



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Y SU RECEPCIÓN EN LOS CONTEXTOS NACIONALES

ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

JOAQUÍN SEDANO TAPIA



Editorial

Universitat Politècnica
de València

INFANCIA Y ADOLESCENCIA

n.º 9

Vicente Cabedo Mallol

(Director)



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº 9

Director: Vicente Cabedo Mallo

Los contenidos de esta publicación han sido evaluados mediante el sistema doble ciego, siguiendo el procedimiento que se recoge en: http://bit.ly/Evaluacion_Obras

Comité Editorial

Gabriel Songel González

Catedrático de Universidad. Dpto. Dibujo, Universitat Politècnica de València, España

Jorge Torres Cueco

Catedrático de Universidad. Dpto. Proyectos Arquitectónicos, Universitat Politècnica de València, España

Jorge Carlos Fernández del Valle

Catedrático de Universidad Dpto. Psicología, Universidad de Oviedo, España

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Universidad Dpto. Derecho Constitucional, Universitat de València, España

Esther Pillado Gonzalez

Catedrática de Universidad Derecho Penal, Universidad de Vigo, España

Juan M. Fernández Soria

Catedrático de Universidad. Dpto. Teoría e Historia, Universitat de València, España

Ignacio Aguaded Gómez

Catedrático de Universidad. Dpto. Educación en Medios de Comunicación y de Nuevas Tecnologías aplicadas a la Educación, Universidad de Huelva, España

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
SU RECEPCIÓN EN LOS CONTEXTOS NACIONALES
ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO**

Joaquín Sedano Tapia



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, n.º 9

Director: Vicente Cabedo Mallol

Autor: Joaquín Sedano Tapia

Editorial Universitat Politècnica de València, 2020

Venta: www.lalibreria.upv.es

Ref.: 6640_01_01_01

Diseño y maquetación: Enrique Mateo | Triskelion disseny editorial

ISBN: 978-84-9048-949-9 (versión impresa)

Depósito Legal: V-2955-2020 (versión impresa)

Sedano Tapia, J. (2020). *El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado*. Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València.



Se permite la reutilización y redistribución de los contenidos siempre que se reconozca la autoría y se cite con la información bibliográfica completa. No se permite el uso comercial ni la generación de obras derivadas

AUTOR

JOAQUÍN SEDANO TAPIA

Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México (Programa Conacyt). Su área de trabajo e investigación es el derecho de familia e infancia. Cuenta con más de 20 años de trayectoria profesional y académica. Profesor del Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona. Conferencista in-ternacional y autor de diversos artículos académicos. Medalla al Mérito Profesional 2008 y 2009 por la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México A.C., afiliada a la Federación Interamericana de Abogados.

RESUMEN

A través de esta obra, se busca dar respuesta al porqué después de tres décadas de Convención sobre los Derechos del Niño, aún no hemos alcanzado la tutela efectiva de estos.

El interés superior del niño, columna vertebral de la Convención e insigne expresión de los defensores de la infancia, ha propiciado una revolución ideológica que aún no concluye. Su recepción en los contextos nacionales ha logrado potencializar sus efectos, siempre y cuando la técnica legislativa que le acoge sea la adecuada.

El estudio de derecho comparado que esta obra presenta pone de relieve los aciertos y desatinos que algunos países han experimentado, tratando de reducir al máximo el grado de discrecionalidad en la aplicación del interés superior, principal reto a superar en pleno siglo XXI.

PRÓLOGO

Entre los mejores frutos que da la Universidad -con la mayúscula que enfatiza su universalidad- están las obras de quienes, además del máximo aprecio al conocimiento, transforman sus esfuerzos intelectuales en resultados loables, con generosa humildad y grandeza espiritual. Estudiantes y profesorado se interrelacionan, en espacios físicos y virtuales, administrados por un entregado personal al servicio del saber, en los que poco importa el lugar, o la plataforma de enlace, porque lo trascendental está en la cooperación humana entre docentes, discentes y facilitadores, para que, por encima de sus propósitos personales, compartan un objetivo social loable y dignificador de nuestra condición humana. La máxima expresión de esa simbiosis se resume en la conocida cita de Eduardo Galeano: “mucha gente pequeña, en lugares pequeños, haciendo cosas pequeñas, puede cambiar el mundo”. Esa es la grandeza de la interacción, la palanca que convierte lo inmutable en posible, de quienes no se conforman con ver el mundo pasar, porque quieren contribuir a mejorarlo.

