



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Protección Internacional de la Infancia

Presentado por:

Andrea Mariana Monteagudo Pasquel

Tutelado por:

Enrique Jesús Martínez Pérez

Valladolid, 27 de junio de 2022

«El único idioma internacional es el llanto de los niños»

(Eglantyne Jebb)

Índice

1. Protección internacional de la infancia	5
2. El niño: adquisición de la condición jurídica, concepto y características	7
2.1. El término de la condición jurídica de niño.....	12
3. El reconocimiento jurídico internacional de los derechos infantiles.....	14
3.1. El desarrollo legislativo de los derechos infantiles en España	25
4. El interés superior del niño como principio rector en la protección infantil	38
5. La situación de vulnerabilidad de la infancia: origen y actualidad.....	44
5.1. Los riesgos sociales originarios para la infancia	45
5.2. Los menores extranjeros no acompañados en España	47
5.3. La capacidad jurídica de los niños en Argentina	52
6. Derechos infantiles reconocidos.....	58
7. Conclusiones	62
8. Bibliografía	66
Artículos y documentos pdf.....	66
Doctrina jurídica.....	67
Informes.....	68
Legislación internacional.....	68
Legislación nacional.....	69
Libros.....	70
Páginas web	70
9. Anexos.....	73

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar el ordenamiento jurídico internacional de protección de la infancia y de la adolescencia tras haber adquirido una dimensión transfronteriza la situación de vulnerabilidad y riesgo que atraviesa el colectivo infanto-juvenil.

La protección internacional de la infancia se ha vuelto un imperativo en la comunidad internacional para atajar el maltrato execrable que perjudica a las niñas, niños y adolescentes del mundo.

PALABRAS CLAVE

Derechos de la infancia, interés superior del niño, protección jurídico-internacional de la infancia y de la adolescencia, Convención sobre los Derechos del Niño.

ABSTRACT

This essay focuses on analyse the international legal order for protection of the child and the teenager. The vulnerability and risk which children and teenagers are living has become a cross border problem.

The international protection of the child has become a main goal for the international community to stop the horrible mistreatment which is damaging children, girls and teenagers all over the world.

KEY WORDS

Rights of the child, best interest of the child, international legal order for protection of children and teenagers, Convention on the Rights of the child.

1. Protección internacional de la infancia

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el análisis del sistema jurídico internacional de protección a la infancia y a la adolescencia, reparando fundamentalmente en la situación de especial vulnerabilidad en la que se halla el colectivo infanto-juvenil.

El acceso de los derechos de la infancia a la comunidad internacional se ha producido de forma progresiva y continuada, de modo que el niño, en una primera etapa, era un sujeto ignorado por el derecho por cuanto la protección jurídica amparaba a los progenitores –u otros responsables inmediatos del menor– y relegaba al ámbito privado los intereses del colectivo infanto-juvenil.

Por ejemplo, en el Derecho romano, el paterfamilias, ciudadano con plena capacidad jurídica, constituía el eje central de la unidad familiar, lo que dotaba a dicho hombre de facultades prácticamente absolutas e ilimitadas sobre las hijas y los hijos, situación, entre otras tantas, que perpetraba el carácter privado de la institución familiar.

La familia, núcleo de socialización principal del niño, influye sustancialmente en la formación y el desarrollo del niño que, a su vez, están supeditadas a la satisfacción de las necesidades del menor, a la estabilidad y a la seguridad que perciba en el entorno de referencia, a la calidad de los estímulos ofrecidos al niño y a la adecuación de las relaciones que forja –o en las que se ve inmiscuido– (Ocón, 2003).

En palabras de José Ocón Domingo (2003) *«se ha de procurar siempre que el niño permanezca en su familia de origen y en contacto con su entorno sociocultural»* (p.13) –en ese mismo sentido se pronuncia el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del niño¹–.

Sin embargo, a lo largo de los años, el maltrato sobre la infancia ha evolucionado conforme a las transformaciones socioeconómicas, adquiriendo una dimensión transfronteriza, principiada por la internacionalización de las relaciones como consecuencia del fenómeno de la globalización, que exige el trabajo y la intervención en red de la comunidad internacional.

La protección internacional de la infancia, constitutiva de un derecho de la infancia a crecer en un entorno seguro –sin discriminación, maltrato o explotación– que propicie el desarrollo

¹ El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte que *«Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño»*.

holístico del niño, supone el reconocimiento de la infancia en el plano autonómico, nacional e internacional para, por consiguiente, cumpliendo los principios rectores que delimitan la actuación para la defensa de los derechos de la infancia, proceder a la adopción de las medidas adecuadas para garantizar la protección del niño contra toda injerencia u obstaculización en el ejercicio o cumplimiento de sus derechos.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un hito destacado en materia de protección internacional de la infancia, siendo ratificada por 196 países, tras lo que los Estados partes iniciaron un proceso de implementación del tratado internacional en las legislaciones nacionales, principiando una nueva concepción jurídica de niño y una renovación del sistema jurídico de protección de los derechos de la infancia.

Tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes adquieren el compromiso y la responsabilidad de dar efectividad a los derechos de la infancia consagrados en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, máxime cuando la vulnerabilidad inherente a la condición de niño –las características propias del colectivo infantil incrementan los riesgos a los que puede verse sometido y pueden frustrar la operatividad de los mecanismos protectores previstos en su beneficio– pueda incrementarse por la existencia de condiciones o circunstancias que, siendo de cualquier índole, perjudiquen el bienestar del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, como objeto de interpretación indivisible e interdependiente, se encuentra supeditada a unos ejes principales –principio del interés superior del menor, principio de no discriminación, derecho del niño a la supervivencia y a la vida y derecho del niño a manifestar las opiniones que una situación que le concierne o interesa le susciten– que deben orientar ineludiblemente la intervención desarrollada para con la infancia (Observación General número 5, párrafo 12, del Comité sobre los Derechos del Niño, de 27 de noviembre de 2003).

La protección de la infancia debe ser garantizada por la familia, la comunidad y el Estado –así como por cualesquiera otros responsables en el cuidado directo del menor– por cuanto el niño, incurso en una etapa de desarrollo, requiere de la asistencia y el amparo de un adulto para desarrollar la autonomía y las facultades –garantizar la evolución física y mental– que, más adelante, le permitan proseguir de manera independiente.

Sin embargo, la difícil detección de las situaciones de desprotección de la infancia –los sujetos intervinientes en la situación se rehúsan a ponerla en conocimiento de un tercero que pueda asistir a la solución de la problemática, en concreto, el temor del menor a las represalias por

informar de la situación, la indefensión del niño, la normalización de la nefasta realidad en la que se encuentra el niño, entre otros factores– impulsa la proliferación y la perpetuidad del maltrato infantil –al respecto, cabe mencionar la existencia de un deber de comunicar cualesquiera situaciones de desprotección que afecten al colectivo infanto-juvenil–.

La efectiva protección de la infancia requiere considerar y comprender, desde una perspectiva multidisciplinar que repare en la totalidad de elementos configuradores del riesgo, los factores de vulnerabilidad a los que está expuesto el colectivo infantil –por ejemplo, el maltrato infantil revela un carácter multicausal, condicionado por las características del agresor, el agredido, el contexto de referencia y un estímulo detonante de la agresión, que debe ser analizado en su conjunto– para, por consiguiente, abordar los peligros mediante la adopción de medidas integradoras que sean efectivas frente a la totalidad de dichos componentes (Santana-Tavira et al., 1998).

En la actualidad, la complejidad de la situación de los derechos de la infancia resulta evidente – a pesar del progreso en la aceptación y el reconocimiento formal de la condición del niño como sujeto de derecho–, por lo que el discurso políticamente correcto de los informes de los Estados partes para el seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la evolución de la situación de la infancia y, en términos generales, la normativa internacional protectora del niño colisionan con una realidad que revela la violación reiterada de las garantías y los derechos de la infancia.

2. El niño: adquisición de la condición jurídica, concepto y características

A lo largo de la historia ha existido una tendencia a fragmentar el transcurso de la vida en etapas, conforme a la concepción predominante en cada periodo histórico y sociedad contemplada, así como ha ido creciendo en la Comunidad Internacional la preocupación por la infancia y el pleno desarrollo de los niños.

En un contexto sociocultural en constante fluctuación, el concepto de infancia se ha ido transformando sin que ello haya dado lugar, en multiplicidad de ocasiones, a desvirtuar parte del contenido esencial atribuible al término.

En la Antigua Grecia, de la que dimana la idea del desarrollo integral del ser humano, referida a la evolución del cuerpo y la mente de las personas, autores como Aristóteles hacían referencia a la infancia para advertir, entre otras cuestiones, la necesidad de actividad corporal presente en una etapa de la infancia, los niños de dos a cinco años, la cual se habría de materializar esencialmente a través del juego (Enesco, 2009).

En el Derecho romano, se atribuía a la ciudadanía libre los derechos privados y públicos reconocidos a la vez que se ofrecía protección a las personas que carecían de capacidad de obrar.

En este sentido, el término *infans*, del que previsiblemente emana la palabra infancia, hacía referencia a los sujetos incapaces de hablar que, por consiguiente, estaban impedidos para la creación, el desarrollo o la modificación de relaciones jurídicas, habiendo de ser protegidos debidamente por una institución tutiva de singulares características supeditadas a las circunstancias particulares y sociales del supuesto planteado (Rodríguez, 2020).

En el mundo romano se revelan dos aspectos principales en lo que a la protección de la infancia se refiere, el reconocimiento jurídico de la filiación y el derecho a la alimentación del hijo, *–ius alimentorum–*, de modo que la atribución de la paternidad a un hombre comportaba, en todo caso, la obligación de procurar alimentos a los descendientes, varones y mujeres, que tuviere².

Sin embargo, la llegada de la Edad Media supuso caracterizar a la infancia como perversa y corrupta, lo que implicó el sometimiento de los niños a agresivas prácticas justificadas en la necesidad de disciplina y castigo, pues solo dicho tratamiento podía reconducir al menor hacia Dios.

Para la identificación explícita de la infancia como etapa de características y necesidades propias habrá que esperar al S.XX, pues en virtud de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se principió el reconocimiento pleno del niño como persona con derecho a la identidad, la libertad y la dignidad (Enesco, 2009).

De este modo, a pesar del transcurso de los años, algunas de las consideraciones de los autores clásicos, de suerte que no todas, aún subyacen a la idea de infancia, lo que se evidencia, por ejemplo, en la consagración del derecho a jugar por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989³.

² La Constitución de Cayo Valerio Aurelio Diocleciano, emperador romano, del año 294 d.C. ya exponía que el hombre, en calidad de padre, no puede privar al propio hijo del reconocimiento de dicha condición, la cual le confiere la obligación inexcusable de procurarle la debida alimentación. No obstante, a la idea consagrada subyace el hecho de que el nacido fuera del matrimonio carece de dicho derecho a la alimentación desde la perspectiva del deber que ello comporta para el padre.

³ El artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 expone que «*Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego (...)*».

Sin lugar a duda, se pone de manifiesto que la infancia posee unas características propias, sin perjuicio de los rasgos o las circunstancias particulares que singularicen a cada niño, lo que relacionado al proceso de especificación de los derechos humanos supuso el reconocimiento y la protección de derechos particularmente atribuidos a la infancia (Núñez, 2003).

En palabras del profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, los derechos del niño *«exigen una protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono»*, lo que supone la existencia de determinados derechos atribuibles a la infancia como grupo humano en situación de notable desprotección y que, al vincularse al colectivo infantil, adquieren cabida y especial trascendencia, como el derecho a jugar y el derecho a la educación.

La niñez, según la profesora Geraldine Van Bueren, constituye una construcción social, lo que impide privar a dicho concepto de un carácter artificial, pero a su vez no obsta la consideración del niño como titular de derechos particularizados.

En este sentido, cabe tener en cuenta la existencia de una serie de rasgos distintivos que identifican a la infancia, como la inmadurez, física y mental, inherente al niño como ser humano en desarrollo, carácter al que aluden dispares instrumentos jurídicos protectores como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁴, o la vulnerabilidad innata que da lugar a una continua dependencia de otro ser humano.

No se debe perder de vista que las características indicadas no pueden ser atribuidas con exclusividad al colectivo infantil, lo que supone dar paso al criterio de la edad como condición esencial en la delimitación objetiva de la infancia.

Sin embargo, la disparidad que caracteriza a las circunstancias en las que se encuentra la infancia a nivel mundial y la variedad terminológica empleada en diferentes instrumentos jurídicos internacionales para hacer referencia al colectivo infantil han venido dificultando la existencia de un concepto general de infancia y de una intervención unificada que garantizase el cumplimiento de los derechos infantiles.

Ahora bien, los derechos de la infancia no se encuentran supeditados a circunstancias especiales en el sentido de que se aplican indiscriminadamente a la totalidad de los niños, por lo que constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la actuación estatal y,

⁴ El preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, expone que *«el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales»*.

correlativamente, un conglomerado de derechos-prestación pendientes de satisfacción por parte de los poderes públicos (Bruñol, 2002).

Por consiguiente, al recurrir a las diferentes definiciones de infancia que ofrece la normativa internacional, según el jurista Cástor Díaz Barrado cabe dotar de especial relevancia a la concepción que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en tanto en cuanto proporciona una definición clara, concisa y amplia que facilita la comprensión del término (Núñez, 2003).

Así, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe entender por niño a cualquier ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que de manera previa haya alcanzado la mayoría de edad conforme a la ley aplicable al supuesto en cuestión (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵).

En el Derecho español, en virtud del artículo 9.1 del Código Civil, se debe tener en cuenta la ley de la nacionalidad de la persona, salvo que se hubiere producido un cambio de nacionalidad, en cuyo caso procedería la conservación de la mayoría de edad previamente alcanzada conforme a la anterior ley nacional (Rodríguez, 2020).

A pesar de la extraordinaria aportación terminológica que ofrece la Convención sobre los Derechos del Niño, la definición empleada, a priori, únicamente produce efectos en lo que respecta a los derechos reconocidos por el propio instrumento jurídico, circunstancia que no ha imposibilitado que otros recursos normativos sean interpretados a la luz de dicha definición marco.

Sin embargo, la falta de armonización de la Convención sobre los Derechos del Niño, previamente expuesta, se ha ido supliendo a través de la incorporación de reglas uniformes, relativas a la edad, por parte de la normativa internacional, aplicables a los distintos instrumentos jurídicos previstos en esta materia; el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional y el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños prevén el alcance de la mayoría de edad a los dieciocho años.

⁵ El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, proporciona una concisa definición del término niño advirtiendo que «*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*».

Por otro lado, cabe resaltar que la niñez, a efectos normativos, supone una condición de carácter temporal adquirida de manera simultánea a la de ser humano, circunstancia que por sí sola implicará la aplicación de normativa protectora específicamente prevista para la infancia y que, por consiguiente, no procederá en tanto en cuanto el sujeto pasivo adquiera la condición jurídica de adulto.

Los Estados que forman parte de la Comunidad Internacional no mantienen una posición armónica respecto del momento en que se adquiere la condición de niño.

En este sentido, hay Estados que consideran que la niñez acoge la totalidad del periodo iniciado desde la concepción, algunos Estados que entienden que dicha etapa se ciñe a un periodo concreto en el claustro materno y otros Estados que se focalizan en el comienzo de la niñez tras el nacimiento, idea última que requiere aludir a la condición de ser humano inherente al niño y, por consiguiente, a la atribución de los derechos que dicha circunstancia le confiere (Núñez, 2003).

Por lo tanto, el foco del conflicto reside en el periodo que transcurre desde la concepción hasta el nacimiento, lo que supone plantear si el concebido y no nacido ha de ser considerado un niño conforme a los instrumentos jurídicos reguladores de los derechos de la infancia y, en consecuencia, ha de ser preservado y garantizado, durante dicha etapa, el derecho a la vida que se le reconoce (artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo al derecho intrínseco a la vida del niño).

Sin duda alguna, no sería un asunto baladí el reconocimiento de la condición de niño tras la mera concepción del ser humano pues, habiendo de tener en cuenta el marco de protección internacional de los derechos humanos y particularmente de los derechos de la infancia, los Estados habrían de disponer las medidas y los instrumentos debidos para garantizar el derecho a la vida, el derecho a la supervivencia, el derecho al desarrollo del niño no nacido, entre otros, así como las obligaciones que terceros puedan tener para con él.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 hace una breve, que no irrelevante, referencia a la condición del nasciturus al advertir que *«el niño, (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»*.

No obstante, se debe entender que la Declaración de los Derechos del Niño, entonces, se refería a la protección de las expectativas de derechos que ostenta el nasciturus y, en cualquier

caso, considerando el carácter no vinculante que presenta dicho instrumento jurídico, no se puede aseverar que la Declaración de los Derechos del Niño contenga una definición del término niño, así como no ofrece una definitiva solución, que si un contenido que invita a la reflexión, de la problemática planteada.

La Convención sobre los Derechos del Niño tampoco reconoce pacíficamente el momento en el que se adquiere la condición de niño en tanto en cuanto, para dar respuesta a dicho planteamiento, oscila entre la referencia a la Declaración de los Derechos del Niño y la propia determinación de dicho aspecto entre sus líneas.

Los artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño no aclaran suficientemente dicha cuestión dada la imposibilidad de los Estados parte de llegar a un consenso al respecto, situación que se ve dificultada por la referencia explícita a la Declaración de los Derechos del Niño que realiza el preámbulo de aquel cuerpo legal⁶.

Por consiguiente, a pesar de la falta de precisión del momento en que se adquiere la condición de niño, se ha de entender que la protección del nasciturus, así como de la maternidad, forma parte del Derecho Internacional de los derechos humanos, lo que supone la garantía de expectativas de derechos a la incipiente vida humana, que no la titularidad de derechos al no nacido y, por consiguiente, tampoco la atribución de la condición jurídica de niño al mismo.

2.1. El término de la condición jurídica de niño

Por un lado, el término niño hace referencia a un ser humano que no ha alcanzado la adultez, lo que da lugar a plantear el momento en el que la persona ha de considerarse adulta a fin de determinar la pérdida de la condición jurídica de niño que ello comportaría.

