cour d’Appel de Paris de 30-4-1959; Dalloz 1960, pp. 673 y ss) califica al interés del menor de noción fugaz susceptible de abrir vías insospechadas al arbitrio judicial y que el abuso de la misma puede acabar por convertir en inútiles las instituciones positivas de Derecho de Familia; advierte de su dificultad de aprehensión —si cualquier interés es difícil de determinar, todavía más el del menor, que en un interés “*en devenir*”, para acabar señalando que la decisión judicial acabará tomándose de acuerdo a la “*pedagogía de moda*”. BENHAMOU (“*Réflexions en vue d’une meilleure défense en justice de l’enfant*”, Dalloz 1993, Chron. XXII, pp. 103 y ss.) al plantearse las funciones de la figura del “*abogado de los niños*”, manifiesta que éstos deberán defender siempre los derechos y no el “*interés*” del mismo, dada la imprecisión de wste último, la supuesta caducidad de la noción en la sociedad actual y el recorte de la discrecionalidad del juez que con la invocación de derechos se lograría. RUBELLIN DEVICHI (“*Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*”, *Juris classeur périodique, ed. grale*, 1994, I-3739, pp. 89 y ss.) apunta que la sobrevaloración del principio del interés del menor conduce a olvidar que el niño es titular de derechos: allí cuando el niño tiene derechos, o cuando es posible concedérselos, debe evitarse el “*paternalismo jurídico*” que decidir en su lugar supone. Un rápido repaso a las duras críticas que entre los juristas anglosajones ha merecido el principio del interés del menor dada su indeterminación la encontramos en EEKELAAR, “*The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism*”, *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 45 y ss.

(154) Aunque no faltaron delegaciones que criticaron el descenso en el nivel de protección que se garantizaba al menor —la redacción de la propuesta polaca hablaba de “*la*” consideración, no una, y de “*fundamental*”, no primordial — se impuso la opinión de quienes argumentaban que podían concurrir intereses y consideraciones que, bajo determinadas circunstancias, prevaleciesen sobre los del menor (*Vid.* DETRICK, *op. cit.*, pp. 131 y ss.).

dose en este punto la formulación que del principio se hacía en la Declaración de 1959 (155). Así pues, en lo que a la separación de un niño de sus padres se refiere, no bastará con considerar exclusivamente el interés del niño, esto es, si éste estaría objetivamente “mejor”, con sus necesidades de todo tipo —materiales, educacionales, afectivas, etc.— mejor cubiertas bien con sus padres bien alejado de ellos. Por el contrario, habrán de sopesarse todos los intereses —también el derecho de sus padres a la vida familiar y a educar a sus propios hijos— y agotar todas las posibilidades de cohesionarlos, y únicamente cuando el bienestar del niño no pueda en modo alguno compatibilizarse con el derecho de sus padres a cuidar de él, podrá ser separado de ellos. En otras palabras, el interés del menor tendrá que *exigir perentoriamente* la separación, sin que sea suficiente que éste esté mejor servido merced a la misma —criterio en principio suficiente si el interés del menor fuera el único punto a considerar (156).

Esto nos lleva a la conclusión de que cuando cualquier autoridad haya de decidir en un asunto en el que un menor se vea concernido, deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes —también los de los padres—, proceder a calibrarlos, prestar especial atención a las demandas del interés del menor y resolver en consecuencia. Quizá un ejemplo —con base en un caso resuelto por los tribunales ingleses (157)— aclare la idea que trato de expresar: una niña de seis semanas es confiada a un matrimonio sin hijos por sus padres, quienes atraviesan una situación familiar tensa —el matrimonio sufre graves dificultades económicas y la madre está siendo sometida a tratamiento contra su heroinomanía—. Algunos meses más tarde la madre reclama la devolución del bebé, a lo que los acogedores se niegan, pretendiendo su adopción. En primera instancia se falló en favor de los acogedores: la niña —que apenas si había vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, sin duda no tuvo tiempo de crear vínculos

(155) El principio 2 dispone: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del menor.” El paralelismo tampoco es absoluto en lo que al campo de actuación del principio se refiere, pues la Declaración lo limita a la actuación del legislador.

