

## **CAPÍTULO I. El interés superior del niño.**

### **1. INTRODUCCIÓN. BREVES PRECISIONES.**

En este primer capítulo abordaremos el Interés superior del niño. Teniendo en cuenta que se trata de un criterio que precede a la propia CDN, que ya estaba presente en diversos Estados, mucho se ha escrito sobre el ISN en las últimas décadas. Un paso decisivo en su evolución, y especialmente en esta obra, fue el incluirlo *“como un principio inscrito en el marco de un tratado sobre derechos fundamentales, que le hace adquirir nuevas dimensiones y funciones en el sistema de protección de derechos de los niños”*. Por lo tanto, no vamos a detenernos en un análisis histórico o jurídico del ISN en sí, sino que veremos la evolución que ha tenido en el marco de la Convención y su mayor o menor reflejo en el ordenamiento jurídico español<sup>1</sup>.

Para poder hacer una valoración del alcance de la implementación que ha hecho España de la CDN resulta fundamental conocer qué obligaciones se establecen en esta para los Estados parte, por ello veremos a continuación brevemente lo que este instrumento establece respecto al ISN y la posterior interpretación que ha ido haciendo el Comité. A continuación, a través de los exámenes periódicos a los que se ha sometido España ante el órgano de Tratado correspondiente a la CDN, analizaremos la evolución de la implementación del ISN en nuestro país y los retos pendientes<sup>2</sup>.

### **2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO**

En este apartado vamos a enmarcar someramente el análisis que nos ocupa repasando cómo se enuncia el ISN en la Convención, sin entrar a su análisis en profundidad, pero exponiendo las esferas específicas de la vida del niño en las que se invoca el ISN, más allá de su consideración de principio rector de todo el articulado o al menos para reforzarlo como tal.

#### **2.1. El interés superior del niño como principio general.**

El Interés Superior del Niño está enunciado, como cláusula general, en el apartado 1 del artículo 3 de la CDN:

*«Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

*2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

*3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por*

---

<sup>1</sup> Tratado capítulo la Convención CILLERO, “el principio del interés superior del niño es un criterio que antecede a la Convención y es una noción que forma parte de una larga tradición en ordenamientos jurídicos nacionales y en el Derecho Internacional”.

<sup>2</sup> CARDONA LLORENS, J. EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERES SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACION PRIMORDIAL EN TODA MEDIDA QUE LE CONCIERNA A LOS XXV AÑOS DE LA CONVENCION

*las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada».*

Este precepto tiene carácter general y se califica de principio general de la Convención junto a la no discriminación (art. 2), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el derecho del niño a expresar su opinión y a que se la tenga debidamente en cuenta (art. 12).

Después, a lo largo de la Convención, encontramos el Interés Superior del Niño aplicado a cuestiones específicas:

- a) Medidas de cuidado alternativo, en las que destaca su función *como criterio para dirimir conflictos entre derechos de los padres y del niño en el ámbito familiar o de la crianza;*
- b) Acceso a derechos como la educación, la salud o el ocio;
- c) Colectivos vulnerables como los niños migrantes, los refugiados, etc<sup>3</sup>.

Además de su calificación como principio general, la evolución del ISN ha venido marcada también por su definición como “concepto jurídico indeterminado” que no supone si no que su contenido no se determina con exactitud en la norma, sino que su alcance es preciso determinarlo en el caso concreto. A diferencia de lo que muchos creen esto no significa que no se pueda definir y en este capítulo intentamos recoger precisamente las contribuciones del Comité de Derechos del Niño a esta causa. En este sentido, señalaba LÁZARO GÓNZALEZ, que *“el interés del menor no queda a la elección discrecional de la autoridad entre diversas soluciones que se consideran justas, sino que una sola y única solución es la justa atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es necesario precisar su significado y contenido dando relevancia a las circunstancias que concurren en el caso concreto”*<sup>4</sup>.

De las valoraciones hechas a lo largo de los años, partimos de la que plantea el ISN como el derecho del niño a que se procure el pleno cumplimiento de sus derechos, y que ante una disyuntiva entre varias opciones que se opte por aquella que permite que se realicen más derechos a un mismo tiempo<sup>5</sup>. Veremos cómo este planteamiento es el que recoge el Comité en sus posicionamientos.

## **2.2. El interés superior del niño en cuestiones específicas.**

Entendido como principio general de la Convención, podríamos hacer una lectura general de este instrumento interpretando en aras del Interés Superior del Niño cada uno de sus preceptos, todas las materias y aspectos de la vida del niño que regula. Sin embargo, en este capítulo recogeremos a continuación únicamente las referencias expresas al ISN en la CDN en los artículos 9, 18, 20, 21 o 37.

---

<sup>3</sup> Artículo CILLERO sobre ISM en el Tratado Aranzadi, clasificación de cuestiones específicas:

a) *Como un criterio para dirimir conflictos entre derechos de los padres y del niño en el ámbito familiar o de la crianza;*  
b) *Sistemas de protección, Servicios Sociales y Sistema Penal*  
c) *Adopción” Propongo una diferente más acorde a la revisión que posteriormente expongo en este capítulo de todas las Observaciones Generales.*

<sup>4</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. “Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia” Lección inaugural del curso 2010-2011 Universidad Pontificia Comillas Madrid.

<sup>5</sup> Cillero Bruñol, M., «El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño», *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Núm. 1, UNICEF, 1999, en versión digital: [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf), última consulta 1 noviembre de 2019, p. 53.

El ISN debe así guiar todas las decisiones que le afecten, la CDN lo invoca expresamente ante la eventual necesidad de separar al niño de la familia, por ejemplo, ante un caso de maltrato. De esta forma, se prevé que, siendo la vida en familia la mejor opción para el pleno desarrollo del niño en el sentido previsto en la Convención, la decisión de separarlo de esta será excepcional y siempre que así lo determine el interés superior del niño. Además, habida cuenta de esta excepcionalidad, los Estados ostentarán entonces la obligación de proteger y ofrecer asistencia especial a los niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar<sup>6</sup>.

Ante la separación del niño del medio familiar, nos referimos a las medidas de cuidado alternativo, como pueden ser el acogimiento o la adopción. En este último caso, se ha hecho especial énfasis en que el interés superior del niño debe ser la consideración del sistema de adopción que cada Estado establezca. En la CDN esto se traduce en determinadas garantías<sup>7</sup>. Lo mismo ocurre al aludir a las obligaciones de los padres o representantes legales respecto del niño, que han de actuar siempre guiados por este principio y garantizar que se de el pleno cumplimiento de sus derechos<sup>8</sup>.

Habida cuenta que hablamos del interés superior del niño en su calidad de criterio para la toma de decisiones que afectan al menor en cuestión, nos encontramos principalmente ante situaciones con cierto carácter excepcional, por cuanto hay otro interés en juego que no coincide con el del niño, como podría ser la opinión del propio niño. Así, se enuncia expresamente el interés superior del niño para abordar la separación del niño del núcleo familiar, la adopción de medidas de cuidado alternativo, o respecto a la comisión de infracciones que conllevan responsabilidad penal. En este último caso, es importante tener en cuenta el ISN para determinar las condiciones del internamiento, así como las garantías que han de regir en

---

<sup>6</sup> **Artículo 9.1.** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En su art. 20 la CDN establece precisamente que, en estos casos de separación de la familia, siempre en interés superior del niño, el Estado tiene la obligación de proteger al menor.

**Artículo 20.1.** Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

<sup>7</sup> **Artículo 21** Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

<sup>8</sup> **Artículo 18 1.** Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

el procedimiento en el que se dirima la existencia de dicha responsabilidad y las consecuencias a ello aparejadas<sup>9</sup>.

### **3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

La caracterización del ISN como concepto jurídico indeterminado y las dificultades que han manifestado los Estados en su aplicación ha dado lugar a que el Comité haya intentado concretar progresivamente lo que esta cláusula supone y las obligaciones que derivan para los Estados parte. La principal herramienta que ha utilizado principalmente el Comité para interpretar la Convención ha sido la Observación General, mediante la que desarrolla estos aspectos ya sea respecto a un precepto o derecho en concreto o respecto a una realidad que requiere poner el foco en un determinado momento. Se ha puesto un especial énfasis en aclarar las obligaciones que derivan del articulado para los Estados parte. En este sentido, el Comité ha generado hasta hoy 24 observaciones generales que abordan derechos como el derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta o realidades como la de los niños migrantes o los adolescentes.