En ese devenir que enlaza lo universal con lo universitario, hace mucho tiempo que la fortuna me ha deparado magníficos encuentros, transformados en alianzas determinantes, al anudarse en firmes compromisos sociales de justicia, y en desafíos que parecen inalcanzables.

El conocimiento tiene esos efectos ambivalentes, que cuanto más se avanza, mayor es la sensación de inquietud que genera saber, con seguridad, que necesariamente nos faltará vida para llegar a comprenderlo todo, en una relación inversamente proporcional a la satisfacción de reconocer, a su vez, cada peldaño avanzado, en aras de poder ofrecer nuestro granito de arena al granero de los derechos humanos.

La vulnerabilidad de la niñez no es más que vulneración externa de sus derechos, porque no responde a condiciones propias de sus protagonistas, sino a restricciones y límites impuestos por quienes

no los respetan, consciente o inconscientemente, ya que, incluso hay quien justifica su vulneración en prejuicios, razones y dogmas que realmente se disfrazan ocultos desde el desconocimiento.

Por eso es tan esencial una obra monográfica como la que me honra a prologar su autor, querido amigo y compañero de fatigas, porque no hay mayor exponente de la amistad que los buenos sentimientos compartidos en fines comunes de crecimiento y construcción de valores.

Si existe pacífica unanimidad en erigir el principio del interés superior de la niñez como guía de la recta interpretación de las normas y de cualquier decisión que recaiga sobre la vida de un niño, niña o adolescente, es preciso alejarnos de las aristas de los conceptos jurídicos indeterminados, para reconocerle su mayor y mejor sentido. Y en ese contexto esta obra contribuye, desde la investigación, a través de una metodología dogmática, a perfilar esquemas y aportar soluciones, ya que, desde un enfoque formalista, se presenta como un trabajo crítico, que revisa y reconstruye los efectos de la recepción del derecho transnacional e internacional, en torno a la infancia y la adolescencia, en los contextos internos o nacionales.

La interpretación y la integración normativas, a partir de la identificación, delimitación y evaluación del *corpus iuris* conformado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con sus Protocolos facultativos, da buena cuenta de los avances, pero también de las dificultades, que se presentan, en orden a concretar ese principio del interés superior, a partir de las diversas opiniones doctrinales, líneas jurisprudenciales y respuestas legales, sin duda útiles en la búsqueda de soluciones, aunque necesitadas de una labor investigadora, para transformarlas en elementos coadyuvantes de buenas prácticas referidas a la plena realización de los derechos de la niñez y la adolescencia.

La aprobación de la destacada Observación General número 14, del año 2013, por el Comité de los Derechos del Niño, como máximo garante del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos

del Niño, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, pone de manifiesto, de modo destacado, la necesidad de que ese interés superior se convierta en una consideración primordial, a la vez que delimita conceptualmente su alcance, para reconocer que se trata, a la vez, de un derecho, de un principio y de una norma procesal, o de procedimiento, como las tres manifestaciones de su prisma tridimensional. Quizá esa trivalencia haya contribuido también a la dificultad de concretar el principio, a la vista de los numerosos conflictos que se han derivado de la facultad discrecional, a veces arbitraria, de las autoridades administrativas y judiciales, encargadas de aplicarlo en los casos concretos.

La universalidad de los derechos de la infancia y la adolescencia, tamizados por el principio de su interés superior, se acuña en un contexto global en el que la Convención se consagra como el espacio de encuentro y consenso en la sensibilización y concienciación de las naciones, que apuesta por un mundo mejor, en clave de niñez, pero que queda a menudo cuestionado en la aplicación efectiva de sus normas y términos globales, entre los distintos ámbitos territoriales: regionales, estatales, e incluso locales, en los que se dan resultados bien diversos, como así se pone de relieve en esta obra. Los mismos derechos y principios compartidos no generan idénticos efectos, a veces ni similares, en las distintas latitudes del planeta.