En este sentido, cabe tener en cuenta que la terminación de la etapa infantil puede variar conforme a circunstancias socioculturales que supongan el retraso o, en contraposición, el adelanto de dicho momento.

La determinación de la edad a la que se adquiere la condición de adulto por parte de la comunidad internacional, siendo una estipulación tan necesaria como relevante, no ha supuesto una tarea sencilla dada la multiplicidad de criterios existentes en los dispares

⁶ El párrafo noveno de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, expone, aludiendo a las palabras exactas que utiliza en el párrafo tercero del preámbulo la Declaración de los Derechos del Niño, que «*el niño, (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*».

ordenamientos jurídicos internos, lo que ha perjudicado la conciliación armoniosa de una solución al respecto.

En cualquier caso, los instrumentos jurídicos internacionales previstos para la protección de la infancia deben delimitar el ámbito personal de aplicación al que se deben atener, lo que necesariamente requerirá que la mayoría de edad sea acordada en el Derecho internacional contemporáneo.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 constituye el primer instrumento jurídico internacional que prevé explícitamente el límite temporal infranqueable que puede alcanzar la etapa infantil, cabe mencionar que la prohibición de sometimiento de los menores de dieciocho años a la pena capital⁷, prevista en diferente normativa supranacional anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, supone el establecimiento implícito de la edad, dieciocho años, a partir de la cual el sujeto debe ser considerado un adulto.

En virtud del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el término de la condición jurídica de niño tiene lugar cuando el sujeto alcanza la edad de dieciocho años, ello sin perjuicio de que los Estados parte pueden estipular que dicha adquisición se produzca con anterioridad, así como cabe el retraso de la misma si ello fuere conducente a la satisfacción de los derechos del niño.

En consecuencia, habiendo de tener en cuenta que la mayor parte de las legislaciones estatales consideran dicha edad a efectos del inicio de la adultez, la edad de dieciocho años constituye la referencia básica a considerar en la concreción del momento en que se produce la pérdida de la condición jurídica de niño en el plano internacional.

La pérdida general de la minoría de edad, previamente indicada, ha sido contemplada por normativa de carácter regional, prevista para la regulación, la promoción y la consecución de los derechos de la infancia, como la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, adoptada en 1990 por la Organización de la Unidad Africana, y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1996, además de por normativa de ámbito internacional, como el Convenio sobre la

⁷ La pena capital constituye una rigurosa sanción jurídica consistente en privar de la vida a la persona condenada mediante el procedimiento y la ejecución prevista por el ordenamiento jurídico regulador de aquélla. En cualquier caso, la imposición de la pena capital debe cumplir las salvaguardias estipuladas en la Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984, del Consejo Económico y Social, relativa a la protección de los derechos de la persona condenada.

edad mínima de admisión al empleo, acordado por la Organización Internacional del Trabajo en 1973, o las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁸, incorporadas por la resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sin duda alguna, la previsión que realiza la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de la conclusión de la etapa infantil ha trascendido al ordenamiento jurídico internacional, lo que ha supuesto reforzar la idea del alcance de la mayoría de edad a los dieciocho años, si bien, dicho sea de paso, ya se encontraba presente en distintos instrumentos jurídicos predecesores de dicho cuerpo legal.

3. El reconocimiento jurídico internacional de los derechos infantiles

A comienzos del S.XX, la comunidad internacional carecía de normativa específicamente protectora de la infancia, por lo que se sucedían con frecuencia situaciones de maltrato y abuso infantil que quedaban impunes.

El reconocimiento de la injusticia que suponía la funesta realidad en la que se encontraba la infancia, advertida por la sociedad tras comprender la necesidad de garantizar el desarrollo holístico del niño, principió el surgimiento de un sistema de protección, nacional e internacional, de la infancia y la adolescencia.

El primer reconocimiento específico de derechos a la infancia se realiza a través de la **Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño**, de 26 de diciembre de 1924, adoptada por la Sociedad de Naciones, antecesora de la Organización de Naciones Unidas.

Tras la Primera Guerra Mundial (1914 – 1918), la situación de vulnerabilidad en la que se hallaba la infancia y la adolescencia se agudizó y manifestó severamente, lo que reclamaba una protección diligente y adecuada del colectivo en riesgo.

En un contexto de tal hostilidad y escasez, Eglantyne Jebb, fundadora de la organización Save the Children, y Dorothy Buxton, cofundadora de Save the Children, advirtieron la necesidad de garantizar una protección integral y propia a la infancia y la adolescencia, en tanto se trataba de un grupo humano especialmente vulnerable y, en particular, mayormente afectado por los estragos de la guerra.

⁸ La regla 11.a) de la resolución 45/113, relativa a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, advierte que «*se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad*».

De este modo, Save the Children, fundada en Londres en 1919, se organizó con la pretensión de asistir y salvaguardar a los niños damnificados por el conflicto bélico, lo que supuso el inicio de un amplio y laborioso trabajo en red, del que se hicieron partícipes organizaciones como la Union Internationale de Secours aux Enfants o el Comité Internacional de la Cruz Roja, a fin de lograr la promoción del bienestar y la protección de la infancia y la adolescencia.

Así, la Alianza Internacional Save the Children procedió a la adopción en el IV Congreso General, de 23 de febrero de 1923, de la primera Declaración de los Derechos del Niño, que sería ratificada por el V Congreso General en 1924.

La búsqueda de un reconocimiento general de los derechos infantiles llevó a Eglantyne Jebb a poner en conocimiento de la Sociedad de Naciones la necesidad detectada, lo que supuso que el 26 de diciembre de 1924 fuese adoptada por dicho organismo internacional la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, la cual se focalizó en la existencia de responsabilidad del adulto hacia los niños más que en la regulación de los derechos propios del colectivo.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño contiene, en un lenguaje sencillo, directo y comprensible, cinco artículos que ponen de manifiesto las principales necesidades de los niños, lo que correlativamente suponía el reconocimiento de derechos al colectivo infantil, superando la perspectiva filantrópica con la que hasta entonces se había abordado la materia.

Sin embargo, cabe mencionar que la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño no estaba provista de fuerza vinculante para los Estados, lo que se reveló en palabras de Georges Werner, entonces vicepresidente de la Union Internationale de Secours aux Enfants: *«Sin duda, esta declaración no es un instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza. Quiere unir en un mismo pensamiento, en una sola confianza, a los hombres y mujeres de todas las naciones»*.

A pesar de que en 1934 la Asamblea General de la Sociedad de Naciones autorizó una nueva redacción de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, prosiguió la ausencia de un contenido en esta materia jurídicamente vinculante para los Estados.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, en líneas generales, se centra en el reconocimiento del derecho a la asistencia, el desarrollo, el socorro y la protección de la niñez y, aún desprovista de un carácter obligatorio, constituye el primer texto internacional que específicamente aborda los derechos infantiles, lo que la convierte en un referente ineludible y predecesor de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el **Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia**, –UNICEF–, una agencia específicamente destinada a la asistencia de los niños más desfavorecidos y a la protección de los derechos de la infancia, especialmente en circunstancias y contextos socioculturales que dificultan dicha pretensión y labor.

A pesar de que UNICEF surgió especialmente para socorrer y amparar a los niños de Europa perjudicados por la Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), la labor humanitaria de la agencia se ha ido extendida a lo largo del mundo, a la vez que ha ido obteniendo un mayor respaldo social, lo que ha supuesto que en la actualidad cuente con más de 400.000 socios y una multitud de donantes y entidades colaboradoras.

En un contexto de creciente preocupación por la libertad y la igualdad jurídica de las personas, tras la devastadora Segunda Guerra Mundial, el 10 de diciembre de 1948, fue adoptada por la ONU la **Declaración Universal de Derechos Humanos** como respuesta a la barbarie cometida contra la humanidad y que, a su vez, sobre ella debía pesar.

La DUDH se constituye de treinta derechos, fundamento de la libertad, la justicia y la paz, y libertades que ostentan indiscriminadamente los seres humanos y que, por consenso internacional, merecen protección universal.

Al respecto de la infancia, el artículo 25⁹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a la niñez y la maternidad el derecho a una asistencia y protección social y especial, entendiéndose como acorde y congruente con los caracteres y las circunstancias particulares que singularizan a dichos colectivos, en términos de igualdad y no discriminación.

No obstante, la pretensión de lograr un reconocimiento global de la plena ciudadanía a la infancia exigía la creación de un instrumento internacional que específicamente, vinculando legalmente a los Estados firmantes, promoviese y garantizase la protección del grupo meta.

De este modo, tras la Segunda Guerra Mundial y con la consiguiente creación de la Organización de las Naciones Unidas, la **Declaración de los Derechos del Niño** fue aprobada unánimemente el 20 de noviembre de 1959 en base a la misma noción principal que había promulgado la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño: *«la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle»*.

⁹ El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expone que: *«La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social»*.

Así, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituyó el primer acuerdo internacional en materia de principios fundamentales de los derechos del niño.

La dilación que caracteriza a la elaboración de un concepto de infancia se ha visto acentuada por el hecho de que ni la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ofrecían una definición o explicación del periodo concreto que comprende la infancia, a pesar de que esta última advierte de la necesidad de una protección legal pertinente tanto antes como después del nacimiento.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamaba la igualdad de derechos y libertades en toda persona humana, la Declaración de los Derechos del Niño suponía materializar dicha garantía respecto al colectivo infantil, lo que intrínsecamente se plasmó en los diez principios que componen el texto.

Los principios de la Declaración de los Derechos del Niño inspiran la existencia de dispares derechos infantiles, relativos al nacimiento, crecimiento, desarrollo, cuidado de las necesidades físicas y emocionales, educación y protección, en todo caso, en términos de igualdad y no discriminación por cualesquiera índoles, cuya promoción y garantía compete, a nivel particular, al responsable inmediato del niño/a, padre, madre u organización individual, y, seguidamente, a las autoridades y los gobiernos de cada Estado firmante.

En cualquier caso, el interés superior del niño se recoge como principio rector que debe inspirar la asistencia y la intervención en lo que compete a la infancia, a fin de garantizar el efectivo goce, ejercicio y protección de los derechos infantiles y, correlativamente, prevenir la existencia y solventar las circunstancias que dificulten el acceso o la idoneidad de aquéllos.

Por consiguiente, la labor realizada para con la infancia se vio reforzada por el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de 23 de marzo de 1976, y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, de 3 de enero de 1976, que comprometían, en términos generales, a los Estados partes con respecto a la garantía de los derechos de las personas y, con particularidad, de los niños, grupo que exigía la adopción, por imperativo de dichos instrumentos jurídicos, de medidas de lucha contra la explotación económica y social, de reducción de la mortalidad infantil, de garantía del desarrollo integral del niño, así como el cumplimiento del derecho de todo niño a un nombre y una nacionalidad tras el nacimiento (artículos 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este mismo sentido, la **Conferencia Internacional de Derechos Humanos**, celebrada en 1968 en Teherán, que pretendía examinar el progreso de los derechos humanos desde 1948 y evaluar la eficacia de los métodos empleados por la ONU al respecto, fortaleció el compromiso de los Estados con la salvaguarda y la garantía de los derechos humanos e, intrínsecamente, de los derechos de la infancia, así como supuso la elaboración de la Proclamación de Teherán, que recogía la necesidad de reforzar, con perspectiva futura, la obligación de los Estados de impulsar y alentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En los años posteriores, el interés por garantizar un porvenir satisfactorio y digno para la infancia fue creciendo, lo que se evidenció en el **Convenio sobre la edad mínima laboral**, número 138 (C138), de 1973, de la Organización Internacional del Trabajo, que estableció que, como mínimo, un niño debía tener la edad en que finaliza la escolaridad obligatoria o, en cualquier caso, quince años para poder trabajar, salvo contadas excepciones, –un Estado parte cuya educación y economía no estuviera suficientemente desarrollada podía fijar la edad mínima laboral en catorce años– (artículo 2 del Convenio sobre la edad mínima laboral, número 138), o, en su caso, dieciocho años cuando el empleo fuera potencialmente peligroso para el menor.

Sin embargo, el propio C138, a pesar de abogar por la abolición del trabajo infantil y, hasta lograr dicha pretensión, por el retraso en el acceso al mundo laboral del niño, indicó que la legislación de los Estados partes podía permitir que niños de doce y trece años realizaran trabajos ligeros, no susceptibles de afectar a la educación, el desarrollo o la salud del menor (artículo 7 del Convenio sobre la edad mínima laboral, número 138), lo que nuevamente reveló que los instrumentos jurídicos internacionales debían seguir evolucionando en la regulación, aplicación y salvaguarda de los derechos y las libertades de la infancia.

En 1974, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, interesada en la prevención y la lucha contra el riesgo y la vulnerabilidad a la que estaban expuestos los niños y las mujeres en las situaciones de emergencia social o de conflictos armados, induce a los Estados partes a la observancia y el cumplimiento de la **Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado**, de 14 de diciembre, que prohíbe el encarcelamiento y el maltrato de los niños y las mujeres civiles y, a su vez, promueve el respeto por los derechos de dicha población en los conflictos bélicos.

Tras la designación del **Año Internacional del Niño** en 1979, en conmemoración del vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Asamblea General adoptó,

el 28 de noviembre de 1985, las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores**, –denominadas Reglas de Beijing–, que explican que el fundamento que subyace al sistema de justicia protector de la infancia debe ser el interés superior del niño que, en cualesquiera situaciones y circunstancias concurrentes, habrá de promover el bienestar, el desarrollo integral, alejado en la mayor medida posible de realidades delincuenciales que puedan menoscabar dicho proceso evolutivo, y la protección del menor, por cuanto, además de necesario, ello contribuye a preservar el orden pacífico de las sociedades.

El principio general 1.4 de las Reglas de Beijing advierte que *«La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país»*, idea a la que subyace que el sistema jurídico internacional debe potenciar la reeducación y la reinserción social de los menores infractores, relegando el carácter sancionador a un segundo plano, con el objetivo de que el menor pueda formar parte efectiva y enriquecedora del contexto familiar y social de pertenencia, o de destino, para principiar y lograr un desarrollo holístico cierto, –fundamento que, a su vez, justifica que el menor pueda recibir, tras la comisión o la participación en un delito, un tratamiento jurídico-penal diferente al del adulto– (principio general 2.2.a) de las Reglas de Beijing).

En cualquier caso, la labor de la Organización de las Naciones Unidas, para prevenir y abordar la criminalidad y, consecuentemente, reforzar la protección de los niños en riesgo social alto, continuaría más adelante con la adopción de las **Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil**, –Directrices de Riad–, de 14 de diciembre de 1990, que reconducían e impulsaban el desarrollo armónico de la niñez a través del respeto de la personalidad y la interiorización de principios humanistas desde la primera infancia.

No obstante, a pesar de la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y de la existencia de leyes protectoras de la infancia en los diferentes Estados, la necesidad de auxiliar y amparar a los niños seguía siendo evidente dada la multiplicidad de situaciones que damnificaban al colectivo infantil, tales como el acceso desigual a la educación, la pobreza o el abandono escolar temprano, entre otras.

Ante dicha exigencia, la **Convención sobre los Derechos del Niño** fue aprobada el 20 de noviembre de 1989, tras el sometimiento del proyecto a un grupo multidisciplinar constituido por una diversidad de Estados partes y organizaciones, en 1978, como un tratado internacional cuya pretensión esencial era el reconocimiento, la garantía y la protección de la dignidad humana de la infancia a través de la regulación de los derechos sociales, culturales, económicos, civiles y políticos que asisten al colectivo infantil (Núñez, 2003).

La Convención sobre los Derechos del Niño, compuesta de cincuenta y cuatro artículos que contemplan los derechos esenciales de la infancia, entiéndase, en términos generales y salvo disposición en contrario del sistema jurídico aplicable, como seres humanos menores de dieciocho años (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) , ostentaba un carácter obligatorio para los Estados firmantes que, en todo caso, debían informar al Comité de los Derechos del Niño de la adopción de las medidas necesarias para la consecución y el cumplimiento de los derechos regulados.

Tras la Convención sobre los Derechos del Niño, la infancia, tradicionalmente considerada mero objeto de protección jurídica, se convierte en sujeto de derecho, lo que supone concebir al niño como ciudadano cuyos derechos deben ser protegidos y garantizados (Rodríguez, 2020).

Sin lugar a duda, la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño ha supuesto un avance en el cumplimiento de los derechos de la infancia y ha posibilitado la detección de nuevas necesidades a satisfacer en el colectivo, lo que a su vez ha puesto de manifiesto un progreso desigual en los distintos Estados e incluso un posible retroceso en aquellos afectados especialmente por la pobreza, un sistema sociosanitario en desarrollo o inefectivo y los conflictos armados.

A fin de reforzar las obligaciones que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado tres protocolos facultativos para ofrecer un apoyo y una protección especial y de mayor significación a la infancia.

Por una parte, el 25 de mayo de 2000 se aprobó el **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía** con el objetivo de prevenir y poner fin a la explotación sexual de la infancia.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño advierte que los Estados deben garantizar la protección de los niños frente a cualquier forma de abuso y explotación sexual, tales como el turismo, la prostitución o la pornografía infantil, de manera que el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía supone abordar específicamente dicha problemática estipulando una serie de requisitos que han de cumplir los Estados firmantes.

El gobierno de cada Estado debe salvaguardar los derechos y los intereses de la infancia y, en consecuencia, debe procurar los medios y los servicios jurídico-sociales, sanitarios y financieros pertinentes para estas víctimas infantiles.

Así, teniendo en consideración el interés superior del niño, el objetivo último será la rehabilitación y la reintegración social del menor haciéndole partícipe, en la medida en que sea posible y viable, de las situaciones que le competan y asegurando en cualquier caso un tratamiento igualitario a cualquier víctima en virtud del principio de no discriminación.

Hay que tener en cuenta que abordar dicha problemática social requiere de una cooperación internacional diligente y de una amplia y efectiva labor de concienciación y educación en pro de los derechos y del desarrollo adecuado de la infancia.