Así, en 2013 el Comité publicó su Observación General nº 14 sobre el Interés Superior del Niño, marcando un hito en el entendimiento de este y aclarando los múltiples debates que generaba su aplicación. Además de detenernos en esta OG, es preciso que observemos las menciones que a lo largo de los años y las observaciones ha hecho el Comité respecto al ISN, principalmente desde la interacción de este con el derecho o la realidad analizada en cada caso. Para ello veremos tanto las observaciones 1 a 13 como las 15 a 24 para, de manera sucinta, extraer aquellas premisas que han de marcar la aplicación que haga España de esta cláusula.

#### **3.1. El Interés Superior del Niño en las Observaciones Generales nº 1-13**

En todas las Observaciones Generales se introduce una referencia al ISN indicando que debe tratarse de una consideración primordial en todas las medidas que conciernan a los niños, tanto para la adopción de decisiones como para establecer el marco jurídico para proteger los derechos de los niños. En este sentido, partiendo de la noción del Interés Superior del Niño como principio general de la CDN que inspira todo su articulado, encontramos referencias al mismo en las distintas Observaciones Generales que ha emitido el Comité para guiar a los Estados en la implementación de la CDN y el cumplimiento de las obligaciones que les confiere.

En su **OG nº1 (2001)** sobre Educación en la primera infancia, en concreto el art. 28.1 CDN, el Comité se refiere al ISN como la necesidad de garantizar un cumplimiento individualizado, atendiendo a que garantizar el pleno cumplimiento del derecho a la educación del niño supone poner al niño en el centro del sistema educativo, que ha de tener como objetivo el pleno desarrollo evolutivo de este. Se trata de la noción de que el ISN debe ser individualmente considerado, sumando a la necesidad de garantizar el acceso y pleno disfrute del derecho a la educación en condiciones de igualdad a todos los niños y niñas, el que para garantizar un pleno

---

<sup>9</sup> Art. 37.c) CDN c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

En el art. 40 se regulan las garantías mínimas que han de regir el procedimiento. Por ejemplo, en lo que respecta a la representación legal, la asistencia jurídica y la celebración de la audiencia del niño en unas condiciones adecuadas a su edad o situación.

disfrute del derecho (de los derechos, al fin y al cabo) que permita alcanzar el desarrollo holístico del niño, hay que tener en cuenta las necesidades y capacidades individuales del niño<sup>10</sup>.

En la **OG n°2 (2002)** sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, en general se limita a recordar que el ISN debe ser una consideración primordial, y en señalar que es preciso *“velar por que los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde el momento de su elaboración hasta su aplicación y más allá”*. Se alude así a la previsión que hace la Convención cuando enuncia el ISN en su art. 3.1 como exigible a todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Vuelve a hacerlo en la **OG n° 3(2003)** sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, cuando establece que *“10. (...) el niño debe ser uno de los principales beneficiarios de las medidas de lucha contra la pandemia y es preciso adaptar las estrategias para tener en cuenta sus derechos y necesidades”*. Las políticas que adopte un Estado deben poner al niño en el centro y adaptarse específicamente a las necesidades de este.

En este mismo sentido, en su **OG No 5 (2003)** sobre las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), el Comité desarrolla los preceptos de la CDN dirigidos a promover su plena aplicación por todos los actores implicados, tanto públicos como privados. En este sentido, respecto a la necesidad de que todas las medidas y políticas adoptadas estén guiadas por el interés superior del niño se establece que habrá de darse *“un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños (previendo las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o de asignación presupuestaria que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos) y de evaluación de los efectos sobre los niños (juzgando las consecuencias reales de la aplicación). Este proceso tiene que incorporarse, a todos los niveles de gobierno y lo antes posible, en la formulación de políticas”*. También se recuerda la obligación de los organismos de Naciones Unidas y las organizaciones internacionales al respecto. Así como de la cooperación internacional como espacio en el que priorizar el ISN.

El Comité vuelve a recoger en la **OG No 4 (2003)** sobre La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como hiciese en su primera OG, la distinción entre el ISN del niño individualmente considerado y el interés superior de un grupo de niños. Esto es, la necesidad de respetar el principio del ISN en toda materia de salud relativa tanto a niños individuales como a un grupo de niños. Otro aspecto sobre el que se plantea la aplicación el ISN es el de la toma de decisiones y la adecuada participación del niño, por ejemplo, para su internamiento en un centro psiquiátrico. El Comité introduce así, someramente, la interacción entre el derecho a ser escuchado del niño y su interés superior<sup>11</sup>:

---

<sup>10</sup> OG n° 1 Párrafo 9 *“(…) En armonía con la importancia que se atribuye en la Convención a la actuación en bien del interés superior del niño, en este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños. La educación también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y por que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino”*.

<sup>11</sup> Párrafos 29 y 32 de la Observación general N° 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 41 (A/59/41)*.

*“Antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, debe obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del "interés superior del niño" (art. 3)”.*

Un ámbito en el que se ha puesto especial énfasis en la necesidad de primar el interés superior del niño en todas las decisiones que le afecten y, en particular, en la determinación formal en el caso a caso teniendo en cuenta todos los factores concurrentes es el de los niños que migran solos. A este colectivo de niños especialmente vulnerables por no tener referente adulto que les proteja y las obligaciones de los Estados de acogida y tránsito se dedica la **OG nº 6** del Comité, que supuso un avance en la concreción de la interpretación del interés superior del niño en una materia específica que, a su vez, arrojó luz a su aplicación general<sup>12</sup>. Ante esta realidad particular se evidencia el valor del principio de interés superior del niño en la adopción de decisiones en las que el agente decisor se encuentra con intereses contrapuestos, una multiplicidad de factores que tener en cuenta y el mandato de justificar que la medida finalmente adoptada sea la que favorece el interés del niño y no otro por encima de este. Lo apreciamos así en la búsqueda de una solución duradera para el niño que se encuentra solo, separado de su núcleo familiar y con un proyecto migratorio que, recuerda la OG, debe ser escuchado y tenido en cuenta al motivar la decisión final. Se alude así a varios de los preceptos de la CDN que invocan el interés superior del niño, como es el referente a la separación del niño de sus padres, que ha de tenerse en cuenta al valorar la eventual reunificación del niño con su familia. Resulta especialmente relevante la necesidad de documentar el proceso de decisión y correspondiente determinación del interés superior del niño en las decisiones que le afecten. Cabe recoger aquí el párrafo 20 de la OG como muestra de las pautas ofrecidas por el Comité:

*“20. La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”.*

La **OG No7(2005) sobre la Realización de los derechos del niño en la primera infancia** aborda el interés superior del niño como individuo y el de los niños pequeños considerados como un grupo o colectivo. En este sentido, el Comité recuerda la necesidad de que todas las decisiones que adopten los padres, profesionales u otras personas responsables de los niños sea en su interés superior, para lo que recalca la importancia de establecer procesos legales que garanticen que se escuche a los niños “en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias” y la representación independiente de sus intereses en su caso. Por lo que respecta a los niños pequeños como grupo, su interés superior debe guiar la adopción de políticas públicas que les afectan tanto directa como indirectamente<sup>13</sup>. Por otro lado, esta OG aborda también el papel de los padres o tutores del niño pequeño y a cómo la responsabilidad que les otorga la CDN está condicionada al requisito de que actúen en el interés superior de

---

<sup>12</sup> OG Nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

<sup>13</sup> Párrafo 13. OG nº 7. Relaciona especialmente con los niños pequeños las menciones del ISM en los arts. 9, 18, 20 y 21 de la CDN.

este<sup>14</sup>. Al hilo de este argumento, el Comité ahonda en el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, así como en la autonomía progresiva y sus implicaciones<sup>15</sup>.