Tampoco se trata de considerarlo negativamente, sino que debe atenderse a la consecuencia enriquecedora de la pluralidad, dado que tales principios y derechos precisan de extrapolación congruente a cada contexto, con un impacto indudable de factores de toda índole, entre los que destacan los culturales, los políticos y los económicos, provocándose lo que se ha venido a denominar como la “glocalización” o aplicación local de los conceptos globales. En definitiva, como así nos enseña el profesor Joaquín Sedano, el interés superior del niño se “glocaliza”, de modo que se potencia, o se minimiza, en función de cada caso y cada lugar.

Si ya podemos asegurar que la Convención sobre los Derechos del Niño representa, en la actualidad, y a lo largo de toda la historia, al tratado internacional más ratificado de todo el mundo, igualmente debemos seguir afirmando que el único país del mundo que no lo ha hecho, los Estados Unidos de América, debiéndose destacar que, aunque se haya dotado de un propio y muy particular sistema de protección de los derechos de la niñez, se siguen poniendo de manifiesto carencias incuestionables, particularmente derivadas de la prohibición de no discriminación, sin detrimento de contar con diversos criterios normativos, referido a específicas situaciones jurídicas, que involucran a niños, niñas y adolescentes, lo que, en definitiva, facilita, aparentemente, la aplicación del principio del interés superior del niño al caso concreto, y disminuye la facultad discrecional de la autoridad encargada de tomar una decisión que influya sobre la existencia de un niño, niña o adolescente.

Tratando de ofrecernos el autor de esta obra una relevante herramienta de construcción de los derechos de la niñez, el derecho comparado es una fuente de conocimientos de incuestionable relevancia. Así, en casos como la República de Chile, que, si bien ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, no incorporó a su texto constitucional el principio del interés superior de la niñez, sin detrimento de contar con legislación e instituciones que denotan una cierta transcendencia de los derechos de la infancia y la adolescencia, en una apuesta en la que sobresalen acciones del poder judicial, a partir de esas iniciativas legislativas y las dificultades que se ha encontrado el poder ejecutivo en su cabal aplicación, que ofrecen pautas y vectores de actualización normativa, a partir de la práctica y la realidad social, a la vez que conforman una dinámica de perfeccionamiento de sus criterios normativos. Otro caso de especial interés que también se nos presenta en esta monografía es el que representa la acción política, en clave de derechos de la infancia y la adolescencia, de la República Argentina, en la que el equilibrio entre las competencias judiciales y las potestades administrativas, se decanta hacia una pretendida desjudicialización en pro de la intervención de los organismos

y entidades públicas, a la vez que se promueve la sumariedad o brevedad de los procesos, en consideración del necesario ajuste de los plazos a las edades de la infancia y la adolescencia, y de la acentuada prevención que evite toda violencia institucional o secundaria, derivada del propio sistema de protección a la infancia, lo que no deja de ser una novedosa pretensión de incuestionable interés, y digna de toda atención y seguimiento, que se suma a la técnica legislativa de los indicadores o criterios preestablecidos.

El derecho comparado es, sin duda, una magnífica fuente de conocimientos prácticos, de utilidad general, en cuanto a la conformación de bases sólidas en la tutela efectiva de los derechos de las personas menores de edad, a partir de la concreción ajustada del principio del interés superior de la infancia, especialmente en sus dos vertientes fundamentales: por un lado, en su dimensión conceptual, y, por otro lado, en la mejora de la técnica legislativa.

En este contexto, el autor de esta obra, da en la diana, en cuanto a la hipótesis de partida: en la mayoría de casos, la indeterminación del principio del interés superior del niño, unido a las amplísimas facultades discrecionales que legalmente se otorgan a las autoridades, administrativas o judiciales, encargadas de tomar una decisión, ante una mal entendida casuística, deriva, o determina, que, en cada caso, se pretenda descubrir y justificar, desde el cristal con que se mire, cuál sea ese pretendido interés superior de cada niño, niña o adolescente.

