

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Ignacio Campoy Cervera

Universidad Carlos III de Madrid



LOS niños y sus derechos han suscitado un inusitado interés en las últimas décadas, fundamentalmente en la última, en los más diversos campos de estudio, trabajo y comunicación; desde perspectivas ciertamente muy diferentes y para los más diversos fines¹.

Como consecuencia, y causa a su vez, de ese espectacular aumento del interés por el niño, se ha producido, como no podía ser de otra manera, un aumento paralelo del interés por la infancia en el mundo jurídico. Lo que se ha

¹ Se pueden así observar en un muy somero análisis de nuestra realidad distintos ámbitos en los que resulta de interés el niño y el uso de su imagen. Así, en primer lugar y con una absoluta trivialización de su imagen, ésta es usada para fines comerciales, sirviendo tanto para campañas publicitarias como para intentar una subida de audiencia en las diversas cadenas de televisión; en un segundo plano se podría destacar, con una utilización más peligrosa de su imagen por lo engañosa que puede resultar, la creciente espiral de información sobre los menores que se encuentra marcada en numerosas ocasiones por los aspectos más sensacionalistas sin entrar en un análisis profundo sobre el tema, siendo así por ejemplo que la mayoría de las veces que se investigan casos de malos tratos a niños se alude a los aspectos más sórdidos (pudiéndose llegar en este sentido, a tra-

traducido, fundamentalmente a partir del detonante que en todo este proceso supuso la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989, en un cambio en la concepción que del menor y de su problemática se tenía y en la necesidad de dotarle de un adecuado marco de protección jurídica y real. Se ha producido así en los últimos años tanto en el ámbito internacional como nacional un gran desarrollo legislativo, seguido en alguna medida de políticas concretas, que trata de reconocer y proteger los derechos de los niños; destacando en este sentido la gran labor realizada en Europa.

Sin embargo, este espectacular aumento del interés por el menor y sus derechos no siempre ha ido acompañado de la necesaria reflexión intelectual, por lo que creo conveniente hacer una pausa en este vertiginoso proceso y desde el momento presente intentar comprender cuáles son las líneas de evolución que se han seguido en ese reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuáles han sido pues las motivaciones que existían para haber seguido unos cauces determinados y no otros, e intentar comprender adonde nos llevarán lógicamente esas mismas líneas de evolución. Éste será el objetivo de este artículo, siendo el medio elegido el análisis de los tres principales instrumentos jurídicos internacionales que trataron de ser en su momento el principal medio para conseguir el máximo reconocimiento y la más amplia protección posible de los derechos de los niños: la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989². Estudiando, asimismo, el

vés de la hipertrofia informativa que se está dando sobre este aspecto, a dar la falsa imagen de que los derechos de los niños en el mundo occidental se reducen reconducen a una protección frente a los malos tratos).

Otro uso, no siempre positivo, de la imagen del niño y sus derechos vendría de posiciones en principio más preocupadas por su verdadera protección; serían estudios más serios de cuál es la mísera situación en que vive una gran parte de los niños del mundo, concentrados en su mayoría en los países en desarrollo, así como de las actuaciones concretas que se pondrían en funcionamiento para paliar dicha situación, en las que tienen una labor fundamental algunas Organizaciones No Gubernamentales. Organizaciones cuyo mayor desarrollo en los últimos tiempos parece crear una especie de competitividad entre ellas que les impulsa a la utilización como reclamos de solicitud de ayuda económica de imágenes y textos cada vez más dramáticos que también pueden producir un cierto alejamiento de la problemática real de los derechos de los niños.

² El análisis a través de estos textos está justificado al ser los tres únicos instrumentos jurídicos de carácter internacional que tratan de dar un reconocimiento y una protección globales a los derechos de los niños. Sin embargo, es claro que las líneas de evolución que en este artículo estudio tuvieron también su plasmación en otros instrumentos jurídicos en los que también se reconocían y protegían de forma más o menos directa los derechos de los niños.

En este sentido se ha de mencionar en primer lugar la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU formada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, todos ellos de 1966 (así recogido en *Derechos Humanos. La Carta Internacional de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1988). En la Carta se reconocen los derechos humanos,

seguimiento que de dichas líneas de evolución se ha producido en el ámbito regional europeo, más concretamente en el marco del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea.

Del análisis de esos tres textos internacionales creo que se puede resaltar la existencia de cuatro características que han marcado la línea de evolución seguida en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños desde la Declaración de Ginebra de 1924: la necesidad de reconocer y proteger derechos a los niños, el cambio de concepción sobre la condición del menor, la importancia del valor solidaridad y el uso del concepto «interés superior del niño». Cuatro características que a mi juicio podrán servir, pues, de hilo de unión entre el

que son predicables de toda persona, y también se establece en algunos de sus artículos una protección explícita de los niños; así: en la Declaración Universal de Derechos Humanos el art. 25.2 y el art. 26.3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el art. 14.1 y 4, el art. 23.4 y el art. 24; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el art. 10, el art. 12.2.a) y el art. 13.13.

También dentro del ámbito de las Naciones Unidas existe reconocimiento de los derechos de los niños en los siguientes instrumentos: el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; el Convenio sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial de 1965, principalmente artículos 8 y ss.; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960; o el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984, principalmente artículos 17 y ss.

Otros instrumentos en que también los niños pueden encontrar un reconocimiento y protección de sus derechos son: Instrumentos adoptados por la Conferencia para la Cooperación y la Seguridad en Europa, como el Acta Final firmada en Helsinki en 1975; el Documento concluyente del encuentro de Viena en el seguimiento de la Conferencia de 1989; el Documento del encuentro de Copenhague de la Conferencia en la dimensión humana del CSCE de 1990; o la Carta de París por una Nueva Europa de 1990. Los Convenios de la OIT en materia de menores y juventud, como la Convención 138 de Ginebra de 26 de junio de 1973 sobre la edad mínima de admisión al empleo; el Convenio de Ginebra de 11 de noviembre de 1921 relativo al examen médico para niños y menores empleados a bordo de barcos; el Convenio de Montreal de 9 de octubre de 1946 relativo al examen médico para niños que trabajan en la industria; el Convenio de Ginebra de 23 de junio de 1965 relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos; o el Convenio núm. 79 de 1946 relativo a la regulación de condiciones para el trabajo nocturno. Los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, a los que quizás haya que hacer una especial referencia por la importancia que desde hace más de cien años se le ha dado en la Conferencia a la protección del menor en el ámbito del Derecho internacional privado, pudiéndose señalar: el Convenio para regular la tutela de los menores de 1902; el Convenio sobre Competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 1961 (que vino a sustituir al antiguo Convenio de 1902); el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980; el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores de 1956, y el Convenio relativo al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores de 1958 (que pueden ser sustituidos por los Estados que lo deseen, con o sin reserva respecto a las obligaciones alimenticias con los hijos menores, por los Convenios de 2 de octubre de 1973: el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias y el Convenio relativo al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias); el Convenio relativo a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción de 1965 (Convenio que, como parece demostrarse por las escasas ratificaciones que ha tenido, no responde a las necesidades actuales de la adopción internacional, y que vendrá por ello a ser sustituido por el Convenio sobre la cooperación internacional y la protección de menores en la adopción internacional).



pasado, el presente y el futuro del reconocimiento y la protección de los derechos de los niños; constituyéndose así en elementos esenciales para un adecuado entendimiento de su aparición y posterior desarrollo, de su actual situación, así como de su posible, y sobre todo deseable, profundización.

Dividiré, pues, el siguiente artículo en cinco grandes apartados. Los cuatro primeros describirán las grandes líneas de evolución que han seguido las cuatro características antes señaladas en el reconocimiento y la protección de los derechos del niño en los tres textos internacionales citados, en el quinto y último apartado señalaré cómo esa evolución ha tenido, fundamentalmente gracias a la Convención de 1989, su reflejo en la Europa occidental.

1. EL PROGRESO DEL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Aunque el reconocimiento y la protección son dos conceptos que necesariamente han de entenderse unidos, sin embargo para su estudio creo conveniente analizarlos en diferentes subapartados.

a) *El reconocimiento de los derechos*

Para una adecuada comprensión de la evolución seguida en el reconocimiento de los derechos de los niños hay que entender la decisiva influencia que tuvieron las circunstancias históricas en que fue concebido cada uno de los instrumentos jurídicos. Así la Sociedad de Naciones, dentro del propósito de construir un nuevo orden internacional que consiguiese evitar otra guerra mundial como la que acababa de producirse, cuyas desastrosas consecuencias todavía estaban viviendo, consideró necesario reconocer y proteger unos derechos básicos a los niños en tanto en cuanto éstos serían los hombre del futuro. Para ello en la V Asamblea General, aprobó por unanimidad, el 26 de septiembre de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, también llamada Declaración de Ginebra³. Declaración que si bien, por una parte, establecía

³ El texto de la Declaración de 1924 dice:

«Por la presente declaración de los derechos del niño, llamada *Declaración de Ginebra*, los hombres y las mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe dar al niño lo que ella tenga mejor, afirmándose en sus deberes por encima de toda consideración de raza, de nacionalidad y de creencias.

I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

con gran elocuencia y solemnidad en su inicio que «la humanidad debe dar al niño con lo que ella tenga mejor», en el reconocimiento concreto de derechos se manifiesta como un texto breve que responde al interés de defender sólo de una manera general a la infancia y que limita en gran medida su protección a evitar las principales carencias como pueden ser el hambre o el analfabetismo.

Si en la elaboración de la Declaración de Ginebra influyó el intento de evitar la repetición de los desastres de la I Guerra Mundial, las terribles consecuencias de la II Guerra Mundial también motivaron la elaboración de muchos instrumentos, entre los que nuevamente se articuló una Declaración de los Derechos del Niño, con los que poder trabajar en la construcción de un mundo mejor en el que se diese primacía al respeto a la dignidad de la persona y, consiguientemente, al reconocimiento y protección de los derechos humanos.

El proyecto de Declaración de los Derechos del Niño fue elaborado por el Consejo Económico y Social, examinado en 1957 y 1959 por la Comisión de Derechos Humanos, y remitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas que adoptó por unanimidad⁴ la nueva Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959, resolución 1386 (XIV)⁵.

II. El niño que tiene hambre, debe ser alimentado; el niño enfermo, debe ser cuidado; el niño atraído, debe ser alentado; el niño extraviado debe ser guiado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

III. El niño debe ser el primero en recibir socorros en tiempos de desdichas.

IV. El niño debe ser puesto en condiciones de ganar su vida y protegido contra toda explotación.

V. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades serán puestas en servicio de sus hermanos.» (Fuente: *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, vol. 28, primera parte, Madrid, Espasa Calpe, 1925, p. 1398.)

⁴ Lo que constituía «un acontecimiento sin precedentes en la época de la guerra fría», según señala la profesora Fernández Sola en su trabajo *La protección internacional de los derechos del niño*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1994, nota a pie de pág. 9, p. 17.

⁵ El texto de la Declaración de 1959 dice:

«PREÁMBULO

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Esta Declaración supuso un gran paso adelante en la protección de los menores al significar la actualización de los principios que establecía la De-

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle,

La Asamblea General,

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que se pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncia-re insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reco-nocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmen-te, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, inclu-so atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servi-cios médicos adecuados.

Principio 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el trata-miento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá sepa-rarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cui-dar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el man-tenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

claración de Ginebra, e incorporar las nuevas tendencias de protección de los derechos humanos en general y de los derechos de los niños en particular. Todo lo cual se traduciría en un avance tanto en el reconocimiento de nuevos derechos, cuanto en una especificación de derechos que ya se reconocían genéricamente en la Declaración de Ginebra⁶.

Pero será, sin duda, en la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989 donde su reconocimiento alcanzará una relevancia realmente espectacular. Su concepción no estuvo encuadrada como la de los anteriores instrumentos en un contexto histórico marcado por las desastrosas consecuencias de un conflicto mundial, pero no por ello deja de responder a la necesidad acuciante de poner fin a una situación calamitosa para la infancia⁷.

Esta desdichada situación de la infancia que no podía ser corregida con los instrumentos jurídicos internacionales entonces existentes, junto al impor-

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes». (Fuente: *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, pp. 366-369).

⁶ Así por ejemplo, en el principio número 3 se establece por primera vez el derecho que el niño tiene desde su nacimiento a un nombre y una nacionalidad. Y si en la Declaración de Ginebra se señala en su principio II que el niño enfermo debía ser cuidado, en la Declaración de 1959 se reconoce en el principio 4 el derecho a la salud, a los beneficios de la seguridad social, los cuidados especiales a él y a su madre antes y después del nacimiento, la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios médicos adecuados; y en el 5 a los niños impedidos física, mental o socialmente, el derecho a un tratamiento, educación y cuidados especiales.

⁷ Así, pese a la aprobación de las dos Declaraciones de los Derechos de los Niños en el momento de la aprobación de la Convención se señalaba que: «abandonados por sus familias, unos 100 millones de niños sólo subsisten realizando trabajos agotadores o mediante delitos menores, la prostitución o la mendicidad; más de 50 millones de niños trabajan en condiciones de inseguridad o insalubres; ciento veinte millones de niños de 6 a 11 años de edad carecen de escolarización; cada año mueren unos 3,5 millones de niños a causa de enfermedades que podrían haberse prevenido o curado; en los países en desarrollo viven en la pobreza absoluta unos 155 millones de niños menores de 5 años; millones de niños —muchos de ellos de sociedades ricas— son víctimas de malos tratos, negligencia, explotación sexual o del uso indebido de estupefacientes». Recogido en *Los Derechos del Niño*, Folleto informativo núm. 10 de las Naciones Unidas, Ginebra, Centro de Derechos Humanos, diciembre, 1990, p. 2.

tante momento que se vivía en la evolución de los derechos humanos, impulsado por la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU, motivó al Gobierno de Polonia a presentar en 1978 ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una propuesta de Convención sobre los Derechos del Niño. Propuesta que sirvió de documento base para las negociaciones que se produjeron, con una importante participación activa de las Organizaciones No Gubernamentales, en el seno del Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Convención, y que terminaron por concretarse diez años después, con la adopción por unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas de su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El reconocimiento de derechos que se hace en la Convención supuso un gran esfuerzo en un doble sentido: primero en concretar en un solo instrumento todos los derechos que se habían ido reconociendo a los menores desde la Declaración de 1959 en numerosos textos jurídicos (ver nota 2), incluidos aquellos en los que a pesar de que no fuese su tema principal la protección de la infancia si se articulaban preceptos que significaban una defensa de los derechos de los niños; y segundo en articular esos antiguos derechos ya reconocidos con una serie de nuevos derechos⁸, o con unos nuevos contenidos, surgidos de la evolución en la práctica y en la teoría de la protección del menor⁹.