En lo que se refiere al derecho del niño a estar protegido de la violencia el Comité se pronuncia en su **OG No 8(2006)**<sup>16</sup>, en la que establece que el principio del interés superior del niño no puede ser invocado por las autoridades para justificar la utilización de prácticas “como los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, que estén reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño”. Esta afirmación la hacía el Comité después de observar cómo los Estados, en los exámenes periódicos, aducían a este principio rector de la CDN para justificar prácticas contrarias a la misma. Esto es, la interpretación del interés superior del niño se utilizaba erróneamente para motivar la vulneración de derechos del niño<sup>17</sup>. Posteriormente, en 2011, al abordar el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia en su **OG nº13**, el Comité enunciaría la que considera la mejor forma de defender el ISN en dos premisas:

*“a) Prevenir todas las formas de violencia y promover la crianza positiva de los niños, haciendo hincapié en la necesidad de centrar los marcos nacionales de coordinación en la prevención primaria;*

*b) Invertir recursos humanos, financieros y técnicos suficientes en la aplicación de un sistema integrado de protección y atención del niño basado en los derechos<sup>18</sup>”.*

En lo que se refiere a los niños con discapacidad, en la **OG nº 9 (2006)**, el Comité habla de priorizar el ISN de estos niños a la hora de determinar las condiciones de los centros y servicios prestados, por encima por ejemplo de intereses económicos. Asimismo, poniendo en valor la mayor exposición de estos niños a la violencia, sea en instituciones o fuera de ellas, se pide un foco especial. Se recuerda a su vez la importancia de la familia como espacio de crianza y la necesidad de educación de todos sus miembros para atender adecuadamente al interés superior de los niños y niñas con discapacidad que formen parte de estas. Por último, es particularmente importante promover la participación, adecuando a sus necesidades y capacidades los medios para ello.

Sobre la adaptación del sistema para escuchar adecuadamente al niño se pronuncia la **OG nº10 (2007)** cuando aborda los derechos del niño en la justicia de menores. Se trata de un ámbito particular, como es el de los menores infractores, pero establece la relación entre ISN y derecho a la participación que afecta a distintas esferas de la vida del niño. De esta forma, por lo que se refiere a los menores infractores, el Comité habla de promover la prevención, así como de tener en cuenta el interés superior del niño a la hora de determinar las medidas especiales de protección respecto de un niño que ha cometido un hecho constitutivo de infracción penal pero no alcanza la edad mínima a efectos de responsabilidad penal<sup>19</sup>.

El Comité señala en su **OG nº 11 (2009)** que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños

---

<sup>14</sup> Párrafo 16 OG nº 7.

<sup>15</sup> TAMBIÉN el apoyo a las familias por parte de los Estados por reconocerse la vinculación entre la falta de recursos y la promoción adecuada del ISM.

<sup>16</sup> OG nº 8 (2006) 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).

<sup>17</sup> Párrafo 26 OG nº 8.

<sup>18</sup> Pá 61 OG nº 13(2011).

<sup>19</sup> Párrafos 16, 43, 44, 47 y 48 de la OBSERVACIÓN GENERAL Nº 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores.

indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos (párrafo 30). Posteriormente en la OG nº 14, el Comité desarrollará esta idea<sup>20</sup>.

La **OG nº 12 (2009)** sobre el derecho del niño a ser escuchado, además de plantear este derecho particularmente a cuestiones relativas a crisis familiares- divorcio, separación- y a decisiones sobre modalidades alternativas de cuidado, encontramos apreciaciones respecto a su interacción con el ISN que serán desarrolladas por el Comité en la posterior OG nº14. En este sentido, establece *“El interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño”* (pº70), lo que después en la OG nº 14 se desarrolló al plantear la dimensión del ISN como garantía procedimental. Una dimensión en la que es fundamental el pleno cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado, como establecía el Comité en 2009 de esta forma: *“no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”* (pº 74).

### 3.2. La Observación General nº 14

La OG nº 14 ha marcado un hito en la evolución de la comprensión de este concepto, aclarando cuestiones que han suscitado mucho debate y recogiendo todo lo avanzado hasta ese momento, en palabras del entonces miembro del Comité Jorge Cardona Llorens:

*“La observación general se limita a proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, es decir, un marco general de las obligaciones del Estado para hacer que se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que le concierna<sup>21”</sup>.*

Teniendo en cuenta el contexto doctrinal entorno al ISN al que hacíamos referencia, así como a la despereja y no siempre acertada aplicación de este por las autoridades estatales, este marco que viene a establecer la OG nº 14 era fundamental. De esta forma, al abordar la cuestión de ¿Qué es el ISN?, el Comité indica que *“el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”*. Recoge aquí, por tanto, la concepción del ISN referida al cumplimiento de todos los derechos del niño, debiendo primar la opción en la que más derechos se vean garantizados. De la misma manera, el ISN nunca podrá ser invocado para conculcar un derecho del niño.

Una de las mayores novedades que introduce la OG nº 14 y que tendrá su reflejo en los siguientes trabajos del Comité, es la referente a la naturaleza del ISN como un concepto de dimensión triple: derecho sustantivo, principio interpretativo y garantía de procedimiento. La observación se hace eco de las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño de 2008, cuando desarrolla la necesidad de establecer procesos formales para la evaluación de todos los factores concurrentes en una situación concreta y la posterior determinación del interés superior del niño individualmente considerado con todas las garantías. A estos efectos, el Comité incluye en la observación una lista de los elementos que han de tenerse en cuenta en la evaluación del interés superior del niño: la opinión del niño; la

---

<sup>20</sup> OBSERVACIÓN GENERAL Nº 11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención

<sup>21</sup> CARDONA LLORENS, J.



identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad del niño; situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud, y el derecho del niño a la educación. Esta lista no es exhaustiva ni jerárquica, destacando así que habrá de hacerse caso a caso teniendo en cuenta los elementos presentes en cada uno. Además de los elementos, el Comité establece los criterios para ponderar cada uno de los elementos en la toma de decisiones. En este sentido, señala Cardona, debe buscarse un equilibrio entre “protección” y “empoderamiento” del niño en sus derechos en función de su edad, grado de madurez, carácter evolutivo de sus capacidades y circunstancias concretas del caso.

Por último, la observación general alude a las garantías procesales que han de velar por la observancia del interés superior del niño y que son exigibles también en todas las decisiones que afecten a un niño o niñas, como son: derecho del niño a expresar su propia opinión; la determinación de los hechos; la percepción del tiempo; los profesionales cualificados; la representación letrada; la argumentación jurídica; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones; la evaluación del impacto en los derechos del niño.

### 3.3. Las Observaciones Generales 15 a 24.

A continuación, repasaremos las Observaciones Generales 15 a 24 del Comité, en las que podremos ver el reflejo del mayor desarrollo y concreción del ISN realizado por el Comité en la OG nº 14.

En la **OG Nº 15 (2013)** sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) además de plantear la necesidad de respetar este principio en toda materia de salud relativa a niños individuales o un grupo de niños como hiciese la OG nº 4, esta introduce la determinación del ISN. Se alude así a los factores que han de tenerse en cuenta para determinar el interés superior de cada niño, incluida su opinión, así como a la necesidad de establecer procedimientos formales para que los profesionales de la salud lleven a cabo esta determinación<sup>22</sup>.

Este impacto lo vemos también en la **OG nº 16 (2013)** sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, en la que, además de aludir a la determinación del ISN, cobra especial importancia la necesidad de motivar todas las decisiones. Esto es, ante diversos intereses concurrentes, explicar los factores tenidos en cuenta, la ponderación de cada uno de ellos y la decisión final. Nos encontramos ante factores o intereses de distinta naturaleza, como las consideraciones económicas a corto plazo y las decisiones de desarrollo a largo plazo. En este contexto es también fundamental hablar de impacto, en cómo afecta a los derechos del niño una política, una ley, un presupuesto, cualquier decisión<sup>23</sup>. En este mismo sentido, se pronunciaría el Comité posteriormente en su **OG 19 (2016)** sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4), al establecer que *“Los Estados partes han de ser capaces de demostrar que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño en la toma de decisiones sobre presupuestos, y también cómo se ha tenido en cuenta ese principio frente a otras consideraciones”*.