Tras la ratificación por parte de diez países, lo que permitió que entrase en vigor el 18 de enero de 2002, en la actualidad el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía ha sido firmado y ratificado por más de cien países.

Además, el **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados**, aprobado el 25 de mayo de 2000, entró en vigor el 12 de febrero de 2002 con la finalidad de promover la protección de la infancia frente a un reclutamiento temprano que tuviese por interés la utilización de los niños en situaciones bélicas.

A través del Protocolo facultativo sobre la participación de niños en conflictos armados, los Estados miembros adquieren el compromiso de no reclutar a los niños menores de dieciocho años para que participen en hostilidades, articular y desarrollar las medidas necesarias para prevenir y evitar dicho reclutamiento y desmovilizar a los niños menores de dieciocho años que hayan sido reclutados, debiéndoles procurar la asistencia y la recuperación física y

psicológica que, según el estado y las circunstancias del menor, sea necesaria para posibilitar una consiguiente reinserción social.

La acogida del Protocolo facultativo sobre la participación de niños en conflictos armados ha sido favorable por parte de ciento cincuenta y ocho países frente a quince países que únicamente lo han firmado y veintidós países que no han procedido ni a la firma ni a la ratificación, lo que motivó que el 25 de mayo de 2010 la Oficina del Representante Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados en coordinación con la Organización de las Naciones Unidas iniciara la Campaña Zerounder18 para alcanzar la ratificación universal del protocolo.

Por otra parte, el **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones**, aprobado el 19 de noviembre de 2011, pretendió articular un mecanismo para dirigir al Comité de los Derechos del Niño las denuncias provenientes de personas que, estando sujetas a la jurisdicción de un Estado firmante, fueran víctimas del mismo por ver vulnerado alguno de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados o el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

El Protocolo facultativo sobre el procedimiento de comunicaciones, tras entrar en vigor el 28 de mayo de 2012, impuso a los Estados parte la adopción de las medidas oportunas para garantizar que las personas no fueran objeto de vulneraciones de derechos humanos o de tratos intimidatorios, degradantes o nocivos, habiendo de tener en cuenta el ámbito jurisdiccional al que pertenece la víctima para determinar la competencia del Estado.

La posibilidad de presentar ante el Comité de los Derechos del Niño una reclamación por violación de derechos fundamentales puede realizarla el niño o el tutor, debiendo hacerlo por escrito, previa denuncia de la situación ante una corte nacional y dando cuenta de la identidad de la víctima y del fundamento del reclamo, o un estado parte del Protocolo facultativo sobre el procedimiento de comunicaciones, cuestión última que en la práctica no sucede con habitualidad.

Por consiguiente, el procedimiento de investigación se desarrollará de manera independiente y confidencial, siendo opcional la obtención del consentimiento del aparente estado agresor para evitar sistematizar, dificultar o frustrar el desarrollo del proceso.

Además, se debe tener en cuenta que el Protocolo facultativo sobre el procedimiento de comunicaciones no posibilita la interposición de reclamaciones de carácter colectivo como las que podría realizar una organización o institución que trabaje de manera directa o indirecta en beneficio del desarrollo y la protección infantil.

Por otro lado, las **Observancias Generales del Comité de los Derechos del Niño** proporcionan una interpretación veraz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño a fin de asistir a los Estados partes en el cumplimiento de la obligación de informar, orientar en la correcta comprensión de las disposiciones e impulsar la aplicación unificada de la Convención sobre los Derechos del Niño (anexo A. Listado de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño).

La heterogeneidad de la materia abordada por las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño permite que la realidad del colectivo infantil sea objeto de constante atención, supervisión y actualización y, de ese modo, pueda ser abordada con diligencia y efectividad.

A título de ejemplo del contenido de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, la Observación General número 1, de 17 de abril de 2001, analiza el derecho a la educación, regulado en el artículo 28¹⁰ de la Convención sobre los Derechos del Niño y principalmente orientado al desarrollo holístico de la infancia para maximizar las posibilidades de cada niño, cuyos fundamentos residen en la promoción de la identidad del menor, el fomento de su interacción e integración con el medio ambiente y la sociedad y el respeto por los derechos humanos.

Por su parte, la Observación General número 6, de 1 de septiembre de 2005, orienta a los Estados partes en materia de atención, actuación y protección que deben proporcionar a los menores no acompañados que, separados de la familia originaria, se hallen fuera del país de procedencia, intervención que especialmente exige el cumplimiento del principio del interés superior del menor y del principio de no discriminación

¹⁰ El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño expone, en términos imperativos, que «*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación*», de modo que, ineludiblemente, deberán procurar, sin discriminación alguna, los medios debidos para garantizar el efectivo cumplimiento de aquél.

En cualquier caso, sea abordada una materia u otra, las Observancias Generales del Comité de los Derechos del Niño constituyen una trascendental aportación a la aplicación y el desarrollo de la protección jurídico-internacional de la infancia.

Por último, se debe hacer referencia a la labor de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, –COHADIP–, en el desarrollo de sistemas de cooperación internacional dirigidos a la protección de la infancia en situaciones de carácter transfronterizo.

En este sentido, el **Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**, de 25 de octubre de 1980, tiene por objetivo la inmediata restitución de los niños retenidos o trasladados ilícitamente a cualquier Estado parte a través de un sistema de colaboración entre las autoridades centrales que permite el retorno seguro del menor al país de residencia habitual.

En un supuesto de sustracción internacional de un niño, las autoridades centrales de cada Estado parte deben asistir a la localización del menor, promover la iniciación del procedimiento administrativo para la restitución del niño y, en consecuencia, proceder al retorno voluntario del menor o a la resolución pacífica del litigio.

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, al proporcionar un contenido normativo claro, contundente e imperativo y una solución sencilla y diligente –la orden de restitución– se considera un instrumento jurídico disuasivo que previene y dificulta la existencia de nuevos supuestos de sustracción internacional de menores.

También, el **Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional**, de 29 de mayo de 1993, estipula salvaguardias para garantizar que la adopción internacional tenga lugar en atención al principio del interés superior del menor y al absoluto respeto por los derechos y las libertades del niño (artículo 1.a) del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional).

Las disposiciones del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional tienen por objetivo la prevención de la sustracción y el tráfico de menores, el desarrollo armonioso, seguro y efectivo de las prácticas adoptivas internacionales¹¹ y el reconocimiento por parte de los Estados firmantes de las adopciones

¹¹ La adopción internacional de un menor requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción

transfronterizas efectuadas de conformidad con dicho instrumento jurídico (artículo 1.b) y c) del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional).

En tercer lugar, el **Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**, de 19 de octubre de 1996, establece un sistema marco de cooperación internacional en materia de protección de la infancia para aproximar, al respecto, a los sistemas legales que tienen diferencias sociales, religiosas y culturales.

El Convenio de la Haya de 1996 permite que el Estado en el que se halla el menor ejecute las medidas urgentes que procedan y, tras determinar la competencia judicial internacional en el supuesto determinado, otorgue la responsabilidad al Estado de residencia habitual del niño – punto de conexión– para, por consiguiente, garantizar el reconocimiento y la ejecución de la resolución correspondiente en la totalidad de Estados contratantes.

El número de Estados partes de los Convenios de la Haya en materia de infancia puede continuar en aumento, lo que supone reforzar la labor desarrollada en virtud de los mismos y consolidar la importante función que tienen en la comunidad internacional contemporánea.

En definitiva, desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional ha logrado progresos sustanciales y trascendentales para con la realidad de la infancia, tanto en la elaboración de normativa para el goce y la protección de los derechos del niño como en la adopción de medidas que previenen y, en su caso, solventan situaciones de conculcación de los mismos, lo que no obsta que aun haya por delante una inmensa labor para garantizar que la infancia goce de la máxima libertad y dignidad desde una perspectiva de justicia social, no paternalista, equitativa.

3.1. El desarrollo legislativo de los derechos infantiles en España

El marco jurídico estatal vigente en materia de protección a la infancia y a la adolescencia está fundamentalmente constituido por el Código Civil¹², la Ley 21/1987, de 11 de noviembre¹³ y la

internacional, de entre los que se puede destacar que «*Los consentimientos -de la persona, institución o autoridad que corresponda- no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna*» o que «*Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño*».

¹² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁴ –tenida en consideración conforme a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia articulada a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio¹⁵, y la Ley 26/2015, de 28 de julio¹⁶–.

El marco legal nacional introduce la normativa y el fundamento que debe pautar el contenido y el procedimiento de las intervenciones de protección a la infancia y a la adolescencia –aquél vendrá materializado en las políticas de la infancia desarrolladas en España– garantizando un tratamiento uniforme a cualesquiera situaciones de desprotección del colectivo infanto-juvenil.

En primer lugar, la **Constitución española**, a pesar de hacer escasa referencia a los derechos de la infancia, reconoce a la infancia y a la adolescencia la titularidad de los derechos fundamentales –inherentes a la condición de ser humano– que, por consiguiente, constituyen el fundamento del orden político que establece la Carta Magna.

En lo que respecta a la infancia, siendo el niño sujeto titular de la totalidad de los derechos contenidos en el Título I «*De los Derechos y Deberes Fundamentales*», las autoridades públicas deben garantizar la protección integral del colectivo infanto-juvenil y, por consiguiente, el artículo 39 de la Constitución española recoge la protección jurídica, económica y social de la familia, haciendo especial hincapié en la necesidad de atención de los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad (artículo 39 de la Constitución española).

Además, en aras de la salvaguarda del menor, las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución española –libertad de expresión o libertad de cátedra– tienen cabida en tanto en cuanto no obstaculicen el cumplimiento del derecho a la protección de la infancia (artículo 20.4 de la Constitución española).

Por su parte, el **Código Civil**, ante una posible situación de desprotección infantil, revela la necesidad de calificar las circunstancias como riesgo o desamparo, en tanto en cuanto, esta última, por imperativo de la ley, supone la asunción ineludible de la tutela del menor por parte de la entidad pública competente, debiendo proceder a la adopción de las medidas de

¹³ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

¹⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁶ Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

protección que garanticen la guarda del afectado –el mecanismo de la tutela automática supondrá la separación del niño del núcleo familiar de pertenencia y la suspensión de la patria potestad de quien sobre él la ostentare– (artículo 172 del Código Civil).

En contraposición, la calificación de riesgo de la situación, perjudicial para el desarrollo personal y social del menor, requerirá de una intervención administrativa que elimine, dentro de la estructura familiar, los factores y los condicionantes que perjudican el bienestar del niño.

En este mismo sentido, el mecanismo de la entrega de la guarda conlleva a la intervención administrativa en respuesta a quien ostenta la tutela del menor en aquellos supuestos en que el solicitante, dada la gravedad de las circunstancias, no puede asumir el debido cuidado del niño y procede a solicitar a la entidad pública competente que asuma la guarda del menor afectado –al respecto, se ha de tener en cuenta que el juez puede acordar de oficio la guarda del menor en los supuestos en que legalmente proceda, por ejemplo, en un caso de divorcio en el que estime oportuno encomendar la guarda del niño a un tercero distinto de los cónyuges o la entidad pública– (artículo 172 del Código Civil).

El Código Civil también recoge el conjunto de derechos y obligaciones que integran el aspecto personal de la patria potestad –acompañar, educar y velar por el bienestar y el desarrollo integral de la hija o el hijo– y, a su vez, consagra la debida asistencia material que habrá de garantizar el progenitor respecto del hijo –el deber de procurar alimentos¹⁷, entiéndase en un sentido amplio, conforme a la concepción jurídica del término– (artículos 142 y 154 del Código Civil).

En general, el Código Civil contiene normativa en materia de protección a la infancia y a la adolescencia referida a distintos aspectos, como las normas de conflicto sobre la ley aplicable a la filiación o la obligación de procurar alimentos, las medidas cautelares adoptables en las relaciones paternofiliales, las tipologías de acogimiento familiar o la determinación de las facultades del menor emancipado, entre otros asuntos abordados.

Además, cabe mencionar que la dicotomía que establece el Código Civil en esta materia – distinción entre el desamparo y el riesgo infantil– pretende enmendar las carencias habidas en la Ley 21/1987 que, al sustituir el concepto de abandono por el término desamparo, obvió la consideración de cualesquiera situaciones que, sin precisar la suspensión de la patria potestad

¹⁷ El artículo 142 del Código Civil entiende por alimentos «*todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*», así como la educación, la instrucción y los gastos de embarazo y de parto en que pueda incurrir el alimentista con los límites indicados en el propio precepto.

o de la tutela ordinaria o la separación del núcleo familiar en beneficio del menor, hiciesen peligrar la evolución integral del niño –aun así, realmente será la Ley 1/96 la que subsane la falta de regulación de la situación de riesgo infantil por parte de la Ley 21/1987– (Ararteko, 1997).

Por otro lado, la **Ley 21/1987**, de 11 de noviembre, denominada «Ley de Adopción», establece que la finalidad primordial de la institución de la adopción –considerada en adelante una vía de integración plena del niño en el contexto familiar– habrá de ser la garantía del interés superior del menor.

La Ley de Adopción exige el consentimiento del menor afectado, a partir de los 12 años de edad, en el supuesto de acogimiento o de adopción, previsión que refuerza la concepción del niño como sujeto adquirente de plena capacidad jurídica de manera progresiva (Bondía, 2006).

Además, la Ley 21/1987, considerando la tutela de la infancia y de la adolescencia una necesidad imperiosa, impulsa la desjudicialización de la protección del colectivo infanto-juvenil¹⁸ –en congruencia con la filosofía de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que no tardaría en entrar en vigor– priorizando la intervención de la entidad pública competente para la salvaguarda del menor afectado y limitando la actuación judicial a los supuestos de conflicto de interés.

Al respecto, la entidad pública competente –conforme al territorio en el que tenga lugar la situación de necesidad del niño– debe asumir la guarda y/o la tutela del menor desamparado, decidir respecto de la constitución del acogimiento administrativo, principiar y, de estimarlo oportuno, autorizar el acogimiento de judicial e iniciar el proceso de adopción del niño previa propuesta de los potenciales adoptantes (artículos 172.1 y 2, 173.2, 176.2, 239.1 del Código Civil y 1828.2 y 1829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹).

Por otro lado, la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor** establece los principios que deben subyacer a cualesquiera actuaciones dirigidas a la detección y la satisfacción de las necesidades y los intereses de la infancia y la adolescencia, reafirmando el espíritu de defensa del cumplimiento efectivo de los derechos del niño.

¹⁸ La Ley 21/1987 logra la desjudicialización de la protección de la infancia y de la adolescencia, fundamentalmente, a través del reconocimiento del mecanismo de la tutela automática, concedida ope legis a la entidad pública competente, y de la admisión de la guarda y el acogimiento de carácter extrajudicial.

¹⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los principios rectores que deberán regir la intervención de las autoridades españolas para con la infancia y la adolescencia pueden sintetizarse en la salvaguarda primordial del interés superior del menor²⁰, la proclividad a la integración y el mantenimiento del niño en el entorno familiar y social originario –entiéndase operativa dicha pretensión en tanto en cuanto no contraríe el bienestar del niño– y la prevención y la resolución de las situaciones que puedan perjudicar el desarrollo holístico del menor (Ararteko, 1997).

El legislador español, a través de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, opta por la desjudicialización de las actuaciones vinculadas al colectivo infanto-juvenil con la intención de atribuir a la autoridad pública competente una mayor capacidad de gestión sobre la base de un procedimiento de intervención simplificado que impulse la diligencia en las respuestas dadas ante las situaciones en las que pelagra el bienestar y el desarrollo integral del menor.

Al respecto, dada la imperante necesidad de coordinación y de colaboración entre los intervinientes institucionales y sociales correspondientes para garantizar el funcionamiento del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor consagra el principio de protección, constituido por la obligación de prestar al menor la atención inmediata debida, actuar conforme al ámbito competencial o derivar dicha actuación al órgano competente, y poner en conocimiento de la autoridad pertinente, los representantes legales del niño afectado y/o el Ministerio Fiscal –en tanto en cuanto la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor amplía y refuerza las funciones protectoras atribuidas al Ministerio Fiscal– cualesquiera situaciones de riesgo o de desamparo que afecten a un menor (artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor supuso el reconocimiento de que los cambios socioculturales que venían acaeciendo en España transformaban el estatus social del niño y exigían el tratamiento de la infancia desde la perspectiva de los derechos humanos, circunstancias ambas que principiaron el reconocimiento del niño como sujeto titular de derechos, cuyo ejercicio quedaba supeditado a la adquisición progresiva de capacidad para ejercerlos (Ararteko, 1997).

El desarrollo hacia una concepción de niño como sujeto capacitado, activo y participativo, en lo que respecta al entorno personal y social de pertenencia y en la satisfacción de las necesidades

²⁰ El legislador español, siguiendo la directriz marcada por la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), procedió a la introducción, en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de criterios interpretativos del interés superior del niño y de elementos que posibilitan la ponderación de aquéllos en caso de que entren en conflicto.

que fuera manifestando, exigía el reconocimiento de derechos –derecho a la intimidad, derecho a la información, derecho a la libertad de expresión o derecho a ser oído– que permitiesen hacer efectiva dicha pretensión (artículos 4,5, 8 y 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

Siguiendo la anterior directriz, la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia resultaría ineludible, articulándose la misma en torno a dos leyes y un propósito compartido, la **Ley Orgánica 8/2015**, de 22 de julio, y la **Ley 26/2015, de 28 de julio**.

La finalidad principal de la Ley Orgánica 8/2015 –reguladora de los asuntos que constitucionalmente requerían de dicho instrumento jurídico– y de la Ley 26/2015 –prevista para completar la reforma en otras materias– era el progreso de las instituciones jurídicas de protección de la infancia y la adolescencia en congruencia con las necesidades surgentes en un contexto jurídico y social mutable.

En cuanto a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia supuso la caracterización del principio del interés superior del menor como derecho sustantivo, principio general interpretativo y norma procedimental²¹ para determinar los criterios –examinados con imparcialidad a través de elementos generales como la edad o la madurez del niño– que permiten interpretar y aplicar el interés superior del menor en cada caso (artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

De igual modo, procedió la regulación minuciosa de diferentes derechos del menor –por ejemplo, el derecho a ser oído y escuchado–, el establecimiento de medidas que permitiesen el ejercicio de los derechos por parte del niño y, correlativamente, la introducción de los deberes que debía cumplir –en el Capítulo III, «*Deberes del menor*», añadido por el artículo 1.4 de la Ley 26/2015, de 28 de julio–.