De ahí que, ante el galimatías generado por la multiplicidad exponencial de situaciones a resolver, desde criterios subjetivos y personales, se haya llegado a afirmar, por un sector doctrinal minoritario, que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, como modo de justificar, así, que sea susceptible de determinación, en función de las circunstancias particulares, que concurran en cada caso, partiendo, lógicamente, de cero, en cada supuesto concreto que se presenta como situación a resolver. Pero, destaca, con mayor fundamento, la corriente de opinión doctrinal que considera que, sin desmerecer esa posible visión de concepto jurídico

indeterminado, debe reforzarse su carácter determinable, de modo que se identifiquen casos que, en su conjunto, más o menos amplio, puedan servir como referente, a partir de lo constatado, aprendido y experimentado, disminuyéndose, de este modo, ese pretendido grado de indeterminación, que pueda utilizarse de manera negativa o restrictiva.

La presente obra nos deja muchas lecciones, aprendidas, y para aprender, al centrarse en la verdadera revolución que ha supuesto la primacía del interés superior del niño en todos los contextos sociales, sin temor a destacar el consecuente obstáculo que ha provocado respecto de la certeza y la seguridad jurídica de los derechos de la infancia y la adolescencia, en muchos casos, así como en lo referente al desarrollo holístico que debe predicarse de la niñez. De ahí que se presenten no pocas propuestas doctrinales que pretenden afirmar esa certeza a partir de la concreción del interés superior, como la que representa a Elster, que propone un modelo liberal y pluralista, o a Eekelaar, que defiende un autodeterminismo dinámico, o a Cillero, que se escuda en un modelo garantista.

Sea como fuere, en definitiva, lo esencial, y que es el objetivo último de esta obra, es no limitarse a ofrecer un panorama descriptivo, comparativo y analítico de ese principio tan extraordinario y de sus consecuencias empíricas, sino, partiendo del método jurídico, ser propositivo, y ahí reside el mayor valor y la máxima utilidad de su planteamiento. No puede considerarse un tratado cerrado, sino un libro abierto, que recoge múltiples llaves para la investigación, para abrir puertas, o ventanas, hacia propuestas de solución y concreción del principio del interés superior del niño, desde la humildad del saber, de no dar el tema por zanjado, ni por agotado, sino con la generosidad universitaria del docente investigador, que comprueba que un principio como el del interés superior del niño, vive ahora su etapa de juventud, en la que se dan las determinaciones más prolíficas sobre su propia existencia, no solo en consideración a lo vivido, sino sobre todo, a lo que le queda por vivir.

De Joaquín Sedano Tapia solo puedo dar las mejores referencias, desde su estancia predoctoral en la Universidad de Barcelona, en la que, haciendo gala de su calidad humana, no se conformó con ocuparse de su intensa actividad investigadora, sino que, además, sacó tiempo, el suyo y el de su familia, para colaborar en la organización de los precongresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia de ADDIA, además de mantener su formación continuada y especialización permanente, culminando su formación doctoral, con la defensa de su tesis y la obtención del máximo grado universitario, con todos los honores, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, como pude apreciar y comprobar en mi condición de miembro de ese tribunal calificador. Por supuesto, como excelente académico, no ha dejado de participar en los congresos mundiales por los derechos de la infancia y la adolescencia, implicado en la organización directa de diversos precongresos, seminarios, jornadas y encuentros preparatorios en México, y, lo que para mí es lo más importante, abriéndome las puertas de su maravillosa familia extensa, de sólidos valores, enormes corazones y generosa hospitalidad, que da buena razón de su compromiso vital por la justicia y por la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Nos queda mucho por compartir, por aprender y por hacer, por supuesto, con quienes se nos quieran unir.