(156) *Vid.* la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, expuesta en p. 36 (nota 103).

(157) En *Re. K. (A minor)* (Warship: adoption) 1 F. L. R. 57, tomado de ECKE-LAAR, J., “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, v. 107, julio 1991; pp. 386.

afectivos con ella— obviamente se desarrollaría mejor en el seno de una familia acomodada y respetable que con su madre, carente de estabilidad económica y hasta hace poco —y quizás todavía— drogo-dependiente (nada se dice del padre, quien presumiblemente había roto su convivencia con la mujer); nadie podría acusar a la decisión de no atender al interés fundamental del menor. No obstante, en segunda instancia se rechaza la resolución inicial, tomándose ahora en cuenta también los intereses y derechos de la madre a cuidar y educar a su hija: la niña podría estar abstractamente “mejor” con sus acogedores que con su madre, pero ello no es suficiente para dar al traste con la vida familiar de ésta, haría falta que el interés de la niña se revelase claramente contrario a su vuelta junto a ella para que la separación fuese viable. La sentencia nos advierte de los excesos a que un enfoque distinto de la cuestión puede llevarnos, y así declara que *“la madre debe mostrarse totalmente carente de aptitud (unsuitable) antes de que otra familia se tome en consideración, de lo contrario estamos en grave riesgo de caer en la ‘ingeniería social’ (‘social engineering’)”* (158).

La enseñanza que de todo ello podemos extraer es que la observancia del principio del interés del menor no conlleva la ignorancia sistemática de las prerrogativas de los padres, sino únicamente una subordinación de éstas en favor de aquél de ser irreconciliables (159).

No obstante, el interés del menor deberá seguir siendo “determinado”, y con lo visto en nada hemos aligerado la tarea de las autoridades llamadas a decidir sino que más bien hemos añadido un factor de complejidad, pues ya no basta con calibrar aisladamente el interés del menor. Ya se ha hecho mención de los recelos que la imprecisa noción del interés del menor viene causando a determinados autores, y de sus intentos por reconducirla a parámetros más objetivos. En tal sentido, la opción de la consideración de los derechos del menor —mucho más concretos— gana partidarios (160): los niños gozan claramente de un catálogo de derechos —la existencia de una Convención de Naciones

(158) Relaciónese con lo afirmado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, nota 101.

(159) E incluso podría discutirse si ello siempre es así: piénsese en un caso de divorcio o separación de los padres —uno de los “ejemplos” puestos por el art. 9—, el interés del menor reclamará (al menos en principio, *vid. supra*, p. 250) seguir siendo criado por ambos padres —salvo que uno de ellos presente conductas violentas o asociales—, y, sin embargo, la separación se considera justificada, prueba clara de que intereses distintos al del menor son tenidos en cuenta y en ocasiones valorados por encima de ellos (*vid. además* nota 54).

(160) *Vid.* referencia a BENHAMOU y RUBELLIN-DEVICHI en nota 153 y lo que a continuación se expone sobre EEKELAAR.

Unidas sobre los mismos lo confirma—, y quizá fuera el momento de dar un paso más frente al “paternalismo” que supone que alguien vele por el niño decidiendo en su interés. Respecto a ello, las propuestas de EEKELAAR (161) son merecedoras de atención: quien esté llamado a resolver en asuntos como los que nos ocupan, deberá confrontar los derechos del menor frente a los de los demás implicados —casi siempre los padres— y buscar un acomodo entre ellos, lo que frecuentemente será posible en opinión del autor; de no ser así, los derechos del niño tendrán prioridad. EEKELAAR señala que una de las ventajas de tal construcción sería la disminución del papel del subjetivismo del juzgador en estos casos, ganándose así en objetividad (162).