Por su parte, la amplia modificación del Título II, «*Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores*», permitió, respecto de las medidas

²¹ La redacción originaria del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 advertía, de manera sucinta, la prevalencia del interés superior del menor frente a cualesquiera otros intereses, el carácter educativo de las medidas a adoptar para con el colectivo infanto-juvenil y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de un menor. Tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, además, dicho artículo comprende detalladamente los criterios generales a tener en cuenta en la interpretación del interés superior del menor, los elementos que permitirán ponderar la situación planteada conforme proceda en cada caso y las garantías procesales que deben ser respetadas en la adopción de la medida que corresponda.

a adoptar para con la infancia y la adolescencia, la priorización de la estabilidad frente a la temporalidad y de la integración y permanencia en un entorno familiar, que no meramente residencial, siendo cometido de la administración la protección del menor frente a las situaciones de riesgo²² promoviendo la preservación del niño en el contexto de origen y la resolución de la problemática en consenso con los responsables inmediatos del menor, en tanto en cuanto ambas intencionalidades respondan al interés superior del niño.

En lo que respecta al Código Civil, en aras de garantizar la salvaguarda del menor, se refuerzan las medidas judiciales de protección con respecto a la patria potestad –prohibición de la comunicación con el menor y prohibición de aproximación al menor–, que procederán en tanto en cuanto respondan al interés superior del menor (artículo 158 del Código Civil).

Las comunicaciones y las visitas al menor en situación de desamparo, reguladas por la entidad pública competente, los encuentros del menor con los progenitores privados de libertad y la relación del niño con otros parientes –especialmente, hermanos– habrán de priorizarse en la medida en que impulsen y garanticen el bienestar del menor (artículos 160, 161 y 162 del Código Civil).

El tratamiento de las situaciones de desamparo del niño y de la guarda a solicitud de los responsables inmediatos del menor requiere la adopción de medidas de intervención que aboguen por el acogimiento familiar y residencial, pudiendo incluso iniciarse la propuesta de adopción –durante el plazo que los progenitores tienen para oponerse a las decisiones de la entidad pública correspondiente– en tanto en cuanto la imposibilidad de retorno a la familia de procedencia resulte manifiesta.

En materia de adopción, la aquiescencia de los progenitores que tienen la patria potestad suspendida no será necesaria tras el transcurso de dos años desde que fueron notificados de la declaración de desamparo del menor sin revelar oposición alguna o, habiéndola manifestado, cuando hubieres sido desestimada (artículo 177.2 del Código Civil).

²² La Ley 26/2015, de 28 de julio, introduce la definición de situación de riesgo -por primera vez en una ley estatal-, en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 y, de conformidad con ello, establece los indicadores de desamparo en el artículo 18 del mismo Cuerpo Legal. Al respecto, la diferencia esencial entre la situación de riesgo -que compromete o perjudica el bienestar y/o el desarrollo del menor- y la situación de desamparo será que la segunda aconseja -más bien, exige- la separación del menor del núcleo familiar dada la inexistencia en el mismo de los elementos básicos para garantizar el desarrollo holístico del niño.

En cualquier caso, a pesar de que la situación del menor pueda aconsejar la extinción jurídica del vínculo con la familia originaria, en la medida en que le reporte beneficio habrá de abogarse por el mantenimiento de una relación constructiva con aquélla, por lo que, a su vez, el derecho de acceso a los orígenes del adoptado adquiere especial relevancia –idea igualmente manifiesta en el posible reconocimiento de doble nacionalidad al menor en un proceso de adopción internacional– (artículo 19.3, 178.4, 180.5 y 6 del Código Civil).

En este sentido, la intervención para con la infancia debe reforzar el aspecto educativo y psicosocial en pro de la reconstitución de las relaciones intrafamiliares del menor afectado – siempre previo análisis de la pertinencia de dicho proceder– en detrimento de un recurso improcedente a medidas que supongan la separación de la familia biológica (Bondia, 2006).

Sin embargo, entretanto –hasta la llegada de la reforma de 2015–, la **Ley Orgánica 5/2000**²³, reguladora de la responsabilidad penal de las personas menores de edad –aunque puede llegar a ser aplicada hasta los 21 años de edad–, a pesar de ser de naturaleza sancionadora, aboga por la prevención de las conductas jurídicamente reprobables y la reinserción social del menor infractor, idea que refuerza la concepción del niño como sujeto participante de forma activa en el ámbito jurídico y social en el que depositar expectativas de futuro favorables.

La Ley Orgánica 5/2000, esperada desde que Ley Orgánica 4/1992²⁴ advirtiera que la transformación de la legislación de la infancia y la adolescencia era inaplazable, supuso la entrada en vigor de una ley necesaria, innovadora y garantista de los derechos de la infancia y de la adolescencia, siendo la primera ley española reguladora de la responsabilidad de las personas menores de edad.

Por un lado, la Ley Orgánica 5/2000 –cuyo contenido debe ser analizado en congruencia con lo previsto en el Real Decreto 1774/2004²⁵– presta una singular importancia a la adopción de medidas preventivas en base a criterios no jurídicos –aboga por la educación y la reinserción social del menor en detrimento de la sanción penal a que su conducta pueda dar lugar–,

²³ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

²⁴ Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. La Ley Orgánica 4/1992 surge como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

²⁵ El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, desarrolla algunos aspectos relativos a la intervención del equipo técnico y de la policía judicial, a la aprobación y a la ejecución de las medidas judiciales que afecten a los menores infractores, así como al régimen disciplinario habido en los centros de internamiento en los que se hallen privados de libertad.

otorgando un papel relevante al Ministerio Fiscal y al equipo técnico, en congruencia con la Ley Orgánica 4/1992, especialmente en lo que se refiere a la iniciación y a la investigación del proceso y a la elaboración de un informe acerca de la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor afectado, respectivamente (artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, relativo al contenido sobre el que versará el informe del equipo técnico).

La Ley Orgánica 5/2000 recoge un conjunto de medidas judiciales, más o menos restrictivas de derechos, que potencialmente pueden ser adoptadas frente a las infracciones cometidas por los menores de edad –en este caso, entiéndase como personas de 14 a 18 años–, de entre las cuales se puede mencionar, a título de ejemplo, la realización de tareas socio-educativas, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y el internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado, entre otras (Lázaro, 2001).

Además, con especial incidencia en las medidas judiciales²⁶ a adoptar con respecto al menor infractor, la Ley Orgánica 5/2000 consagra el derecho del menor a ser oído –cuestión distinta es que se informe debidamente al menor de los derechos y las garantías que le asisten–, debiendo entender que el mismo se refiere tanto al ámbito familiar –concretando así los principios de democratización de las relaciones familiares proclamados por el Año Internacional de la Familia– como a cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado el niño y conduzca a una decisión con impacto directo en su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, la participación del niño debe adecuarse a su situación y a su desarrollo evolutivo.

El equipo técnico realiza una importante labor en este procedimiento judicial, siendo el encargado de mediar entre el infractor y la víctima, asistir de manera continuada al menor, comunicar al juez la necesidad de adoptar medidas cautelares o informar al juez acerca de la procedente aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 a una persona mayor de 18 años y menor de 21 años, atendiendo al grado de madurez y a las circunstancias personales del sujeto –en la Ley Orgánica 5/2000 se atribuyen otras tantas funciones al equipo técnico– (Lázaro, 2001).

Sin embargo, en otros aspectos la Ley Orgánica 5/2000 prescinde de la intervención del equipo técnico, como ante la presentación de un recurso, en cuyo caso será oído el Ministerio Fiscal, o

²⁶ La Ley Orgánica 5/2000 concreta una serie de aspectos en los que habrá de ser oído necesariamente el menor como, por ejemplo, requiere el consentimiento del menor en la adopción de la medida de las prestaciones en beneficio de la comunidad o de la medida de internamiento terapéutico -en este último caso, incluso, cabe la posibilidad de cambiar la medida si el menor se muestra disconforme con su aplicación- (artículos 7.1.j) y d) de la Ley Orgánica 5/2000).

ante la ejecución de una medida privativa de libertad, respecto a la cual no viene contemplada la escucha al equipo técnico (artículos 52 a 60 de la Ley Orgánica 5/2000).

Con respecto a las infracciones cometidas por los menores de 14 años²⁷, en tanto en cuanto no pueden incurrir en responsabilidad penal, procederá la aplicación de la normativa de protección de menores del Código Civil –así como la contemplada en otras disposiciones vigentes en esta materia– y, en cuanto a los mayores de 18 años –en todo caso, menores de 21 años– puede proceder la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 atendidos una serie de condicionantes –grado de madurez, naturaleza y gravedad del delito y circunstancias personales del joven– (Exposición de motivos, párrafo 10º, y Disposición transitoria única, párrafo 6º, de la Ley Orgánica 5/2000).

A pesar de que la experiencia práctica de la Ley 4/1992 dio paso a la Ley Orgánica 5/2000, centrada en alcanzar un equilibrio entre el carácter educativo y la finalidad sancionadora de esta normativa, la actualidad revela otras problemáticas en materia de responsabilidad penal del menor, debiendo tener en cuenta que la tendencia a considerar al colectivo infanto-juvenil como una amenaza para las libertades y los derechos de la ciudadanía ha ido en aumento, circunstancia que impulsa la minimización, limitación y eliminación de los derechos de la infancia y de la adolescencia (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

Antes de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tratamiento de la delincuencia juvenil estaba sometido a un modelo tutelar que concebía al niño como un ser humano desprovisto de capacidad, por lo que los actos de delincuencia infantil no emanaban de la voluntad, por cuanto inexistente, del menor sino de la inmadurez, la incapacidad o las circunstancias contextuales concurrentes (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

El modelo tutelar velaba por los intereses de los progenitores del niño delincuente, haciéndolos prevalecer frente a la propia conveniencia del menor, pues, en todo caso, el beneficio del niño, concebido como objeto de protección, debía ser ponderado por un adulto, fundamentalmente el que fuera responsable inmediato de aquél.

En este sentido, por el comportamiento delincuencia no se responsabilizaba íntegramente al menor, incitado a él por circunstancias ajenas a su voluntad, de modo que procedió la

²⁷ La entrada en vigor de la Ley 5/2000 supuso la puesta en libertad de los menores de 14 años que estuvieran cumpliendo una medida de internamiento en un centro de reforma, derivando el seguimiento del menor -hasta entonces de carácter judicial- al servicio de protección de la comunidad autónoma correspondiente (Disposición transitoria única, párrafo 2º, de la Ley 5/2000).

aplicación de medidas disuasorias y eliminatorias de los factores contextuales que originaban dicho comportamiento disruptivo, en cualquier caso, orientadas a la reinserción social.

La implementación del modelo tutelar en Europa impulsó la existencia de un sistema excesivamente intervencionista y punitivo que, con independencia de la gravedad del delito, actuaba indistintamente ante una situación de desprotección, un comportamiento antisocial o una conducta delictiva protagonizada por un menor.

La finalidad del modelo tutelar de erradicar las circunstancias contextuales que avocaban al menor a la comisión de un delito supone obviar la gravedad del delito, por lo que el entorno favorable y armonioso de un menor participe en un delito grave suponía la imposición de una medida menos restrictiva de los derechos, actuación que dio lugar a la criminalización de la vulnerabilidad social.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada el 6 de diciembre de 1990 por España, entrando en vigor el 5 de enero de 1991, alentó la transformación del concepto jurídico de infancia y de la valoración que exigían los delitos perpetrados por aquélla, constituyendo un límite infranqueable a la desmesura punitiva que en el enjuiciamiento de la delincuencia juvenil pudiera tener lugar –los derechos de la infancia delimitan el ius puniendi de los Estados–.

La mayor parte de los Estados, incluido España, han elaborado normas que dan cabida y desarrollan el paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño –en especial, la Ley Orgánica 1/96 y la Ley Orgánica 5/2000–, planes nacionales que permiten su aplicación real, como el Plan Estratégico Nacional de la Infancia y la Adolescencia I y II o el Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia, o, incluso, han creado mecanismos de coordinación de las políticas de la infancia y de la adolescencia, por ejemplo, el Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño no se ha dado a conocer suficientemente en España, llegando a ser considerada en algunos ámbitos una mera declaración de intenciones –el Comité de los Derechos del Niño reclama el reconocimiento explícito, por parte de España, de la Convención sobre los Derechos del Niño como derecho positivo– (Bondía, 2006).

A pesar de ello, la incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Constitución española resulta evidente –así como en el Derecho español en general–; el artículo 39.4 de la

Constitución española reconoce implícitamente la fuerza vinculante de los tratados internacionales de protección de los derechos de la infancia y el artículo 10.2 de la Constitución española, tras reparar tácitamente en la Convención sobre los Derechos del Niño como criterio interpretativo, articula la posibilidad de invocar directamente la Convención sobre los Derechos del Niño ante las autoridades españolas.

Las políticas de la infancia, a las que debe subyacer el interés superior del menor, requieren la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos de la infancia y, por consiguiente, el Estado deberá reportar el progreso obtenido al respecto al Comité de Derechos del Niño por mandato del artículo 44.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El informe de la Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia de 2001, remitido al Comité sobre los Derechos del Niño, en congruencia con el cambio de paradigma social a que dio lugar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor con respecto a la infancia, advertía de la necesidad de considerar a la infancia, previa aceptación y reconocimiento de la autonomía del niño, como sujeto portador de derechos humanos y, en consecuencia, supeditaba la efectividad de la protección integral del menor a la adopción de una perspectiva intersectorial –reflejada en el Plan Nacional de Acción para la Infancia– (anexo B. Aspectos relevantes del Plan Nacional de Acción para la Infancia).

Al respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño ha manifestado la necesidad de adoptar políticas intersectoriales que, habiendo sido coordinadas debidamente, garanticen una intervención en red e integrada en el ámbito autonómico y nacional (Bondia, 2006).

Por otro lado, la Ley Orgánica 8/2021²⁸ –denominada Ley Rhodes–, cuya entrada en vigor fue el 5 de junio de 2021, a efectos de completar la incorporación de la Directiva 2011/93/UE²⁹ al ordenamiento jurídico español, tiene por objeto la lucha contra la violencia sobre la infancia y la adolescencia –ello, desde una perspectiva integral que especialmente incide en la prevención y la educación como herramientas para combatir el maltrato infanto-juvenil–.

La Ley Orgánica 8/2021 pretende salvaguardar y garantizar los derechos fundamentales de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia y, de este modo, asegurar el desarrollo

²⁸ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

²⁹ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

integral del menor, cometido que supuso la modificación de distintas leyes –Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, la Ley de Enjuiciamiento criminal, el Código Penal, entre otras–.

Al respecto, la Ley Orgánica 8/2021 consagra los derechos de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia –derecho a la asistencia jurídica gratuita, derecho de la víctima a ser escuchada o derecho a intervenir en el procedimiento judicial–, el deber de comunicación de las situaciones de violencia que afecten a la infancia y la adolescencia o los ámbitos en que habrá de existir una sensibilización y una prevención especial en materia de maltrato infantil – ámbito familiar, centro educativo, ámbito sanitario o administraciones públicas–.

También, la Ley Orgánica 8/2021 procede a la regulación de otros aspectos importantes como la creación de un registro central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia, la preferencia por las soluciones habitacionales en los supuestos de desahucio de familias con integrantes menores de edad o la garantía de dar curso a un procedimiento de asilo para un menor necesitado de protección internacional con independencia del Estado de origen o de la forma de entrada en el Estado español.

En cualquier caso, en el Derecho español, el desarrollo normativo en materia de protección a la infancia y a la adolescencia debería revelar una profunda transformación que se materialice en las decisiones que adoptan las autoridades en dicha materia.

Sin embargo, realidades como la entrada en vigor del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados³⁰, acompañado de las actuaciones administrativas que en materia de documentación sobre los menores extranjeros no acompañados tiende a desaprobare el Tribunal Supremo, la falta de congruencia entre las directrices normativas de la Unión Europea y la actuación del Estado en virtud de las mismas – por ejemplo, las características de los centros de menores españoles no se ajustan, al menos no en su totalidad, a la previsiones que al respecto realiza la Resolución del Consejo Europeo (77) 33, sobre acogimiento de menores–, o la necesidad de coordinación entre el área de protección y el ámbito de reforma –a la que subyace la exigencia de dotar a los centros con instalaciones adecuadas para la ejecución de las diferentes modalidades de internamiento–, ponen de manifiesto que el cambio, tan necesario como esperado, aún está por llegar.

³⁰ El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados aborda aspectos como la protección de los menores edad extranjeros que sean víctimas de trata, el deber de la autoridad pública de informar al menor extranjero de los derechos que le asisten en el Estado español o la prestación del consentimiento por parte del menor para la práctica de las pruebas de determinación de la edad, entre otros.

4. El interés superior del niño como principio rector en la protección infantil

En primer lugar, cabe tener en cuenta que la infancia se beneficia de una supraprotección de carácter complementario que se funda en la protección jurídica general, en tanto se debe garantizar la satisfacción de los derechos humanos inherentes a la condición de persona, y de los derechos infantiles, atribuidos particularmente a la infancia.

Así, se entiende que el derecho de infancia dimana de la doctrina universal de los derechos humanos, vínculo del que no se puede prescindir sin que ello dé lugar a desvirtuar el contenido esencial de dicha materia.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 sintetiza la normativa y los principios relativos a los derechos humanos y los derechos de la infancia en una serie de disposiciones que habrán de ser interpretados de manera armónica, premisa que tendrá especial relevancia en el análisis del principio del interés superior del niño.

El interés superior del niño ha sido introducido e interpretado en dispares legislaciones, lo que ha dado lugar a considerar que se trata de un principio indeterminado y ambiguo que difícilmente admite una explicación uniforme.