Sitges, 8 de julio de 2020

Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor Titular de Derecho Civil

Director del Máster en Derecho de Familia e Infancia

Universidad de Barcelona

Presidente de ADDIA

*Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia
y la Adolescencia*

ÍNDICE

Prólogo	v
Capítulo I. Contextualizando los derechos de los niños y su interés superior ...	1
1. El niño, del objeto al sujeto de derecho.....	1
a. La Declaración de Ginebra de 1924.....	2
b. La Declaración de los Derechos del Niño.....	5
2. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	7
3. La Convención sobre los Derechos del Niño y el interés superior	13
4. La Observación General N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial	15
a. El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma procedimental.....	16
5. La concepción doctrinal del interés superior del niño.....	19
Capítulo II. El principio del interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales	27
1. El interés superior del niño y su incorporación en las legislaciones nacionales	27
a. México, Ecuador, República Dominicana, Bolivia y Venezuela	29
b. Guatemala, Colombia y Argentina	31
c. Costa Rica, Paraguay y El Salvador.....	34
d. Panamá, Perú, Uruguay y Nicaragua	36
2. Estados Unidos de América	38
3. República de Chile	52
4. República de Argentina	61
5. España	69
Capítulo III. El interés superior del niño y la técnica legislativa.....	81
1. El interés superior del niño, un problema de técnica legislativa	81
2. Técnicas para la regulación del interés superior del niño.....	83
a. La técnica de la lista de comprobación	86
b. La técnica de redacción normativa	88
3. Cláusula general y principio jurídico indeterminado	90

a. Determinando el contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados	93
Propuesta objetivista	94
Propuesta finalista	96
Propuesta intersubjetiva	97
4. La concreción del interés superior del niño según criterios normativos preestablecidos	98
5. Propuestas doctrinales para la concreción del interés superior del niño	101
a. Jon Elster	103
b. John Eekelaar	104
c. Miguel Cillero	105
d. Francisco Rivero Hernández	107
e. María Linacero de la Fuente	109
f. José Manuel de Torres Perea	110
6. El interés superior del niño en México, una interpretación a la luz de los derechos humanos	111
a. Los derechos humanos de los niños y el principio de universalidad	116
b. El interés superior del niño y el principio <i>pro homine</i> o <i>pro persona</i>	121
Capítulo IV. Conclusiones y propuestas	129
Primera propuesta	130
Segunda propuesta	132
Fuentes de investigación	135
Bibliográficas	135
Revistas especializadas	140
Informáticas	143
Normativas	144
Otras fuentes	146
Apéndice	147

CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZANDO LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y SU INTERÉS SUPERIOR

1. EL NIÑO, DEL OBJETO AL SUJETO DE DERECHO

Hemos sido testigos que en el devenir histórico, el niño ha pasado de ser ignorado totalmente a ser cosificado. Siglos y siglos de historia han contemplado inertes, el desinterés de la sociedad por la infancia. La visión adultocéntrica del mundo basada en el aparente uso de la razón, han anulado aquellas formas de ver pensar y sentir propias de los menores de edad. La sensatez y la aparente razón no pueden explicar porque olvidamos nuestro pasado, porque mostramos desinterés por nuestro presente y sentimos desesperanza por nuestro futuro. La infancia es nuestro pasado, presente y futuro.

La infancia, como grupo etario, se vino a posicionar socialmente hasta hace apenas dos siglos y jurídicamente, aunque de manera incipiente, hace poco más de uno. La transición de la injustificada ignominia a la cosificación de la niñez ha sido el primer paso para reconocer su existencia después de haber sido ignorados por siglos. Sabemos que el proceso de reconocimiento de la infancia como categoría social ha sido largo y que el primer paso que se dio fue de la invisibilización a la cosificación de los niños, debido a que eran considerados un anexo de la familia.

El niño fue pues, en este drama histórico-sociológico, una simple cosa, carente de capacidad para hacer valer por sí mismo sus derechos y su voluntad, si es que la tenía, no podía externarse, ni siquiera podía manifestar su opinión. El siglo XX fue crucial en el reconocimiento de los derechos humanos de los adultos y de manera indirecta de los niños, y la pretenciosa búsqueda de reposicionar a los menores de edad como verdaderos sujetos de derecho, rompió con el paradigma aquel que considerara a la niñez como una cosa.

Este proceso de transición del niño objeto al niño sujeto del derecho, se ve reflejado en tres documentos fundamentales; por un lado, tenemos a la Declaración de Ginebra de 1924, por otro la Declaración de los Derechos del Niño y, el máximo instrumento jurídico que existe en relación con nuestra materia: La Convención sobre los Derechos del Niño.

a. La Declaración de Ginebra de 1924

A manera de preámbulo y con la finalidad de contextualizar estos documentos, es importante precisar que previo a la Declaración de Ginebra, hubo varios trabajos realizados por diversos tratadistas y/o activistas a favor de los derechos de los niños. Consideramos que sus aportaciones son dignas de referirse, toda vez que han apuntado la construcción de este primer instrumento jurídico de carácter internacional.