Con todo, pienso que las dificultades permanecen: la contraposición y evaluación de derechos no es ni mucho menos fácil; en última instancia habría que concretar las exigencias que un derecho presenta para ser respetado —por ejemplo, el derecho del niño a la seguridad física y emocional, a la potenciación de sus capacidades—; de otra parte, pueden surgir contradicciones entre los propios derechos de niño —uno de los cuales vengo sosteniendo que es el de no ser separado de sus padres—, con lo que habría primero que tratar de reconcili-

(161) EEKELAAR, J., “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, v. 107, julio 1991; pp. 386 y ss. El autor refiere su análisis a la actuación de los tribunales de la *warship jurisdiction*, encargados —entre otros asuntos— de resolver sobre la conveniencia de separar a un menor de sus padres; sus propuestas podrían igualmente aplicarse a toda decisión sobre cuestión tal, independientemente del carácter judicial o administrativo de la autoridad.

(162) En palabras del autor (*op. ult. cit.*, p. 389): “*Si se acepta que los tribunales de ‘tutelas’ (‘wardship courts’) no pueden derogar los derechos de los padres, tampoco deberían derogar los derechos de los niños. Los niños tienen derecho a la seguridad física y emocional, a la promoción de sus talentos y capacidades y en circunstancias reconocidas en Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1986) A. C. 112 (*), al ejercicio de su autonomía personal. Son estos derechos los pesados frente a los de los padres en casos como los que se consideran. Con frecuencia se puede dar con una solución que compagine todos los derechos comprometidos. De no ser así, los tribunales tendrán que articular el equilibrio entre ellos. El principio del ‘bienestar’ (the ‘welfare’ principle) debe reformularse como un principio que dé prioridad a los derechos de los niños sobre los de los padres. Así, los tribunales tendrán vía libre para desempeñar el papel que les es propio de proteger los derechos de las personas y de decidir entre derechos concurrentes, en vez de imponer sus concepciones sobre el bienestar de la gente sin límite alguno.*”

(*) El caso es de crucial importancia en Inglaterra, al haber dado lugar a la configuración de uno de los principios de mayor trascendencia en el Derecho de menores de ese país y que de hecho se conoce como ‘el principio Gillick’. Su formulación —en palabras de Lord Scarman— sería: “*El derecho de los padres cede ante el derecho del hijo de adoptar sus propias decisiones cuando éste alcanza entendimiento e inteligencia suficientes para ser capaz de decidir por sí mismo sobre el asunto que requiera decisión*” (Gillick, [1986] A C 112, en 186 D).

liar los propios derechos del niño, para luego cohesionarlos con los de los padres. Me permito opinar que, al final, la diferencia entre considerar el "interés del menor" o sus derechos sería nimia: el interés del menor aspira a colocarlo en la mejor situación posible de cara a su futuro desarrollo como ser humano, y los derechos del menor han sido pensados con el mismo objetivo: cada uno de ellos ha sido formulado "en interés del menor", cada uno de ellos protegería una parcela de ese bienestar del menor. En última instancia, el art. 3 se considera principio interpretativo de toda la Convención (163), con lo que todo derecho del menor debería ser interpretado, debería concedérsele mayor o menor juego de acuerdo al interés del menor y la composición que de sus derechos contradictorios hubiera de hacerse se haría en último término de acuerdo a ese mismo "interés"... de acuerdo a la percepción que de él tenga quien está llamado a apreciarlo. En el fondo, el cambio sería sólo semántico, y en tal sentido hablar de interés superior del menor permite poner de manifiesto adecuadamente cuál es el sujeto cuyos derechos tienen primacía.

Así pues, no creo que la apreciación del interés superior del menor, de lo que su bienestar demanda, deba ser simple y llanamente sustituida por la de sus derechos: lo que sí debe hacerse es examinar todos y cada uno de los derechos del menor en tal proceso de evaluación, sencillamente porque todo derecho protege un interés legítimo, en este caso del niño, y es su interés lo que se pretende determinar. Y no olvidemos que uno de tales derechos es, tal y como reconoce el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el de "*expresar su opinión libremente en todos los asuntos que (le afecten), teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones, en función de (su) edad y madurez*".