En base a dicha consideración, parte de la doctrina jurídica advierte que la referencia al principio del interés superior del niño puede perjudicar a la seguridad jurídica y debilitar la debida tutela de los derechos de la infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño dota al principio del interés superior del niño de un carácter normativo fundamental, singularizado jurídicamente y de amplia proyección, al cual subyace la intención de promover y garantizar, en términos de respeto e igualdad, los derechos de la infancia.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño considera el interés superior del niño como un principio rector que debe guiar ineludiblemente la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en consecuencia, el tratamiento y la actuación llevada a cabo en el ámbito socio-jurídico de la infancia.

Así, conforme a la Observancia General 14 del Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño se considera un derecho, un principio y una norma procedimental fundados

en la evaluación de la totalidad de elementos que conforman la conveniencia, entendida en términos afectivos, psicológicos, sociales y jurídicos, de un niño en una situación determinada.

A pesar de la amplia aceptación social y del extendido reconocimiento jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que favorece la construcción de estándares jurídicos comunes a la infancia, no se puede obviar la existencia de una cierta relatividad que afecta al ámbito jurídico según el contexto sociocultural del que se trate.

Al respecto, se ha planteado la posibilidad de aludir al principio del interés superior del niño como intermediario entre los derechos de infancia y la diversidad cultural, lo que permitiría una flexibilidad jurídica materializada en una interpretación normativa conforme al contexto cultural y una posible alusión al principio del interés superior del niño con el fin de contravenir la utilización de una regla general para salvaguardar la pertenencia del niño a una cultura determinada.

Ahora bien, se entiende que la conciliación entre los valores culturales y los derechos de infancia resultaría verdaderamente dificultosa, lo que exige dar prevalencia a los derechos humanos, particularmente a los derechos de infancia, frente a cualesquiera consideraciones de carácter social y cultural.

De esta manera, la única interpretación del interés superior del niño que ha de tener lugar será aquella que vincule e identifique dicho principio con los derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de modo que se anteponga la protección de la infancia a los constructos culturales que obstaculicen o impidan su garantía.

En cualquier caso, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, las instituciones de bienestar social, las autoridades administrativas, los tribunales de justicia y los órganos legislativos de los Estados partes deben hacer prevalecer el interés superior del niño en cualesquiera actuaciones que al respecto de la infancia realicen, habiendo de considerar en dicho cometido y proceder el carácter indivisible e interdependiente de aquel cuerpo legal (Lázaro, Bernuz et al., 2020)

Además, teniendo en cuenta que la promoción y la protección de la infancia tiene por fundamento la garantía de los derechos humanos, se debe reparar en la infancia como un grupo humano cuyas características y circunstancias particulares pueden dificultar la idoneidad de los mecanismos de protección articulados en su beneficio, lo que habrá de ser considerado para comprender el alcance del principio del interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, advirtiendo la situación de especial vulnerabilidad que caracteriza a la infancia, regula una serie de derechos y principios que específicamente tratan de solventar dicha situación de riesgo a la vez que consagra, en favor del cumplimiento de dicho objetivo, los deberes que los adultos, las instituciones y el Estado tienen para con la infancia.

De este modo, se consagra el deber de los poderes públicos de procurar la satisfacción de los derechos de infancia, lo que exige, tras la Convención sobre los Derechos del Niño, abordar y comprender la relación del niño con el Estado de una forma actualizada, congruente con los requerimientos y las necesidades presentes del colectivo, para lograr verdaderamente la inserción de los intereses de la infancia en el planteamiento, desarrollo y resolución de las políticas sociales y de los asuntos públicos.

Las disposiciones relativas a los derechos de la infancia previstas en los distintos sistemas jurídicos nacionales pretenden regular las problemáticas situaciones a las que dé lugar el incumplimiento de los derechos del niño o la colisión entre dichos derechos y los que conciernen a la adultez y orientar la actuación de la autoridad pública en materia de infancia de modo que aquélla quede circunscrita a una estricta necesidad pues la intervención del Estado únicamente tendrá cabida de haber fracasado la participación familiar y social en la solución del conflicto planteado.

En este sentido, la introducción del principio del interés superior del niño permite asistir a la resolución de conflictos de derechos que afecten a la infancia en el marco de una política público-jurídica que reconoce la protección efectiva de la infancia como objetivo social prioritario.

El principio del interés superior del niño se revela de manera implícita o explícita en los dispares instrumentos jurídicos internacionales articulados para la defensa de la infancia, como en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 o en la Declaración Universal de los Derechos del Niño³¹ de 1959, convirtiéndose en un mecanismo necesario para avanzar en la idea de que los intereses infantiles debían ser protegidos tanto públicamente como jurídicamente.

³¹ La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 expone, en términos imperativos, que «*La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*» o que «*El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación*», lo que pone de manifiesto la consagración del principio del interés superior del niño (preámbulo y principio VII de la Declaración de los Derechos del Niño).

El principio del interés superior del niño no implica únicamente inspirar la actuación de la autoridad pública, sino que, consagrado en términos imperativos, constituye una obligación exigible a la vez que una restricción a la discrecionalidad de la autoridad pública, de modo que cualesquiera actuaciones que conciernan al niño habrán de ser realizadas sin conculcar en ningún caso los derechos de los que goza.

Por consiguiente, el principio del interés superior del niño ha de ser entendido como la plena satisfacción de los derechos atribuidos al niño, lo que no se justifica en dotar a dicho interés de un carácter social valioso, idea que existía antes de la Convención sobre los Derechos del Niño y que suponía una interpretación ambigua del principio, sino en reconocer al niño como pleno sujeto de derechos salvaguardados por este principio jurídico garantista.

Así, el principio del interés superior del niño tiene cabida y sentido en tanto existen derechos que garantiza y titulares, los niños, a los que asegurar su goce y cumplimiento, debiendo la autoridad pública, a la vez que cualesquiera responsables del cuidado y la protección del niño, actuar conforme a los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a la infancia.

También, se habrá de tener en cuenta el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de derechos y el principio de participación del niño en los asuntos que le conciernen, lo que supondrá sopesar las consideraciones y las opiniones del niño atribuyéndoles la relevancia debida conforme a la edad y la madurez de aquél (artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

De igual modo, el principio del interés superior del niño, de carácter hermenéutico, posibilita la interpretación de las disposiciones relativas al derecho de la infancia, función primordial dada la notable interdependencia que revelan los derechos infantiles, a la vez que permite resolver situaciones de conflicto de derechos que imposibiliten el ejercicio conjunto de los mismos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece un orden de prelación de derechos, contemplado tras una ponderación de los derechos enfrentados, que estará supeditado al principio del interés superior del niño, lo que se advierte en diferentes artículos que exponen *«Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño»* o *«Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño»* (artículos 9 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En cualquier caso, la consideración primordial que se otorga al interés superior del niño supone dar prevalencia a dicho principio cuando entre en conflicto con el interés personal, atribuible, desprovisto de rango de derecho, a un sujeto particular, social o incluso con el derecho de otra persona, en cuyo caso dicha primacía no habrá de tener un carácter excluyente.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño ordena dar un tratamiento prioritario a la infancia, cada Estado habrá de resolver el grado de preponderancia que ofrece al colectivo infantil, habiendo de tener en cuenta, al respecto de dicho cometido, la existencia de un sistema caracterizado por la diversidad social y la escasez de recursos que permitan la atención debida a la población.

Por lo tanto, se evidencia que la adecuada aplicación del principio del interés superior del niño exige una advertencia previa de la totalidad de derechos afectados en la situación analizada, así como de aquéllos en los que repercute la resolución que proporcione la autoridad competente al respecto, siendo imperativo abogar por la menor restricción de los derechos de la infancia que sea posible³².

En primer lugar, procederá la evaluación del interés superior del niño reparando en una serie de criterios generales, sin perjuicio de la aplicación de la legislación específica que proceda, que, analizados con imparcialidad, habrán de ponderarse conforme a distintos elementos³³, no constitutivos de un *numerus clausus* e ineludiblemente valorables en congruencia con el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad (Anexo C. Listado de elementos a considerar en la evaluación del interés superior del niño) (García & Blasco, 2017).

Asimismo, cabe indicar que, en aras del cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se habrá de atender al establecimiento de medidas que, respecto del colectivo meta, supongan un límite al ejercicio de un derecho o una libertad consagrada, entendiendo que en dicho marco conceptual se integra a su vez el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

³² Eludir la obstaculización del pleno goce y ejercicio de los derechos de la infancia justifica la excepcionalidad en la aplicación de medidas de privación de libertad o separación del entorno familiar que afecten al niño.

³³ La Observancia General 14 del Comité de los Derechos del Niño advierte como elementos a ponderar en la determinación del interés superior del niño, la edad, la madurez, la opinión y la identidad del niño, entre otros.

La debida garantía del principio de necesidad requerirá la inexistencia de cualesquiera otras medidas que, siendo menos lesivas para el sujeto pasivo, supongan el alcance del pretendido objetivo, lo que configura el carácter indispensable que ha de revelar aquélla, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica la inexcusable presencia de una correlación razonable entre la intención perseguida y el medio utilizado para darle cumplimiento, de modo que la medida no habrá de suponer un perjuicio mayor que el beneficio que reporta a la satisfacción del interés ponderado.

En el transcurso de la estimación y concreción del interés superior del niño, se deben salvaguardar dispares garantías procesales que, en líneas generales, se estipulan con la intención de reforzar la protección que el sistema jurídico debe brindar a sujetos y destinatarios de derecho, los niños, especialmente vulnerables.

Sin duda alguna, en la determinación del interés superior del niño adquiere una relevancia significativa la existencia de una comunicación diáfana con el niño que permita la participación provechosa de aquél y el conocimiento del parecer que le merece la situación, lo que igualmente supondrá informar al niño del procedimiento, los servicios asistenciales y la resolución que dimana del proceso seguido.

El trámite de escucha al niño se desarrollará en un ambiente adecuado a las circunstancias y las características del niño para facilitar la intervención que realice y la totalidad del proceso habrá de ser seguido y ejecutado por profesionales expertos en materia de asistencia y protección de la infancia, así como se deberá hacer partícipe del mismo al entorno próximo del menor salvo que las condiciones particulares del caso lo desaconsejen.

En cualquier caso, se debe priorizar la resolución efectiva del proceso que afecte a un menor, entendiendo que su demora ocasionaría efectos adversos en la evolución del niño, que, indiscutiblemente, habrá de disponer de representación letrada y, de existir un conflicto entre las partes concurrentes, de la asistencia de un curador.

En consecuencia, la resolución del supuesto objeto de controversia será motivada, justificada y explicada debidamente, lo que implicará poner de manifiesto con verosimilitud las circunstancias, los elementos y el contenido personal y particular del caso que exigen la conclusión a la que se ha llegado y no otra.

El cumplimiento de las garantías procesales indicadas exige que los Estados articulen un proceso oficial, transparente y objetivo que permita una diligente evaluación y determinación

del interés superior del niño y, por consiguiente, el análisis de los resultados obtenidos a fin de comprobar su pertinencia y eficacia.

En síntesis, la garantía del principio del interés superior del niño, estructurado en beneficio de un colectivo en permanente situación de vulnerabilidad y riesgo social, habrá de suponer en todo caso la satisfacción integral de los derechos que se atribuyen a la infancia, lo que en suma impulsa y asegura el desarrollo holístico de la infancia.

5. La situación de vulnerabilidad de la infancia: origen y actualidad

A lo largo de la historia, la infancia se ha encontrado en una situación de permanente riesgo social por cuanto las características propias y las circunstancias contextuales en las que se halla han supuesto que sea objeto de reiterada discriminación y maltrato.

Las dispares problemáticas que afectan al colectivo infantil se intensifican y revelan de una manera distinta al modo en que se ponían de manifiesto tradicionalmente, en tanto las transformaciones estructurales, sociales, económicas y culturales han ido redefiniendo, delimitando y dificultado el proceso de socialización y el desarrollo integral de los niños.

La supresión de las barreras económico-políticas a la libre circulación de los factores de producción, el funcionamiento, descontrolado y abusivo, de las empresas multinacionales en el campo de acción internacional, la deslocalización de la producción y de las relaciones laborales –constitutiva del fenómeno conocido como dumping social–, culturales y sociales, el sometimiento de la legislación y la política social a los intereses económicos, la difusión de información estandarizada y ambigua, la desigual dotación de oportunidades y recursos a la población, entre otras nefastas situaciones, han dado lugar a la conculcación de los derechos y las libertades de las personas en los diferentes Estados, fundamentalmente de los colectivos sociales en situación de vulnerabilidad, como la infancia, y en los países en vías de desarrollo.

En este sentido, a raíz de la globalización, las problemáticas sociales, originadas y arraigadas en un contexto de interdependencia socioeconómica, tienden a revelar una dimensión global que requiere un tratamiento y una solución diligente por parte de la comunidad internacional.

El derecho internacional de la infancia, consciente de la incidencia inexorable del fenómeno globalizador y del carácter fluctuante de la comunidad internacional, debe adaptarse a las necesidades y los requerimientos nuevos de la infancia para dar una respuesta justa y diligente a las problemáticas que afectan a la realidad infantil.

5.1. Los riesgos sociales originarios para la infancia

La vulnerabilidad de la infancia se retrotrae a remotas épocas por cuanto en el Imperio romano ya se sucedían situaciones como el parricidio³⁴ o el abandono³⁵ de hijos e hijas por parte de los progenitores, actuaciones ambas que, con severidad, eran jurídicamente reprobables en Roma a partir del S.IV pues, hasta entonces, el abandono de un hijo constituía una opción de entre las prescritas para la administración de la vida intrafamiliar y, a su vez, se habrá de esperar al año 315 d.C. para la entrada en vigor de una ley del emperador Constantino I cuya pretensión era evitar el recurso al *ius vitae necisque* (Rodríguez, 2020).

Sin embargo, la existencia de sanciones penales que castigaban el abuso y el maltrato de la infancia no obstaba la autoritaria presencia de la figura del *paterfamilias*, ciudadano romano, sujeto de plena capacidad jurídica y de absoluto poder en el entorno intrafamiliar, que ostentaba, entre otras desmesuradas facultades, el *ius vitae necisque*, derecho a decidir sobre la vida de un hijo o una hija en determinadas circunstancias, o la *noxae deditio*, facultad que podía ejercer el *paterfamilias*, de haber perpetrado una conducta punible el hijo o la hija, para decidir entre la asunción propia de la responsabilidad derivada del delito o la entrega en noxa de dicho descendiente a la víctima.

Por consiguiente, en la tradición jurídica del pueblo visigodo se castigaba con la pena de muerte al progenitor que perpetraba un infanticidio o el abandono de un descendiente, práctica penal que se preservó hasta el S.XIX.

En el S. XVII, tras la incorporación del humanismo, proveniente de la Ilustración, en el S.XV, en Italia, la sociedad comienza a mostrarse especialmente compasiva con el nacimiento indeseado de un hijo ilegítimo, habiendo de hacer constar al respecto las palabras de autores como Romagnosi³⁶ *«la madre que mata a su criatura no obra criminalmente sino impulsada por el pudor, el horror y la deshonra»*.

³⁴ En el Derecho romano, el término parricidio se refería al homicidio doloso ejecutado en el ámbito intrafamiliar; en especial, se utilizaba para hacer alusión a la muerte alevosa, perpetrada por el padre, la madre u otro pariente, de un recién nacido.

³⁵ En el Derecho postclásico, la expositio infantes, abandono de un recién nacido, se consideraba un delito grave para el que estaba prescrito la pena de muerte.

³⁶ Rogmagnosi (Salsomaggiore, 11 de diciembre de 1761 – Milán, 8 de junio de 1835), estudiante de las ciencias y la filosofía, así como jurista de profesión, fue autor de una multiplicidad de obras en el ámbito del Derecho penal y del Derecho Público, como Génesis del Derecho Penal (1791) o Introducción al estudio del derecho público universal (1805).

En España, entre otros contextos sociales, la aparición de un tratamiento benigno con respecto al infanticidio, así como hacia otras conductas delictivas como la exposición de infantes, la atribución a la honra de un valor superior al de la propia vida humana³⁷ y la concesión de un carácter especial al delito del infanticidio frente a otros delitos contra la vida, entre otras nefastas consideraciones al respecto de la infancia, dieron origen a una evidente desprotección del ser humano recién nacido y, en cualquier caso, del niño en general.

No obstante, en el ámbito del Derecho comparado, según el jurista Ángel J. Sanz Morán la causa honoris se ha visto envuelta en una profunda crisis como consecuencia de las transformaciones que han afectado a los juicios valorativos sociales, en la actualidad mayormente tendentes a impulsar la preservación de la vida humana, entendida como bien jurídico que exige una protección prevalente.

Además, predominantemente a partir del S.XIX, se ha generalizado una visión tutelar de la infancia, fundamentada en la constante necesidad de protección que exige el colectivo infantil, que se impone a la percepción del niño como sujeto de derecho.

Así, en la presente realidad social, se tiende a relegar a la infancia a la mera consideración de objeto de protección jurídica, que no de sujeto de derecho, autónomo, activo y participante al respecto, circunstancia que se pone de manifiesto en el afrontamiento de la pandemia de la COVID-19³⁸, en tanto la infancia, a pesar de presentar una afectación médica de menor riesgo por el padecimiento de dicha enfermedad, se considera el grupo etario que más afectado se ha visto por las medidas previstas para combatirla (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

Al respecto, se ha puesto de manifiesto que la perspectiva de la infancia³⁹ se ha ausentado, al menos se ha desvalorizado y, consecuentemente, difuminado, en la actuación de la mayor parte de las administraciones públicas de los Estados, lo que ha supuesto el aumento de la violencia intrafamiliar dirigida contra el niño, el incremento de la pobreza infantil o la intensificación de la inequidad en el colectivo infantil, situación última especialmente

³⁷ En el Derecho español, los artículos 612 del Código Penal de 1822 y 327 del Código Penal de 1848 daban un tratamiento penal privilegiado a la mujer que, en calidad de madre, no habiendo sido corrompida y cuya reputación fuere buena, cometiese un infanticidio, matase a un hijo o una hija recién nacido.