La **OG Nº 17 (2013)** sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) se refiere al ISN de manera general tal y como lo establece la OG 14 pero concreta señalando que se aplica en particular, *“por ejemplo, a los reglamentos relacionados con la salud y la seguridad, la recogida y*

---

<sup>22</sup> Párrafos 12 y 14 de la OG nº 15

<sup>23</sup> Párrafos 17 y 78 de la OG nº 16

*eliminación de los desechos sólidos, la planificación residencial y del transporte, el diseño y la accesibilidad del paisaje urbano, la creación de parques y otros espacios verdes, la determinación de los horarios escolares, la legislación sobre el trabajo infantil y la educación, las aplicaciones de planificación o la legislación que rige la privacidad en Internet, entre otras cosas”*(pº17). Asimismo, recuerda la interacción con el derecho a ser escuchado al plantear que debe promoverse la participación del niño, dando peso a sus opiniones conforme lo requiera su interés superior.

La **OG nº 18** sobre las prácticas nocivas fue adoptada de manera conjunta con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Al referirse al ISN, destaca la referencia expresa a la necesidad de “considerar minuciosamente el posible impacto a corto y largo plazo para los niños y las mujeres de la disolución de matrimonios infantiles o forzosos y la devolución de los pagos de dotes y precios por la novia”. Para alcanzar cambios legislativos y de política pública que sean capaces de acabar con las prácticas nocivas es fundamental trabajar sobre las causas, pero siempre promoviendo una determinación del interés superior que tenga en cuenta todos los factores de manera ponderada y permita escuchar a la niña<sup>24</sup>.

La propia **OG nº 20 (2016)** sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia se remite a la OG nº 14 y a lo que establece respecto a la autonomía progresiva del niño. Señala así, que “*Los Estados partes deben velar por que las opiniones de los adolescentes se tengan debidamente en cuenta a medida que estos adquieren comprensión y madurez*”. En este sentido, se plantea también la necesidad de adoptar límites mínimos de edad que sean “*compatibles con el derecho a la protección, el principio de interés superior y el respeto del desarrollo evolutivo del adolescente*”. Después, la OG aborda distintas realidades, esferas de la vida de la persona menor de edad, poniendo el énfasis en las implicaciones que pueden darse para un adolescente de forma característica. Por ejemplo, el sistema de cuidado alternativo, el aborto, etc<sup>25</sup>.

La necesidad de que se de un cambio de enfoque que realmente esté basado en los derechos del niño y que, por ende, pueda afirmarse que sirve al interés superior del niño, se pone en valor en la **OG nº 21 (2017)** sobre los niños en situación de calle, en la que se afirma que “Para aplicar la Convención, es indispensable utilizar un enfoque basado en los derechos del niño”. En este sentido, contrapone a este enfoque el represivo o el asistencial. El Comité rescata aquí la determinación del interés superior de un niño en una situación de vulnerabilidad, y cómo no será el mismo para todos los niños en esa situación, sino que es necesario hacer una valoración individualizada<sup>26</sup>.

La **OG nº 22(2017)** fue también elaborada conjuntamente, en este caso con el Comité de Protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, y versa exactamente sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Como ya hemos señalado en el análisis de la OG nº 6, el Comité avanzó en la concreción del ISN en torno a la realidad específica de los niños que migran solos. Cabe señalar en este sentido el antecedente que supusieron las mencionadas Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño de 2008, en las que ya se plantea la evaluación y determinación del ISN como un proceso formal que cuente con todas las garantías. En esta misma línea, continuando con lo expuesto en la OG nº 14, el Comité establece que “*el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia*”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Párrafos 53 y 55 de la OG nº 18

<sup>25</sup> Párrafos 22, 39 y 60 de la OG nº 20.

<sup>26</sup> Párrafos 5, 28 y 45 OG nº 21.

<sup>27</sup> Párrafos 27-33 y 38 OG nº 22

Tras establecer los principios generales, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño, profundizaron sobre las 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. Se trata así de la **OG nº 23 (2017)** del Comité de los Derechos del Niño. En esta se recogen las obligaciones que derivan de aplicar tanto los principios generales como los derechos humanos y del niño en un ámbito particular como es el de las migraciones. Surgen así necesariamente cuestiones como la detención, la devolución a los países de origen, la reunificación familiar, el acceso a la justicia y garantías procesales, así como al recurso ante las decisiones para asegurar que responden al ISN.

Resulta fundamental recordar el posicionamiento de ambos Comités respecto a la detención de niños y niñas por su condición de migrantes, máxime teniendo en cuenta el contexto político de los últimos años en torno a las fronteras y los flujos migratorios:

*“5. Todo niño, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. El Comité sobre los Derechos del Niño ha afirmado que la detención de cualquier niño por la situación de residencia de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y una contravención del principio del interés superior de este. Desde ese punto de vista, ambos Comités han afirmado reiteradamente que nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa la detención de niños como inmigrantes. La detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por la ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica”.*

En este mismo sentido, aborda el Comité el acceso a la justicia y las garantías procesales que deben gobernar todos los procesos administrativos y judiciales que, en el contexto de las migraciones o el asilo, afecten al niño o sus padres. Por la concreción que, una vez más, logran los Comités sobre el ISN en torno a esta materia específica, cabe recoger literalmente lo que establecen respecto a la evaluación y determinación del interés superior, instando a los Estados a garantizar a los niños el derecho de:

- a) Acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales;*
- b) Ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, sus implicaciones y las posibilidades de recurso;*
- c) Contar con un funcionario o juez especializado que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en cómo comunicarse con niños;*
- d) Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un traductor o intérprete;*
- e) Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia;*

f) Contar con la asistencia de un procurador que tenga formación y experiencia en la representación de niños en todas las fases de los procedimientos y comunicarse libremente con su representante, y tener acceso a asistencia letrada gratuita;

g) Conseguir que se considere una prioridad la aplicación de medidas y procedimientos relacionados con la infancia, y también disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales;

h) Recurrir la decisión ante un tribunal superior o una autoridad independiente, con efecto suspensivo;

i) En el caso de niños no acompañados y separados de sus familias, recibir el nombramiento de un tutor competente, lo antes posible, que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior<sup>19</sup>;

j) Ser plenamente informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico, y recibir también información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles<sup>28</sup>.

En la **OG nº 24 (2019)** relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, por cuanto se trata de una materia en la que ante una infracción penal se procede a dar una respuesta que puede prever la limitación de ciertos derechos del niño, es fundamental la referencia a la determinación del interés superior. Por ejemplo, en lo que se refiere a la premisa que establece que todo niño privado de libertad debe estar separado de los adultos, la propia Convención precisa, y el Comité así lo recuerda, que *“la separación deberá efectuarse “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, debe interpretarse de manera restrictiva, y la conveniencia de los Estados partes no debe primar sobre el interés superior”*. Es interesante recoger también un extremo sobre el que se suscitan debates, como es el alcance de la mayoría de edad en un centro cerrado. Al respecto, el Comité establece que *“debería poder permanecer en dicho centro si ello redundaría en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro”<sup>29</sup>*.

Hemos visto así una evolución en términos de concreción y desarrollo del ISN por parte del Comité a través de sus observaciones generales, que ayudan no sólo a interpretar el ISN en el marco de la Convención, si no también a aplicarlo a realidades específicas respetando sus tres dimensiones.

#### **4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN A LA LUZ DE LAS OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO.**

En un análisis de cómo ha sido incorporado el ISN en el ordenamiento jurídico español vamos a distinguir fases a los efectos de identificar más claramente la evolución de la regulación en los distintos niveles administrativos, así como el impacto que en mayor o menor medida han tenido

---

<sup>28</sup> Párrafo 17 de la Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las 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.

<sup>29</sup> Párrafos 56, 76, 92 y 93 de la OG nº 24.

en dicho proceso las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño tras los exámenes que ha realizado a España<sup>30</sup>.

De esta forma, podemos distinguir claramente una primera fase previa a la ratificación por España de la CDN. En esencia nos referiremos a la CE 1978 y la protección prevista para la infancia tanto en este texto constitucional como en la legislación civil previa. El siguiente espacio temporal puede venir determinado por la firma de esta Convención y el primer examen en 1994. El segundo examen, que tuvo lugar en 2004, llegaría después de un avance importante en términos de legislación con la aprobación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 así como de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor del año 2000, entre otros. Por último, los exámenes III y IV tuvieron lugar conjuntamente dando lugar a las recomendaciones de 2018 y abordando la gran reforma de la legislación de infancia en 2015.