El resultado de todo ello fue la plasmación en un solo instrumento jurídico del reconocimiento más completo de los derechos de los niños; comprendiéndose tanto los civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales¹⁰. Con

⁸ En este sentido señalaba Jaime Sergio Cerda que una característica particular del proyecto de la Convención era la creación o establecimiento de nuevos derechos, entre los que destaca el derecho del niño a preservar su identidad, reconocido en el artículo 8, y el sistema de adopción regulado en el artículo 21. Véase en J. S. CERDA, «The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights», en *Human Rights Quarterly*, vol. 12, núm. 1, febrero 1990, pp. 115 y ss.

⁹ Recogiéndose así también en la Convención, adaptándolos a las especiales características de los niños, derechos que referidos a toda persona reconocían otros instrumentos de derechos humanos. Así, por ejemplo, en el artículo 13.1 se reconoce el derecho del niño a la libertad de expresión derecho que ya le era reconocido al hombre genérico en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

¹⁰ Aunque la Convención no sigue en el reconocimiento de estos derechos una sistematización adecuada, lo que ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina, recojo aquí una clasificación que me parece pertinente y conforme a la cual se agruparían los derechos de la Convención en tres categorías: Supervivencia y Desarrollo, Protección y Participación.

Dentro de la Supervivencia y Desarrollo estarían: «el derecho a la vida más allá de la sobrevivencia –El derecho inherente a la vida y a compartir las cosas buenas que ofrece: alimento, alberge, agua potable, educación, cuidados de la salud, descanso y juego. (Artículos 6, 24, 28, 29, 31.) El derecho a ser nutrido y

la importancia añadida de que al ser el Convenio un instrumento de alcance universal, dichos derechos, que los Estados Partes se han comprometido a proteger, están en principio dotados del mismo contenido para todos los niños de la Tierra¹¹; aunque el hecho de que este contenido haya de ser compatible con el respeto a las diversas culturas, que también necesitan ser protegidas según la Convención, puede añadir matices en la práctica de los derechos.

Por otra parte, es también relevante destacar la equiparación y unidad que en la Convención se da a todos los derechos del niño; no dándose más importancia, ni por tanto debería hacerse en las legislaciones de los Estados partes vinculados jurídicamente por ella, a los derechos civiles que a los derechos sociales o económicos¹².

cuidado por los padres o sus guardianes si no tuviera familia y a gozar de un adecuado nivel de vida para su desarrollo completo. (Artículos 2, 5, 9, 18, 27.) El Estado estará obligado a asegurar, en lo máximo posible, la sobrevivencia y desarrollo de cada niño. (Artículos 3, 4, 6, 18).»

Dentro de la Protección: «El Estado asegura su protección contra la discriminación en cualquier forma o del castigo con base en su estatus, actividades, opiniones o creencias de sí mismo o de sus familias. (Artículo 2.) En todas las acciones, se buscará el mejor interés para los niños. (Artículo 3). (...) los artículos que están dirigidos a evitar la explotación económica, sexual y de cualquier otra forma que atente contra el bienestar del niño. (Artículos 19, 25, 32, 34, 35, 36, 37.) La Convención proporciona los medios de hacer cumplir con la provisión de niveles de vida equitativos, asegurando tratamiento humano para los jóvenes que son explotados y la persecución de los adultos que cometen faltas contra ellos. (Artículos 29, 40.) (...) Debe también darse atención a situaciones especiales tales como niños en conflicto armado, niños refugiados, niños inhabilitados, niños de minorías o de poblaciones indígenas, niños sin familias y puntos básicos como reunificación familiar, adopción y abuso de drogas. (Artículos 10, 20, 21, 22, 23, 30, 33, 38).» También dentro de la Protección estaría el art. 40, donde se regula el procedimiento a que tiene derecho el niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales.

Dentro de la Participación: «La Convención establece que el niño tiene derecho a que se le proteja de cualquier interferencia a su privacidad, el derecho de expresar su opinión libremente y a que se escuche esta opinión, a recibir y proporcionar información e ideas de todo tipo a través de cualquier medio, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y a asociarse y congregarse pacíficamente. Por primera vez se reconoce el derecho del niño a ser consultado en aquellas decisiones que afecten su futuro. (Artículos 12, 13, 14, 15, 16.) El Estado debe asegurar que el niño tenga acceso a información de fuentes nacionales e internacionales. Se reconoce la responsabilidad de los medios de comunicación en proporcionarles esta información. (Artículo 17).» Recogida en «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. ¿Qué significará para los niños de la calle?», en *Nuestros Niños, Nuestra Esperanza*, vol. 1, núm. 4, Guatemala, CHILDHOPE, noviembre, 1989, p. 2.

¹¹ En este sentido es interesante señalar que el principio de no discriminación, que en la Convención se reconoce en el art. 2, se entiende no sólo respecto de los niños, sino que también se extiende a la que se pudiese dar por razón de sus padres, tutores o familiares.

¹² Esta idea de equiparación y unidad entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales estará también presente en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Así, se establece en el artículo 5 de esta Declaración que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...».

Sin embargo, y junto a todos esos aspectos positivos, creo que es criticable la forma en que esos derechos son reconocidos en el texto¹³. Así, con la excepción de los artículos 7, 13, 16 y 20, en los que sí se establece expresamente que los niños tienen, o tendrán, los derechos en ellos señalados, en el resto del articulado de la Convención son los Estados Partes los que «reconocen» los derechos de los niños¹⁴. Siendo estos Estados los que «se comprometen», «respetarán», «velarán», «asegurarán», «garantizarán», «promoverán», «fomentarán», «alentarán», «tomarán», o «adoptarán» medidas para que existan efectivamente esos derechos.

La forma de reconocer los derechos de los niños creo que hubiese sido más apropiada si las alusiones a los Estados se hubiesen limitado al establecimiento de sus obligaciones respecto a los derechos previamente reconocidos como propios de los niños; siguiéndose, en este sentido, el modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵.

b) *La protección de los derechos*

La asunción de esas obligaciones por parte de los Estados a que antes hacía referencia nos introduce en el segundo de los temas que quería tratar en este primer apartado: la evolución que se ha producido en el nivel de protección que en los distintos textos se establece respecto a los derechos reconocidos a los niños.

El primer paso en esta evolución habrá que entender que nuevamente se dio con la aprobación de la Declaración de Ginebra de 1924, aunque sea cierto que la protección concreta que en ella se establecía era ciertamente deficiente al indicarse en principio como destinatario de las obligaciones, para darle cumplimiento, a la humanidad, término demasiado abstracto que impide exigir a ninguna persona u organización concreta el cumplimiento efectivo de sus principios¹⁶.

¹³ Crítica ya apuntada por la profesora Elisa Pérez Vera en su trabajo «El Convenio sobre los Derechos del Niño», en obra colectiva *Garantía Internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 178 y ss.

¹⁴ También es utilizada la fórmula «Los Estados Partes reconocerán», en el artículo 26.1 para asegurar «a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social...», y en el artículo 21 apartado b) para establecer «que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño...».

¹⁵ Así, si en la Declaración se señala en el art. 20.1 que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas», en la Convención se establece, sin embargo, en el art. 15.1 que «los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas».

¹⁶ Sin embargo esta posible crítica no sería demasiado justa, ya que la Declaración como tal no tenía fuerza vinculante para los Estados que la adoptasen, siendo además según la profesora Melia Llacer «el



En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 es destacable el que ya se señalasen de una manera explícita quiénes habían de ser los responsables de la viabilidad práctica de los derechos reconocidos: los padres, en general todos los hombres y mujeres, las organizaciones particulares, las autoridades locales, y los gobiernos nacionales; dejando así de ser una mera declaración abstracta de buena voluntad dirigida a la «humanidad» para ser una declaración con unos destinatarios más concretos, encargados de luchar por la efectiva aplicación de los derechos del niño¹⁷. Ciertamente no se articularon tampoco entonces medidas concretas para comprobar y asegurar esa aplicación efectiva de los derechos, pero el hecho de que éstos estuviesen reconocidos en una Declaración ya implicaba que no existía una vinculación jurídica, ni siquiera para los Estados que la aceptasen expresamente, siendo pues imposible establecer medios obligatorios que asegurasen su correcta aplicación; sin embargo, la enorme influencia de la Declaración supuso no sólo un gran paso adelante en la toma de conciencia por los individuos, y las sociedades en general, de la necesidad de reconocer y proteger los derechos de los niños sino que fundamentalmente, y gracias a la propia fuerza moral de la Declaración, supuso también que sus principios inspiraran un gran número de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que determinaban de una manera más efectiva el reconocimiento y la protección de los derechos del niño¹⁸.

único objetivo que, en realidad, perseguían los autores de la Declaración fue el de establecer una síntesis de los derechos de la infancia» (REYES MELIA LLACER: «La protección internacional de los Derechos de los Niños», en *Revista General de Derecho*, núm. 536, mayo, 1989, p. 2915), consiguiéndose también así dar el trascendental paso de iniciar el camino de su reconocimiento y protección internacional.

¹⁷ Concretamente en el preámbulo se «insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios».

¹⁸ La profesora M.^a Isabel Álvarez analiza como documentos de las Naciones Unidas en los que se aprecia la influencia de la Declaración los siguientes: Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; Convención para reducir los casos de apátridas; Convenio sobre política Social; Convenio sobre igualdad de trato (Seguridad Social); Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro del matrimonio; Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos; Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional; Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social; Declaración de Derechos del retrasado mental; Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado; Declaración de los Derechos de los Impedidos; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños; Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas, al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra; Reglas mínimas para la administración de la Justicia de Menores

No obstante, y pese a su importancia, el avance propiciado por la Declaración de 1959 resultará finalmente insuficiente, tampoco esos otros instrumentos nacionales e internacionales condujeron a una satisfactoria defensa de los derechos del niño. Como razones de ese fracaso se podría señalar que en esos instrumentos no se recogían los derechos de los niños de una forma tan extensa como en la Declaración de 1959, así como que tampoco en ellos se establecieron mecanismos efectivos que aseguraran el cumplimiento en la protección de los derechos del niño por parte de los Estados que los ratificasen. Por todo ello se hizo cada vez más patente la carencia de fuerza de la Declaración y la necesidad de elaborar un convenio en el que se reconociesen todos los derechos de los niños, que tuviera en cuenta las nuevas concepciones sobre los mismos, y que obligase a los Estados Partes; ideas que llevaron a la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Siendo, sin duda, la Convención el instrumento fundamental en la protección de los derechos de los niños, más allá de sus defectos a los que más tarde me referiré, creo que se ha de destacar en primer lugar la enorme relevancia que este texto ha alcanzado. Esto se debe, en gran medida, al singular recibimiento con que ha sido acogida por la Comunidad internacional¹⁹, pero también a la vinculación jurídica que supone para los Estados Partes, junto al establecimiento de obligaciones más allá de los Estados, y al establecimiento de mecanismos de control de su efectiva aplicación.

En efecto, respecto a las obligaciones que sus preceptos imponen es importante resaltar que los mismos no sólo vinculan jurídicamente a los Estados partes, sino que, buscando una más eficaz protección de la infancia, tienen también como destinatarios a las personas individuales, entre las cuales los padres tendrán la mayor importancia. En este sentido es interesante la observación que realiza el profesor Díaz Barrado de que «la Convención, podría decirse, no sólo enuncia los derechos que corresponden a los niños, sino que indica a la vez las obligaciones y conductas que, en relación con estos, deben adoptar los padres (o responsables), la familia y las instituciones públicas y privadas dedicadas a los niños. Incluso, (...), se les reconocen derechos con el fin de

(Reglas de Beijing). Véase M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ: *Los Derechos del Niño: Su reconocimiento y formulación en el marco de Naciones Unidas y en el derecho constitucional español* (tesis doctoral), tomo I, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1993, pp. 121 y ss.

¹⁹ Lo que permitió su entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Destacándose como «el tratado sobre derechos humanos más ampliamente aceptado en la historia», quedando sólo seis países por ratificarla, de los cuales Suiza y Estados Unidos ya la han firmado. *Noticias del Unicef*, núm. 156, marzo, 1996, p. 29.

asegurar que los niños disfruten de los suyos»²⁰. Aunque, sin duda, son los Estados partes los principales obligados por la Convención.

La vinculación jurídica que para los Estados Partes se deriva de la ratificación del Convenio implica que éstos se obligan a realizar las acciones legislativas, o de cualquier otra índole, necesarias para una consecución efectiva del reconocimiento y protección de los derechos del niño en su ámbito jurisdiccional²¹. Se trata de un gran paso adelante que, sin embargo, para entenderlo en su justa medida debe compaginarse con los mecanismos de control que se articulan en la Convención, concretamente en los artículos 43, 44 y 45²², a fin de asegurar el cumplimiento por los Estados partes de las obligaciones contraídas al ratificar o adherirse a la Convención.

En el artículo 43 se regula la creación de un Comité de los Derechos del Niño, integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia que, pese a ser designados por los Estados partes, atendiendo a la distribución geográfica y a los principales sistemas jurídicos, ejercerán sus funciones a título personal; siendo elegidos para un período de cuatro años.

Es importante la previsión que hace la Convención de que será la Organización de Naciones Unidas la encargada de proporcionar tanto el personal y los servicios necesarios para el desempeño de las funciones del Comité, como de remunerar a los miembros del Comité con sus fondos; evitándose de este modo una vinculación material de los miembros con los Estados partes, y por consiguiente reduciendo posibles subordinaciones que pudiesen afectar al trabajo independiente de los miembros.