³⁸ La pandemia de la COVID-19 hace referencia a la epidemia de la enfermedad infecciosa originada por el virus SARS-CoV-2 que, tras propagarse a nivel mundial, se ha cobrado la vida de aproximadamente seis millones de personas.

³⁹ La perspectiva de la infancia, a la que alude la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, constituye un mandato vinculante que implica considerar y valorar, de manera primordial, el interés superior del niño en la totalidad de acciones y decisiones que conciernen a la infancia en el ámbito público y privado.

perjudicial para un niño cuyas circunstancias originarias eran reveladoras de una gravosa vulnerabilidad.

En la actualidad acontecen una multiplicidad de situaciones reveladoras del abuso, la discriminación y el maltrato que padece el colectivo infantil, tales como la existencia de menores extranjeros no acompañados, el tráfico y la explotación de la infancia con fines sexuales⁴⁰, el acceso temprano al mercado laboral, la discriminación sufrida por los niños con discapacidad, la pobreza infantil, entre otras realidades reveladoras de una flagrante conculcación de los derechos de la infancia.

5.2. Los menores extranjeros no acompañados en España

Los últimos años se han caracterizado por un aumento progresivo del flujo migratorio infantil, concretamente por la llegada de menores extranjeros no acompañados⁴¹ a diferentes Estados, de entre los cuales se advierte receptor habitual a España (anexo D. Gráfica sobre la entrada de menores extranjeros en patera, del año 2015 al 2019, a España).

Al respecto, la Observancia General número 6 del Comité sobre los Derechos del Niño hace referencia a diferentes circunstancias, tales como la mayor exposición a abusos de cualquier índole, la falta de acceso a un sistema de tutela efectivo o la propia privación de libertad, que suponen un incremento del riesgo para el menor extranjero no acompañado y el fomento de la tendencia a rehusar la entrada a los niños extranjeros no acompañados por parte de una multitud de países, reticencia igualmente presente, cada vez con mayor notoriedad, en la propia sociedad.

El Derecho español, en virtud de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a pesar de regular la situación de los menores extranjeros no acompañados en el territorio español, no ofrece una respuesta pertinente, en tanto la misma se revela ineficaz e incongruente con la ineludible protección de los derechos de la infancia que habría de garantizar (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

⁴⁰ En la Antigua Roma, el comercio de la infancia ya era una realidad patente materializada en la esclavización de niños que eran adquiridos como *pueri delicati* o *pueri meritorii*, esclavos sexuales de los que se pretendía obtener un beneficio personal o económico respectivamente.

⁴¹ La Observancia General número 6 del Comité sobre los Derechos del Niño, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, entiende por niño no acompañado al menor que, separado de los progenitores y los familiares, no se encuentra al cuidado de ninguna persona adulta a la que atribuirle, conforme a la ley o la costumbre, la responsabilidad de aquél.

En cualquier caso, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, el respeto de los derechos de la infancia exige que los Estados partes actúen velando por la vida, el desarrollo holístico y la supervivencia del niño, debiendo asegurar en dicho proceder la ausencia de discriminación, la efectiva participación del niño en las decisiones que le repercutan, habiendo de considerar al respecto la edad y la madurez de aquél, y la prevalencia del interés superior del menor sobre cualesquiera otros intereses, sin que el cumplimiento de dichas garantías se pueda ver afectado por la nacionalidad o la situación de regularidad del niño como persona extranjera.

En este sentido, cabe nuevamente sobresalir que el interés superior del niño, en calidad de derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma jurídica procedimental, se debe concretar conforme a la situación particular del niño afectado de modo que se atienda primordialmente al interés de dicho menor de edad, que no de la infancia en términos generales, sin perjuicio de que el legislador pueda estipular reglas de Derecho en pro del colectivo infantil (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

En España, tras la recepción de un menor extranjero no acompañado, se procede a la comprobación de la concurrencia de dicha condición en la persona, situación de la que surgirán las primeras dificultades al cuestionar la autoridad competente la minoría de edad, la documentación e incluso la circunstancia de no acompañado del sujeto, habiendo de tener en cuenta que se producirá la intervención de la institución sanitaria pertinente, para la realización de las pruebas que sean necesarias, ante la falta de certeza sobre la minoría de edad de dicho individuo (anexo E. Estadística sobre los expedientes de determinación de la edad practicados en España del año 2013 al 2019).

En cualquier caso, en virtud del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados y del artículo 35 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la autoridad española que reciba al menor extranjero no acompañado deberá comunicarlo con urgencia conforme proceda, de acuerdo con el ámbito de competencias, a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, a la Subdelegación o Delegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, se debe inscribir la identificación del menor extranjero no acompañado en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados⁴² (artículo 215 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), debiendo hacer constar la excesiva amplitud que caracteriza a la posibilidad de ordenar la determinación de la edad del sujeto, la cual puede tener lugar incluso aunque la persona acredite la minoría de edad a través de la correspondiente documentación oficial expedida por el país de procedencia.

El Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y la prestación de consentimiento por parte del menor para ser sometido a la prueba que proceda, deberá buscar la solución menos gravosa para determinar la edad del menor extranjero indocumentado o, tras el procedimiento judicial correspondiente, cuya documentación revela posibles indicios de falsedad (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

De este modo, en un primer momento, el interés superior del menor se identifica con la procedencia de la prueba de determinación de la edad conforme a la ley, el debido ofrecimiento al menor de la información sobre la situación en la que se encuentra, el respeto por la voluntad, la participación y el contacto directo del niño con el Ministerio Fiscal, así como, en términos generales, la recepción de la atención inmediata, alimenticia, higiénica, sanitaria, entre otras, que precise el menor sin perder de vista la importancia de desarrollar la totalidad del procedimiento en un ambiente de seguridad y armonía.

La protección del menor extranjero no acompañado, tras el decreto motivado del Ministerio Fiscal que determina la minoría de edad del sujeto, requerirá, de ser cierta, la declaración de situación de desamparo del niño por parte de la Entidad Pública correspondiente para, por consiguiente, poder asumir la tutela administrativa del menor de manera automática.

En este sentido, cabe tener en cuenta que el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no se pronuncia al respecto de la declaración de situación de desamparo del niño, lo que resulta cuestionable al tratarse de normativa específicamente protectora de la infancia, a pesar de regular el desarrollo del procedimiento para conocer las circunstancias en las que se halla el menor.

⁴² El Registro de Menores Extranjeros No Acompañados constituye un instrumento esencial para la documentación y la protección de los menores, dependiente de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, así como coordinado por la Fiscalía General del Estado, al que acede la identificación de todo menor extranjero no acompañado localizado en el territorio español.

En la práctica administrativa se advierte cierta reticencia a la declaración de situación de desamparo del menor extranjero no acompañado, a la vez que, habiendo sido determinada por la Entidad Pública competente, suele prolongarse la tutela administrativa del niño, a pesar de ser una medida de carácter temporal.

Al respecto, en contraposición a dicho recelo, cabe recordar que los artículos 9 y 10 del Comité sobre los Derechos del Niño, en el supuesto en el que el retorno al país de origen o el traslado a un tercer país contraríen el interés superior del niño extranjero no acompañado, confieren a los Estados partes la obligación de favorecer la reagrupación familiar del menor en el país receptor.

Por otro lado, de acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a la estancia, la representación legal y la tutela del menor extranjero no acompañado se debe considerar y proyectar la opinión y la participación del niño, expectativa más fácilmente realizable si el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados hubiere previsto vías para la intervención real y efectiva del menor en la totalidad del procedimiento.

Tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el cese de la tutela administrativa sobre un menor en situación de desamparo procederá, de conformidad con el artículo 172.5 del Código Civil, cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 231⁴³ del Código Civil o en el caso de traslado voluntario del menor a otro país, asunción por parte de una Entidad Pública de otra comunidad autónoma de la tutela del menor, o cuando aquélla entendiere innecesaria la adopción de medidas protectoras para el niño afectado, y ante un abandono voluntario por parte del menor del centro de protección en el que se hallare habiendo transcurrido seis meses desde que se encuentra en paradero desconocido.

En este sentido, cabe plantear si circunstancias como el mero traslado del menor extranjero no acompañado a otro país o la permanencia del niño en paradero desconocido por un periodo de seis meses justifican el cese de la tutela que sobre el menor ostenta la Entidad Pública competente, así como si dicha actuación administrativa responde al principio del interés

⁴³ La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica modifica el antiguo artículo 276 del Código Civil que será, de entonces en adelante, el actual artículo 231 del Código Civil, que expone que: «La tutela se extingue: 1.º Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor. 2.º Por la adopción del menor. 3.º Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. 4.º Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercerla de hecho».

superior del niño y, en cualquier caso, garantiza el cumplimiento de los derechos de la infancia y de los mandatos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por consiguiente, tras realizar un análisis diligente y fundamentado de la realidad del menor, se optará por el retorno del niño al país de procedencia⁴⁴, la reagrupación del menor con la familia de origen o la permanencia del niño en el Estado español⁴⁵.

A pesar de que la Administración General del Estado o, cuando corresponda, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno deben facilitar con celeridad la autorización de residencia al menor extranjero no acompañado tutelado por la Entidad Pública española competente (artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y artículo 196 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), la obtención de la misma tiende a retrasarse, a sabiendas de que la Administración Pública, tras la adquisición de la tutela administrativa del niño, puede otorgar de oficio la autorización de residencia (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

En cualquier caso, la pretensión principal que debe subyacer a la normativa sobre los menores extranjeros no acompañados debe ser la identificación de una solución estable que satisfaga la totalidad de las necesidades de protección que tiene el niño afectado por dichas circunstancias, lo que resulta incongruente con la situación de irregularidad a la que quedará expuesto el menor extranjero no acompañado al alcanzar la mayoría de edad.

En definitiva, la existencia de un conflicto de intereses entre la Entidad Pública, en calidad de tutora, y el menor extranjero no acompañado tutelado, la ausencia de una intervención temprana y diligente con respecto a dicha situación, –el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita está previsto para la fase de impugnación de la resolución adoptada en vía contencioso-administrativa–, la existencia de un procedimiento riguroso y dilatado para la obtención de una solución estable al respecto, la vigencia restringida de la autorización de

⁴⁴ La búsqueda de una solución efectiva para la situación del menor extranjero no acompañado supone considerar la posible reunificación familiar del mismo, lo que implica dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que únicamente puede ser contravenido en el interés superior del menor. La repatriación supondría la puesta a disposición del menor de la autoridad competente del país de origen, procediendo, en el supuesto de retorno a la familia originaria, a aplicar el programa de reintegración familiar, principalmente orientado a favorecer la incorporación del menor a la familia y la convivencia armónica y segura en el núcleo familiar.

⁴⁵ La definitiva integración del menor en España se produce en el supuesto de existir obstáculos para el retorno del niño al país de origen, cuando se desaconseje el traslado del menor al estado originario o a un tercer estado para salvaguardar el interés superior del mismo y si se reconoce al menor como refugiado.

residencia del menor extranjero no acompañado, entre otras situaciones, revelan que la normativa y la intervención con los menores extranjeros no acompañados aún está por mostrar un respeto absoluto por la dignidad de la infancia y una responsabilidad cierta con el cumplimiento del interés superior del niño y los derechos infantiles.

5.3. La capacidad jurídica de los niños en Argentina

La Ley 23849/1990 incorpora al ordenamiento jurídico de Argentina la Convención sobre los Derechos del Niño, que adquirió jerarquía constitucional en 1994 –artículo 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina– y, tras plantear un nuevo sistema de protección integral de la infancia, supuso un cambio en el modelo de política de gestión de la conflictividad y de tratamiento de la capacidad jurídica del niño compatible con la Constitución de la Nación Argentina, de 22 de agosto de 1994.

La Constitución de la Nación Argentina no regula de manera directa los derechos de la infancia, lo hace, tras la reforma constitucional de 1994, a través de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos constitutivos del «bloque de constitucionalidad», que en adelante adquieren el tratamiento de normativa jurídica vinculante.

En este sentido, en materia de protección de la infancia, se deben tener en cuentas las Observaciones Generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, pero también el Código Civil argentino, la Ley 25763/2003, relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, la Ley 26.061/2005, de protección integral de derechos del niño, niña y adolescente, la Ley 26.390/2008, de protección del trabajo infantil y adolescente, que, junto a otras disposiciones nacionales, desarrollan el sistema normativo de garantías y derechos de la infancia.

En el Código Civil argentino tradicional, anterior a la reforma del año 2015, la concepción de niño como objeto de protección jurídica era indiscutible, de manera que la consideración de sujeto de derecho únicamente era atribuible al niño en su condición de persona.

En el ámbito de la incapacidad de obrar, el Código Civil advertía la incapacidad absoluta de los menores de 14 años y la incapacidad relativa, respecto de determinados actos, de los menores

de entre 14 y 22 años⁴⁶, momento en el que alcanzaban la mayoría de edad, de modo que, por regla general, los actos realizados por un menor exigían la representación de un adulto capacitado (Lázaro, Bernuz et al., 2020)⁴⁷.

A modo de reflexión, de manera sucinta, cabe mencionar que los menores de 12 años en adelante estaban facultados para ejercer oficio, profesión o industria, sin necesidad de representación y con autorización paterna (artículo 275 del Código Civil), lo que, en cualquier caso, resulta controvertible si en el fundamento de la institución de la representación debía reposar la idea del bienestar del niño.

En términos generales, la Ley 17.711, de 22 de abril de 1968, de reforma del Código Civil, perpetuó la situación de incapacidad de hecho en la que se hallaba el colectivo infanto-juvenil, a pesar de prever algunos cambios –la introducción de la institución de la emancipación por habilitación de edad, por ejemplo– respecto del tratamiento de los menores adultos –niños de edades comprendidas entre los 14 y los 21 años–.

Al respecto, resulta cuestionable que el entonces artículo 131 del Código Civil permitiese la concesión de la emancipación por decisión unilateral del ejerciente de la patria potestad y sin requerir la conformidad del niño afectado, circunstancia que propiciaba la elusión de obligaciones para con el menor.

En este sentido, aún en la actualidad, la jurisprudencia revela que el adulto responsable inmediato de un menor está facultado ampliamente para fiscalizar las relaciones del niño en cuestión⁴⁸, sin que dicha capacidad se encuentre condicionada por la evolución aptitudinal del menor, por lo que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el supuesto determinado, se puede perjudicar al niño en la garantía y el ejercicio de sus derechos.

De nuevo se pone de manifiesto la necesidad de superar un sistema proteccionista –función predicable, pero no materializada– y una perspectiva paternalista, tendente al tratamiento

⁴⁶ La Ley 17.711, de 22 de abril de 1968, por la que se reforma el Código Civil argentino, redujo el alcance de la mayoría de edad a los 21 años.

⁴⁷ Pelle, Walter David. (2020). La influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la capacidad jurídica de los niños en la República argentina. En I. Campoy Cervera (Ed.), *La Convención sobre los Derechos del Niño desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 109-150). Tirant lo Blanch.

⁴⁸ En el ordenamiento jurídico de Argentina no se prevén disposiciones que garanticen el respeto por el derecho a la privacidad (artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño) o por el derecho del menor a participar en las decisiones que le conciernen (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, de igual modo, se suceden, por ejemplo, vulneraciones del derecho a la libertad (artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño) -la ausencia de disposiciones en contrario da lugar a la posibilidad de ingresar a un niño en una institución con sistema de pupilage sin su consentimiento–.

abusivo y autoritario de la infancia, del principio del interés superior del niño en beneficio de una consideración del menor como sujeto de facultades, garantías y derechos tan reivindicables como incumplidos en términos generales.

La situación jurídica de la infancia no experimentó un cambio notable en Argentina hasta la llegada de la Convención sobre los Derechos del Niño, que organizó las relaciones entre la infancia, la familia y el Estado en base al reconocimiento de derechos y deberes ejercitables y exigibles recíprocamente en dicho proceso socializador (Bruñol, 2002).

Antes de la Convención sobre los Derechos del Niño, el reconocimiento de capacidad jurídica al niño se veía comprometido por el modelo de la situación irregular, que permitía gestionar la conflictividad en la que estaba implicado un menor eludiendo los principios del Derecho Penal contemporáneo, atribuyendo al niño la condición de persona incapaz y ofreciendo al menor un tratamiento jurídico desmesuradamente discrecional, de acuerdo con la historia vital que le precedía y el contexto social, entendiéndose integrante de la totalidad de aspectos vitales que condicionan a una persona, de pertenencia o destino, relegando la situación de conflicto en la que se hallaba el menor a un segundo plano.

El sistema penal infanto-juvenil, tras la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, se rige por el modelo de la protección integral que considera al niño un sujeto capacitado de derecho, que no un mero objeto de tutela, de modo que al menor infractor se le debe atribuir la propiedad del hecho que comete y la responsabilidad surgente, y un sujeto en formación, de manera que la consecuencia derivada del hecho punible debe ser la imposición de medidas educativas orientadas a la reinserción social (Rodríguez, 2000).

En cuanto al niño como sujeto de derechos, según Walter David Pelle (2020) «*la Convención no contextualiza al niño desde sus carencias o por lo que le falta para ser adulto, sino desde sus posibilidades*» (p. 116), de manera que el niño debe gozar de los derechos inherentes a la condición de ser humano y de los derechos particulares propios de la situación de desarrollo en la que se halla inmerso.

La Convención sobre los Derechos del Niño exhorta a los Estados partes al respeto por el desarrollo gradual de la capacidad de los niños, supeditado a la edad, la madurez y las facultades que revela cada menor, consagrando una relación inversamente proporcional entre la potestad de la persona encargada legalmente de un menor y el grado de discernimiento del niño en cuestión (artículos 5, 12 y 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La ausencia de paralelismo entre el Código Civil tradicional y la Convención sobre los Derechos del Niño quedó patente, circunstancia principiada por la tendencia de los ordenamientos jurídicos internos a recurrir a la incapacidad para contextualizar a la infancia, y proyectada en el hecho de que el Código Civil hiciese una referencia sucinta a la capacidad progresiva del niño, –la colisión entre el Código Civil de 1869 y la Convención sobre los Derechos del Niño dio lugar a diferentes enfrentamiento doctrinales, como el surgente en materia de adquisición de la mayoría de edad a los 18 o 21 años⁴⁹–.

