

El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25^o aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño

*The child's best interests: assessment and perspectives
of the concept at the 25th anniversary of the Convention
on the Rights of the Child*

JORGE CARDONA LLORENS*



PALABRAS CLAVE

Convención de los Derechos del Niño; Interés superior del niño; Observación General sobre el Interés Superior del Niño; Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

RESUMEN A finales del siglo XX se produce un cambio de paradigma por el que el niño pasa a ser un sujeto titular de derechos. A partir de este momento, el Estado aparece como el garante de que los niños tengan los mismos derechos que los adultos. Para completar la labor, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas aprobó la puesta en marcha de una *Observación general sobre el Interés Superior del Niño*. Así, el presente artículo tiene por finalidad tratar de explicar la naturaleza, alcance, significado y aplicación de este derecho en el contexto de la *Observación general*, así como vincularla con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

* Jorge Cardona Llorens es catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia y miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

KEY WORDS

Convention on the Rights of the Child; Child's best interest; General Observation about the Children Interest; Organic Law on the Legal Protection of Children and Young People.

ABSTRACT The end of the XX century experienced a change of paradigm by which Childs were seen as right holders. At that point, the State must safeguard the compliance of those rights that must be seen as same as the ones of adults. To complete this task, the United Nations Committee on Children's Rights approved the implementation of a General Observation about Children Interest. This article aims to present the nature, scope, meaning and application of this right at the center of this General Observation, as well as related it with the Organic Law on the Legal Protection of Children and Young People.

MOTS CLÉS

Convention des Droits de l'Enfance; L'intérêt supérieur de l'enfant; Observation Générale sur l'intérêt des enfants; Loi Organique de Protection Juridique du Mineur.

RÉSUMÉ La fin du siècle XX a supposé un changement de paradigme a partir du quel l'Enfant commence à être vus comme un titulaire de droits. A partir de ce moment, l'Etat devait être le responsable de l'application des mêmes droits que les adultes. Pour pouvoir accomplir cette tâche, le Comité des Droits des Enfants à mise en place la Observation Générale su l'intérêt des enfants. Cet article est destiné à expliquer la nature, le domaine, le sens et l'application de cette loi, dans le contexte de l'Observation Générale, ainsi que la relationer avec la Loi Organique de Protection Juridique du Mineur.

Introducción

Este trabajo se presenta en una publicación que desea conmemorar el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Como ha sido reiteradamente señalado a lo largo de estos 25 años, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 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 mismos.

La Convención no proclama derechos nuevos para los niños. Los niños tienen los mismos derechos que las demás personas. La perspectiva de la Convención está

enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas.

Y para su consecución, como eje central del cambio de paradigma, la Convención va a incluir dos principios (que son también derechos) que podemos considerar “revolucionarios” en relación con la situación anterior: el principio del “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Ambos principios, contenidos en los artículos 3 y 12 de la Convención respectivamente, deben ser leídos conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “sujeto de derecho”.

Conforme al artículo 3.1 de la Convención: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Consideración “primordial” que, en determinadas ocasiones la Convención nos indica que deberá ser casi la única, como es el caso, por ejemplo en materia de adopción¹ o para poder separar al niño de sus padres².

Conforme al artículo 12.1 de la Convención: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Es decir, no se trata solo de “oír” al niño, sino de “escuchar”, lo que significa que su opinión debe ser tenida en cuenta (debiendo justificar los motivos por los que quien decide se separa de la misma) y que dicha opinión sea escuchada en el momento necesario para que pueda influir, en su caso, en la decisión.

La lectura conjunta de estos dos principios nos muestra la perspectiva del niño como sujeto de derechos. Suponen una nueva perspectiva en las relaciones entre adultos y niños, lo que lleva consigo una dinámica democrática en dichas relaciones. Los niños no “pertenecen” a nadie, ni siquiera a sus padres. Los niños se pertenecen a sí mismos y deben ser considerados como sujetos de derecho, cuyo interés debe ser tenido en cuenta en todas las decisiones que les afecten y cuya opinión debe ser escuchada antes de determinar el contenido de ese interés.

1 Art. 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

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

Art. 9.3: “3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Ahora bien, una cosa es afirmar que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en toda medida que le concierna y otra saber qué quiere decir esta expresión.