En el artículo 44 se establece el método concreto de control sobre los Estados Partes, que va a consistir en la obligación de éstos de elaborar un infor-

²⁰ CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO: «La Convención sobre los Derechos Niño», en *Estudios Jurídicos*, Universidad de Córdoba, 1991, p. 203.

²¹ Así, se puede señalar como ejemplos de los cambios que ha impulsado, e impulsará, al ser una norma vinculante, en los ordenamientos internos de todos los países que la ratificaron: «el caso de Viet Nam, que está reformando su sistema de justicia juvenil gracias a la Convención. O el de Barbados, que aprobó una ley que prohíbe la ejecución de menores también gracias a la Convención. O el de Namibia, que ha incorporado partes del texto de la Convención a su Constitución. O el de Bangladesh, que decretó la escolarización obligatoria, de las niñas, en parte como resultado de la Convención». Recogidos en STEPHEN LEWIS: «Llegará un día en que no habrá impunidad», en *El Progreso de las Naciones*, UNICEF, edición en español J & J Asociados, Barcelona, 1994, p. 37.

²² No incluyo el artículo 42, aunque haya que considerar también a éste como regulador de un método para asegurar y fomentar la aplicación de la Convención, abriendo en este sentido la Parte II de la Convención, porque en él se deja completamente la iniciativa a los Estados partes, sin articular realmente mecanismos de control por parte del Comité, u otro organismo de las Naciones Unidas. Concretamente establece este artículo que «los Estados partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños».

me «sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos». Este informe será presentado al Comité dos años después de la entrada en vigor de la Convención para el Estado en cuestión, y después cada cinco años.

El contenido del informe dependerá en gran medida de la voluntad del Estado que lo elabora. En efecto, si bien la Convención indica que aquél debe contener una información que, señalando también las circunstancias y posibles dificultades encontradas en el cumplimiento de las obligaciones que la Convención impone, sea suficiente para que el Comité pueda conocer cuál es la aplicación real de la Convención, sin embargo sólo le otorga competencia al Comité para pedir más información al Estado.

Por último, en el artículo 45 se regulan las posibles actuaciones de los organismos especializados, el UNICEF, demás órganos de las Naciones Unidas y otros órganos competentes por un lado, y las del Comité por otro, con «objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención».

Los organismos especializados, el UNICEF y demás órganos de las Naciones Unidas podrán estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones que estén dentro del ámbito de sus respectivos mandatos y, a petición del Comité, presentar informes sobre la aplicación de dichas disposiciones en el ámbito de sus actividades.

También, a invitación del Comité, los organismos especializados y la UNICEF, junto a «otros órganos competentes», entre los que se podrían incluir las Organizaciones No Gubernamentales²³, estarán facultados para prestarle asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en aquellos sectores que estén dentro de sus mandatos y, a través del propio Comité, conocer los informes de los Estados Partes que contengan solicitudes de asesoramiento o asistencia técnica, junto con las posibles observaciones que el Comité añada.

²³ En este sentido señala el profesor Díaz Barrado que al referirse la Convención en este artículo a esos otros órganos competentes «da a entender, a la luz de los trabajos preparatorios, que se admite la colaboración en el marco de la aplicación de la Convención, de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa y protección de los niños». CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO: «La Convención sobre los Derechos del Niño», cit., p. 217. También se indica en el mensaje de Javier Pérez de Cuéllar, siendo Secretario General de las Naciones Unidas, con ocasión de la entrada en vigor de la Convención, que el Comité tendrá la asistencia de «organizaciones no gubernamentales competentes». Recogido en *Convención sobre los Derechos del Niño. Carpeta de información*, Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y UNICEF.



Por su parte el Comité podrá «recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño»; y formular, teniendo en cuenta, en base a la información recibida, sugerencias y recomendaciones generales que transmitirá a los Estados Partes interesados y, junto con los posibles comentarios de éstos, a la Asamblea General. Todo ello permitirá que el Comité desarrolle su función fundamental de constituirse en «el principal centro de coordinación de las actividades internacionales para que los derechos del niño se incorporen en las leyes y prácticas nacionales»²⁴.

En cualquier caso, en una valoración crítica de estos mecanismos de control la objeción fundamental radicaría en el escaso control que dichos mecanismos suponen en realidad sobre la aplicación efectiva de la Convención en los distintos Estados²⁵. En efecto, aunque también se prevén informes de organismos de las Naciones Unidas, es al Estado parte al que le corresponde realizar, de acuerdo con su propia concepción de la realidad, el informe principal sobre las medidas legislativas, o de cualquier otra índole, que se hayan adoptado, las dificultades que realmente se hayan encontrado en la aplicación de la Convención, y la aplicación efectiva de ésta.

Es también criticable, en segundo lugar, que además de ese escaso margen de maniobrabilidad que se le concede al Comité en la recepción de informaciones (cuyas negativas consecuencias podrían paliarse dándole a las Organizaciones No Gubernamentales una participación más activa en la emisión de informes, así como en el examen de la aplicación de las disposiciones de la Convención y en la propuesta de posibles soluciones), tampoco se le otorgue al Comité la competencia para adoptar decisiones o recomendaciones individuales, reconociéndosele sólo la posibilidad de formular sugerencias y recomendaciones generales.

Por último, y para tener una visión completa de la protección efectiva que de los derechos de los niños se puede conseguir a través de la Convención, hay que tener presente la posibilidad abierta a todos los Estados partes en el artículo 51 de

²⁴ Así se señala en el mensaje de JAVIER PÉREZ DE CUÉLLAR, recogido en *La Convención sobre los Derechos del Niño. Carpeta de información*, cit.

²⁵ En este sentido la profesora Pérez Vera indica que «la parte II consagra sólo cuatro disposiciones al establecimiento de un procedimiento de control que, (...), ha de calificarse como claramente insuficiente». ELISA PÉREZ VERA: «El Convenio sobre los Derechos del Niño», cit., p. 170. Crítica que es compartida por gran parte de la doctrina, manifestándose así en parecidos términos PILAR RODRÍGUEZ MATEOS: «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992, p. 498, y CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO: «La Convención sobre los Derechos del Niño», cit., p. 220.

la propia Convención de formular reservas a la misma en el momento de su ratificación o adhesión; estableciéndose como único límite, en el punto 2 de dicho artículo, el que la reserva debe resultar compatible con el objeto y el propósito de la Convención. Esta no regulación de límites y controles específicos en la formulación de reservas implica que para conocer el alcance de éstas se haya de estar tanto a lo formulado por cada Estado al ratificar o adherirse a la Convención, cuanto a las objeciones que a dichas reservas realicen otros Estados partes²⁶, siendo en todo caso destacable que ninguna de las objeciones formuladas hasta ahora haya impedido la entrada en vigor de la Convención entre el objetante y el reservante²⁷.

2. EL PROGRESIVO CAMBIO DE CONCEPCIÓN SOBRE LA CONDICIÓN DEL NIÑO

La consideración de los niños como sujetos titulares de derechos es de muy reciente aparición, siendo quizás en el inicio del siglo XX donde se pueda

²⁶ Así (y teniendo en cuenta que el límite establecido en la Convención no supone en realidad un límite particular ya que esa posibilidad quedaba impedida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 3 de mayo de 1969, que en su artículo 19 estipulaba que ninguna reserva podía ser incompatible con el objeto y fin del tratado), podrá realizarse toda reserva que sea compatible con ese objeto y propósito, y que a su vez entre dentro de los límites del concepto de reserva (la misma Convención de Viena establece en el artículo 2.1 apartado *d*). que «se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado». Se plantea entonces el problema de saber cuáles pueden ser consideradas como auténticas «reservas» hechas por los Estados partes a la Convención, y si éstas son o no compatibles con el objeto y propósito de la misma. Para dar solución a esta cuestión, no habiéndose establecido en el Convenio ningún mecanismo de control adecuado, como podía ser la posibilidad de recurrir a un tercero que pudiese emitir una decisión vinculante sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las distintas reservas que se realizasen a la Convención, se habrá de estar a la interpretación que hagan los Estados partes. Estos Estados podrán, pues, en la práctica, aceptar u objetar libremente dichas reservas. En este sentido hay que entender cómo algunos países han realizado «reservas» a la Convención en su conjunto (v.g. Djibouti, véase en «BOE» núm. 152, de 25 de junio de 1992) o a algunos de sus artículos (v.g. Indonesia respecto a los artículos 1, 14, 16, 17, 21, 22 y 29, véase en «BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 1991) de dudosa validez, y que esto ha provocado que las mismas hayan sido objetadas por otros Estados partes (v.g. Suecia objetará las reservas hechas por Indonesia, véase en «BOE» núm. 240, de 6 de octubre de 1992, y por Djibouti, véase en «BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 1994).

²⁷ Para una completa información de las ratificaciones, adhesiones, reservas, declaraciones y objeciones que se han hecho se pueden consultar los siguientes «Boletines Oficiales del Estado»: núm. 313, de 31 de diciembre de 1990; núm. 123, de 23 de mayo de 1991; núm. 251, de 19 de octubre de 1991; núm. 33, de 7 de febrero de 1992; núm. 152, de 25 de junio de 1992; núm. 240, de 6 de octubre de 1992; núm. 35, de 10 de febrero de 1993; núm. 129, de 31 de mayo de 1993; núm. 255, de 25 de octubre de 1993; núm. 41, de 17 de febrero de 1994; núm. 138, de 10 de junio de 1994; núm. 246, de 14 de octubre de 1994; núm. 35 de 10 de febrero de 1995; núm. 142, de 15 de junio de 1995; núm. 249, de 18 de octubre de 1995; núm. 45, de 21 de febrero de 1996; núm. 133, de 1 de junio de 1996; núm. 257, de 24 de octubre de 1996.

comenzar a hablar de una preocupación por la infancia como estadio en el desarrollo del ser humano digno de por sí de una especial protección. En las sociedades antiguas como Grecia y Roma los niños no dejaban de ser meros objetos de posesión (del cuerpo político en Grecia; o del «paterfamilias» en Roma); el niño sólo era considerado en cuanto proyecto de persona adulta, y sólo debería considerarse en función de su utilidad a la sociedad o a la familia, pudiendo disponer el Estado o el «paterfamilias» de su persona con absoluta libertad, sin tener que guardar ninguna atención a los posibles intereses propios del menor²⁸.

El aumento de la preocupación por la infancia se fue produciendo paulatinamente en los siglos posteriores, pasando a considerarse al menor, a causa de su particular situación de debilidad e inferioridad, como digno de una protección especial. Idea ésta que se complementaría con la aceptación del niño como sujeto independiente del «paterfamilias» y del cuerpo político; pudiéndose incluso apuntar, en un avance posterior, la superación de «la fuerte tendencia existente en nuestro siglo a considerar a los niños como algo que pertenece a la familia o, para ser precisos, a los padres»²⁹. Creo que es en esta línea donde luego se podrá apreciar mejor el porqué de la nueva concepción del niño como sujeto titular de derechos.

La concepción de los niños como sujetos merecedores de una tutela especial era compatible con la visión que se tenía, y en gran medida se sigue teniendo todavía en nuestro siglo, de la infancia como estado «imperfecto» del ser humano. En este sentido señala Jens Qvortrup que «en nuestra cultura, parecemos ansiosos por subestimar el potencial del niño (...) Si fuera así, equivaldría a privarlos de su dignidad humana, (...) cuyo resultado sería, en última instancia, una moratoria paternalista de unos seres “aún no” humanos antes de permitirles acceder a la fase adulta de sus vidas»³⁰. Esta concepción llevaba a que se les protegiese en la medida en que ellos no podían hacerlo con sus propios medios y en cuanto que suponían un proyecto de hombre para el futuro; pero lo que en verdad se estaba protegiendo, lo que realmente tenía interés para las normas, era la protección del ser humano entendido como futuro adulto, no del niño como tal.

²⁸ Véase REYES MELIA LLACER: «La protección internacional de los Derechos de los Niños», cit., pp. 2907 y ss. Un análisis de la historia de la infancia en Occidente puede verse en LLOYD DEMAUSE: *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1994.

²⁹ JENS QVORTRUP: «El niño como sujeto y objeto: Ideas sobre el programa de infancia en el Centro Europeo de Viena», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, p. 178.

³⁰ JENS QVORTRUP: Op. cit., p. 172.

Esta doctrina llevaba consigo implícita la no atribución a los niños de los derechos fundamentales que eran reservados al hombre plenamente desarrollado; en este sentido señala el profesor Liborio Hierro que «la consideración inicial de los derechos humanos fundamentales como derechos públicos subjetivos tomaba como presupuesto la autonomía o soberanía individual, manifestación de la libertad y la igualdad originarias del hombre considerado como un ser racional y plenamente autónomo. Por ello, las posiciones liberales más clásicas hacían compatible la afirmación de los derechos humanos basados en la libre e igual condición de los hombres con la marginación de determinados colectivos humanos, como las mujeres, los menores e incluso los trabajadores»³¹. Sin embargo, como ya se ha indicado, esa concepción no ha de considerarse sólo como propia de una época lejana; así, el mismo profesor Hierro lo considera como «un modo de pensar absolutamente mayoritario que concibe en cualquier caso los derechos humanos como la expresión de la libre e igual condición de los seres humanos adultos (...) punto de vista dominante de que los derechos humanos corresponden al «ser humano adulto capaz de elección» y de que sólo de modo impropio puede hablarse de “derechos de los niños”»³².

³¹ LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño», *Revista de Educación*, núm. 294, Madrid, enero-abril, 1991, p. 225.

³² LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: Op. cit., p. 226. Respecto a la posibilidad de extender el concepto de derechos humanos a los menores es interesante la diferenciación que realiza el profesor Prieto Sanchís de dos sentidos de la expresión derechos humanos. Entiende así el profesor Prieto que «se puede (...) hablar de los derechos humanos como aspiración, como meta a conseguir; en este caso el contenido de esos derechos –que no serían todavía derechos– pertenecería al terreno de la filosofía moral o política»; y que por otra parte sólo «cabe hablar de derechos humanos en sentido jurídico estricto» cuando estos «están reconocidos por un ordenamiento jurídico apoyado en el poder capaz de garantizar a sus titulares la protección adecuada frente a una violación o desconocimiento de los deberes que la atribución de tales derechos genera frente al Estado o los demás grupos o individuos». Con base en esta distinción señalará el citado profesor que «desde la perspectiva moral no parece existir ningún obstáculo para formular una teoría de los derechos humanos del menor (...). Pero si del terreno filosófico o ético pasamos al jurídico, las cosas suceden de otro modo. En el mundo del Derecho no sólo resulta aventurado referirse a una historia de los derechos humanos del menor, sino que incluso hoy es problemático intentar formular un catálogo de derechos fundamentales atribuidos de modo pleno al menor de edad, aunque sólo sea porque su acceso a la Justicia se halla por lo común mediatizado (...) ello sin contar las restricciones o exclusiones establecidas para el ejercicio de numerosos derechos». Lo que le permitirá sacar como conclusión que «la protección de los derechos humanos del menor resulta, pues, parcialmente insatisfactoria. El uso ambiguo o retórico de un concepto prestigioso ha provocado (...) la aparición de una teoría particular o específica de los derechos humanos del menor que tiene muy poco en común con el significado que dicha expresión tiene tanto en el lenguaje corriente como en el técnico-jurídico (...) Sin embargo, *de lege ferenda*, tampoco parece razonable postular la atribución global e indiscriminada de los derechos fundamentales en favor de todos los menores. Es preciso distinguir, pues ni el ejercicio de los derechos tiene siempre las mismas consecuencias ni requiere la misma responsabilidad, ni los menores de 18 años, cualquiera que sea su edad, se hallan en las mismas condiciones de madurez». L. PRIETO SANCHÍS: «Los derechos fundamentales y el menor de edad», en *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Madrid, Consejo Superior de Protección de Menores-Ministerio de Justicia, 1983, pp. 181, 182 y 203.



Será esta concepción del niño la que inspirará las dos Declaraciones de los Derechos de los Niños. Así en la Declaración de Ginebra se considera que la especial indefensión en que estos se encuentran, tanto en las situaciones normales como en las extraordinarias, les hace merecedores de una protección también especial. Pero esa protección se ofrece sin tener en cuenta las propias opiniones o valoraciones de los menores, lo que permite decir que éstos serán considerados como simples «objetos» dignos de una particular protección. Esta concepción del menor se extendería a la Declaración de 1959, siendo así que incluso existiendo principios en que expresamente se señala al niño como titular de derechos, no se le reconoce al menor ninguna clase de participación en el establecimiento de cómo han de concretarse esos derechos.

Esta visión de la infancia sólo se empezará a superar en fechas muy recientes, sobre todo tras la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que comienza a reconocer a los niños no como meros «objetos» dignos de protección, sino como sujetos que podrán participar, de acuerdo con su nivel de madurez, en la toma de aquellas decisiones que les afecten³³.

Así, creo que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 responderá al planteamiento de considerar al niño no como un ser humano incompleto, o necesariamente unido a su familia o a sus padres, sino como un ser humano completo, del que es predicable la dignidad humana como de cualquier otro ser humano, y que forma parte de manera independiente, como ser autónomo que es, de la vida familiar y social³⁴. Este punto de vista es perfectamente compatible con que la especial situación de indefensión en que se encuentra el niño motive una protección adecuada a la misma, sin que esto merme en absoluto su condición de ser humano. En este mismo sentido, el profesor Liborio Hierro, partiendo de su concepción general de los derechos humanos formulados en términos de necesidades³⁵, afirma que «no podemos

³³ En este sentido es esencial el art. 12.1 de la Convención, que establece que «los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

³⁴ En este sentido, es interesante resaltar la terminología que se usa en el art. 1 de la Convención para definir qué se ha de entender por niño. Así, señala que «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...»; reconociéndose, pues, expresamente al niño como ser humano, algo que no se hacía ni en la Declaración de Ginebra, ni en la Declaración de los Derechos de los Niños de 1959. Por otra parte creo también interesante resaltar cómo, aunque de forma menos directa, un reconocimiento similar se hace en el artículo 37 apartado c) al establecer que «todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana...»

³⁵ Concepción que desarrolló en su trabajo L. L. HIERRO: «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», en *Sistema*, núm. 46, Madrid, 1982, pp. 45 y ss. Y que se basa en que

establecer los derechos de los niños como si se tratara de un grupo marginal de la sociedad humana. Se trata, por el contrario, de *tomarse en serio que los niños son seres humanos*»³⁶.

Pero si el niño ha de ser considerado como un ser humano independiente esto implica que los derechos de los que es titular serán los que le correspondan a cualquier otro ser humano por su simple condición de ser humano; es decir, los derechos humanos reconocidos en los textos internacionales serán también predicables de los niños (lo que no se opone, como ya se señalaba, a la necesidad de que el reconocimiento y protección de estos derechos se adecue a la especial situación de indefensión en que se encuentra el niño).

Por último, creo que es conveniente estudiar cómo el desarrollo del valor igualdad viene también a legitimar estas conclusiones.

En este sentido podría considerarse en primer lugar la importancia de la ampliación que al concepto de igualdad como generalización supone la igualdad como equiparación³⁷, que podría concretarse en que «si el principio de generalidad establece la exigencia de un trato igual de situaciones que se consideran iguales, el de equiparación supone un trato igual de circunstancias o situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa»³⁸. Lo que implicará que tomando como fundamento la igualdad como equiparación se considere que

«tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso». Esto supone que «si alguien entiende (...) que aquel viejo principio de justicia «*ius suum cuique tribuendi*», que pudo utilizarse como fundamento de los derechos, ha de sustituirse por el de «dar a cada uno según sus necesidades», entiende bien. La dificultad (...) es establecer cuáles son sus necesidades y, entre ellas, cuáles exigen incondicionalmente su satisfacción. Y no es poca dificultad. (...) sólo podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional, cual si se tratase de un fin en sí mismo, y sólo cuando existan posibilidades de satisfacerlas, cuando podamos imponer sobre otros los correlativos deberes «según sus posibilidades». L. L. HIERRO: op. cit., pp. 57 y 60 y 61.

³⁶ LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño?», cit., p. 228.

³⁷ El profesor Peces-Barba señala la conexión existente entre la igualdad como generalización, la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación, al ser todas ellas distintas dimensiones de la igualdad ante la ley. Siendo la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación partes integrantes de una misma dimensión: la igualdad de trato formal. Véase, en este sentido, GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 243-245, concretamente p. 243.

³⁸ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Universidad Complutense, Madrid, enero, 1982.

circunstancias como el sexo, la raza o la religión, no son relevantes para justificar un tratamiento normativo diferente; y es en este sentido en que se podría considerar también que la edad no constituye tampoco un elemento relevante para excluir a la persona del reconocimiento de los derechos humanos³⁹.

Pero si el concepto de igualdad como equiparación nos puede servir para extender también al niño la titularidad de los derechos humanos, es, asimismo, en otras dimensiones del valor igualdad donde se podrá encontrar la justificación necesaria para que, con base en la situación de especial indefensión en que se encuentran los niños, se les dé una protección especial y se les reconozca, por consiguiente, unos derechos singulares que justifiquen ese trato desigual.

Reconocimiento y protección especiales que encontrarán así su justificación tanto en la igualdad como diferenciación (a la que antes hacía referencia y que supone que determinados elementos, como puede ser la edad, son considerados lo suficientemente relevantes como para justificar un tratamiento jurídico diferenciado), como en la igualdad material (donde se trasciende el ámbito jurídico para conectar con la realidad social, con la situación concreta de indefensión en que los niños se encuentran). En este sentido, señala el profesor Peces-Barba que «la igualdad de trato formal como diferenciación es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que el establecimiento de los datos relevantes, que aquí sólo tienen una repercusión jurídica dentro del sistema, aplicando o no una norma jurídica determinada, puede abrir la puerta a reflexiones sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades importantes. Por eso, como veremos, la igualdad material se afronta desde criterios de igualdad de trato como diferenciación»⁴⁰.

Es, pues, en esa igualdad de trato material como diferenciación donde van a tener su justificación expresa determinados derechos de los niños, que permitan ese reconocimiento y esa protección especiales. Así, señala el citado profesor Peces-Barba que «la igualdad de trato material como diferenciación

³⁹ Aunque la edad no esté reconocida expresamente en el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como causa de no discriminación (ya que seguramente, como se ha indicado, no existía la intención de extender la titularidad de los derechos humanos a los niños); sin embargo nada impediría que se pudiese considerar que la edad quedase incluida dentro de las cláusulas generales, por «cualquier otra índole» o «cualquier otra condición», que se señalan en el artículo 2.1 para que no se excluya a ninguna persona de los derechos y libertades contenidos en la Declaración. En este sentido señalaré también más adelante la posibilidad de que el niño sea titular de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

⁴⁰ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, cit., p. 245.

genera y fundamenta a derechos humanos que, a través de la satisfacción de necesidades, ayuda a cumplir el objetivo moral con la superación de los obstáculos que afectan a los titulares y que éstos no pueden satisfacer por sí mismos. Entre los derechos que derivan de este valor están los referidos a la educación, como básica y obligatoria...»⁴¹.

La unión de estas dos corrientes, la consideración del niño como un ser humano completo con personalidad y dignidad propia junto a la concepción del niño como una persona que se encuentra en una situación de inferioridad en sus relaciones sociales que le hace merecedor de un reconocimiento y protección especiales de sus derechos, se produce en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

3. LA IMPORTANCIA DEL VALOR SOLIDARIDAD EN EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Si al final del anterior apartado señalé la importancia del valor igualdad en la evolución seguida en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, trataré ahora de analizar cómo ha actuado el valor solidaridad en ese proceso. Es, a mi juicio, en el valor solidaridad donde se encuentra encuadrado de forma más directa el reconocimiento de los derechos de los niños, puesto que este valor dota de la relevancia suficiente a determinadas situaciones que colocan en inferioridad en sus relaciones sociales a algunos grupos de la sociedad, como es el caso de los niños, de modo que cabe exigir un tratamiento especial para ellos.

Pero antes de analizar el papel desarrollado por el valor solidaridad en ese reconocimiento y protección de los derechos del niño, y de examinar la importancia que se le ha concedido en las dos Declaraciones y en la Convención, creo que se hace necesario realizar un estudio, aunque sea de forma muy somera, de lo que hemos de entender por dicho valor solidaridad. Estudio que me llevará a considerar también las características del proceso de especificación de los derechos humanos, al estar este proceso fundamentalmente basado, junto al valor igualdad en su dimensión de igualdad de trato material como diferenciación, en el valor solidaridad.

⁴¹ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: Op. cit., p. 249.



Habría que delimitar así, en primer lugar, el sentido de solidaridad que aquí nos interesa, debiendo considerarla, siguiendo al profesor Peces-Barba, como valor superior del ordenamiento, como fundamento de derechos⁴². En este sentido se señala que el valor solidaridad «está en la base del proceso de especificación, al detectar que grupos de personas por razones (...) físicas (...) niños, (...) se encuentran en una situación de inferioridad y no están cubiertos por los genéricos derechos “del hombre y del ciudadano”, sino que necesitan una protección especial»⁴³.

La conexión como se ve es muy estrecha con el principio de igualdad como diferenciación, que como antes señalaba fundamenta derechos con base en la relevancia que otorga a las necesidades básicas cuya satisfacción no puede ser realizada sólo con el esfuerzo de quien la tiene (situación en la que indudablemente se encuentran los niños), pero no creo que se pueda hacer una identificación entre ambos. Así lo indica también el profesor Peces-Barba cuando señala que «el proceso de especificación como proceso histórico se produce por la influencia conjunta de los valores de solidaridad y de igualdad de trato formal como diferenciación»⁴⁴.

Sin entrar en un análisis en profundidad de estos valores de solidaridad e igualdad y las posibles diferencias o solapamientos entre ellos, que nos alejaría quizás demasiado del propósito de este artículo⁴⁵, sí creo conveniente resaltar la necesidad de tener en cuenta el valor solidaridad para una mejor comprensión del porqué de una especial protección debida a la infancia, aceptando en este sentido que «el punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás. El objetivo político es la creación de una sociedad en la que todos se consideren miembros de la misma, y resuelvan en su seno las necesidades bási-

⁴² En la terminología que usa el citado profesor, «solidaridad de los modernos», dotada de una relevancia jurídica de la que carecería la que denomina «solidaridad de los antiguos», que se quedaría simplemente en el plano ético y religioso. Véase GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: Op. cit., pp. 222 y ss.

⁴³ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: Op. cit., p. 240.

⁴⁴ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: Op. cit., p. 245.

⁴⁵ Además de los textos ya reseñados para un mayor acercamiento a estos dos valores pueden consultarse los trabajos: FRANCISCO J. LAPORTA: «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, núm. 67, Madrid, julio, 1985; MANUEL REYES MATE (ed.): *Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexión filosófica*, Madrid, Fundación Argenteria-Visor Distribuciones, 1995; JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, núm. 101, Madrid, marzo, 1991; JAVIER DE LUCAS: *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; RICHARD RORTY: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991; o VICTORIA CAMPS: *Virtudes Públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

cas (...), en definitiva que todos puedan realizar su vocación moral como seres autónomos y libres. El objetivo a alcanzar supone llegar a aquellas personas que se encuentran en una situación más débil, más desfavorecida y más desventajosa. La solidaridad (...) tiene a la cooperación y a la creación de relaciones jurídicas de integración como medios para alcanzar esos objetivos»⁴⁶.

Se puede entender, pues, que el valor solidaridad (junto a los otros valores de libertad, seguridad jurídica e igualdad), abra así una nueva dimensión que ayude a conseguir la buscada autonomía o independencia de todos los seres humanos, permitiendo establecer deberes positivos para la satisfacción de las necesidades básicas a través de la cooperación de todos los individuos de la sociedad.