En contraposición al principio general de incapacidad, el artículo 3 de la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de 21 de octubre de 2005, prevé al niño como sujeto de derecho y regula el derecho del niño a ser oído en los asuntos que le conciernen o le suscitan interés para, por consiguiente, dotar progresivamente al niño de autonomía, en función de la edad y el desarrollo psicofísico de cada menor.

La Ley 26.579, de modificación del Código Civil, de 21 de diciembre de 2009, establece la mayoría de edad a los 18 años –aunque paralelamente incapacita a los menores de edad– y estipula la obligación de prestar alimentos de los progenitores a los hijos de entre 18 y 21 años, salvo que las circunstancias concurrentes evidenciasen su falta de necesidad y habiendo de tener en cuenta la extensión de dicha cobertura prevista en el artículo 663 del Código Civil y Comercial⁵⁰ (artículo 126, 128 y 265 de la Ley 26.579, de modificación del Código Civil).

La Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014, por la que se aprueba el Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigor tiene lugar el 1 de agosto de 2015, refuerza el reconocimiento de la capacidad jurídica de los niños al aludir a la edad y al grado de madurez como condicionantes al ejercicio autónomo de los derechos por parte del menor y al contemplar la adolescencia –etapa vital en la que se hallan los niños de 13 años en adelante– como aliciente a dicha autonomía.

La inclusión de algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Código Civil y Comercial –el reconocimiento de la mayoría de edad a los 18 años, la

⁴⁹ La solución al debate jurídico vendrá de la mano de la Ley 26.579, de modificación del Código Civil, en artículos como el 126 que en adelante prevé que el niño alcanza la mayoría de edad a los 18 años, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁰ El artículo 663 del Código Civil y Comercial advierte que la obligación de proveer los recursos necesarios a los hijos por parte de los progenitores subsiste hasta la edad de 25 años en tanto en cuanto su preparación educativa o profesional le impidiese sostenerse de manera independiente.

consagración de los principios generales en materia de adopción⁵¹, la vinculación de la responsabilidad parental, que no de la patria potestad, al interés superior del niño, entre otras— resulta evidente, fundamentalmente, tras prever el desarrollo progresivo de la capacidad de los niños y eludir su sometimiento a una edad predeterminada que obvie las condiciones particulares de cada menor.

Sin embargo, a pesar de que la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, propicia la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño, el sistema jurídico-social argentino no contempla de manera efectiva los mecanismos necesarios para el ejercicio autónomo de los derechos por parte del colectivo infanto-juvenil (Lázaro, Bernuz et al., 2020).

Además del reconocimiento jurídico progresivo de la capacidad y la autonomía del niño —al que escaso favor le hace el artículo 128 de la Ley 26.579, de modificación del Código Civil— se considera primordial, según Walter David Pelle (2020), «*generar las condiciones socio-económicas necesarias para que dicha autonomía pueda ser una realidad en los hechos*» (p.129).

Por su parte, el Código Civil y Comercial, a priori proclive a la capacitación gradual de los niños, consagra la institución de la representación legal como recurso general al que debe acudir el menor para el ejercicio de los derechos que ostenta, exceptuando los casos en que el menor pueda proceder con autonomía, de acuerdo con la edad, el grado de madurez y la permisibilidad del ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, el artículo 13 de la Ley 21.541, de trasplante de órganos humanos, de 18 de marzo de 1977, utiliza la expresión «*persona capaz mayor de edad*», que no competente, habiendo de precisar que la capacidad, a priori, debería ser la regla general presumible y no el matiz a mencionar —o la excepción—, precisión de la ley, de entre otras que podrían ser indicadas, que dificulta que el cambio de paradigma con respecto a la infancia, tradicionalmente considerada incapaz, sea aceptado por la cultura y, consecuentemente, por la sociedad, pues, ciertamente, las palabras crean conceptos que, a su vez, construyen ideas que interiorizan y proyectan los seres humanos y, por ende, carentes de un carácter neutro,

⁵¹ El artículo 595 del Código Civil y Comercial, relativo a los principios generales en materia de adopción, en congruencia con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, expone: «*La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho de identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (...)*».

propician una mentalidad social u otra –no se considera baladí que el aprendizaje de la forma de pensar, vivir y actuar está condicionado por los usos terminológicos de la sociedad–.

El informe del Comité de los Derechos del Niño de 2010 requirió al Estado argentino el desarrollo efectivo de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño previamente realizadas, relativas a la explotación sexual y económica de la infancia, al bienestar de los niños separados o privados de un contexto familiar, a la justicia infanto-juvenil, entre otros asuntos, implementación que a su vez manifestó la necesidad de destinar mayores recursos presupuestarios a la asistencia y protección de la infancia en el territorio nacional.

Tras el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, emerge la necesidad de permitir a la infancia el ejercicio autónomo, conforme aconseje el desarrollo emocional y psíquico de cada menor, de los derechos que ostenta, lo que seguidamente requerirá de la existencia de una infraestructura humana especializada que determine caso por caso la viabilidad –el cumplimiento del principio del interés superior del menor– de dicha capacitación del menor y prosiga resolviendo de la manera más favorable para el niño.

Sin lugar a duda, el efectivo reconocimiento de la personalidad jurídica del niño requiere la instauración de un sistema jurídico que propicie la capacitación del menor, el reconocimiento de la autonomía del niño para el ejercicio de los derechos y la articulación de unas condiciones sociales idóneas para garantizar la efectividad de la normativa reguladora de los derechos de la infancia –el sistema jurídico-social debe procurar al niño los elementos necesarios para el ejercicio consciente y favorable de sus derechos– en tanto en cuanto, en contraposición, la disposiciones estipuladas al respecto pueden tender a la inobservancia.

En definitiva, el tratamiento jurídico y, dicho sea de paso, social de las situaciones que se han expuesto –la admisión teórica, que no tanto práctica, de la autonomía y de la capacidad de participación del niño en las situaciones que le afectan, la condición del niño de menor extranjero no acompañado o el reconocimiento de la capacidad jurídica del menor, entre otras– transforman en una quimera, al menos en cierto modo, el cumplimiento efectivo de los derechos y las garantías que ostenta el colectivo infanto-juvenil, por cuanto la realidad social de la infancia excede del marco jurídico protector articulado para la misma –la normativa regula, pero las condiciones institucionales, económicas y sociales deben ser adecuadas para la recepción, la aplicación práctica, de la misma– (anexo F. Datos estadísticos de interés para analizar el cumplimiento de los derechos de la infancia en Argentina).

6. Derechos infantiles reconocidos

Desde una perspectiva global de los derechos humanos, los derechos de la infancia y de la adolescencia no han formado parte del ámbito jurídico hasta entrado el S.XX, en tanto en cuanto el menor no era tenido hasta entonces como sujeto de derecho.

La Organización de las Naciones Unidas declara en los Objetivos de Desarrollo del Milenio – marco general compartido por la comunidad internacional para la lucha contra la pobreza en sus distintas manifestaciones– que el verdadero progreso de una sociedad se encuentra supeditado a la protección de los niños, las mujeres y el medio ambiente –las personas vulnerables y el entorno dan a conocer con franqueza el índice real sobre la salud y el desarrollo de una comunidad– (Vicente, 2014).

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende por niño, salvo que hubiere alcanzado antes la mayoría de edad de conformidad con la ley aplicable al caso, a todo ser humano menor de dieciocho años, por lo que el colectivo infanto-juvenil viene constituido por un grupo de personas –agrupadas en virtud de una variable común, la edad– y de ciudadanos, en tanto en cuanto se trata de integrantes de la sociedad de pleno derecho.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño insta a considerar a la infancia y a la adolescencia como un periodo vital válido en sí mismo, con unas características propias y cuyo valor intrínseco no viene determinado por tratarse únicamente de un periodo de transición a la vida adulta –la infancia, más que el futuro, ha de ser el presente–.

La Constitución española y la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen al niño y al adolescente como titular de los derechos fundamentales, de los derechos infantiles y de una protección especial como tales destinatarios –de la salvaguarda de la infancia y de la adolescencia se responsabiliza a los poderes públicos, a los responsables inmediatos del menor y a la sociedad, de acuerdo con la legislación nacional y los acuerdos internacionales existentes al respecto–.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce un importante conjunto de derechos a las niñas y los niños del mundo –la Constitución española y la Convención sobre los Derechos del Niño superan la consideración del menor como mero objeto de protección jurídica–, de entre los cuales se pueden destacar los siguientes –divididos en cuatro categorías–:

- Derechos de desarrollo: procuran las oportunidades y los servicios necesarios para la evolución física, mental y social del niño y del adolescente en condiciones de dignidad y de libertad.
- Derecho a la educación (artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho al juego, al ocio y a las actividades culturales (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la libertad de expresión, de opinión y de religión (artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derechos de supervivencia: protegen la cobertura de las necesidades básicas, del bienestar y de la vida del niño y del adolescente, debiendo a su vez asegurar el crecimiento del menor en condiciones dignas y adecuadas (Arufe, 2016).
- Derecho a la vida (artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a un nivel de vida adecuado –garante del debido desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del menor– (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la salud (artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a un nombre y a una nacionalidad (artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la reunificación familiar (artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derechos de protección: amparan al niño y al adolescente frente a cualquier forma de crueldad, explotación y abandono que pueda afectarle.
- Derecho a la protección contra cualquier forma de violencia (artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la protección frente al trabajo infantil (artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

- Derecho a la protección frente a la explotación infantil (artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la protección frente a la participación en los conflictos armados (artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derechos de participación: garantizan que el niño y el adolescente estén en condiciones de formar un juicio propio y de manifestar la opinión que les merezca cualesquiera situaciones que les interesen o afecten –habiéndose de ser consideradas en función de la edad y de la madurez del menor–.
- Derecho a opinar –y a que la opinión del niño sea tenida en cuenta– (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la protección de la vida privada (artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Derecho a la diversidad de información (artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño deben respetar las garantías y los derechos enunciados, asegurar el estricto cumplimiento de los mismos –sin distinción alguna, con independencia del origen étnico o social, el sexo, la religión, el idioma o cualesquiera otras condiciones del menor o de su núcleo próximo– y procurar una cobertura de los derechos tal que garantice el desarrollo holístico del menor y la atención especializada al niño que, por cualquier razón –por ejemplo, de discapacidad física o mental–, no pueda acceder a los mismos de manera equitativa (artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Al respecto, los Estados partes deben adoptar las medidas adecuadas para dar efectividad real a los derechos de la infancia y de la adolescencia que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo asegurar que cualquier decisión o acción que se emprendiere responda –ineludiblemente– al interés superior del menor

A pesar del elenco de derechos infanto-juveniles consagrados, el retraso de la globalización humana y ecológica y la hegemonía de las finanzas han dado lugar a un empeoramiento generalizado de las condiciones de vida de la infancia y de la adolescencia –así como de otros

grupos especialmente vulnerables– y a un incremento de la desigualdad social que afecta drásticamente al colectivo infanto-juvenil.

Por consiguiente, el tratamiento de la infancia y de la adolescencia requiere de una deconstrucción que –tras poner de manifiesto las ambigüedades y las debilidades que presenta– garantice que los niños sean los agentes morales –que no meros portadores– de los derechos que les han sido reconocidos (Reca, Plaza et al., 2021).

A sabiendas del riesgo y de la vulnerabilidad que caracteriza a la situación infanto-juvenil, en la actualidad, la existencia de una mayor sensibilización, concienciación e implicación comunitaria en las problemáticas que afectan al niño y al adolescente, la evolución de las instituciones familiares, sociales y jurídicas⁵² que atañen al colectivo infanto-juvenil, el avance en el reconocimiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia y el desarrollo del sistema de protección articulado para la defensa y la garantía de los mismos ponen de relieve un progreso efectivo en la realidad en la que a nivel mundial se encuentra el menor.

De igual forma, la infancia y la adolescencia ha ido adquiriendo una mayor conciencia del trascendente rol social que cumple, lo que ha supuesto la aparición y el asentamiento de movimientos sociales que impulsan la visibilización y la protección de la participación del colectivo infanto-juvenil en la defensa de los derechos que se le atribuyen.

La participación, en aras de garantizar el principio del interés superior del niño, constituye un derecho íntimamente vinculado a la dignidad humana, que fundamentalmente justifica el deber de informar al niño de la situación en la que se encuentra para que, por consiguiente, pueda expresar la opinión que ello le merezca con fundamento y significación, habiendo de tener en cuenta en dicha intervención las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En cualquier caso, no se debe perder de vista que a las dispares problemáticas que afectan al colectivo infantil subyacen una multiplicidad de factores de difícil erradicación, lo que exige una intervención multidisciplinar que impulse la promoción y la protección de los derechos de la infancia en la totalidad de situaciones y contextos habidos (Zúñiga, 2010).

A pesar del avance de la situación socio-jurídica de la infancia y de la adolescencia, en la práctica siguen sucediendo situaciones que revelan que los niños no se consideran «ciudadanos de primera», entendiéndose que dicha condición la ostentan las personas a las que

⁵² Entre otras reveladoras transformaciones, la actual patria potestad representa una verdadera institución tuitiva alejada de los caracteres despóticos que se le atribuían originariamente.

realmente –de manera efectiva– se les atribuye derechos y obligaciones, de modo que implícitamente se relega a la infancia a la mera consideración de objeto de protección jurídica, que no de sujeto de derecho.

En este sentido, la realidad del menor exige justicia social para garantizar la debida atención a las necesidades de la infancia y de la adolescencia, la atribución equitativa e igualitaria de oportunidades a los niños, la consolidación de un sistema de protección que prevea y solvante los riesgos que perjudican al colectivo y el cumplimiento de las garantías y los derechos que ostenta el menor –teniendo presente la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el grupo meta–.

7. Conclusiones

I. El **reconocimiento de los derechos infantiles** y la protección de la infancia en el Derecho internacional de los derechos humanos se considera el resultado de un proceso evolutivo, principiado por una preocupación creciente hacia la situación de vulnerabilidad a la que se encuentra sometido el colectivo infanto-juvenil.

A lo largo del proceso de regulación internacional de las garantías y de los derechos de la infancia y de la adolescencia, el ordenamiento jurídico internacional ha debido hacer frente a distintos cometidos –por ejemplo, la definición del término jurídico de niño, la determinación del momento de adquisición y de pérdida de la condición jurídica de niño o la concreción y el desarrollo del proceso y de las medidas de intervención adecuadas para con el colectivo infanto-juvenil– y, en tanto en cuanto concurren con simultaneidad diferentes criterios para abordar esta materia, procedentes de los ordenamientos jurídicos internos, la conciliación armoniosa de una solución al respecto ha venido perjudicada.

II.- La **infancia** constituye un grupo humano cuyas características y circunstancias especiales – el proceso de evolución que atraviesa el menor, la dependencia del niño hacia un adulto que le garantice bienestar y estabilidad o el desconocimiento y la indefensión que caracteriza a las edades tempranas, entre otras condiciones– contrarían la efectividad del sistema de protección articulado para responder a las necesidades y los requerimientos presentes en el grupo meta.

En este sentido, afecta negativamente la existencia de consideraciones y de prácticas –la visión del niño como mero objeto, la sobrevaloración de la perspectiva parental en detrimento de la opinión y de la participación del menor, el abuso, el acoso y la violencia que sufre la infancia y

la adolescencia, la desnutrición y la pobreza o la captación y la utilización de menores con motivaciones perjudiciales— que tradicionalmente han venido perpetuando la conculcación de las garantías y de los derechos de la infancia y de la adolescencia.

III.- La promulgación de la **Convención sobre los Derechos del Niño** ofrece una visión renovada de la infancia y de la adolescencia al considerar al niño como un sujeto activo que forma parte de una familia y de una comunidad en las que debe tener una posición jurídico-social reconocida y, en consecuencia, unos derechos y unas responsabilidades que, siendo congruentes con la edad y la etapa evolutiva del menor, garanticen el desarrollo holístico y el bienestar integral del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño concibe al niño como un ser integral y, al reconocer con carácter vinculante los derechos de la infancia y de la adolescencia en el ámbito internacional, constituye un marco de referencia común para analizar y evaluar el progreso efectivo en el cumplimiento de las normas de derechos humanos relativas a la infancia y a la adolescencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño pone de manifiesto una especial consideración a la relación entre la infancia y la familia, lo que supone dar prevalencia al tratamiento de la situación infanto-juvenil a través del desarrollo de políticas sociales, relegando a un segundo plano la intervención tutelar del Estado, en tanto en cuanto se procurará facilitar y lograr la evolución armonioso, equilibrada y efectiva del infante o del adolescente dentro del contexto sociofamiliar de pertenencia.

IV.- Los **Estados**, tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, velarán por que la infancia y la adolescencia, en términos de equidad y de no discriminación, se beneficie de medidas especiales de asistencia y de protección, garantizarán al colectivo infanto-juvenil el acceso a la educación, a los servicios sanitarios y a cualesquiera otras prestaciones debidas para dar cobertura a las necesidades básicas del niño o del adolescente, asegurarán el desarrollo pleno de la personalidad y de las capacidades del menor y, en todo caso, el crecimiento en un entorno armonioso y equilibrado que satisfaga los requerimientos emocionales, psicológicos y físicos del niño.

De igual forma, los Estados partes proporcionarán con efectividad la información relativa a las garantías y los derechos que asisten al menor, al cauce previsto para el ejercicio y la satisfacción de aquéllos y a la posibilidad de participar de una forma accesible y activa en los procesos en que esté interesado o afectado el niño o el adolescente.

Tras la adhesión a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes vienen obligados a la armonización de las prácticas, las políticas y la legislación interna con la normativa prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera que no solo habrán de asegurar el cumplimiento de las garantías y los derechos de la infancia y la adolescencia, sino que también habrán de abstenerse de la adopción de cualquier medida que pueda conculcar o impedir el disfrute de los mismos.