Así, desde mis primeros periodos de sesiones como miembro del Comité empecé pronto a darme cuenta de las distintas visiones que se tenían de este principio por parte de los Estados. Por poner solo algunos ejemplos sin detallar mucho, no es difícil encontrar Estados que han decidido prohibir el castigo corporal “salvo en interés superior del niño”; o Estados que prevén una baja edad de matrimonio para las niñas (por ejemplo 14 años) y a ello añaden “salvo que en interés superior de la niña el juez autorice el matrimonio a una edad más temprana”.

¿Cómo puede considerarse en interés superior del niño el sufrir castigos corporales? ¿Cómo puede ser en interés superior de la niña verse sometida a un matrimonio a los 12 o 13 años? Estas preguntas se las hemos formulado a los Estados que alegaban estos razonamientos y, sinceramente, su respuesta ha sido en muchas ocasiones más decepcionante de lo que en principio yo podía imaginar, dando a entender que para ellos el interés superior del niño es lo que ellos consideran que es mejor para el niño, con independencia de sus derechos, utilizando este principio para despojar al niño de su condición de sujeto de derecho y volviendo a convertirlo en objeto de propiedad. Así, no es infrecuente encontrar Estados que cuando les preguntas sobre cómo garantizan este principio te responden: “nosotros lo hacemos todo en interés superior del niño”, sin más justificación respecto de cualquier medida adoptada que “sí la hemos adoptado es porque hemos considerado que era bueno para los niños”. Ninguna justificación objetiva y, naturalmente, ninguna referencia a sus derechos.

En un nivel diferente, pero en la misma línea, no es infrecuente encontrarse con la idea de que los padres son los que saben lo que es mejor para el niño y, por tanto, lo que ellos decidan es siempre en interés superior del niño. Así, por ejemplo, son muy numerosos los Estados (especialmente Estados desarrollados) que, pese a tener excelentes sistemas de educación inclusiva para los niños con discapacidad, dejan que sean los padres los que decidan si el niño debe asistir al sistema de educación regular inclusivo o a un sistema segregado de educación especial, siendo una decisión exclusiva de los padres, con independencia de las características concretas del niño e, incluso, en contra del dictamen psicopedagógico realizado por especialistas. El niño “es de los padres” y ellos saben lo que es mejor para él, olvidando así que el niño es un sujeto independiente, titular de derechos que deben ser respetados por todos. Se olvida de esta forma lo señalado reiteradamente por el Comité de que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”³.

3 *Observación general n° 13, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, (CRC/C/GC/13), 2011, párr. 61.

Estos ejemplos, entre otros muchos, están en la base de la decisión que adoptó el Comité, en el cumplimiento de la función asignada en la Convención, sobre la necesidad de ayudar a los Estados a clarificar el significado del interés superior del niño, cómo debe evaluarse y determinarse, qué criterios deben ser utilizados. Por ello, emprendió la ardua tarea de elaborar una *Observación general sobre el Interés Superior del Niño*. Ardua tarea que ha costado varios años y que finalmente se materializó en la aprobación, en febrero de 2013, de la *Observación general n° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*⁴.

Naturalmente, la OG 14 no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concretos. El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución. La Observación general se limita a proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño⁵, es decir, un marco general de las obligaciones del Estado para hacer que se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que le concierna.

El presente trabajo tiene por finalidad intentar explicar de forma resumida la naturaleza, alcance, significado y aplicación de este derecho, a la luz de dicha Observación general. Además, en un último apartado y dado que este artículo se publica en una revista española, he considerado conveniente realizar una breve y somera comparación con la propuesta de modificación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) aprobada por el Gobierno de España el 24 de abril de 2014 y con la que España pretende acomodar mejor su legislación al contenido de las obligaciones derivadas de la Convención con ocasión del 25º aniversario de la misma.

Naturaleza del interés superior del niño

La naturaleza del interés superior del niño se describe en el párrafo 5 de la OG. En mi opinión es esta una de las mayores aportaciones de la OG, pues implica una aclaración especialmente importante de la perspectiva desde la que se ha contemplado tradicionalmente este concepto. Conforme con dicho párrafo:

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

a) *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

4 CRC/C/GC/14 (en adelante OG 14).

5 OG 14, párr. 11.

El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

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

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

El interés superior del niño había sido contemplado tradicionalmente como un “principio”. El propio Comité lo ha venido denominando así desde su primera OG sobre los propósitos de la educación⁶. Pero el interés superior del niño es más que un principio. Es, en primer lugar, un derecho. Un derecho que puede ser invocado directamente ante los tribunales y que debe permitir, por tanto, al niño (o su representante) invocar el no respeto de ese interés para pedir la reparación adecuada por la violación de su derecho, incluida la anulación de cualquier acto jurídico que le concierna y que no haya respetado ese derecho.