Este valor solidaridad va a fundamentar los derechos de los niños a través de lo que se conoce por proceso de especificación. El proceso de especificación, como un paso más en la evolución de los derechos fundamentales⁴⁷, fue señalado por primera vez en 1987 por el profesor Norberto Bobbio⁴⁸ al

⁴⁶ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, cit., p. 238.

⁴⁷ El profesor Peces-Barba, dentro de su concepción de que «los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno que surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad», señalaba que «desde el origen y hasta nuestros días se producirá un triple proceso de evolución: la positivación, la generalización y la internacionalización». Conceptos respecto de los que quizás sea conveniente indicar, aunque sea muy someramente, a que se hace alusión con ellos. Así, indicaba el profesor Peces-Barba en la Introducción General a la selección de textos de derechos fundamentales recogidos en el libro *Derecho positivo de los derechos humanos* que: «por el proceso de positivación se pasa de la filosofía de los derechos fundamentales al Derecho positivo, principalmente a través de las constituciones»; «a través de la generalización se introducirán en la fórmula de los derechos, por influencia del movimiento obrero y del socialismo democrático, componentes igualitarios»; y, «por el proceso de internacionalización se intentará, en este siglo XX, superar el ámbito del Estado nacional y su soberanía para su reconocimiento y protección». En AA.VV.: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 11, 13 y 14.

En cuanto al proceso de internacionalización es interesante recordar que surge del entendimiento de que una protección adecuada de los derechos fundamentales, que pretendiese obtener una eficacia jurídica universal, pasaría en un mundo como el actual por crear instrumentos jurídicos destinados a la Comunidad Internacional en su conjunto. En este sentido, responden a este proceso tanto la creación de textos de carácter general (como son la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, o los dos Pactos Internacionales de 1966, el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), como también aquellos textos referidos a sectores concretos de la sociedad, como son los niños, necesitados para su protección de la cooperación internacional (así: la Declaración de la Sociedad de Naciones de los Derechos del Niño de 1924, la Declaración de la ONU de los Derechos del Niño de 1959, y la reciente Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989).

⁴⁸ Así lo indica el propio profesor Bobbio en la Introducción al libro, recopilación de catorce trabajos suyos en donde trata los derechos humanos, *El tiempo de los derechos*: «el tercer escrito, que da título a la selección, "El tiempo de los derechos", es, con otro título, el discurso que pronuncié en la Universidad de Madrid en septiembre de 1987, por invitación del profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, director del Instituto de Derechos Humanos de Madrid. En él (...) pongo particularmente en evidencia, por primera vez,



establecer que «al lado de los procesos de positivación, generalización, internacionalización (...), se ha manifestado en los últimos años una nueva línea de tendencia que se puede llamar de *especificación*, consistente en el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. (...). Así respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto al hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano? Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana (...). En atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto»⁴⁹.

En el ensayo «Derechos del hombre y sociedad» aclaró el profesor Bobbio que «se puede afirmar, en general, que el desarrollo de la teoría y la praxis (más de la teoría que de la praxis) de los derechos del hombre se ha concretado esencialmente desde finales de la guerra en adelante en dos direcciones: la de su universalización y la de su multiplicación»⁵⁰. Esa multiplicación estaría motivada por tres causas, interesando aquí destacar la que el profesor Bobbio señala en tercer lugar en donde «el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status* sociales, en relación a distintos criterios de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas, cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que no consienten igual tratamiento e igual protección»⁵¹.

La claridad con la que el profesor Bobbio explica qué entiende por proceso de especificación creo que nos permite comprender, sin necesidad de rea-

cómo se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre con el paso del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un proceso de gradual diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, de los que se exige su reconocimiento y protección. He presentado una reformulación posterior, y por ahora definitiva, de los temas de la historicidad y de la especificación de los derechos humanos en el ensayo "Derechos del hombre y sociedad", que escribí como ponencia introductoria al Congreso Internacional de Sociología del Derecho, desarrollado en Bolonia a finales de mayo de 1988, y que constituye el último capítulo de la primera parte de esta selección». NORBERTO BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 15 y 16.

⁴⁹ NORBERTO BOBBIO: Op. cit., pp. 109 y 110.

⁵⁰ NORBERTO BOBBIO: Op. cit., pp. 113 y 114.

⁵¹ NORBERTO BOBBIO: Op. cit., p. 115.

lizar más aclaraciones, en qué sentido se encuadran los derechos del niño dentro del proceso de especificación. Pero sí creo que puede ser conveniente para una mayor concreción atender a las distinciones que hace el profesor Peces-Barba⁵² al señalar que la especificación lo es tanto respecto a los contenidos como respecto a los titulares, diferenciando a su vez dentro de esta última categoría diversos grupos según de donde derive la relevancia de sus especiales circunstancias o situaciones que los hagan merecedores de una protección especial. Así, distingue el citado profesor entre aquellas personas a las que su condición social o cultural las coloca en una situación de inferioridad en las relaciones sociales (v.g. las mujeres); aquellas otras personas que encuentran dicha relevancia en la situación que ocupan en unas determinadas relaciones sociales (v.g. los consumidores); y aquellas que su situación de inferioridad en las relaciones sociales se deriva de su condición física, que a su vez pueden ser de dos tipos generales o específicas, según afecten a todas las personas durante algún tiempo (v.g. los niños) o afecten a algunas personas temporal o permanentemente (v.g. los minusválidos). De acuerdo con todo lo cual señala el profesor Peces-Barba que «en el supuesto de condiciones relevantes generales, estamos ante los derechos del niño, que exigen una protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono»⁵³.

De todo lo dicho hasta aquí quedaría pues claro, a mi entender, que el valor solidaridad está en el sustrato de toda la línea evolutiva del reconocimiento y protección de los derechos de los niños que venimos analizando. Sin embargo, como antes señalaba, creo que es necesario estudiar también la distinta forma, acorde con el momento en el proceso de evolución en que se sitúan, en que dicho valor es reconocido en los distintos textos.

Así, la importancia que en las dos Declaraciones se le otorga al valor solidaridad se desprende del hecho de que el mismo se predica como valor que debe ser asumido por los menores con el objetivo último de construir un mundo mejor, constituyéndose así también como fundamento de las relaciones sociales. En este sentido creo que han de entenderse tanto el principio V de la Declaración de Ginebra, donde se establecía la necesidad de que el niño fuese educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos, cuanto los principios 7 y 10 de la

⁵² GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, cit., pp. 154 y ss.

⁵³ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Op. cit.*, p. 155.



Declaración de 1959, en los que se señalaba, como uno de los fines que se debía perseguir con la educación, fomentar los valores que le permitiesen al niño ser útil a la sociedad, y la necesidad, en todo caso, de educar al niño «en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejante»⁵⁴.

En una línea continuista con las dos Declaraciones de los Derechos del Niño, en la Convención se sigue concediendo gran importancia al valor solidaridad tanto en la protección y en la educación del menor, como para establecer las relaciones entre los pueblos, aludiéndose a ella directa o indirectamente en el Preámbulo y en el articulado.

Así se establece expresamente en el párrafo 7 del Preámbulo la consideración de «que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad»; y en los párrafos 11, 12 y 13 se hace eco la Convención de algunas de las nuevas corrientes de pensamiento en la protección de los niños, estableciéndose que, partiendo de la realidad en la que existen flagrantes desigualdades entre las condiciones de vida de los niños de unos países y las de los otros, para una adecuada protección de los derechos de los niños es necesario luchar a través de la cooperación internacional, respetándose, en todo caso, las distintas culturas. Será así la solidaridad el valor principal que, a mi juicio, fundamenta esa cooperación con los países en desarrollo, necesaria para la protección de su infancia especialmente necesitada de ayuda⁵⁵.

En el articulado de la Convención también se hace alusión a la necesidad de recurrir a la cooperación internacional a fin de conseguir una más adecuada protección de los derechos del menor. Así, en los artículos que regulan el dere-

⁵⁴ Lo que para Melia Llacer suponía «una especie de mandato moral que deben asumir los padres y educadores para lograr que las generaciones futuras logren superar el hedonismo o el utilitarismo tan característicos de la sociedad de consumo. La base de la vida social es la solidaridad y el amor fraterno entre los hombres, cuyo índice es el servicio a los demás; por ello es principio básico de educación para el niño, debe fomentarse desde la infancia la colaboración y solidaridad entre las personas para poder llegar a conseguir verdaderas sociedades basadas en la democracia y trato igualitario. (...) Para esta Declaración de los derechos del niño, el consagrar las energías y las aptitudes al servicio de los demás es un principio que trasciende toda la educación y ordena toda la vida de la persona». REYES MELIA LLACER: «La protección internacional de los Derechos de los Niños», cit., pp. 2923 y 2924.

⁵⁵ Asimismo, como recogía anteriormente en la nota 45, el profesor Peces-Barba considera que la solidaridad tiene a la cooperación y a la creación de relaciones jurídicas de integración como medios para alcanzar sus objetivos.

cho a la información (art. 17), la adopción (art. 21), el niño refugiado (art. 22), la atención sanitaria de los niños impedidos (art. 23), el derecho a la salud (art. 24), el derecho a la educación (art. 28), la protección ante la explotación y los abusos sexuales (art. 34), y el secuestro, la venta o la trata de niños (art. 35).

Pero creo que, sin duda, es el artículo 4 el que mayor relevancia adquiere en el ámbito de la cooperación internacional para la efectiva protección de los derechos de los niños al establecer que «los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional». Así este artículo, que responde a la fundamentación del valor solidaridad y a la necesidad de la cooperación entre los pueblos y sus Estados, permite señalar (tras un análisis de las causas principales de la mayor parte de las violaciones de los derechos de los niños⁵⁶, y teniendo en cuenta que en la Convención se protegen todos los derechos de los niños de forma unitaria sin dar prevalencia a los civiles sobre los sociales o económicos), la necesaria e inevitable lucha en que todos los Estados partes se encuentran vinculados (no hay que olvidar que la Convención vincula jurídicamente a los Estados que la ratifican), hasta el máximo de los recursos de que dispongan en la lucha contra la pobreza y el subdesarrollo⁵⁷.

Por último, y siguiendo la línea marcada por las dos Declaraciones en cuanto a la importancia de la asunción del valor solidaridad por el menor a través de la educación, se reconoce en el artículo 29.1 apartado *b*) de la Convención que la educación del niño debe estar encaminada a inculcarle «el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas»; añadiendo en el apartado *d*) que también habrá de estarlo a «preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena».

⁵⁶ Un estudio de la situación de la infancia en el mundo en actual puede verse en la publicación *El Progreso de las Naciones*, cit.

⁵⁷ La necesidad de la cooperación y la solidaridad para conseguir la efectiva protección de los derechos de los niños también es señalada en la ya citada Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. La cual reconoce expresamente en el artículo 21 que en apoyo de la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño «deben fomentarse la cooperación y la solidaridad internacionales».



4. EL «INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO»

El denominado «interés superior del niño» supondrá la última constante que considero básica para entender la evolución seguida en el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia; siendo un concepto cuyo espectacular avance, desde su recepción embrionaria en la Declaración de Ginebra, se ha visto nuevamente impulsado tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de 1989⁵⁸.

Un primer acercamiento a la idea de interés superior del niño consistirá en entender como tal la consideración primordial que en todas las sociedades se le debe dar a la protección de sus niños⁵⁹. Esta idea estaría presente no sólo en la elaboración de los principios de la Declaración de Ginebra (así, por ejemplo, el principio III establecía que fuese el niño el que primero recibiese auxilio en tiempos de desdichas), sino también en la expresión ya mencionada, y que habría de inspirar toda la Declaración, de que «por la presente (...) los hombres y las mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe dar al niño lo que ella tenga mejor, afirmándose en sus deberes por encima de toda consideración de raza, de nacionalidad y de creencias».

Esa manera de entender el interés superior del niño encontró también continuación en la Declaración de 1959. Así, en el Preámbulo además de considerar «que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle», la Asamblea General «insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios»; y en el principio 8, concretando en alguna medida ese concepto de interés superior del niño, se actualiza y amplía el comentado principio III de la Declaración de Ginebra al señalar que «el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro».

⁵⁸ En este sentido es interesante destacar la obra colectiva PHILIP ALSTON (ed.), *The best interests of the child*, Clarendon Press, Oxford, 1994. En la cual, y teniendo como impulsor el artículo 3 de la Convención de 1989 en el que se recoge el principio del interés superior del niño, se trata, a través de distintas aproximaciones a la materia, de encontrar una respuesta a lo que hemos de entender por el interés superior del niño.

⁵⁹ Así, en el artículo 45 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 25 de junio de 1993, se reconoce que «La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos reitera el principio de “los niños ante todo”...».

Sin embargo el paso más importante que se da en la Declaración de 1959 se refleja quizás en la redacción del principio 2, donde expresamente se establece que al promulgar leyes con el fin de garantizar la protección especial del niño que le permita conseguir su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad, «la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño»⁶⁰.

Ahora bien, será en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 en donde se dotará a ese concepto de interés superior del niño de la máxima importancia, considerándosele como concepto básico tanto en el reconocimiento e interpretación de los derechos de los niños como en su efectiva protección, siendo así recogido expresamente en el artículo 3⁶¹.

La relevancia de este concepto radica en que siendo una constante en los instrumentos jurídicos su contenido se encuentra a su vez en continua renovación, en ser asimismo un concepto inabarcable y a la vez limitador del contenido de los demás derechos. Así, si bien, a muy grandes rasgos, lo podríamos entender como la protección preferente de los intereses del menor cuando entren en conflicto con los de cualquier otro grupo, individuo u organización, en la práctica habrá que estar siempre a la consideración de cuáles son realmente los «intereses» de la infancia, y en qué casos podrían prevalecer otros intereses⁶². No constituye, pues, su reconocimiento una garantía de que los derechos de los niños vayan a ser los finalmente prevalentes, pero el hecho de que se reconozca como espíritu inspirador de toda la Convención supone un definitivo paso adelante que ninguna organización o persona podrá obviar;

⁶⁰ Es interesante también recordar cómo al regular el derecho a la educación en el principio 7 se hace nuevamente mención expresa al interés superior del niño para reconocer su carácter primordial. Concretamente se establece que «el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...».