V.- La actuación de los **sujetos responsables de la atención, el cuidado y la protección del menor** habrá de ser desarrollada con estricto sometimiento al principio del interés superior del niño, cuyo carácter jurídico-garantista supone el deber de respaldar y de asegurar al menor el absoluto disfrute y cumplimiento de los derechos que ostenta como niño y como ser humano.

En consecuencia, el sistema nacional de protección de la infancia y de la adolescencia – proyectado en el ámbito familiar, social y administrativo–, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, debe reafirmar que el niño, como ser humano, posee los mismos derechos que el resto de las personas, concretar –conforme a las particularidades que afectan a la madurez y a la etapa vital de la que se trata– las garantías y los derechos que específicamente deben ser reconocidos al menor –por ejemplo, el derecho de participación del menor en los procesos que le afectan de manera directa o indirecta–, regular los conflictos jurídicos surgentes del incumplimiento de los derechos del niño o acaecidos por la colisión entre los derechos del menor y del adulto y orientar y restringir la intervención de la autoridad pública para con la infancia.

En todo caso, cualquier decisión, procedimiento o intervención para con la infancia o la adolescencia –o que a esta afecte– debe justificarse en el principio del interés superior del menor, lo que exigirá una motivación exhaustiva de la resolución que merezca el supuesto concreto, habiendo de dar constancia de la consideración y el respeto explícito por dicho fundamento.

VI.- El **reconocimiento global de una plena ciudadanía a la infancia y a la adolescencia**, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, requiere garantizar la participación del colectivo infanto-juvenil en los aspectos que le competen por verse afectado e incluso en las situaciones que pueda suscitarle interés a pesar de no verse influenciado por las mismas.

Al respecto, la familia, la comunidad y la Administración pública deben ampliar las oportunidades de participación de la infancia y de la adolescencia y promocionar y proteger las

garantías y los derechos del colectivo infanto-juvenil, dando cabida a un reconocimiento efectivo, que no ilusorio, de la normativa protectora de la niñez.

En palabras de Gabriela García Minella «*Democracia, ley y sistema de derechos humanos implican (...) conquistas dirigidas a la consecución de proyectos de vida, con un sino notoriamente garantista y pro homine*» (p.92).

Sin lugar a duda, la efectividad de la democracia requiere el incremento de los instrumentos de participación social y la creación de condiciones sociales equitativas pues, en contraposición, según Walter David Pelle (2020) surgirán «*normas cercanas a la perfección, pero alejadas de la realidad y de su efectivización cotidiana*» (p.147).

El sistema normativo de derechos del niño no puede operar per se las modificaciones pretendidas, sin que correlativamente se produzca una transformación de la mentalidad social hacia el anhelo sincero y la búsqueda efectiva de la garantía absoluta del desarrollo de la infancia y de la adolescencia en equidad y libertad.

La Convención sobre los Derechos del Niño legitima el modelo de protección integral para con la infancia y la adolescencia, que exige a la familia, la comunidad y al Estado garantizar la protección y el cumplimiento de los derechos del niño de manera prevalente.

Por consiguiente, la intervención diligente de los gobiernos nacionales y, particularmente, la articulación y el desarrollo de políticas públicas efectivas suponen un elemento esencial para la creación de un hábitat social y administrativo tendente a impulsar el empoderamiento de la infancia y de la adolescencia, la reivindicación del reconocimiento real de la personalidad jurídica de los menores y la exigencia de garantizar –de manera inaplazable y certera– los derechos del niño.

8. Bibliografía

Artículos y documentos pdf

Cillero Bruñol, M. (2002). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Cillero Bruñol, M. (2002). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. [Infancia autonomía y Derechos.PDF \(oea.org\)](#)

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado. (2007). *Los Convenios de la Haya sobre los niños. Protección para los niños a través de las fronteras multinacionales*. [LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS s mem \(oea.org\)](#)

Enesco, I. (2009). *El concepto de infancia a lo largo de la historia*. [Microsoft Word - La infancia en la historia-2008.doc \(ucm.es\)](#)

García Martínez, C. y Blasco, C. (2017). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf

Gómez, F. (1 de abril de 2022). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Scribd. [STC Guia para La Evaluacion y Determinacion A4 Online Version | PDF | Familia | Invalidez \(scribd.com\)](#)

Ocón Domingo, J. (2003). *Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 45, 13-31. [00-portadas.PDF \(derechoaladesventaja.org\)](#).

Santana Tavira, R., Sánchez Ahedo, R., Herrera Basto, E. (1998). El maltrato infantil: un problema mundial. *Salud pública de México*, 40 (1), 1-8. [9-Infantil.58-65 \(scielosp.org\)](#)

UNICEF Comité Español. (2006). *La Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Informes

Ararteko. (1997). Atención a la infancia y a la adolescencia en situación de desprotección en la Comunidad Autónoma del País Vasco. [1997 ARARTEKO Atenci desprotecc.pdf \(bienestaryproteccioninfantil.es\)](#)

Fiscalía General del Estado. (2020). *Menores extranjeros no acompañados*. [Menores extranjeros no acompañados \(fiscal.es\)](#)

Grupo de ONG para la Convención sobre los Derechos del Niño. (2013). *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño. Información para las ONG*. [Fact-sheet-CRC-GC-SP.pdf \(childrightsconnect.org\)](#)

Legislación internacional

Convención sobre los Derechos del Niño. Exposición de motivos y artículos 1, 5,9, 12, 14, 28, 31, 37 y 44. 20 de noviembre de 1989.

Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños. 25 de enero de 1996.

Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. 19 de octubre de 1996.

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Artículos 1 y 4. 29 de mayo de 1993.

Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo. Artículo 2. 26 de junio de 1973.

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. 26 de diciembre de 1924.

Declaración de los Derechos del Niño. Artículo 15. 20 de noviembre de 1959.

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. 14 de diciembre de 1974.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 25. 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 24. 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 10 y 12. 3 de enero de 1976.

Proclamación de Teherán. 13 de mayo de 1968.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones. 19 de diciembre de 2011.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de mayo de 2000.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relacionado a la participación de niños en los conflictos armados. 25 de mayo de 2000.

Legislación nacional

Código Civil [CC]. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículos 9, 19, 131, 142, 154, 158, 160, 161, 162, 172, 173, 176, 177, 178, 180.231, 239 y 275. 25 de julio de 1889 (España).

Constitución española. Artículos 10, 20 y 39. 29 de diciembre de 1978 (España).

Decreto de 1948. Por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Artículo 15. 11 de junio de 1948. BOE. No. 201, de 19 de julio de 1948.

Ley 21/1987. Por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. 11 de noviembre de 1987. BOE. No. 275, de 17 de noviembre de 1987.

Ley Orgánica 4/1992. Sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. 5 de junio de 1992. BOE. No. 140, de 11 de junio de 1992.

Ley Orgánica 1/1996. De Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 15 de enero de 1996. Artículos 2, 10 y 17. BOE. No. 15, de 17 de enero de 1996.

Ley 1/2000. De Enjuiciamiento Civil. 7 de enero de 2000. BOE. No. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley Orgánica 5/2000. Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 12 de enero de 2000. Exposición de motivos, artículos 7, 27, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 y disposición transitoria única. BOE. No. 11, de 13 de enero de 2000.

Ley Orgánica 8/2015. De modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. 22 de julio de 2015. BOE. No. 175, de 23 de julio de 2015.

Libros

Campoy Cervera, I. y Lázaro González, I. (2020). *La Convención sobre los Derechos del Niño desde la perspectiva de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.

Vázquez Rodríguez, B. y Álvarez Vega, I. (2020). *30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*. Dykinson.

Villagrasa Alcaide, C., Ravetllat Ballesté, I. y Bondia García, D. (2006). *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*. Bosch.

Páginas web

ACNUR Comité Español. (15 de abril de 2022). *Los derechos de la infancia que debes conocer*. Eacnur. [¿Cuáles son los derechos de la infancia que debes conocer? | eACNUR](#)

Arufe, C. (8 de julio de 2016). Derechos de supervivencia. Dpsi-claudia.academia.iteso.mx <https://dpsi-claudia.academia.iteso.mx/2016/07/08/derechos-de-supervivencia-2/>

Bofill, A. y Cots, J. (2013). *La Declaración de Ginebra*. [La Declaración de Ginebra \(savethechildren.es\)](#)

Comunidad de Madrid. (25 de marzo de 2022). *Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes*. Comunidad. Madrid [Derecho a la Participación de los niños, niñas y adolescentes | Comunidad de Madrid](#)

Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. (5 de mayo de 2022). *Los derechos de los niños y niñas*. Junta de Andalucía. [Los derechos de los niños y niñas - Junta de Andalucía \(juntadeandalucia.es\)](#)

Defensor del Pueblo. (s.f.). *Derechos de los niños y adolescentes*. [Derechos de los niños y adolescentes | Defensor del Pueblo](#)

Federación de asociaciones para la prevención del maltrato infantil. (3 de abril de 2022). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Bienestar y protección infantil. [Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil \(Directrices de Riad\) Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 .- Fuentes Documentales .- Bienestar y protección Infantil \(bienestaryproteccioninfantil.es\)](#)

García, E.N. (5 de marzo de 2022). *Justicia con perspectiva de infancia: una herramienta poderosa en la defensa de los Derechos Humanos de los menores*. Unla. [Justicia con perspectiva de infancia: Una herramienta poderosa en la defensa de los Derechos Humanos de los menores - UNLA](#)

Naciones Unidas. (3 de abril de 2022). *Conferencia internacional de derechos humanos, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Teherán*. Un. [Conferencia internacional de derechos humanos 1968 | Naciones Unidas](#)

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (15 de marzo de 2022). *¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?* Ohchr. [ACNUDH | ¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño? \(ohchr.org\)](#)

Oficina del representante especial del secretario general para los niños y los conflictos armados. (5 de abril de 2022). *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados*. Children and armed conflict. [El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados – Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados \(un.org\)](#)

Organización de los Estados Americanos. (28 de mayo de 2022). *Niñez*. Oas.org. <https://www.oas.org/es/temas/ninos.asp>

Organización Mundial de la Salud. (2021). Preguntas y respuestas sobre la transmisión de la COVID-19. [Preguntas y respuestas sobre la transmisión de la COVID-19 \(who.int\)](#)

Oviedo-Siacara, G. y Gutiérrez, M. (20 de abril de 2022). *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924*. Humanium. [Presentación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924 - Humanium](#)

Pérez, C., Ibarrola, L., y Martínez Reyes, B. (20 de abril de 2022). *Declaración de los derechos del Niño, 1959*. Humanium. [Declaración de los Derechos del Niño, 1959 - Humanium](#)

Plataforma de infancia. (5 de abril de 2022). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. [Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño \(plataformadeinfancia.org\)](#)

Plataforma de infancia. (5 de abril de 2022). *Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Plataforma de infancia. [Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño \(plataformadeinfancia.org\)](#)

Registradores de Madrid. (15 de marzo de 2022). *Resumen de las leyes del menor*. Registradores de Madrid. [NOVEDADES - Resumen de las leyes del menor \(registradoresdemadrid.org\)](#)

Statista. (25 de marzo de 2022). *Número de personas fallecidas a consecuencia del coronavirus a nivel mundial a fecha de 12 de junio de 2022, por continente*. Statista. • [Coronavirus: muertes en el mundo por continente en 2022 | Statista](#)

UNICEF. (1 de marzo de 2022). *Conócenos*. Unicef. [Conócenos | UNICEF](#)

9. Anexos

Anexo A Listado de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño⁵³.

- **Observación General 1:** Propósitos de la educación (2001).
- **Observación General 2:** El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (2002).
- **Observación General 3:** El VIH/SIDA y los derechos del niño (2003).
- **Observación General 4:** La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003).
- **Observación General 5:** Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (2003).
- **Observación General 6:** Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005).
- **Observación General 7:** Realización de los derechos del niño en la primera infancia (2005).
- **Observación General 8:** El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros) (2006).
- **Observación General 9:** Los derechos de los niños con discapacidad (2006).
- **Observación General 10:** Los derechos del niño en la justicia de menores (2007).
- **Observación General 11:** Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (2009).
- **Observación General 12:** El derecho del niño a ser escuchado (2009).
- **Observación General 13:** Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011).
- **Observación General 14:** El principio del interés superior (2013).

⁵³ Plataforma de infancia. (1 de marzo de 2022). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. [Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño \(plataformadeinfancia.org\)](https://plataformadeinfancia.org)

- **Observación General 15:** El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) (2013).
- **Observación General 16:** Obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (2013).
- **Observación General 17:** El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) (2013).
- **Observación General 18:** Prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (observación número 31) y el Comité de los Derechos del Niño (observación general número 18).
- **Observación General 19:** Presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (artículo 4) (2016).
- **Observación General 20:** La aplicación de los derechos del niño y niña durante la adolescencia (2016).
- **Observación General 21:** Sobre los niños en situación de calle.
- **Observación General 22:** Principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.
- **Observación General 23:** Obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.
- **Observación General 24:** Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil.
- **Observación General 25:** Relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

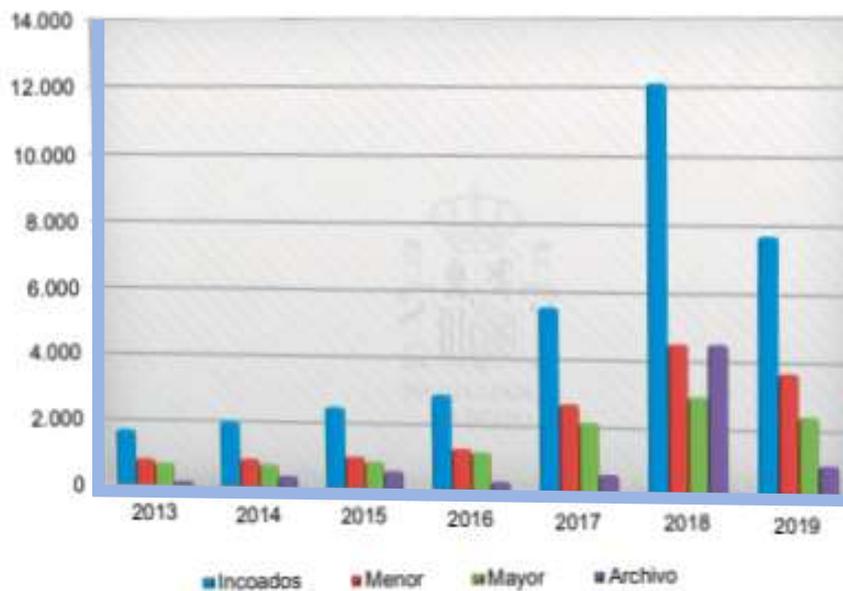
Anexo B. Aspectos relevantes del Plan Nacional de Acción para la Infancia (Bondía, 2006).

- La promoción y la protección de los derechos de la infancia constituyen un compromiso institucional.
- La ampliación de la educación básica hasta los 16 años de edad.
- La efectividad de las condiciones socioeconómicas debe ser real para garantizar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud del niño.
- La evolución del sistema de protección social de la infancia que supera la perspectiva de beneficencia en el tratamiento jurídico del niño.
- La familia, tenida como grupo de socialización primario y principal del niño, debe ser prevalentemente considerada.
- El medio ambiente y los medios de comunicación, en tanto en cuanto sean ámbitos relacionales en los que se desenvuelve o involucra el niño, deben ser igualmente analizados.
- La Agencia Española para la Cooperación Internacional tiene asignada, entre otras pretensiones, la labor en pro de la erradicación del trabajo infantil.

Anexo C. Listado de elementos a considerar en la evaluación del interés superior del niño
(García & Blasco, 2017).

- La edad y madurez del niño.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación.
- El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- La opinión del niño.
- La identidad del niño.
- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales.
- El cuidado, protección y seguridad del niño.
- El derecho del niño a la salud.
- El derecho del niño a la educación.
- Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños.

Anexo E. Gráfica sobre los expedientes de determinación de la edad practicados en España, del año 2013 al 2019⁵⁵.



⁵⁵ Nota. Expedientes de determinación de la edad, por Comisaría General de Extranjería y Fronteras, 2020, Fiscal ([Menores extranjeros no acompañados \(fiscal.es\)](https://www.fiscal.es/Menuresumen/Menuresumen.aspx?ID_MENU=1&ID_MENU_HIJO=10)).

Anexo F. Datos estadísticos de interés para analizar el cumplimiento de los derechos de la infancia en Argentina.

- El 8,4% de las niñas y los niños de entre 5 y 15 años realizaban al menos una actividad productiva en el ámbito urbano y el 19,8% en el ámbito rural (2019).
- El 31,9% de los adolescentes, niñas y niños de entre 16 y 17 años, realizaban al menos una actividad productiva (2019).
- El trabajo infantil alcanza a 218.527 niñas y niños, de entre 5 y 15 años, para la realización de una actividad económica destinada al mercado (2019)
- La actividad laboral consistente en el cuidado de niños o personas mayores o enfermas fuera del hogar por dinero o propina fue realizada por un 11,6% de niñas y un 1,4% de niño, en ambos casos de entre 5 y 15 años –destáquese, a modo reflexivo, que el trabajo podía consistir en el cuidado de otra niña o niño y la prevalencia de la ocupación de las niñas en el desarrollo de dicha actividad asistencial– (2019).
- El 42,3% de adolescentes o jóvenes adultos, personas entre 15 y 29 años, percibieron en la escuela situaciones de violencia y el 11,8% estaba dirigida del profesorado hacia el alumnado (2010).
- El 57% de adolescentes de 15 años no superó el umbral mínimo de lectura en el informe PISA (2010) (Lázaro, Bernuz et al., 2020)⁵⁶.
- El 50% del alumnado de secundaria obtiene un título, haciéndolo en el plazo preestablecido al efecto el 43%.

⁵⁶ Pelle, Walter David. (2020). La influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la capacidad jurídica de los niños en la República argentina. En I. Campoy Cervera (Ed.), *La Convención sobre los Derechos del Niño desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 109-150). Tirant lo Blanch.

Encuesta de actividades de niños, niñas y adolescentes, 2016-2017, por Instituto Nacional de Estadística y Censos de Argentina, 2019 https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/eanna_2018.pdf