Ello nos lleva al tema de la *participación del menor* en el proceso de apreciación de la necesidad de la separación.

El niño es sujeto de derechos, entre ellos derecho a su "autonomía", a decidir sobre su propia existencia, eso sí dentro de un orden: como recuerda FREEMAN (164), "*los niños no deben ser abandonados a sus derechos*"; debe permitirse al niño asumir su autonomía, pero esto debe conjugarse con su necesidad de protección. Así pues, los deseos y sentimientos del menor deberán ser tenidos en cuenta siempre que sea capaz de expresarlos, valorándose su razonabilidad en función no sólo de su edad y madurez, sino del conjunto de circunstancias que lo rodean. Queremos destacar aquí que la edad no será un factor decisivo

(163) VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 45 y ss.) o MORO (*op. cit.*, pp. 34 y ss.)

(164) *Op. cit.*, p. 66.

en todos los casos: sabido es que nuestro ordenamiento tiende a hacer preceptiva la audiencia del menor cuando éste ha alcanzado los doce años, siendo aconsejable aunque facultativa en los demás. Ello no debe llevarnos al engaño de pensar que las opiniones del menor tendrán más peso por el mero hecho de haber celebrado su décimosegundo cumpleaños: no ya sólo porque puede haber niños de edad menor con mayor grado de madurez y capacidad de asumir su situación que los que la hayan alcanzado, sino porque uno de estos últimos puede estar sometido a mayores presiones y coacciones —dando la vuelta al argumento de la “madurez con la edad” será más capaz de comprender, temer, y respetar— que hagan sus testimonios menos dignos de consideración que los de un niño de ocho, cuatro o incluso menos años. A mi modo de ver la exploración y audiencia del menor deberían darse en todo caso —salvo que éste careciese de la destreza lingüística suficientes para hacerlo o se encontrase por cualquier motivo grave imposibilitado para ello (165)—. Adviértase que la Convención no fija límite de edad alguno: lo que debe ser valorado de acuerdo a su edad y su madurez son las opiniones por él expresadas, no la conveniencia de escucharle.

Lo visto no comporta la observancia rigurosa de los deseos por el niño expresados: éstos constituirán un factor —importante sin duda— a retener; vendrían a representar la “línea de actuación”, la información que su derecho a ser oído nos proporciona, y que deberá ser apreciada globalmente junto a las otras directrices suministradas por los demás derechos del niño de cara a componer el “interés superior del menor” (166), que, como vemos, no se identifica con su voluntad. Así, puede ocurrir que un niño manifieste su deseo de seguir conviviendo con sus padres, pero que su derecho a la integridad física aconseje terminantemente lo contrario y en el mismo sentido se pronuncien su derecho a la seguridad afectiva y material, estabilidad psicológica, etc. En tal hipótesis, el interés del niño demandaría una separación que debería llevarse a cabo (167).

(165) Y aun en estos casos, ¿qué pensar cuando un niño de apenas un año o menos llora insistentemente y presenta un estado de agitación notable cuando se le distancia de su madre y sólo se calma al volver junto a ella?

(166) Estados Unidos insistió en la inclusión de una referencia a la expresión por parte del menor de sus deseos durante el proceso de redacción del art. 3 de la Convención, lo que finalmente no se hizo al estar la previsión contemplada en el art. 12 (*vid.* VAN BUEREN, *op. cit.*, p. 47).

(167) Con todo, encontramos alguna voz en favor del respeto inquebrantable a la voluntad del menor. OLSEN (*op. cit.*, pp. 211 y ss.), expone como una de las razones por la que los niños callan los maltratos o abusos a los que son sometidos en su ambiente

Hasta aquí llegamos a la conclusión de que la voluntad del menor no es determinante en la resolución de cuestiones que le conciernen (en lo que nos interesa su extracción del núcleo familiar propio), y ello es así porque, como persona que todavía no ha alcanzado su madurez intelectual y emocional, necesita ser protegido frente a inclinaciones que podrían comprometer su futuro. Así pues, parece ser que lo que nos autoriza a soslayar el derecho a la autonomía del menor e injerir en su vida privada es su carencia de plena capacidad. Es aquí donde entra en juego el que se ha dado en llamar “principio de las capacidades evolutivas del menor” (“the evolving capacities of the child principle”), el cual —junto al del interés superior del menor— se presenta como pauta a tener en cuenta en la interpretación de la Convención sobre Derechos del Niño (168).