Eglantyne Jebb, fue una activista británica promotora de los derechos del niño y fundadora de una de las asociaciones internacionales más importantes en la materia. De formación historiadora y de oficio maestra, su pasión en la vida se resume en la siguiente frase: “El único idioma internacional es el llanto de los niños.” Vivir y padecer los horrores de la Primera Guerra Mundial confirmaría la existencia de ese idioma universal por lo que resuelta a hacer algo en favor de estos niños, funda en 1919 *Save the Children Fund*.

Faubell citado por Ravetllat narra que:

el bloqueo impuesto por los aliados a los vencidos fue el origen del juicio que el Tribunal de *Mandion House*, de Londres, celebró contra Eglantine Jebb. Ésta publicó sin permiso del censor e hizo distribuir una octavilla con la fotografía de un niño austriaco extenuado. Como éste morían de hambre en Europa a consecuencia del bloqueo más de cuatro millones de niños. El Tribunal declaró culpable a la acusada y la multó con cinco libras. Pero el juicio fue la mejor publicidad de un «Fondo para salvar a los niños» que pronto logró enviar a Viena gran cantidad de socorros. El 6 de enero de 1920, estableció en Ginebra, amparada por el Comité Internacional de

la Cruz Roja que dirigía Gustavo Ader, la Unión Internacional para Salvar a los Niños¹.

La Carta de la Infancia (1922) elaborada por *Save the Children Fund* representa el antecedente de la Declaración de Ginebra. En ella se contenía un preámbulo, un breve enunciado de cuatro principios generales y veintiocho cláusulas en que se explicaba su aplicación.

Otro personaje digno de mencionarse por sus aportaciones en la construcción de la Declaración de 1924 es Janusz Korczak cuyo nombre verdadero era Henrik Goldszmit. No es extraño que Korczak, al igual que muchas de las mentes brillantes que contribuyeron al reconocimiento y establecimiento de los derechos de los niños, tuviera formación de pedagogo.

La Declaración de Ginebra propuesta por Jebb se compone de siete principios básicos, y éstos son:

- I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.
- III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.
- IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.
- V. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*. Colección Infancia y Adolescencia, Universitat Politècnica de València, España, 2015, pág. 65.

- VI. El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.
- VII. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo².

Estos siete principios influirían en la redacción definitiva de la Declaración de Ginebra que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924 (recordemos que aún no se creaba la Organización de las Naciones Unidas). La Declaración de los Derechos del Niño, llamada también Declaración de Ginebra, propone que los hombres y mujeres de todas las naciones deban dar al niño lo mejor de sí misma, en ella aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

- I. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro.
- IV. El niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación.

² JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *El derecho del menor*, UNAM, México, 2012, págs. 13-14.

- V. El niño debe ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio de su prójimo³.

En esencia tanto la propuesta como el texto definitivo de la Declaración de Ginebra, seguirán guardando similitudes. Es importante destacar que en ambos documentos podemos encontrar más que un catálogo de derechos, una serie de obligaciones, ya que se habla de los deberes que se tienen para con los niños. La citada declaración no tuvo efectos vinculantes, pero sí logró despertar el interés de los Estados miembro de la Sociedad de Naciones, incluso tuvo al menos una modificación en 1934.

La proyección y eventual potencialización que pudo tener la Declaración de Ginebra se vio frustrada por el estallido de la Segunda Guerra Mundial; así mismo y para dar respuesta a los devastadores efectos de la Segunda conflagración mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1946, creó el Unicef para responder a las necesidades más urgentes de la infancia en Europa.

En octubre de 1953, la organización se convirtió en una entidad permanente del Sistema de las Naciones Unidas, modificando entonces su denominación por la actual "Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia", manteniendo sus siglas y con un papel más amplio: responder a las necesidades a largo plazo de los niños, niñas y adolescentes que viven en la pobreza en los países en vías de desarrollo⁴.

b. La Declaración de los Derechos del Niño

También conocida como la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 o Decálogo de los derechos del niño, fue proclamada por la

³ GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 280.

⁴ Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ. Isaac, *op. cit.* nota 1, pág. 67.

Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV) de fecha 20 de noviembre de 1959.