Pero, además de un principio y un derecho, es también una regla de procedimiento. Es decir, para respetar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, quien deba adoptar la decisión debe evaluar y determinar ese interés superior. Y para ello debe seguir un procedimiento y demostrar que lo ha hecho. Si no es así, se viola el derecho del niño y, por tanto, el acto jurídico está viciado de nulidad.

Alcance del interés superior del niño

A efectos de determinar el alcance del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo más fácil (y así lo hace el Comité en la OG 14) es analizar los términos empleados por dicho artículo. ¿Qué dice el artículo 3.1?

⁶ CRC/GC/2001/1, párr. 6.

'En todas las medidas'

La expresión “medidas” es una expresión mucho más amplia que la de “decisión”. El interés superior del niño debe ser considerado en todo acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento o cualquier otra “medida” que concierna al niño.

No se trata, por tanto, de considerar el interés superior del niño en aquellas decisiones que le conciernen, sino en cualquier medida que le concierna, lo que incluye, sin duda, las medidas legislativas (cualquier ley que concierna a los niños), las decisiones políticas (por ejemplo, la adopción de medidas de ajuste en un momento de crisis económica), medidas administrativa (como por el ejemplo la admisión en un centro educativo o la concesión de una ayuda pública), etc.

Por otra parte, como señala el propio Comité, el término “medida” no exige que se haya realizado una acción, sino que incluye también las omisiones (por ejemplo, cuando las autoridades administrativas deciden no actuar ante una determinada situación)

'Concernientes a'

Como se habrá apreciado, he evitado intencionadamente hasta ahora hacer referencia a medidas “cuyo destinatario” sea un niño. El artículo 3.1 no exige que el destinatario de la medida sea un niño, sino que la medida “concierna” a uno o varios niños.

Sin duda, debe entenderse que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general pero, igualmente, también debe serlo respecto de otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos, como por ejemplo las medidas que repercutan indirectamente en los niños junto a otros grupos de población (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte)⁷.

Naturalmente, ello no significa que cada medida que tome el Estado deba prever un proceso completo y oficial para evaluar y determinar el interés superior del niño. Sin embargo, cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior. Por poner un ejemplo, en el marco de medidas de ajuste económico adoptadas en un momento de crisis, es claro que la privatización de una empresa pública de fabricación de automóviles, aunque puede tener efectos indirectos sobre los niños hijos de los empleados, no parece en principio que pueda afirmarse que es una medida que “concierna” a los niños. Sin embargo, una

7 OG 14, párr. 19.

medida de privatización (o más aún de cierre) de un servicio como son, por ejemplo, los puntos de encuentro para que los padres divorciados puedan ver a sus hijos o una medida que tienda a la reestructuración (o eliminación) de un defensor del pueblo o de un defensor del menor en una Comunidad Autónoma, son medidas que sin lugar a dudas “concernen” a los niños y respecto de las que deberá evaluarse y determinarse el interés superior de los mismos a fin de respetar un derecho fundamental.

Así pues, en relación con las medidas que no se refieren directamente a uno o varios niños, la expresión “concernientes a” tendría que aclararse en función de las circunstancias de cada caso para evaluar los efectos de la medida en el niño o los niños⁸. Esta afirmación lleva consigo la necesidad de evaluar el impacto que cualquier medida que adopte el Estado tiene en los niños. Y ello solo es posible si se realiza un estudio de impacto de la medida en los derechos de los niños. De ahí que podamos afirmar que, al igual la legislación española exige hoy un estudio de impacto económico y de impacto de género de toda medida legislativa⁹, para poder cumplir las obligaciones derivadas del artículo 3.1 de la Convención el legislador español debería introducir una obligación similar respecto al impacto en infancia¹⁰, pues si no analiza el impacto ¿cómo puede saber si afecta o no a los niños? En este sentido debe saludarse positivamente la previsión de introducir dicho estudio de impacto en el PENIA II¹¹, aunque desgraciadamente dicha previsión no se haya incluido en el anteproyecto de ley de modificación de la legislación de infancia aprobado por el Gobierno a finales de abril de 2014.