⁶¹ Concretamente señala el 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.» También en el artículo 41, que pone fin a la parte I de la Convención, se vuelve a resaltar el carácter fundamental del interés superior del niño al establecer que «nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.»

⁶² Cuestión a la que también se refiere el profesor Manuel Calvo García en su trabajo «La protección del menor y sus derechos», señalando que ante el problema de determinar «cómo y quién da contenido y determina el alcance del interés del menor y lo pondera en relación con los otros principios decisivos (...) la respuesta sobre cuál es el interés del menor debe responderse en cada caso y como una cuestión empírica». MANUEL CALVO GARCÍA: «La protección del menor y sus derechos», en *Derechos y Libertades*, núm 2, Universidad Carlos III de Madrid, octubre 1993-marzo 1994, pp. 196 y 197.

implicando una más adecuada interpretación de los preceptos de la Convención y la potenciación de una mayor y más eficaz protección de la infancia. En este sentido se entiende la importancia que el profesor Liborio Hierro le da a este reconocimiento del interés superior del niño, señalando que el mismo «convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos»⁶³.

5. LA INFLUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EUROPA OCCIDENTAL

Como apunte previo dentro de esa corriente de preocupación por proteger adecuadamente los derechos del niño conviene recordar que si bien es evidente que la situación de la infancia en Europa presenta determinadas particularidades, distintas de las que se pueden predicar de la de otras partes del mundo⁶⁴, estas características están también en un continuo proceso de transformación, haciéndose necesario el establecimiento de medidas legis-

⁶³ LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño?», cit., p. 232.

⁶⁴ Así, y aun teniendo presente que la situación de la infancia no es homogénea en todos los países europeos, creo que se podrían distinguir cuatro circunstancias específicas como rasgos característicos de la infancia europea:

– La baja tasa de natalidad: siendo en 1988 en prácticamente todos los países industrializados, excepto Irlanda, la media de los índices de fertilidad inferior a dos hijos por mujer (según Fuente: Eurostat, 1990, recogido en FERRÁN CASAS: «La infancia española en el contexto europeo», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio 1992, p. 17).

– La exclusión del menor del mundo laboral. Véanse JENS QVORTRUP: «El niño como sujeto y objeto: Ideas sobre el programa de infancia en el Centro Europeo de Viena», cit., pp. 176 y 177. Y HELMUT WINTERSBERGER: «La infancia y el cambio. Condiciones de la infancia en la Europa actual», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, pp. 156 y ss.

– La participación del menor en la vida familiar, social y política: como fenómeno todavía relativamente reciente en gran medida motivado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; que implica que el menor tenga una participación, adecuada con su nivel de madurez, en todos aquellos ámbitos donde se toman las decisiones que le afectan.

– El aumento de los malos tratos contra los niños en el ámbito familiar, el abandono, el abuso sexual y desatención; en este sentido, se señala en la publicación *El Progreso de las Naciones* de 1994, basándose en la fuente de MARK A. BELESEY, «Child abuse: measuring a global problem», *World health statistics quarterly*, vol. 46, 1993, que «el abuso y la desatención de los niños y niñas, aunque sean difíciles de evaluar, también parecen estar aumentando. Se estima que entre el 10 y el 15 por 100 de los niños y niñas de los países industrializados son víctimas de abusos sexuales». *El Progreso de las Naciones*, cit., p. 42.

lativas y políticas concretas que permitan esa pretendida defensa de los derechos del niño ⁶⁵.

Al hacer un análisis de cómo las concepciones que hemos visto en los cuatro apartados anteriores, y su plasmación en las dos Declaraciones de 1924 y de 1959 y en la Convención de 1989, han influido en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños en el ámbito de la denominada Europa occidental, es necesario referirse a las dos instituciones básicas que actúan en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos en general (y después señalaré en qué medida también de los derechos de los niños) en dicho ámbito: el Consejo de Europa y la Comunidad Europea ⁶⁶.

En el ámbito europeo el proceso de evolución a que antes hacía referencia en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños se manifiesta de dos maneras: en la elaboración de instrumentos jurídicos que regulan aspectos concretos de los derechos del menor, y a través de las decisiones de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Así, respecto a la evolución seguida en el ámbito del Consejo de Europa ⁶⁷ habrá en primer lugar que hacer referencia a los dos instrumentos bási-

⁶⁵ En este sentido se han elaborado en el Consejo de Europa Proyectos concretos como el Proyecto III.8 sobre políticas de infancia, el Proyecto III.4 sobre problemas sociales concretos asociados a los recientes cambios en las estructuras familiares o el Proyecto IX.6 sobre derecho de familia, en los que se tiene siempre como objetivo la aplicación en el ámbito europeo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Proyectos señalados en ROBIN GUTHRIE: «Los niños y el Consejo de Europa», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, pp. 78 y ss.

⁶⁶ La referencia a la Comunidad Europea se debe a que pese a que en el Tratado de la Unión Europea de 1992, Tratado de Maastricht, se «da vida a la Unión Europea (art. A, párr. primero), que aparece así como una entidad propia, casi podría decirse que como una superestructura de las Comunidades preexistentes. Naturalmente, porque no podría ser de otro modo, la Unión se fundamenta o basa en las Comunidades Europeas que conocemos, completadas con las políticas y formas de cooperación que se establecen en el Tratado» (CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA: *El Sistema Institucional de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 19). Siendo la Comunidad Económica Europea la que va a adquirir una importancia fundamental en toda esa estructura, estableciendo el propio Tratado de la Unión «que la Comunidad Económica Europea se denominará en adelante “Comunidad Europea”, lo cual pone de manifiesto su vocación general» (EMILE NOËL: *Las Instituciones de la Comunidad Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994, p. 5). Comunidad Europea que será la que desarrollará la actividad principal para el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas, y consecuentemente también de los niños, que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros.

⁶⁷ Cabe resaltar el hecho de que incluso con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, tanto en la elaboración de Resoluciones, Recomendaciones y Convenios como en decisiones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Consejo de Europa ya se estaría guiando por el mismo espíritu que posteriormente guiaría en la redacción de la Convención. Sin embargo, esto no significa que la Convención sobre los Derechos del Niño no haya supuesto, como de hecho lo ha sido, un importante revulsivo para una más extensa y eficaz protección de los derechos del niño en todo el mundo,

cos que, pese a su carácter de protección general de los derechos humanos, también protegen de forma explícita o implícita los derechos de los niños: el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (Convenio de Roma), firmado en Roma en 1950 y vigente desde 1953 (complementado por once protocolos, aunque sólo los nueve primeros han entrado ya en vigor, en los que se establece el reconocimiento y protección de nuevos derechos y la modificación de algunos de los existentes en la Convención), y la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961 y en vigor desde 1965⁶⁸.

En el Convenio de Roma se regula la privación de la libertad a los menores con el fin de vigilar su educación, o su detención con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente [art. 5.1,d)]; la protección especial, en atención a los intereses de los menores, en la publicidad de los juicios (art. 6.1); el derecho de toda persona a que se respete su vida privada y fami-

y por consiguiente también en el ámbito del Consejo de Europa (hay que tener presente que la unión del carácter de ley internacional que adquiere la Convención para todos los Estados que la ratifiquen con su pretensión de universalidad, impone la necesidad de que sus preceptos sean respetados en la elaboración de cualquier instrumento legal que trate de proteger los derechos del niño en el ámbito europeo). Por otra parte, al ser la Convención una norma que puede fundamentar una demanda ante los Tribunales, es de destacar cómo el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho referencia en más de una sentencia a la misma para fundamentar su decisión; así lo realiza tanto en la sentencia «Costello-Roberts contra el Reino Unido» de 25 de marzo de 1993, como en la sentencia «Keegan contra Irlanda» de 26 de mayo de 1994.

⁶⁸ En principio el Convenio de Roma tipifica los derechos y libertades inalienables de toda persona y ofrece una serie de garantías para que sea efectivo para toda persona que esté bajo la jurisdicción de algún Estado miembro, y la Carta Social Europea le sirve de «complemento» al reconocer los derechos sociales y económicos de los individuos.

Aunque cabría hacer, respecto a esta clasificación, dos puntualizaciones:

En primer lugar se puede señalar la existencia en el Convenio de Roma, junto a los derechos civiles y políticos, de otros derechos como son «la libertad sindical (artículo 11 de Convenio Europeo de Derechos Humanos), la prohibición del trabajo forzado u obligatorio (artículo 4), cuyas connotaciones sociales son obvias, y el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes (artículo primero del Primer Protocolo adicional al Convenio), que es un derecho de naturaleza económica». Véase en JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto, 1991, pp. 432 y 433.

En segundo lugar sí, como antes indiqué, en la Convención sobre los Derechos del Niño se establece la misma protección para todos los derechos del niño (formando una unidad los civiles, políticos, sociales, económicos y culturales), al entenderse que el disfrute de un derecho necesita la protección de los demás; cabría ahora resaltar el hecho de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha trabajado también en la consideración de esa idea. Así, señala el profesor Carrillo Salcedo que este Tribunal «ha llevado a cabo a través de sus decisiones un extraordinario esfuerzo orientado hacia la superación de la dualidad derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos y sociales, de otro. La primera etapa en este esfuerzo se encuentra en la sentencia *Airey*, de 9 de octubre de 1979, en la que el Tribunal sostuvo que en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos "ninguna mampara estanco separa a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales"». JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: *Op. cit.*, p. 434.

liar (art. 8); y en el Primer Protocolo el derecho a la educación (art. 2). En la Carta Social Europea el derecho de niños y jóvenes a la protección (art. 7); el derecho de la familia a protección social, legal y económica (art. 16); el derecho de madres e hijos a gozar de protección social y económica (art. 17); y los derechos de los trabajadores que se desplazan de sus países y de sus familias (art. 19)⁶⁹.

El interés del Consejo de Europa en el reconocimiento y protección de los derechos del menor queda también reflejado en la elaboración de una serie de instrumentos legales a través de los cuales se pretende regular aquellas materias más conflictivas para la infancia europea, intentando buscar así con la adopción de un gran número de Convenios y Recomendaciones las soluciones más apropiadas a los problemas graves y en continua evolución que se le plantean⁷⁰. Destaca de entre todos el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de

⁶⁹ Aunque respecto a la protección que a los niños se otorga en la Carta hay que resaltar que la forma en que esta está redactada permite que los Estados lleguen a ser Contratantes sin que se comprometan a cumplir ni una sola de las obligaciones que protegen de una u otra manera al menor. Circunstancia que no puede dejarse de calificar como altamente insatisfactoria para el reconocimiento y protección que de los derechos sociales y económicos de los niños se espera que debería de procurar una organización como el Consejo de Europa.

Así, la Carta señala en un primer apartado cuáles son los objetivos que los Estados Partes intentarán conseguir por todos los medios a su alcance, entre los que se establece: «7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los cuales están expuestos. (...) 16. La familia, en cuanto célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo. 17. La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una protección social y económica apropiada. (...) 19. Los trabajadores migrantes nacionales de una de las Partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección, y la asistencia en el territorio de cualquier otra Parte contratante.»

En la segunda parte de la Carta los anteriores objetivos se desarrollan en una serie de obligaciones concretas para los Estados (aunque en cualquier caso no se establecen derechos subjetivos que las personas pudiesen reclamar), regulándose, en este sentido, los anteriores objetivos en los artículos 7, 16, 17 y 19.

La parte tercera de la Carta establece la obligación de que cada Estado se vincule por al menos cinco de siete artículos que se señalan, entre los que no se encuentran ni el artículo 7 ni el 17, y por un número suplementario de artículos y párrafos que implique un total, como mínimo, de 10 artículos o 45 párrafos. Regulación que implica, pues, la posibilidad de que los Estados no se obliguen por ninguno de los artículos 7, 16, 17 y 19.

De todas maneras, y aunque el Estado que ratifique la Carta señale que se considera vinculado por lo dispuesto en dichos artículos, tampoco el sistema que establece la Carta para el control de la aplicación de la misma permite tener muchas esperanzas de que los preceptos tendrán una aplicación efectiva apropiada. En este sentido hay que recordar que el sistema de control que se regula en la Carta (arte. 21 a 29) no es jurisdiccional, como el que sí tiene la Convención, sino administrativo.

⁷⁰ Véase con un breve análisis de estos Convenios, así como de las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, en ROBIN GUTHRIE: «Los niños y el Consejo de Europa», cit., pp. 65 y ss.

los Niños, hecho en Estrasburgo a 25 de enero de 1996⁷¹, aunque lo concreto de sus objetivos⁷² y el intentar conseguir con él una norma mínima de consenso⁷³ ha traído como consecuencia que no se llegase en él a todo lo que hubiese sido deseable en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños⁷⁴.

En cuanto a la posibilidad de que las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hagan eco de las nuevas concepciones, incorporándose así también a la línea evolutiva que venimos viendo, creo que se podrá inferir del desarrollo que en las mismas se ha dado al artículo 8 del Convenio de Roma (donde se recoge la obliga-

⁷¹ Convenio que todavía no ha entrado en vigor, ya que conforme al artículo 21.3 se necesita para ello que al menos tres Estados manifiesten su consentimiento en quedar vinculados por él, habiendo sido hasta ahora sólo firmado por nueve Estados (Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Irlanda, Luxemburgo y Suecia). Un estudio sobre el proyecto del Convenio, de mayo de 1994, puede verse en NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA: *La protección internacional de los derechos del niño*, cit., pp. 50 a 58.

⁷² Se señala así en el apartado 2 del artículo 1 que «el objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial». Y se añade en el apartado 3 de este artículo 1 que «a efectos del presente Convenio, se entenderán por procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial los procedimientos de familia, en particular los relativos al ejercicio de responsabilidades parentales tales como las que se refieren a la residencia y al derecho de visita respecto de los niños».

⁷³ Lo que permite que en el artículo 24 se establezca la imposibilidad de formular reservas al Convenio.