En el análisis de las recomendaciones que el Comité ha hecho a España en los años 1994, 2002, 2010 y 2018 podemos ver un reflejo de la evolución del propio principio que nos ocupa<sup>31</sup>. En este sentido, como señalábamos, el Interés Superior del Niño ha ido concretándose desde su concepción como principio general de la Convención que venía caracterizado como concepto jurídico indeterminado, a un aterrizaje muy claro que se ha cristalizado en el trabajo del Comité. Hemos visto cómo la OG nº14 sobre el Interés Superior del Niño ofrece respuestas a muchos años de debate doctrinal y de los órganos jurisdiccionales que debían guiarse por este y aplicar la Convención, en particular al establecer claramente que el interés superior del niño tiene una triple dimensión como derecho subjetivo, principio interpretativo y garantía procesal. En las observaciones finales que han tenido lugar después de la publicación de esta observación general podremos ver también su impacto en la forma de evaluar la implementación de la Convención en lo que respecta al interés superior del niño.

#### **4.1. Antes de la Convención de Derechos del Niño de 1989.**

La Constitución española de 1978, anterior a la Convención Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, contempla en su artículo 39 la protección de la familia y los hijos, así como, en su inciso cuarto la protección de los niños en las condiciones previstas en los acuerdos internacionales que se refieran a los derechos de niños y niñas<sup>32</sup>. La propia Constitución establece que los acuerdos internacionales ratificados por España pasen a formar

---

<sup>30</sup> ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ . *Universidad de Barcelona. Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012, pp. 89-108

Sin limitarse a la referencia a la CDN, el autor resume sucintamente la presencia del ISN en el ordenamiento jurídico español. “Es una constante, tanto de los textos legales como de las resoluciones jurisprudenciales, atender a la cláusula abstracta del “interés superior del menor” para tratar de justificar cualquier decisión que afecte a la vida de una persona menor de edad, ya sea en aspectos de carácter personal o patrimonial. Así resulta del artículo 39 de la Constitución española, del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de múltiples artículos del Código Civil referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores - artículos 92, 154 y 170 entre ellos -, y de la regulación que de los derechos del menor efectúan las diversas legislaciones autonómicas; preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado español, muy en particular con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

<sup>31</sup> Correspondiendo respectivamente a los exámenes I, II, III y IV, V.

<sup>32</sup>Art. 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

parte del Derecho interno, que, en el momento de aprobación del texto constitucional, era en esta materia la Declaración de Derechos del Niño de 1959<sup>33</sup>.

Como ha sido señalado por parte de la doctrina, la previsión del art. 39.4 “supone un intento del constituyente de remarcar la importancia que tiene la protección a la infancia”, ya que la incorporación de los acuerdos internacionales sobre derechos del niño de los que España sea parte a su ordenamiento jurídico interno, con la consiguiente posibilidad de invocarse ante los órganos jurisdiccionales españoles, hubiese bastado<sup>34</sup>. En lo que se refiere al Interés Superior del Niño, aunque por el mandato constitucional antes señalado sería parte de nuestro Derecho interno, no encontramos en nuestro texto constitucional referencia alguna al mismo.

En el Código Civil es preciso acudir a los preceptos que regulan la separación, nulidad y divorcio de los padres, para encontrar una noción que podemos considerar claramente anterior al interés superior del niño. En este sentido, se introduce como factor para tener en cuenta que las decisiones respecto a la custodia y el ejercicio de la patria potestad sean en beneficio de los hijos<sup>35</sup>. Se aprecia así la diferencia de enfoque entre esta noción y la del interés superior del niño, que podemos resumir en la consideración del niño como sujeto de derechos y no como mero objeto de protección en el seno de la familia.

Uno de los ámbitos en los que resulta específicamente aplicado el interés superior del niño es el de las medidas de cuidado alternativo, esto es, aquellas que se adoptan para proteger al niño cuando se ve separado de su familia o referente familiar. Encontramos un mayor desarrollo normativo en este sentido mediante normas que regulan la adopción o el acogimiento.

Es precisamente la 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, la que introduce en el ordenamiento jurídico español la primacía del interés superior del niño como regla general frente a otros intereses concurrentes. De esta forma, las modificaciones que incorpora esta norma en el sistema de adopción están guiadas por la voluntad de hacer valer el interés del adoptando frente al de los adoptantes o las familias de origen<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> La Declaración de los Derechos del Niño fue promovida por Eglantyne Jebb en Naciones Unidas, germen de la futura CDN de 1989.

<sup>34</sup> Tratado CE Pág 126. *Vid.* Mangas Martín, A., «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense*, núm. 61,

<sup>35</sup> Art. 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.
5. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Se modifica por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. [Ref. BOE-A-1981-16216](#).

En la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor.

<sup>36</sup> 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. En su Preámbulo establece que “(...) Se ha estimado, en fin, que aquel sistema no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado.

La presente Ley pretende, por el contrario, basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario,

#### 4.2. El primer examen tras la ratificación de la CDN.

El primer examen que pasó España ante el Comité en 1994, después de haber ratificado la Convención en 1990, concluyó en unas recomendaciones bastante sucintas, así como generales.

Como no puede ser de otra forma, habida cuenta del interés superior del niño como principio general de la Convención, este debe impregnar la aplicación de todos sus artículos, así como su interpretación. Así, entre las recomendaciones hechas a España en cuanto a medidas generales, encontramos las observaciones 12 a 14 que se refieren principalmente a la coordinación interadministrativa, el diseño y evaluación de políticas públicas, así como a la inversión en infancia.

*12. El Comité recomienda que el Estado Parte refuerce los mecanismos de coordinación previstos en su marco constitucional y legislativo y que desarrolle la evaluación y la vigilancia en todos los niveles de la administración, central, regional y local (incluidas las comunidades autónomas) para garantizar que la Convención sobre los Derechos del Niño se respete y aplique plenamente.*

*13. El Comité recomienda también que el Gobierno de España reúna toda la información necesaria para obtener un panorama general de la situación en el país y llevar a cabo una evaluación completa y multidisciplinaria de los progresos y las dificultades que se presenten en la aplicación de la Convención. Con esta evaluación debería poder formular las políticas adecuadas para luchar contra las diferencias y los prejuicios arraigados.*

*14. Se recomienda al Estado Parte que preste atención especial a la aplicación del artículo 4 de la Convención y asegure una distribución equilibrada de recursos en los planos central, regional y local. Al elaborar el presupuesto asignado a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, debería tenerse en cuenta como consideración primordial la mejor protección de los intereses del niño y debería asignarse a este fin la proporción más grande que sea posible de los recursos disponibles.*

En lo que respecta al Interés Superior del Niño la única alusión al mismo que encontramos es en referencia al presupuesto asignado a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales y a cómo “debería tenerse en cuenta como la consideración primordial la mejor protección de los intereses del niño”. En el capítulo destinado a la inversión en infancia podremos ver cómo se traduce la garantía del interés superior del niño en la implementación de las obligaciones que emanan de la Convención respecto a la financiación. Se trata, así como

---

del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación «ope legis» de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil”.

Se introduce así el principio del interés superior del menor, incluyendo su carácter prioritario frente a otros intereses concurrentes en la adopción o el acogimiento, en este caso. “La primacía del interés del menor, a que antes se ha hecho referencia, tiene su reflejo, por ejemplo, en la necesidad de contar con su consentimiento, para la adopción o para el acogimiento, a partir de los doce años, lo que implicará también, indudablemente, la especial valoración de su negativa cuando, aun siendo menor de dicha edad, tenga suficiente juicio. Pero, además, el mismo principio inspira a todas las diversas garantías que acompañan al procedimiento constituyente del acogimiento o de la adopción. Cabe señalar que, con esta mira, la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquel de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados”.

una muestra de compromiso de los Estados con la realización plena de los derechos consagrados en la Convención a través de la inversión en las medidas dirigidas a ello.

De manera general, el Comité recomienda a España que continúe reformando la legislación para adaptarla a la CDN<sup>37</sup>. En cualquier caso, se echa en falta una referencia específica a la necesidad de que todas las propuestas de mejora estén guiadas por el Interés Superior del Niño.