‘Los niños’

El artículo 3.1 habla de los “niños”. Esta expresión nos revela dos cosas: la primera, que hace referencia a toda medida que concierna a menores de 18 años, pues niño es de 0 a 18 años conforme al artículo 1 de la Convención; la segunda, que el interés superior debe ser una consideración primordial tanto en las medidas individuales como en las colectivas, es decir, que el derecho a que se atienda debidamente a su

8 OG 14, párr. 20.

9 Arts. 22.2 y 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

10 En este sentido, la OG 14 reitera una afirmación que ya contenía la *Observación general n° 5, sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, de 2003, conforme con la cual: “Con respecto a las medidas de aplicación, para que el interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o asignación presupuestaria en los niños y el disfrute de sus derechos, y de evaluación de los efectos sobre los derechos del niño, con miras a juzgar las consecuencias reales de la aplicación” (OG 5, párr. 45; OG 14, párr. 35).

11 Objetivo específico 1.2.6: “Incorporar en la memoria del análisis de impacto normativo que acompaña a todos los proyectos de ley y de reglamentos un informe sobre su impacto en la infancia”.

interés superior no solo se aplica a los niños con carácter individual, sino también con carácter general o como grupo.

‘Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’

Esta frase debe entenderse como “toda persona o institución”: los entes públicos y los privados (con o sin ánimo de lucro) que trabajan con niños (“debe entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos”)¹²; todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna (lo que incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje)¹³; cualquier tipo de órgano administrativo de cualquier nivel y ámbito (educación, cuidado, salud, medio ambiente, condiciones de vida, protección, asilo, inmigración, acceso a la nacionalidad, etc.), así como cualquier tipo de órgano legislativo, de forma que la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados sobre cualquier otra materia que pueda concernir a los niños), así como la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos¹⁴; todos ellos deben considerarse incluidos.

En este párrafo podría echarse en falta una referencia a los padres, pero no debe olvidarse que, aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3.1, sí se hace en el artículo 18.1 de la Convención donde se explicita que el interés superior del niño debe ser siempre “su preocupación fundamental”.

En conclusión, podemos afirmar que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en toda medida adoptada por cualquier persona o institución, incluidas las empresas privadas¹⁵.

¹² OG 14, párr. 25.

¹³ El Comité ha señalado explícitamente que, en la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (OG 14, párr. 28).

¹⁴ Como ha señalado el Comité: “El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no solo en las normas que se refieren específicamente a los niños” (OG 14, párr. 31).

¹⁵ Véase, al respecto, la *Observación general n° 16 del Comité, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño* (CRC/C/GC/16), aprobada el mismo día que la OG 14.

‘Una consideración primordial a que se atenderá será’

La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse, sino que, muy al contrario, debe atribuírsele la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

Por su parte, la expresión “una consideración primordial” tiene un doble sentido. En primer lugar debemos destacar que califica a la consideración como “primordial”. No dice “la única consideración que se tendrá en cuenta”. Como ha señalado el Comité en su OG 14, “puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados”¹⁶.

Sin embargo, inmediatamente después de esta afirmación (y este es el segundo aspecto del significado del término “consideración primordial”), el Comité continúa diciendo: “teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”¹⁷. Es decir, el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se descuidan.

Finalmente, no debe olvidarse que, tanto en materia de adopción (artículo 21 de la Convención), como en la de las decisiones relativas a la separación de los niños de sus padres (artículo 9 de la Convención), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración

¹⁶ OG 14, párr. 39.

¹⁷ *Ibidem*.

primordial”. Es decir, la única consideración: el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción o la separación.

‘El interés superior del niño’

Y ¿qué es el interés superior del niño? Como señala la misma OG 14¹⁸: el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico¹⁹ del niño. Debe señalarse que hablamos del disfrute pleno y efectivo de “todos” los derechos. A este respecto no debe olvidarse que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. En otras palabras, tan derecho es el derecho al juego y al acceso a la cultura del artículo 31, como el derecho a la educación del artículo 28 y no puede alegarse el interés superior del niño para conculcar un derecho.

El interés superior del niño: concepto jurídico indeterminado pero no discrecional

De lo dicho en el apartado anterior se deduce que el concepto de interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, que su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto.

En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

¹⁸ Párr. 4.

¹⁹ Como ha reiterado en numerosas ocasiones el Comité, el desarrollo holístico significa el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.