⁷⁴ En este sentido cabe destacar en cuanto al reconocimiento de derechos que sólo se señalan como derechos procesales del niño, sin perjuicio de los que se establece en el artículo 5 como ejemplo de otros derechos procesales posibles al indicar que «las Partes examinarán la oportunidad de conceder a los niños derechos procesales complementarios», el derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos (art. 3), y el derecho a solicitar la designación de un representante especial (art. 4), estando estos derechos supeditados, en todo caso, al Derecho interno de los Estados partes. Así, se establece en el artículo 3 que los derechos en que se concreta el derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos se le reconocerán al niño «cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento»; y en el artículo 4 se le reconoce al niño el derecho a solicitar la designación de «un representante especial «cuándo el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses con éste», añadiéndose incluso en el apartado segundo de este artículo 4 que «los Estados podrán disponer que el derecho a que se refiere el apartado 1 se aplique únicamente a aquellos niños a quienes el derecho interno considere que tiene el discernimiento suficiente».

En cuanto a la protección de los derechos que se regula cabe señalar que si bien en el artículo 16 se prevé la constitución de un Comité Permanente a fin de realizar un seguimiento de los problemas relativos al Convenio, sin embargo sus funciones se limitan a examinar las cuestiones pertinentes relativas a la interpretación o a la aplicación del Convenio, pudiendo tomar las conclusiones relativas a la aplicación forma de recomendación; proponer enmiendas al Convenio y examinar las formuladas; y proporcionar asesoramiento y asistencia a los organismos nacionales que desempeñen funciones en la promoción y el ejercicio de los derechos de los niños, así como promover la cooperación internacional entre éstos.

ción de respetar la vida familiar), concretando su contenido al establecerse⁷⁵: por una parte, que la vida familiar implica la necesidad de inscribir a los niños tras su nacimiento, dándole un vínculo legal al niño que supondrá el reconocimiento de su nombre y nacionalidad; y, por otra parte, que habría también que incluir dentro de esa vida familiar a las relaciones entre un hijo natural y sus padres⁷⁶.

Pero para determinar el alcance de este artículo 8 se pueden realizar al menos otras tres consideraciones, así: en primer lugar que con referencia a este artículo el Tribunal ha establecido cómo el Convenio Europeo supone la asunción de obligaciones positivas por los Estados Partes⁷⁷; en segundo lugar que dicho artículo «también ha sido invocado (...) para proteger al adolescente contra intromisiones en su vida privada, tales como el registro de su habitación o la lectura de su correspondencia»⁷⁸; y en tercer lugar que haya servido también incluso para justificar la entrada y permanencia de un extranjero en un Estado parte⁷⁹.

⁷⁵ Véase PASCALE BOUCAUD: *El Consejo de Europa y los derechos del menor*, Congreso Internacional Infancia y Sociedad, Madrid, 1989, pp. 4, 5 y 6.

⁷⁶ Así lo reconocería tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Comisión. En este sentido señala Pascale Boucaud cómo «lo que suscita dudas es, ante todo, la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (...) ¿Abarca también la noción de «vida familiar» a las relaciones entre un hijo natural y su madre o su padre? La Comisión Europea de Derechos Humanos ha respondido afirmativamente a esta pregunta, en diversas ocasiones. Y lo mismo hizo después el Tribunal, en el célebre caso MARCKX (Marckx «VS» Bélgica, sentencia de 13 de junio de 1979). Según el Tribunal, el artículo 8 no distingue entre familia «legítima» y «familia natural». PASCALE BOUCAUD: Op. cit., p. 5.

⁷⁷ En este sentido señala el profesor Carrillo Salcedo que «el Tribunal ya había apuntado esta interpretación del Convenio, en el sentido de que crea obligaciones positivas para los Estados partes y que sus disposiciones pueden ser aplicables incluso en las relaciones entre particulares (...)», en su sentencia de 26 de marzo de 1985 en el caso *X e Y c. Países Bajos*. (...) En su sentencia, el Tribunal comenzó recordando que aunque el artículo 8 del Convenio tiene esencialmente como objeto la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, dicha disposición «no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias. A esa obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar... Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones de los individuos» (parágrafo 23 de la sentencia de 26 de marzo de 1985); y también que «el Tribunal subrayó ante todo, repitiendo argumentos que ya expuso en su sentencia de 13 de junio de 1979 en el asunto *Marckx* (...), que aunque el objeto del artículo 8 es proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, «puede además generar obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto a la vida familiar» (parágrafo 67 de la sentencia de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido de Gran Bretaña*, en el que cita el parágrafo 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx*). JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», cit., pp. 437 y, 444 y 445 respectivamente.

⁷⁸ PASCALE BOUCAUD: *El Consejo de Europa y los derechos del menor*, cit., p. 8.

⁷⁹ Así, el Tribunal sostuvo en su sentencia, antes citada, de 28 de mayo de 1985, caso «Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido», que «no debe excluirse que medidas adoptadas en el campo de la

Por último, habría que recordar que si bien lo antes señalado demuestra cómo el Tribunal ha ido dando en sus sentencias un sentido progresivo a los contenidos con que en un principio se había dotado al articulado del Convenio, sin embargo estos contenidos deben ser también necesariamente limitados⁸⁰.

En el ámbito de la Comunidad Europea si bien en un principio la protección concreta que se establecía de los derechos fundamentales era débil⁸¹ sin embargo esta situación ha empezado a ser discutida tras la aprobación del Tratado de la Unión al constituirse, como señala el profesor Mariño Menéndez, como uno de los cinco «principios fundamentales en los que deberá basarse la actividad de la Unión (...). El de respeto a los derechos fundamentales de la persona tal y como son garantizados por el Convenio de Roma de 1950 y «... resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario» (F2; J.1.2 *in fine*; y K.2.1)»⁸².

inmigración pueden afectar al derecho al respeto de la vida familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio»; y «más recientemente en su sentencia de 21 de junio de 1988 en el asunto *Berrehab*, el Tribunal ha sostenido que la negativa a conceder un permiso de residencia a un extranjero, con el fin de que pueda ver a su hija de corta edad, constituye una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar en el extranjero en cuestión. El Tribunal insistió en que no se trataba de enjuiciar la política del Estado demandado, los Países Bajos, en materia de inmigración o de permanencia de extranjeros en su territorio, sino si la injerencia de los poderes públicos en el derecho de un marroquí expulsado de los Países Bajos a visitar a su hija de corta edad era o no una injerencia proporcionada y necesaria en una sociedad democrática». Véase en JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia a superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», cit., pp. 445 y 446.

⁸⁰ Así, si bien los artículos que más directamente se refieran a la infancia, como el artículo 8 estudiado, pueden ser interpretados de forma que entren en su ámbito de protección dimensiones que en el momento de su redacción no se consideraban seguramente incluidas, también éstos han de ser limitados. El mismo artículo 8 en su apartado segundo establece los supuestos en que la autoridad pública estará capacitada para injerirse en el ejercicio de ese derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Limitación que podría ser demasiado extensa, por lo que resultará fundamental para saber su alcance definitivo la interpretación que se le ha dado en la jurisprudencia del propio Tribunal. En este sentido Pascale Boucaud señala cómo tanto la Comisión como el propio Tribunal han indicado la necesidad de que un tercero intervenga en la vida familiar cuando los padres deciden separarse, así como, sobre todo, cuando el menor corre peligro físico y moral en su familia, llegando algunas veces en casos de gran gravedad a establecerse la separación definitiva del menor de sus padres naturales. Véase en PASCALE BOUCAUD: *El Consejo de Europa y los derechos del menor*, cit., pp. 8 y ss. Un estudio más extenso de la jurisprudencia del Tribunal sobre las «injerencias del Estado en la vida familiar» puede verse en el trabajo del Centro Internacional de Abogados de Estrasburgo y Movimiento Internacional de Juristas Católicos: «La protección de los niños menores en el marco de la Convención Europea de los Derechos del Hombre», Ponencia del Congreso sobre Derecho y Derechos de los Menores, Estrasburgo, junio 1990. Recogido en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1632, 1992, pp. 114 y ss.

⁸¹ Debilidad que viene marcada desde la misma formación de la Comunidad al ser los objetivos principales que se establecían de tipo económico, pretendiéndose conseguir una mayor unidad y bienestar en los países fundamentalmente a través de la creación de un mercado único para bienes, servicios y capitales.

⁸² FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ: «El Tratado de la Unión Europea. Análisis General», en vol. col. «El Tratado de la Unión Europea. Análisis jurídico», en *Documentación Jurídica*, núms. 82-83,

Siendo en todo caso necesario señalarse que, dentro de esa escasa protección de los derechos fundamentales en el Ordenamiento comunitario, existe además una especial carencia en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños en particular. En este sentido hay que destacar que ni en el Tratado de Roma, que crea la Comunidad Económica Europea, ni en los Tratados que lo complementan (Acta Única y Tratado de la Unión Europea), se hace referencia a la protección debida a los niños; con la excepción en el Tratado de la Unión, siguiendo al profesor Mariño Menéndez, de la «política social ya desarrollada por el Acta Única, para la cual la novedad consiste en la ampliación de los fines del Fondo Social Europeo [3.i) y 123]. A ese ámbito el TUE añade los de *educación y formación profesional de la juventud* (título VIII, arts. 126 y 127): en ambos se trata de apoyar y completar la acción de los Estados en el pleno respeto de sus responsabilidades»⁸³.

Esta carencia tiene como causa fundamental el que, como ya se ha indicado, la principal preocupación que se reflejaba en el Ordenamiento comunitario originario era conseguir una unión económica, y en menor medida política, y sólo de manera lenta, aunque progresiva, ha ido surgiendo la preocupación por buscar una unión social⁸⁴, dentro de la que tendrían mejor cabida la protección de los derechos de las personas en general y de los niños en particular⁸⁵.

Esa especial situación, que ha impedido una apropiada regulación en el Ordenamiento comunitario de los derechos del menor, no ha impedido que

Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 16. Un buen estudio sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea puede verse en el capítulo del profesor CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA «Los derechos fundamentales en la Unión Europea» del libro GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1995.

⁸³ FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ: «El Tratado de la Unión Europea. Análisis general», cit., pp. 21 y 22.

⁸⁴ Teniendo que hacerse una salvedad para el Reino Unido cuyo particular Estatuto lo separa de la aludida unión social con el resto de los Estados. En este sentido señala el profesor Mariño Menéndez que «por lo que se refiere al Reino Unido, la singularidad de su situación reside (...). Ante todo, de acuerdo con lo establecido en el Protocolo núm. 14 sobre política social (aceptado ciertamente por los Doce), aquel Estado queda excluido del ámbito del «Acuerdo» anexo al propio Protocolo núm. 14, concluido entre los Once con vistas a aplicar, a partir del acervo comunitario, la Carta Social Europea de 1989. El Protocolo autoriza a los Once a que recurran a las instituciones, procedimiento y mecanismos del Tratado a fin de adoptar entre ellos y aplicar, en la medida que les afecten, los actos y las decisiones necesarios para poner en práctica el aludido acuerdo». FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ: Op. cit., p. 55.

⁸⁵ Véanse en este sentido FERRÁN CASAS: «La infancia española en el contexto europeo» cit., p. 31, EUGEN VERHELLEN: «Los derechos del niño en Europa», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, pp. 44-47 y 54; y PETER MOSS: «La atención del niño en Europa y la Red de la Comisión Europea de atención al Niño», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, p. 111.



se hayan producido avances tanto en acciones concretas como en la elaboración de instrumentos jurídicos (en los que también se trata de dar soluciones a problemas concretos), entre los que habrá de destacar las Resoluciones del Parlamento Europeo A3-314/91 sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea, y A3-0172/92 sobre una Carta Europea de Derechos del Niño⁸⁶.

Estas Resoluciones hay que situarlas dentro de la misma línea evolutiva de una mayor preocupación por definir y proteger los derechos de los niños, cuyo impulso una vez más lo hemos de encontrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños. Así el Parlamento Europeo el 12 de julio de 1990 adoptó una resolución en la que se invitaba a los Estados miembros a que ratificasen la Convención de las Naciones Unidas, teniendo también la Comisión el encargo de elaborar una Carta Europea sobre los Derechos del Niño en la que se adaptasen las disposiciones de la Convención a la realidad de los niños en Europa. En esta tarea se realizó en primer lugar el informe de la señora Lissy Grö-

⁸⁶ Siguiendo a Odile Quintin podemos realizar la siguiente división de las acciones emprendidas por la Comisión:

Respecto a la familia y el niño el establecimiento de: «un observatorio europeo de las políticas familiares»; «un grupo de altos funcionarios de la familia, compuesto por expertos gubernamentales»; «un grupo interservicios, compuesto por representantes de los diferentes servicios de la Comisión».

Respecto a determinadas acciones concretas que de alguna manera afectan al niño la Comisión interviene, según señala Quintin, a cuatro niveles diferentes: «a nivel legislativo y del encuadramiento político»; «de los Fondos Estructurales y en especial del Fondo Social», a cargo de los cuales se financian programas concretos de ayuda al menor; «de los intercambios de experiencias y de la identificación de iniciativas innovadoras que influyen sobre las políticas nacionales»; y «del intercambio de reflexiones y de informaciones, destinado a estrechar contactos y encuentros, con personas que trabajan sobre el mismo tema». Véase ODILE QUINTIN: «Acciones comunitarias en relación con la infancia», en *Infancia y Sociedad*, núm. 15, mayo-junio, 1992, pp. 86 y ss.

Por otra parte, también puede resultar de interés hacer una referencia a la actividad que realiza la Red dedicada a la Atención al Niño y a otras Medidas que concilien el trabajo y las responsabilidades familiares de hombres y mujeres. El trabajo de la Red se encuentra definido en la Recomendación del Consejo de Ministros de 1992 sobre Atención al Niño. Un estudio detallado de esta Red de la Comisión Europea para la Atención al Niño puede verse en PETER MOSS: «La atención al niño en Europa y la Red de la Comisión Europea de atención al niño», cit., pp. 106 a 121.