Destacan en su preámbulo los siguientes considerandos respecto al niño: "...Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento... Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle⁵."

La protección y cuidado especial a que hace referencia el preámbulo de la presente declaración nos obliga a pensar que hasta ese momento histórico aún se percibe al niño como un ser distinto al adulto, diferencia que radica en la falta de madurez física y mental. Esta visión promovió un trato diferenciado, incluso especial, más no especializado. La posición de incapacidad en que se colocó al niño lo alejó de un tratamiento especializado por no ser considerado un sujeto pleno (persona) como sucede con los adultos. Otra parte que es importante destacar, es la relativa a la protección del no nacido, situación que permanece en la actual Convención de 1989.

Este instrumento recogerá derechos como: derecho a un nombre y una nacionalidad, derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados, entre otros. Sin embargo, la crítica que se hace al documento citado es precisamente "...la falta de previsión de autoridades que materializarán y harán realidad este catálogo de derechos en la vida cotidiana de los menores. Es decir, no crea los medios para hacer realidad un deseo que todos compartimos⁶." Aunque esta condición no será privativa de la presente declaración, trascenderá hasta la Convención de 1989.

⁵ Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/4301/3742> consultada el 29 de septiembre de 2020.

⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y del tráfico internacional. Contexto mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2011, pág. 71.

Tanto la Declaración de Ginebra como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no tienen carácter o fuerza vinculante, los principios que contienen cada una de ellas están dirigidas tan sólo a la infancia en situación de riesgo, dejando fuera al resto de los niños, niñas y adolescentes; por tanto, esto ha orillado a “algunos autores a calificar estos textos como de buenos decálogos comprensivos de los deberes de los adultos para con las personas menores de edad, consideradas débiles, ignorantes e incapaces de actuar por sí⁷.”

2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Sin duda el más importante de los instrumentos jurídicos internacionales protectores de los derechos de los niños, es la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante la Convención. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, es un instrumento único en su clase, no sólo porque en él se recoge de manera enunciativa un amplio catálogo de derechos consagrados en favor de la niñez, sino porque representa un parteaguas en la concepción jurídica del niño, el niño como sujeto de derecho. Cardona Llorens, exmiembro del Comité de los Derechos del Niño de la ONU apunta que:

La Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos⁸.

⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *op.cit.* nota 1, pág. 75.

⁸ CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos” en González Martín, Nuria (Coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, Porrúa, México, 2012, pág. 2.

De forma contraria a como históricamente se fue posicionando el niño, en esta ocasión ha sido primero en el plano de lo legal y no en el de lo social; prueba de ello es que aun y cuando la Convención considera a la niñez como sujeto del derecho, las distintas sociedades del mundo insisten en verlo como objeto. De tal manera que el reto que ofrece este instrumento jurídico es igualar el posicionamiento social y jurídico de todos los niños del mundo.

Aunque no deja de ser loable el hecho de posicionar a los niños como sujetos del derecho, lo cierto es que esta consideración ha sido insuficiente y es que materializar dicho anhelo es tan complicado como pretender olvidar de tajo la historia misma de la infancia y creer que ésta apenas inició hace poco más de treinta años.

Pese a que la Convención es un instrumento vinculante, que obliga a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias con el fin de que se garantice el ejercicio de los derechos del niño, aún no se ha hecho lo suficiente ni se ha alcanzado la igualdad pretendida; y es que las condiciones económicas, políticas y culturales de cada Estado son diversas y por consiguiente se asume la Convención en posiciones diferentes.

De manera general, la Convención se encuentra conformada por un preámbulo y una parte dispositiva o articulado, la cual se agrupa en tres partes: la primera compuesta de cuarenta y un artículos en la que se contienen los derechos y obligaciones reguladas, la segunda parte cuenta con tan sólo cuatro numerales y en ellos se establece las medidas relativas a la aplicación y control de la convención, y la tercera conformada por nueve disposiciones que definen la entrada en vigor.

El análisis hecho por Cardona Llorens a la estructura de la Convención señala que ésta se divide por ocho grupos de normas que se relacionan con:

- a. el ámbito de aplicación de la Convención;
- b. los principios generales que inspiran la Convención;

Para seguir leyendo, inicie el
proceso de compra, click aquí