#### 4.3. Avances legislativos y el examen en 2002.

Entre el I y el II examen observamos un gran avance en la implementación de la CDN tanto a nivel legislativo como administrativo e institucional. La regulación en el ámbito estatal de la “protección jurídica del menor” tanto en el contexto del sistema de protección de menores como el de los menores infractores permitió introducir ciertos estándares internacionales, y así lo reconoció el Comité en sus observaciones<sup>38</sup>.

El principal hito en la legislación de protección a la infancia fue la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, LO 1/1996, que como MARTINEZ GARCÍA describe, “mantiene dos bloques perfectamente diferenciados: por un lado, lo que pudiéramos denominar tabla de los derechos del menor, junto con una serie de medidas encaminadas a su efectividad, y la ordenación de las actuaciones a desarrollar por los poderes públicos en los supuestos de desprotección social del menor; y por otro, la propia reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de protección de menores y adopción<sup>39</sup>”. Respecto al ISN la LOPJM lo recogía en su artículo 2, que establecía los principios generales de la misma y en concreto que “*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”<sup>40</sup>.

Una vez hecho el reconocimiento general a las mejoras introducidas, señalando que se aprecia una suerte de cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico español, además de reiterar las recomendaciones de coordinación, recopilación de datos, recursos y legislación hechas en el examen anterior y que aquí recogíamos, hace recomendaciones específicas<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> “18. Además, el Comité alienta a las autoridades españolas a que prosigan la reforma jurídica a fin de garantizar que la legislación nacional esté plenamente de acuerdo con las disposiciones de la Convención. (...)”. Observamos que, como hemos señalado, no se hace un análisis pormenorizado de si las reformas emprendidas aluden o no a principios generales de la Convención

<sup>38</sup> 4. El Comité acoge favorablemente las nuevas leyes aprobadas a nivel nacional y autonómico para ajustar mejor el ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención, de conformidad con su anterior recomendación (CRC/C/15/Add.28, de 24 de octubre de 1994, párr. 18). En particular, toma nota de la Ley orgánica N° 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (la Ley de protección de menores), la Ley orgánica N° 5/2000, de 12 de enero, sobre la responsabilidad penal de los menores y las enmiendas al Código Penal con respecto a los delitos contra la integridad sexual (Ley N° 11/1999) y a la protección de las víctimas de malos tratos (Ley N° 14/1999).

<sup>39</sup> Tratado MARTÍNEZ GARCÍA, C.

<sup>40</sup> Texto original publicado el 17 de enero de 1996.

<sup>41</sup> 3. El Comité celebra los grandes progresos y éxitos logrados por España desde el examen del informe inicial, presentado en 1994, y observa con satisfacción que el Estado Parte ha hecho de la protección y la promoción de los derechos del niño una norma general de la sociedad.

11. El Comité lamenta que no se haya prestado suficiente atención a algunas de las preocupaciones y recomendaciones que expresó y formuló al examinar el informe inicial del Estado Parte (CRC/C/8/Add.6), en particular las que figuran en los párrafos 12 (coordinación), 13 (recopilación de datos), 14 (recursos para la infancia), 16 (no discriminación), 18 (legislación), 22 (niños solicitantes de asilo y niños no acompañados) y 23 (ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares). Esas preocupaciones y recomendaciones se reiteran en el presente documento.



En esta ocasión el informe periódico elaborado por el Comité tiene un mayor desarrollo que los anteriores. Encontramos así incluso observaciones específicamente destinadas a los principios generales de la CDN, respecto de los cuales resalta el Comité que no tienen reflejo en la legislación, en las políticas públicas ni en las decisiones de las autoridades en todos los niveles administrativos y judiciales.

25. *Al Comité le preocupa que los principios de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño y el respeto por las opiniones del niño no estén plenamente reflejados en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales del Estado Parte, ni en las políticas y los programas relativos a los niños tanto a nivel nacional como local.*

En este sentido, el Comité recomienda a España que:

- “a) Integre adecuadamente los principios generales de la Convención, en particular los artículos 2, 3, 6 y 12, en todas las leyes pertinentes a los niños;*
- b) Los aplique en todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como en los proyectos, programas y servicios que les afecten;*
- c) Aplique esos principios en la planificación y la formulación de políticas en todos los niveles, y en las medidas que adopten las instituciones educativas, de bienestar social y de salud, los tribunales y las autoridades administrativas<sup>42</sup>”.*

En lo que se refiere a niños privados de su medio familiar, el Comité hace hincapié en la dispersión normativa y la diferente regulación en los ordenamientos autonómicos. Destaca la regulación de la adopción y la falta de su adecuación al interés superior del niño<sup>43</sup>.

#### **4.4. El examen de 2010.**

En el período que transcurrió entre 2002 y 2010 se fue consolidando el reconocimiento de la CDN como cuerpo normativo de referencia, siendo así invocada en diversas sentencias judiciales, y se adoptaron medidas que mostraban una voluntad de introducir el enfoque de infancia más allá de la legislación específica. En este sentido, en 2006 se aprobó el primer Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA) 2006-2009, que fijaba objetivos

---

12. El Comité insta al Estado Parte a que haga todo lo posible por seguir las recomendaciones contenidas en las observaciones finales sobre el informe inicial que todavía no se hayan aplicado, y a que aborde las cuestiones que son motivo de preocupación enumeradas en las presentes observaciones finales sobre el segundo informe periódico.

<sup>42</sup> Párrafo 26 Observaciones finales 2002.

<sup>43</sup> GÓMEZ BENGOCHEA, B. Tratado del menor, Aranzadi 435-462.

Niños privados de un entorno familiar

32. El Comité observa con preocupación que existen distintos procedimientos de protección de la infancia en las 17 comunidades autónomas y que éstos no son siempre compatibles con el interés superior del niño, especialmente por cuanto se refiere a los niños acogidos en familias de adopción. Además, observa que es insuficiente el número de juzgados de familia que se ocupan de la protección de los niños que no han tenido problemas con la ley, y que los trámites judiciales progresan con gran lentitud.

33. El Comité recomienda al Estado Parte que:

- a) Vele por que los procedimientos de protección de la infancia se basen en unas normas mínimas comunes y sean compatibles con el interés superior del niño;
- b) Asigne mayores recursos económicos y humanos a los juzgados de familia para que puedan desempeñar su labor con mayor celeridad.

estratégicos como ejes sobre los que deberían adoptarse las políticas de infancia en el período afectado.

Respecto al principio del interés superior del niño, las organizaciones de la Plataforma de Infancia en su informe complementario al informe país, ya adelantaban que *“aunque dicho principio haya servido para la argumentación jurídica de jueces y tribunales, su alegación debería estar más extendida”*<sup>44</sup>. Así lo establecía también el Comité en sus Observaciones finales a España tras el examen de 2010, que valoró los avances hechos, pero destacó la necesidad de un proceso de determinación formal del interés superior del niño que todas las autoridades en los distintos niveles administrativos y ámbitos de intervención utilizaran para adoptar una decisión de manera motivada y documentada. Para ello recomendaba que España:

*“a) Adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños;*

*b) Evalúe las consecuencias que tengan las medidas y decisiones adoptadas por los gobiernos en el interés superior del niño, a fin de mejorar su propia idea al respecto y su orientación sobre lo que constituye el "interés superior", e imparta capacitación a todos los responsables de la adopción de decisiones (entre otros, jueces, funcionarios públicos y órganos legislativos)”*<sup>45</sup>.

La situación en España de los años revisados estuvo marcada por las políticas adoptadas, así como por la falta de ellas en determinados casos, respecto a la llegada de un elevado número de niños migrantes sin referente familiar. De ahí que el Comité centrara parte de sus recomendaciones a instar a España a aplicar correctamente la CDN para garantizar los derechos de los niños extranjeros no acompañados o separados, especialmente a la luz de su OG nº 6 de 2005. Las deficiencias del sistema apreciadas por el Comité en lo que respecta a la falta de un proceso de determinación del interés superior de estos niños y niñas se concentraban principalmente en la dispersión normativa y de prácticas derivada de la distribución competencial, así como a las condiciones de acogida, el acceso a la protección internacional y las repatriaciones que estaban teniendo lugar.