En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. Como señala la OG 14, “la flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”²⁰.

En otras palabras, afirmar que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado no es lo mismo que afirmar que es un concepto jurídico discrecional que depende de la cultura, escala de valores o actitud del que adopta la medida.

Permítaseme un ejemplo para ilustrar la diferencia: si un adulto tiene que determinar el interés superior de 5 niños diferentes respecto de la adopción de una determinada medida que les concierne individualmente, podría llegar a 5 conclusiones diferentes si los niños tienen circunstancias muy diferentes (de edad, de situación familiar, convivencia con los padres, de identidad de los niños, etc.) Y esas cinco conclusiones diferentes serían conformes con el concepto de interés superior de cada uno de esos cinco niños, pues se habría determinado caso por caso a la luz de las circunstancias concretas de cada uno.

Pero si, por el contrario, 5 adultos tuvieran que determinar, cada uno de ellos individualmente, el interés superior de un determinado niño ante una medida concreta, la conclusión a la que deberían de llegar cada uno de los cinco adultos debería ser la misma. El interés superior no es lo que cada uno de esos cinco adultos piensa que es mejor para el niño, sino la efectiva garantía del disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño a la luz de sus circunstancias concretas.

Obligaciones del Estado derivadas del artículo 3.1 de la Convención

A la luz de la naturaleza y alcance del concepto de interés superior del niño, las obligaciones de los Estados derivadas del artículo 3, párrafo 1, pueden clasificarse en tres grandes grupos, a saber:

1. La obligación de *garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones*

20 Párr. 34.

- públicas*, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños.
2. La obligación de *velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial*; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
 3. La obligación de *garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado*, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un niño.

Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño

Lógica consecuencia de las afirmaciones contenidas en los apartados anteriores de este trabajo es la necesidad de establecer criterios para aplicar el derecho del niño a que su interés superior sea realmente una consideración primordial en las medidas que le conciernen. Dicha aplicación debe seguir dos pasos en la adopción de cada medida:

- 1 La “*evaluación del interés superior*”: actividad que consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Para ello habrá que determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.
- 2 La “*determinación del interés superior*”: que consiste en un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. Es decir, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. La determinación del interés superior del niño debe comenzar

con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí.

Para llevar a cabo estas actividades, el Comité incluye en su OG 14 una lista de elementos, no exhaustiva ni jerárquica, que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones. Al respecto, el Comité distingue entre: a) elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño; b) criterios para un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior; y c) garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño.

En un trabajo de estas características no podemos entrar en detalle del análisis de cada uno de esos elementos, criterios y garantías, por lo que me limitaré a su enunciado. Dicha opción la justifico, exclusivamente, a efectos de poder comparar la doctrina del Comité con los anteproyectos de reforma legislativa en materia de infancia aprobados por el Gobierno de España el 25 de abril de 2014²¹.

Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño

De conformidad con las orientaciones señaladas en la OG 14, al evaluar el interés superior del niño deberá atenderse, como mínimo, a los siguientes elementos:

- 】 La opinión del niño.
- 】 La identidad del niño.
- 】 La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- 】 Cuidado, protección y seguridad del niño.
- 】 Situación de vulnerabilidad.
- 】 El derecho del niño a la salud.
- 】 El derecho del niño a la educación.

Criterios para un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior

En opinión del Comité, es necesario tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y el desarrollo holístico del niño. En este sentido, debe buscarse un equilibrio entre “protección” y “empoderamiento” del niño en sus derechos en función de su edad, grado de madurez, carácter evolutivo de sus capacidades y circunstancias concretas del caso.

²¹ Tres días antes de escribirse este trabajo, por lo que ruego al lector que contextualice las conclusiones.

Garantías procesales para velar por la observancia del ISN

Para llevar a cabo una correcta evaluación y determinación del interés superior del niño, el Comité invita a los Estados y a todas las personas que se hallen en situación de llevar a cabo la misma, a que presten atención especial a las salvaguardias y garantías siguientes:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión.
- La determinación de los hechos.
- La percepción del tiempo.
- Los profesionales cualificados.
- La representación letrada.
- La motivación jurídica.
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.
- La evaluación del impacto en los derechos del niño.