En virtud del mismo, a los niños —y no se olvide que como tales se considera a toda persona menor de dieciocho años de edad— deberá permitírseles asumir gradualmente mayores responsabilidades sobre su propia vida según avancen en su desarrollo: su voluntad tendría un papel cada vez más relevante en todo aquello que le afecte, y nada puede hacerlo de forma más directa que el separarlo de su núcleo familiar. Podemos preguntarnos si no llegaría un momento en la evolución del menor (169) en el que su interés superior —decidido por

familiar por miedo a las consecuencias que ello pueda tener: no sólo por posibles represalias del “abusador”, sino por el hecho de que se inmiscuirá en su vida una serie de personas extrañas que lo van a apartar del mundo que conoce. Dice la autora que la reacción habitual de las autoridades viene a confirmar al niño en lo acertado de la amenaza “cállate, o habrá problemas”. De acuerdo a ello, pone como principio el de que “ningún niño debe cargar con el temor adicional de que los trabajadores sociales descubran su situación y actúen contra sus deseos”, para continuar afirmando que lo más que se le puede permitir a una autoridad es garantizarle al niño que puede manifestar sus preferencias en un ambiente libre de la coerción inmediata de cualquier miembro de la familia o de cualquier otra persona, incluído a la misma autoridad. Si tras ello “el niño continúa expresando su deseo de quedarse en casa, incluso en un ambiente peligroso, el Estado debería limitarse a métodos alternativos de protección. Ciertamente, alarmas electrónicas que puedan ser activadas por el niño son una posibilidad en los países industrializados de Occidente, tales como Estados Unidos. Incluso sería posible introducir un trabajador social en el hogar del niño que sufre los abusos”. No comparto en absoluto las opiniones de la autora, que en algunos extremos, como las originalísimas medidas de protección que propone, me parecen poco serias.

(168) Vid. VAN BUEREN, *op. cit.*, pp. 49 y ss. y MORO, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(169) Momento este que vendría determinado por la adquisición por parte del menor de entendimiento y madurez suficientes para comprender no sólo la situación que tiene ante sí, sino las implicaciones de la misma y los efectos de la decisión que pretenda adoptar. La fijación de tal momento es controvertida, máxime si recordamos que la edad no es un parámetro seguro.

otros— dejaría de presentarse como un límite no ya a su derecho a no ser separado de sus padres, sino a su derecho a que nadie interfiriera en su vida privada (170). Lo que se está planteando en último término es cómo cohonestar el principio el interés superior del menor y el de su capacidad evolutiva en aquellos supuestos en los que parecen contradecirse; la cuestión, de fundamental trascendencia y compleja solución, supera con creces las modestas pretensiones del estudio que aquí concluyo.

BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, P., PARKEN, S. y SEYMOUR, J. (editores) (1992), *Children, Rights and the Law*; Clarendon Paperbooks, Oxford.
- ALVAREZ VELEZ, M. I. (1994), *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. UPCO, Madrid.
- BENHAMOU, Y. (1994), "La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le Droit International et le Droit Français", nota a la S. de la Cour de Cassation Civile de 15-7-1993, *Juris Classeur Périodique, Ed. grale*, II-22219.
- BENHAMOU, Y. (1995), "La Convention de New York, le Droit International et le Juge Français", nota a la S. de la Cour de Cassation Sociale de 13-7-1994, *Juris Classeur Periodique, Ed. grale.*, II-22363.
- BENHAMOU, Y. (1993), "Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant", *Dalloz*, Chr. XXII, pp. 103 y ss.
- BERGER, V. (1991), *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 3.^a éd. Ed. Sirey.
- BEVAN, H. K. (1989): *Child Law*, Butlerworths, London.