#### **4.5. La reforma de la legislación de infancia y el examen de 2018.**

El último examen que pasó España ante el Comité de Derechos del Niño tuvo lugar en 2018, de manera que el período revisado incluyó la gran reforma de la legislación de infancia que tuvo lugar en 2015. Las modificaciones supusieron principalmente la introducción de importantes mejoras en coherencia con estándares internacionales tanto del ámbito de Naciones Unidas como del Consejo de Europa. En este apartado nos limitaremos a hacer una breve remisión a las modificaciones relacionadas más directamente con la aplicación del ISN en nuestro ordenamiento a raíz de la reforma en cuestión<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Informe complementario al III y IV informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España. Madrid, 2010 Plataforma de Organizaciones de Infancia. Coord. Conchi Ballesteros. Varios autores.

<sup>45</sup> Párrafo 28 Observaciones finales 2010. Pág. 38.

<sup>46</sup> Otras medidas: II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA).

En este sentido, se refuerza el ISN como central en toda la reforma y una firme intención de trasladar lo establecido por el Comité en su OG nº 14. Se recoge expresamente en la Ley Orgánica 8/2015 tanto su triple dimensión como derecho sustantivo, principio general interpretativo y norma de procedimiento, como los criterios, la ponderación de estos y las garantías necesarias para llevar a cabo una adecuada evaluación y determinación del interés superior del niño. Se aprecian diferencias entre el artículo 2 de la ley y la OGNº14, pero no hemos sido capaces de encontrar una justificación detrás de estas. El principal logro de esta reforma puede haber pasado desapercibido, pero no es menor, el reconocimiento del ISN como derecho fundamental y su correspondiente regulación mediante ley orgánica coloca a este derecho en el lugar privilegiado que le corresponde. La regulación que se introduce del derecho del niño a ser oído es preciso mencionarla aquí por su estrecha relación con el ISN en su dimensión de norma de procedimiento. Al respecto se establece que la autoridad que considere que escuchar la opinión del niño es contrario a su interés, deberá motivarlo en tal sentido. Llama la atención sin embargo, que por un lado se exija escuchar al niño en su ISN y después se introduzca la referencia a su madurez, que no debería ser un límite para la adaptación de los mecanismos y procesos para la adecuada escucha de la opinión del niño por muy pequeño que sea<sup>47</sup>.

El establecimiento del ISN expresamente como principio rector de la acción administrativa es otra de las modificaciones hechas, que pone énfasis en la adopción de medidas de protección.

*“Art. 11.2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:*

*a) La supremacía de su interés*

*b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”.*

Finalmente, como reflejo del enfoque de infancia de la reforma emprendida y del valor del interés superior del niño como principio rector, cabe destacar la previsión de que los proyectos normativos vayan desde entonces acompañados de una memoria de impacto en los derechos del niño. Se cumple así con las recomendaciones que hace el Comité a los Estados cuando explica las medidas generales de aplicación de la CDN en su OG nº 5, aunque a la fecha del examen no se había aplicado suficientemente.

Como ha sido la tónica habitual de las observaciones del Comité a España, los avances en la aplicación de la CDN y la promoción del reconocimiento pleno de los derechos del niño se ven templados por las deficiencias derivadas de los problemas de coordinación, de la dispersión normativa, así como de la aplicación desigual de las garantías en las distintas Comunidades Autónomas. En este sentido se pronuncia el Comité en sus recomendaciones específicas sobre el ISN, cobrando especial importancia la necesidad de formación de los profesionales en la determinación del interés superior en su ámbito particular de intervención<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Artículo 9 LO 8/2015.

<sup>48</sup> Párrafo 16, observaciones finales 2018: “Al tiempo que celebra la inclusión del principio del interés superior del niño en la Ley Orgánica núm. 8/2015 y la Ley núm. 26/2015, el Comité expresa su preocupación por la aplicación desigual de ese derecho en las comunidades autónomas. Con referencia a su observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda que el Estado parte:

*a) Intensifique sus esfuerzos para asegurar que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial esté incorporado de manera apropiada y sea interpretado y aplicado de manera consistente en todas las*

El Comité también incluye en sus Observaciones Finales y Recomendaciones a España referencia a la aplicación del ISN en cuestiones específicas. Tras la des-judicialización del sistema introducida por la reforma de 2015, el Comité destaca la necesidad de promover la prevención de la separación de la familia, y recomienda que sea *“un juez quien adopte o revise las decisiones sobre la separación de un niño de su familia, y ello solo después de evaluar a fondo el interés superior del niño en cada caso particular”* (pº28). El Comité pide expresamente que los jueces tengan muy en cuenta el interés superior del niño a la hora de dictar sentencia respecto de mujeres embarazadas o con hijos muy pequeños (pº 30).

En el campo de la salud mental, insta al Estado a establecer un protocolo para el diagnóstico y el tratamiento del trastorno por déficit de atención e hiperactividad y otros trastornos de la conducta infantil, que parta de una evaluación individualizada del interés superior del niño permitiendo la adopción de medidas particulares para cada caso.

Tal y como hemos visto a lo largo de este capítulo, el Comité ha puesto énfasis en el establecimiento de procedimientos formales para la determinación del interés superior de los niños que migran solos, tanto en su OG nº 6 de 2005 como en las nº 22 y 23 de 2017. A ellas se remite cuando recomienda a España que revise la LO 8/2015 y el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, así como cuando la insta a:

*“a) Asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por que se aplique el principio de no devolución y se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, e impartir a los profesionales pertinentes formación y orientación adicionales sobre la determinación del interés superior del niño;*

*b) Elaborar un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad para todo el territorio del Estado parte, que tenga un carácter multidisciplinario y sea respetuoso con los derechos humanos y se utilice únicamente en casos de graves dudas acerca de la edad comunicada y considerando las pruebas documentales u otros tipos de pruebas disponibles<sup>49</sup>”.*

De esta forma concluimos nuestro repaso por la legislación española de protección a la infancia a la luz de los exámenes realizados en el seno del Comité de los Derechos del Niño. Hemos observado un claro impacto de las Observaciones Finales realizadas en cada uno de ellos, tanto en las leyes y políticas más generalistas de infancia como en las de ámbitos más específicos. A su vez, observamos aspectos recurrentes que han ido quedando pendientes de un examen a otro y que, como veremos en el apartado final, son retos claros a los que se enfrenta nuestro país en el camino hacia un pleno cumplimiento y garantía de los derechos recogidos en la CDN en general, y del ISN en particular.

---

*actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales y en todas las políticas, los programas y los proyectos pertinentes que tengan un efecto en los niños;*

*b) Formule procedimientos y criterios uniformes para brindar a todas las personas competentes en posiciones de autoridad la orientación necesaria para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos y para otorgar la debida consideración primordial a ese principio;*

*c) Imparta a los profesionales que trabajan con los niños y para ellos formación sobre la manera de determinar el interés superior del niño”.*

<sup>49</sup> pº 45

## 5. RETOS PENDIENTES EN LA IMPLEMENTACIÓN PLENA DEL ISN EN ESPAÑA

De nuestro análisis podemos concluir que hay retos comunes a la implementación plena de todos los derechos recogidos en la CDN para que efectivamente se consiga garantizar el desarrollo holístico de los niños y niñas en nuestro territorio, máxime cuando el tema que nos ocupa en el presente capítulo es el ISN, que más allá de un derecho en sí mismo, es principio rector que ha de inspirar la interpretación de todo el articulado y los procesos garantistas para su plena realización. Sin embargo, en este último apartado nos centraremos en resumir los retos pendientes más directamente relacionados con el ISN.

Tal y como indicaba el Comité en sus Observaciones Finales a España en 2018<sup>50</sup>, si bien se ha procedido a la inclusión y desarrollo del interés superior del niño en su triple dimensión, así como la previsión de la exigencia de llevar a cabo una evaluación y determinación caso a caso en la legislación estatal, sigue habiendo espacio de mejora. En este sentido, señala el Comité que el desarrollo de la legislación autonómica debe garantizar una aplicación uniforme del Interés Superior del Niño en todo el territorio<sup>51</sup>. Asimismo, tanto el Informe complementario al informe país elaborado por la Plataforma de Infancia como el propio Comité, resaltaban la falta de implementación práctica de lo contemplado en la ley orgánica a cada uno de los ámbitos en los que se ve afectada la vida de niños y niñas, por ejemplo, la separación del núcleo familiar, la elección de una medida de cuidado alternativo o la determinación de la edad de un menor de edad extranjero indocumentado.