Breve análisis de la propuesta del nuevo artículo 2 de la LOPJM contenida en el anteproyecto de reforma legislativa en materia de infancia aprobado por el Gobierno de España

Como he señalado antes, cada uno de esos elementos, criterios y garantías exigen y merecen un desarrollo pormenorizado que, desgraciadamente, no tenemos espacio en este trabajo para llevar a cabo. Si los hemos enunciado ha sido exclusivamente para poder comparar con el anteproyecto de ley orgánica de reforma de la legislación de infancia aprobado por el Gobierno de España en su reunión de 24 de abril de 2014.

Entre las numerosas disposiciones objeto de reforma se encuentra, precisamente, el artículo 2 de la LOPJM, relativo al interés superior del menor.

Como es sabido, la redacción actual de dicho artículo es la siguiente:

Artículo 2. Principios generales

1. En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Se trata de un enunciado breve que poco aporta a la clarificación del concepto de interés superior del niño y que ha provocado largas polémicas doctrinales y una jurisprudencia que, aunque ha ido clarificando algo el concepto en los últimos años, no deja de ser problemática en muchas ocasiones.

Frente a ellos, la propuesta de nuevo artículo 2 de la LOPJM incluida en el anteproyecto es la siguiente:

Artículo 2. Interés superior del menor

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Por ello, como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre las necesidades y el interés del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) Su especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar

los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten sus derechos.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el mejor interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. No obstante, la adopción de decisiones y medidas en interés superior del menor deberá tener en cuenta los derechos fundamentales de terceras personas que pudieren verse afectados.

5. Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) El derecho del menor a ser informado, oído y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar.

c) La participación de padres, tutores o representantes legales del menor y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de los intereses de este.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada por no respetar el derecho del menor a que su interés superior sea considerado como primordial.

Como puede observarse, el cambio en relación a la formulación actual es absoluto. No solo en su extensión, sino en su contenido.

Lo primero que deseo resaltar es la consideración del interés superior del menor como un derecho. Como un derecho fundamental. Lo que ha provocado, como se explica en la exposición de motivos de la ley, que la modificación de este artículo se haya incluido en el anteproyecto de ley orgánica de modificación y no en el anteproyecto de ley ordinaria, ya que la regulación de los derechos fundamentales exige ley orgánica.

La segunda cuestión a resaltar es la clara similitud entre las orientaciones dadas por el Comité sobre los elementos, criterios y garantías para la evaluación y determinación

del interés superior del menor y los contenidos en esta propuesta de modificación. No son idénticos. Hay ligeras variaciones (algunas de ellas no carentes de importancia). Pero puede afirmarse que, en caso de ser aprobado, este proyecto colocaría la legislación española en la vanguardia de la regulación jurídica del interés superior del menor desde la perspectiva de derechos fundamentales.

No obstante, como se trata de un anteproyecto de ley, prefiero no realizar un análisis detallado del mismo en estos momentos, dejando dicha tarea para cuando hablemos del texto de una ley.

Conclusiones

Iniciaba este trabajo señalando que la Convención sobre los Derechos del Niño incluye dos principios revolucionarios que son los que han permitido hablar de cambio de paradigma en la consideración del niño por el Derecho: el principio del “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Ambos principios deben ser siempre interpretados y aplicados conjuntamente.

El Comité se preocupó relativamente pronto de realizar una Observación general a fin de aclarar el alcance las obligaciones derivadas del artículo 12 relativo al derecho a ser escuchado²². Y podemos afirmar que, con independencia de que luego las cumplan más o menos, los Estados son conscientes del contenido de las obligaciones derivadas de ese derecho del niño.

Por el contrario, la falta de una interpretación más detallada del artículo 3.1 de la Convención permitió que muchos Estados aplicaran mal este artículo, desvirtuando la gran aportación que el mismo, en su interpretación conjunta con el artículo 12, supone para el cambio de paradigma del niño como sujeto de derechos.

Es de esperar que la OG 14 ayude a una interpretación correcta del interés superior del niño, de forma que se termine materializando dicho cambio de paradigma. Veinticinco años después de su aprobación, ya es hora de que el cambio de paradigma sea aceptado con carácter general. Los primeros ejemplos de modificaciones legislativas posteriores a la *Observación general n° 14*, con protagonismo destacado del anteproyecto de ley orgánica español para la reforma de la legislación de infancia, parecen apuntar en ese camino. Es un motivo para celebrar este cumpleaños.

²² *Observación general n° 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado*, (CRC/C/GC/12), 2009.