(170) EEKELAAR ("The emergence of children's rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1986, pp. y ss), desde la perspectiva del Derecho inglés y con el principio Gillick como principal argumento, responde afirmativamente a la cuestión. El autor razona que, una vez que el niño ha alcanzado aquellos "entendimiento e inteligencia suficientes para ser capaz de decidir por sí mismo sobre el asunto que requiera decisión" de los que habla el principio (vid. referencia en nota 162), sus padres no podrán imponerle un parecer contrario al suyo propio aunque aquél este más de acuerdo con su superior interés. Tal limitación pesa no sólo sobre los padres sino también sobre la autoridad, y así el autor afirma que en aquellos casos en los que se ven envueltos niños mayores "la principal cuestión (...) ya no puede ser: ¿qué es lo que contribuye al interés superior del menor? Debe ser, ¿tiene el niño capacidad para hacer sus propias decisiones?" (p. 181). Así pues, cuando el menor disponga de la capacidad necesaria su autonomía tendrá plena primacía, aunque los dictados de la misma contravengan su bienestar. Eekelaar concluye "los niños tendrán ahora (a partir del caso Gillick), en mayor medida que nunca, el más peligroso pero el más precioso de los derechos: el derecho a cometer sus propios errores" (p. 182).

- CARBONNIER, J. (1979), *Droit Civil 2. La Famille, les Incapacités*, 11.^a Ed. PUF, Paris.
- CARBONNIER, J. (1960), Nota a la S. Cour d'Appel de Paris de 30-4-1959; *Dalloz*, pp. 673 y ss.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1994), *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 5, vol. I, 12.^a ed., Ed. Reus, S. A., Madrid.
- CONNELLY, A. M. (1986), "Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly Review*, vol. 35, julio, pp. 567 y ss.
- CRETNEY, S.M. (1993), "Litigation May Seriously Endanger your Welfare: Locus Standi and the Family", *The Law Quarterly Review*, vol. 109, abril.
- CRETNEY, S. M. (1995), "State and Family: back to basis?", *The Law Quarterly Review*, vol. 111, enero.
- CRETNEY, S. M. (1987), *Elements of Family Law*, Sweet & Maxwell, London.
- CRETNEY, S. M. (1979), *Principles of Family Law*, 3.^a ed. Sweet & Maxwell, London.
- CREUS I FERRÉ, E. (dirigido por) (1994), *Legislació estatal i autonòmica sobre protecció dels menors en situació d'alt risc social*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, junio.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1993), Comentario al art. 172 del Cc en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1994), Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18-10-1993, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 34, pp. 75 y ss.
- DETRICK, SHARON (editora) (1992), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the 'Travaux Préparatoires'*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda.
- DIEZ DE VELASCO, M. (1988), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. 1, 8.^a ed. Tecnos. Madrid.
- DINGWALL, R.; EEKELAAR, J., y MURRAY, T. (1983), *The Protection of Children. State Intervention and Family Life*, Basil Blackwell, Oxford.
- DOGLIOTTI, M. (1992), "I Diritti del Minore e la Convenzione Dell' ONU", *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, n.º 2, pp. 301 y ss.
- DRZEMCZEWSKI, A. (1985), *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance tel que le garantit l'article 8 de la CDEH*, Dossiers sur le droit de l'homme n.º 7, Direction des Droits de l'Homme, Estrasburgo.
- EEKELAAR, J. (1986), "The emergence of children's rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, pp. 161 y ss.
- EEKELAAR, J. (1994), "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family*, 8, pp. 42 y ss.
- EEKELAAR, J. (1991), "The Wardship Jurisdiction, children's welfare and parent's rights", *The Law Quarterly Review*, v.107, julio; pp. 386 y ss.