Un aspecto fundamental, que también resalta el Comité, es la formación de profesionales. De manera que, al tiempo que se desarrollen herramientas para una adecuada evaluación y determinación del interés superior en el caso concreto, se ha de capacitar a los profesionales que vayan a hacer uso de estas. Se debe facilitar la reflexión en torno a un concepto que se aprecia como abstracto por quienes abordan día a día las realidades más dispares y recurren a la objetividad como límite de la arbitrariedad. El Comité de Derechos del Niño en su interpretación del ISN a lo largo de los años nos ofrece expresamente todas las herramientas necesarias para ello, hay que priorizar su aplicación práctica en los procesos administrativos y judiciales. Una buena práctica sería facilitar que representantes de las distintas disciplinas y

---

<sup>50</sup> **Interés superior del niño**

16. Al tiempo que celebra la inclusión del principio del interés superior del niño en la Ley Orgánica núm. 8/2015 y la Ley núm. 26/2015, el Comité expresa su preocupación por la aplicación desigual de ese derecho en las comunidades autónomas. Con referencia a su observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda que el Estado parte:

a) Intensifique sus esfuerzos para asegurar que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial esté incorporado de manera apropiada y sea interpretado y aplicado de manera consistente en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales y en todas las políticas, los programas y los proyectos pertinentes que tengan un efecto en los niños;

b) Formule procedimientos y criterios uniformes para brindar a todas las personas competentes en posiciones de autoridad la orientación necesaria para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos y para otorgar la debida consideración primordial a ese principio;

c) Imparta a los profesionales que trabajan con los niños y para ellos formación sobre la manera de determinar el interés superior del niño.

<sup>51</sup> En las Comunidades Autónomas se ha recogido el ISN de manera generalizada y, aunque este no es el espacio para entrar a valorar cada una de las legislaciones autonómicas, si cabe una remisión a lo que establece MARTÍNEZ GARCÍA, C. cuando señala: “En estas normas autonómicas además de hacer las obligadas referencias a la Convención y a la LOPJM, las Comunidades han procedido a desarrollar los consiguientes procedimientos ante las administraciones públicas para atención de los menores en situación de riesgo o de desamparo, todo ello, con mención expresa del principio del interés superior del menor como la pauta que se utilizará en todas las actuaciones relacionadas con los menores”. **TRATADO**

áreas de intervención participasen en el diseño de las herramientas y procesos correspondientes.

Es fundamental remitirse a la OG nº 22 que, en referencia a la infancia migrante, establece una serie de pautas para llevar a cabo la evaluación y determinación del interés superior con todas garantías. Y es que es en el ámbito de la infancia migrante, en que deben considerarse a un tiempo la condición de minoría de edad y la de origen extranjero (cuando no también la de desamparo), se evidencia más que nunca la triple dimensión del ISN y lo indispensable de su pleno cumplimiento. Así, en las pautas que ofrecen los Comités en la OG nº 22, encontramos apreciaciones que son de aplicación o exigibles en cualquier ámbito de la vida de niños y niñas y deben guiar a España, en este caso, hacia superar el reto de hacer real la evaluación y determinación del ISN por todos los profesionales en los distintos ámbitos<sup>52</sup>.

*a) Conceder la máxima prioridad al interés superior del niño en su legislación, políticas y prácticas;*

*b) Velar por que el principio del interés superior del niño se integre debidamente, se interprete de forma coherente y se aplique por conducto de procedimientos sólidos e individualizados en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales (...)<sup>53</sup>. Deben establecerse recursos suficientes a fin de garantizar que ese principio se aplique en la práctica;*

*c) Asegurarse de que todas las evaluaciones y determinaciones del interés superior que se elaboren y lleven a cabo concedan la importancia apropiada a hacer efectivos los derechos del niño (a corto y largo plazo) en los procesos de adopción de decisiones que afectan a los niños, y velar por que se establezcan salvaguardias de las debidas garantías procesales, incluido el derecho a una representación letrada gratuita, cualificada e independiente. (...)<sup>54</sup>;*

---

<sup>52</sup> El párrafo 32 de la OG nº 22 recoge también temas o aspectos de la vida de los niños migrantes sobre los que evaluar y determinar el ISN específicamente, párrafo 32.d) (...) de migración sobre el modo de determinar el interés superior del niño y concederle la debida importancia como consideración primordial, especialmente en los procedimientos de entrada, residencia, reasentamiento y retorno; e) (...) en las distintas etapas de los procedimientos de migración y asilo que podrían dar lugar a la detención o la expulsión de los padres debido a su situación de residencia. (...) en toda decisión que separaría a los niños de su familia, y aplicar los mismos criterios a la guarda de los hijos, en la que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. En los casos de adopción, el interés superior del niño será la consideración suprema; f) (...) el tipo de alojamiento que sería más apropiado para un niño no acompañado o separado, o niños con padres. (...); g) (...) en los casos que podrían conducir a la expulsión de familias migrantes debido a su situación de residencia, a fin de evaluar los efectos de la expulsión en los derechos y el desarrollo de los niños, incluida su salud mental; j) (...) dirigido a encontrar y aplicar soluciones globales, seguras y sostenibles, como una integración y un asentamiento mayores en el país de residencia actual, la repatriación al país de origen o el reasentamiento en un tercer país. Entre esas soluciones también cabe citar opciones de mediano plazo y garantizar que existan posibilidades de que los niños y las familias logren obtener la residencia segura en el interés superior del niño; k) Si se determina que redundan en el interés superior del niño que sea devuelto, se debe preparar un plan individual, en la medida de lo posible junto con el niño, para su reintegración sostenible (...) las medidas de retorno y reintegración deben ser sostenibles desde el punto de vista del derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

<sup>53</sup> Párrafo 32.b) (...) y en todas las políticas y programas migratorios pertinentes para los niños y que tienen efectos sobre ellos, con inclusión de las políticas y los servicios de protección consular.

<sup>54</sup> Párrafo 32.c) (...) La evaluación del interés superior debe ser llevada a cabo por agentes independientes de las autoridades de migración de manera multidisciplinaria, que incluya una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño y otros agentes pertinentes, como los padres, los tutores y los representantes legales, así como el niño;

*d) Elaborar procedimientos y definir criterios para proporcionar orientación a todas las personas pertinentes que intervienen en los procedimientos (...) <sup>55</sup> y elaborar mecanismos encaminados a vigilar su aplicación adecuada en la práctica;*

*(...)*

*j) Elaborar y poner en práctica, con respecto a los niños (...) un procedimiento de determinación del interés superior dirigido a encontrar y aplicar soluciones globales, seguras y sostenibles <sup>56</sup>(...). Las posibles soluciones y planes deben analizarse y elaborarse junto con el niño, de una manera adaptada a él y que tenga en cuenta sus necesidades, de conformidad con la observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado”.*

Otro de los espacios en los que una mejora tendría gran impacto en la vida de niños y niñas es la motivación adecuada de todas las decisiones en el interés superior del niño. En este sentido hemos visto avances en la jurisprudencia, encontrando sentencias que van más allá de invocar el ISN sin indicar el proceso seguido para la adopción de la decisión en uno u otro sentido <sup>57</sup>.

Finalmente, cabe señalar como reto general la promoción de una cultura de respeto de los derechos de las niñas y los niños, en tanto que sujetos de derecho y garantizando que puedan ejercerlos plenamente en aras de su derecho a la participación y conforme a su interés superior.

---

<sup>55</sup> (...) de migración sobre el modo de determinar el interés superior del niño y concederle la debida importancia como consideración primordial, especialmente en los procedimientos de entrada, residencia, reasentamiento y retorno.

<sup>56</sup> Una solución global, segura y sostenible es la que, en la mayor medida posible, atiende al interés superior y el bienestar del niño a largo plazo y es sostenible y segura desde esa perspectiva. El resultado debe tener por objetivo garantizar que el niño pueda convertirse en un adulto, en un entorno que satisfaga sus necesidades y haga efectivos sus derechos definidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>57</sup> Revisión de la jurisprudencia relativa al ISN realizada en el marco del proyecto I+D+i Cátedra Santander Derechos del niño.