- EUQUIER, F. (1995), "Le contrôle du juge sur le choix de la religion de l'enfant", nota a la S. de la Cour de Cassation penal de 11 de julio de 1994, *Juris Classeur Periodique*, ed. grale, II — 22441.
- GALVEZ, F. J. (1980), Comentario al art. 39 en vol. col. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- GARCIA ENTERRIA, E. et al. (1979), *El sistema europeo de protección de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid.
- GONZALEZ LEON, C. (1995), *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona.
- GRASSO, L. (1991), "L'affidamento e l'adozione" en vol. col. *I bambini e i loro diritti*, Il Molino, Bologna. pp. 115 y ss.
- HAUSER, J., "Jurisprudence française en matière de Droit Civil: Personnes et Droits de la Famille", *Revue Trimestrielle Droit Civil*, n.ºs 2 de 1993 (pp. 340 y ss.), 3 de 1993 (pp. 572 y ss.), 4 de 1993 (pp. 813 y ss.) y 3 de 1994 (pp. 581 y ss.).
- HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M. (1978), *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Eunsa, Pamplona.
- INTERNATIONAL MOVEMENT OF CATHOLIC LAWYERS; CENTRE INTERNATIONAL DES AVOCATS DE STRASBOURG (1990), *Law relating to minors and minor's rights: the protection of minors under the European Convention on Human Rights. Analysis of case-law*, Council of Europe, Estrasburgo, 20 de junio.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, v. 1, 3.ª ed. (1990) y vol. 2, 3.ª ed. (1989), Ed. Bosch, Barcelona.
- LONGOBARDO, T. (1991), "La Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.ºs 1 y 2, pp. 370 y ss.
- MASSON, J. y MORRIS, M. (1992), *The Children Act manual*, Sweet & Maxwell, London.
- MIRALLES SANGRO, P. P. (1991), "La Ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño", *Actualidad Civil*, n.º 39, pp. 535 y ss.
- MONEGER, F. (1995), "La Famille et L'Enfance", *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n.º 1, pp. 167 y ss.
- MORO, A. C. (1991), *Il Bambino è un Cittadino: Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Mursia, Milano.
- NEIRINCK, C. (1989), voz "Enfance", *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. IV.
- PEREZ ALVAREZ, M. A. (1989), *La nueva adopción*, Civitas, Madrid.
- PEREZ MARTIN, A. J. (1995), *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid.
- POUSSON-PETIT, J. (1992), "Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe", *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4.
- RAYMOND, G. (1990), "La Convention des Nations Unies sur les Droits de l'enfant et le Droit Français de l'enfance", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale. I-3451.

- RONDEAU-RIVIER, M. C (1993), "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation: un Traité mis hors jeu", *Dalloz Chr.* LIV, pp.203 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. (1995), "Droit de la Famille", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., 1993, I-3688; I-3813.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. (1994), "Le Principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., I-3739.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1988), *La tutela 'ex-lege', la guarda y el acogimiento de menores I y II*, Actualidad Civil, pp. 57 y ss. (I) y 137 y ss. (II).
- SAULLE, M. R. (a cargo de) (1994), *La Convezione dei Diritti del Minore e L'ordinamento Italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- SERRANO ALBERCA, J. M. (1980), Comentario al art. 18 en vol. col. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- SERRANO GARCIA, I. (1993), Comentario al art. 172 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid.
- SHERLOCK, A. (1994), "Rights of the natural father of a child placed for adoption", reseña de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Keegan v. Ireland, Series A., N.º 291, 26-5, *European Law Review*, vol. 20, n.º 1; pp. 111 y ss.
- STOUFFLET, J. (1970), voz "Abandon"; *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. I.
- SUDRE, F., "Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale. 1993, I-3654 y 1995 I-3823.
- VAN BUEREN, G. (1995), *The International law on the rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos.
- VARGAS CABRERA, B. (1991), "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *Anuario de Derecho Civil*, I, pp. 661 y ss.
- ZECCHINI, L., "Les Enfants Britanniques ont désormais un 'statut d'individu' et des 'droits'", *Les droits de l'enfant*, n.º 669 de *Problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale*.

COMENTARIOS Y NOTAS