Una especial referencia debe hacerse a la conveniencia de constituir defensores de los derechos de los niños, tanto en los distintos países europeos como uno con competencias en todo el ámbito europeo. Conveniencia que fue sentida tanto en el Consejo de Europa, cuya Asamblea Parlamentaria adoptó una Recomendación el 1 de febrero de 1990; así como en la Comunidad Europea, cuyo Parlamento Europeo en el punto 22 de la Resolución A3-314/91 sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea «insta a que se siga el ejemplo de Dinamarca y se establezca también en otros Estados miembros la institución del defensor de menores», y en la Resolución A3-0172/92 sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, donde pide en el punto 6 «a los Estados miembros que nombren un defensor de los derechos del niño», y en su punto 7 «pide a la instancia comunitaria competente que proceda, al nombramiento de un defensor de los derechos del niño, con los mismos poderes en el ámbito comunitario».

ner que sirvió de base para la Resolución A3-314/91 sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea; acogiendo el Parlamento Europeo de forma expresa en esta Resolución algunas de las principales características innovadoras que presentaba la Convención de las Naciones Unidas: como la concepción del niño no en el sentido tradicional como «objeto» digno de protección, sino dotándole también de una necesaria dimensión participativa, tanto en la vida familiar como en la social⁸⁷; o la concesión al interés superior del niño de un carácter fundamental que debe inspirar toda protección adecuada de los derechos del menor⁸⁸ (características estas que volveré a resaltar en su momento). Por último es también destacable que en esta Resolución de manera expresa se pide en el punto 1 «a cada Estado miembro que ratifique sin demora y sin reservas la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño» y en el punto 2 «propugna una Carta Europea de los Derechos del Niño con carácter vinculante».

La Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, basada en el informe Bandrés-Molet, responde a esa petición de creación de una Carta en la que se garanticen y adapten a los niños europeos los derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas a los niños en el ámbito universal⁸⁹. Se encuadra así también en esa línea evolutiva que vengo señalando de una mayor preocupación por definir y proteger los derechos de los niños⁹⁰. Es interesante resaltar el punto 5 en cuanto que supone un puente entre la acción protectora de los derechos del niño por el Consejo de Europa y la Comunidad Europea, pero también en cuanto refleja

⁸⁷ Así, por ejemplo, se dice en el apartado C que el niño debe «prepararse a tomar parte en la futura sociedad con sentido de la responsabilidad, solidaridad y esperanza, que son las condiciones para una vida plena».

⁸⁸ Así, en el apartado N se señala que «la protección del niño debe basarse en el interés superior del niño».

⁸⁹ En el punto 1 el Parlamento Europeo recuerda que «en las Resoluciones citadas de 12 de julio de 1990 y de 13 de diciembre de 1991, solicitó a los Estados miembros que se adhirieran sin reservas al Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre Derechos del Niño»; en el punto 2 «piensa que la Comunidad debería, asimismo, adherirse a dicho Convenio, tan pronto lo hayan ratificado todos los Estados miembros de la Comunidad Europea»; y, por fin, señala también en el punto 4 «que serían necesarios instrumentos comunitarios que, basándose en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, afrontaran los problemas esenciales inherentes a la integración europea de los menores, para los que no existen disposiciones en la legislación de los Estados miembros».

⁹⁰ Incluyéndose, en este sentido, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. Derechos inspirados en los mismos presupuestos de la Convención de las Naciones Unidas y la Resolución A3-314/91; reconociéndose de nuevo de manera expresa tanto la protección de la participación del menor (punto 8.14: «siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten»), como el interés superior del niño (también punto 8.14: «toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses»).



el cambio en la concepción del niño, considerándole como un ser humano independiente y por tanto titular de los mismos derechos que cualquier otro ser humano. Así en este punto 5 el Parlamento Europeo «pide a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que intensifique sus trabajos (...), especialmente, aquellos que se refieren a la aplicabilidad del Convenio de los Derechos del Hombre a los niños, y estudie la posibilidad de completar este Convenio mediante un protocolo que especifique mejor los derechos del niño».

Respecto a la protección que se establece para la realización efectiva de los derechos del niño habría que señalar que si bien de una primera lectura de la Resolución se podría concluir que en ella se manifiesta el máximo interés por darles la mayor protección⁹¹, sin embargo no se establece un mecanismo de supervisión que permita realizar un seguimiento de la aplicación de sus preceptos en los diferentes Estados miembros, lo que presumiblemente supondría una menor eficacia de sus disposiciones y, consiguientemente, una menor protección de la que se debería considerar como adecuada de los derechos de los niños en Europa⁹².

Del papel jugado por el Tribunal de Luxemburgo⁹³ conviene destacar el interés que ha mostrado por suplir la ya comentada deficiente protección que a los derechos fundamentales se concedía en el Ordenamiento comunitario, dando con sus sentencias validez como instrumentos de interpretación a las Constituciones de los Estados miembros y al Convenio de Roma⁹⁴. Paso de

⁹¹ Señalándose en este sentido en el punto 8.45 que «los Estados miembros están obligados a aplicar y hacer efectivos los derechos previstos en la Carta mediante leyes, disposiciones administrativas, compromiso de gastos y todo otro tipo de intervención idónea»; y dándole a dichos derechos en el punto 8.7, a semejanza de lo establecido por el art. 41 de la Convención de la ONU, el contenido mínimo que hayan de respetar los Estados, al establecer que «las disposiciones de esta Carta no podrán, en ningún caso, limitar los derechos y libertades que puedan ser reconocidos a los niños por las legislaciones nacionales o por los instrumentos internacionales de los cuales los Estados sean parte».

⁹² Este proyecto de Carta, pese a la importancia de las características señaladas, también ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina; así, por ejemplo, Eugeen Verhellen pese a encuadrarlo «dentro de la amplia estrategia del Parlamento Europeo para tratar de conseguir una *Europa social*, una Europa de los ciudadanos, y por tanto también de los menores»; sin embargo considera que su contenido es insuficiente para dar una adecuada respuesta a las específicas necesidades y situaciones que caracterizan a la infancia europea, por lo que señalará que «no añade gran cosa a la Convención de la ONU y aún menos a la citada Recomendación 1.121 del Consejo de Europa». EUGREEN VERHELLEN: «Los derechos del niño en Europa», cit., p. 55.

⁹³ Que junto al carácter vinculante de sus decisiones es interesante recordar también el reconocimiento que el Tratado de la Unión hace de la capacidad del Tribunal para imponer el pago de una multa a aquellos Estados que no cumplan lo establecido en sus sentencias.

⁹⁴ Así, se pueden señalar como hitos en ese proceso: la Sentencia de 20 de noviembre de 1969 sobre el caso «Stauder», donde por primera vez se admite que sean invocados derechos subjetivos fundamentales y que se haga en base a los principios generales del Derecho comunitario; la Sentencia de 17 de

gran importancia, pues aunque estos textos no formen parte como tales del Derecho comunitario⁹⁵ (circunstancia que persiste pese al interés que al respecto han mostrado todas las instituciones comunitarias⁹⁶), no obstante, su uti-

dicembre de 1979 sobre el caso «Internationale Handelsgesellschaft», donde se amplía la posibilidad de invocar derechos fundamentales, dentro de la estructura y objetivos de la Comunidad, en base a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; la Sentencia de 14 de mayo de 1974 sobre el caso «Nold», donde se habilita a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los Estados miembros como límites para la adopción de medidas que sean consideradas acordes con el Derecho comunitario; y, por último, la Sentencia de 28 de octubre de 1975 sobre el caso «Rutili» donde se señala al Convenio de Roma como instrumento de interpretación del Tribunal. Véase MIGUEL A. APARICIO PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ RUIZ: *Acta Única y Derechos Fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos)*, Barcelona, Signo, 1992, pp. 44 a 48.

⁹⁵ Posición que no coincidiría con la interpretación que realiza la profesora Pérez Vera del Tratado de la Unión, al entender que en el Tratado de Maastricht «la remisión al Convenio de Roma se incluye en su parte dispositiva» y «tal remisión no se limita a contemplarlo como elemento de inspiración o interpretación sino que, yendo más allá, consagra la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como en él se garantizan»; y más concretamente que «situado en plano de igualdad con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, el Convenio Europeo ha pasado de criterio de inspiración del Derecho comunitario, a parte integrante del mismo» (ELISA PÉREZ VERA: «El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 2, mayo-agosto, 1993, pp. 474 y 476). Interpretación que la profesora Pérez Vera deduce fundamentalmente de la redacción del artículo F.2 (el cual establece que «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario»), señalando que «la frase final del artículo F.2, a cuyo tenor la Unión respetará los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario (...) implica de manera necesaria la posibilidad de su invocación y aplicación por el Tribunal de Justicia» (ELISA PÉREZ VERA: Op. cit., p. 477).

Sin embargo, esa interpretación del Tratado debe superar algunas dificultades importantes de las que es consciente la profesora Pérez Vera, siendo la fundamental que el citado artículo F se encuentra incluido en el Título I del Tratado bajo la rúbrica «Disposiciones comunes», mientras que «el artículo L, una de las *Disposiciones finales* del Título VII, excluye de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto las Disposiciones comunes, como las relativas a la política exterior y de seguridad común (Título V) y a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (Título VI). Las consecuencias de la exclusión formal del control judicial sobre las disposiciones que consagran el respeto de los Derechos humanos por la Unión Europea, constituye sin duda la piedra de toque de las obligaciones asumidas» (ELISA PÉREZ VERA: Op. cit., p. 462). Todo lo cual permite señalar la postura defendida por la profesora Pérez Vera como una posible interpretación, aunque, como ella misma señala, adolezca, cuando menos, de una «aparente falta de justiciabilidad»; pudiéndose entender, en todo caso, que «lo cierto es que el Tratado de Maastricht deja abiertos algunos interrogantes que sólo la evolución futura de la jurisprudencia comunitaria puede cerrar» (ELISA PÉREZ VERA: Op. cit., p. 481).

⁹⁶ La última Institución que se ha manifestado respecto a este tema ha sido el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Las Libertades Fundamentales». En él se señalan las numerosas ocasiones en que las Instituciones comunitarias se han manifestado a favor de una adhesión al Convenio de Roma, así la Comisión si bien en su informe de 4 de febrero de 1976 titulado «la protección de los derechos

lización como instrumentos de interpretación repercutirá necesariamente, aunque sea de forma indirecta, en la protección de los derechos del menor (y también de forma directa si se entiende que las disposiciones del Convenio de Roma son también predicables del menor).

Respecto a las otras tres pautas que a mi juicio son seguidas en el proceso evolutivo de reconocimiento y protección de los derechos del niño (el cambio producido en la concepción del menor, la importancia del valor solidaridad, y el carácter esencial del interés superior del niño), creo que ya se ha dado una aproximación suficiente para poder afirmar que también han sido decisivas en el reconocimiento y protección de los derechos del niño en el ámbito europeo. Sin embargo, refiriéndome a ellas de una manera más concreta haré dos puntualizaciones respecto a las dos últimas y una más extensa e importante respecto a la primera.

La importancia del valor solidaridad queda de manifiesto, además de por las alusiones que a él se hacen en los distintos instrumentos jurídicos⁹⁷, por ser un valor que, al permitir dotar de fuerza jurídica a la situación de inferioridad

fundamentales en la creación y desarrollo del derecho comunitario» no consideraba necesario que la Comunidad se adhiriese como tal al Convenio, con posterioridad se manifestó claramente a favor de la adhesión (así en un Memorándum de 4 de abril de 1979, en la Comunicación de 19 de noviembre de 1990 y más recientemente en un documento de trabajo de 26 de octubre de 1993). Respecto al Parlamento Europeo se recuerda que esta Institución se ha expresado en varias ocasiones en favor de una adhesión al Convenio [así, «en resolución de 16 de noviembre de 1977, recomendó que se considerara parte integrante de los Tratados constitutivos tanto la propia Convención Europea (...) el 27 de abril de 1979, se declara favorable de la adhesión de la CEE a la Convención Europea». En MIGUEL A. APARICIO PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ RUIZ: *Acta única y Derechos Fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos)*, cit., p. 48], siendo la más reciente su Resolución A3-0421/93, de 18 de enero de 1994, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En todo caso, hay que tener presente que tanto la Comisión como el Parlamento consideran, y así lo exponen ante el Tribunal para la emisión del dictamen, que existe base jurídica, conforme al artículo 235 del Tratado de la Unión Europea, para la adhesión de la Comunidad al Convenio (el artículo 235 regula que «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes»). Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera en el dictamen que el artículo 235 no ofrece la base jurídica necesaria para adoptar disposiciones, como de hecho ocurriría con la adhesión al Convenio, que implicasen una modificación del Tratado de la Unión Europea sin respetar los procedimientos que para dicha modificación ha previsto el propio Tratado. Por lo que el Tribunal acabará emitiendo el siguiente dictamen «en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

⁹⁷ Así, en el apartado C de la Resolución del Parlamento Europeo A3-314/91 se establece que el niño debe «prepararse a tomar parte en la futura sociedad con sentido de la responsabilidad, solidaridad y esperanza, que son las condiciones para una vida plena».

en que se encuentran los niños en las relaciones sociales, se ha de tener en cuenta para entender de forma adecuada todo el proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños. La Convención de las Naciones Unidas de 1989 servirá como instrumento transmisor de los valores por ella asumidos, entre los que la solidaridad tiene un papel destacado, a los ámbitos del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea.

Respecto al «interés superior del niño», aunque puedan hacerse críticas sobre si realmente esa protección preferente del interés del niño se hace efectiva en la práctica⁹⁸, no cabe duda que en la actualidad está siendo un valor determinante tanto en la elaboración de instrumentos jurídicos como en la toma de decisiones en los diferentes ámbitos. Así cabría recordar cómo, con la influencia directa de la Convención de la ONU de 1989, en las Resoluciones del Parlamento Europeo A3-314/91 y A3-0172/92 se establecía respectivamente: en el apartado N que «La protección del niño debe basarse en el interés superior del niño», y en el punto 8.14 que «toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses». Y en el Consejo de Europa, con referencia al ya estudiado artículo 8 del Convenio de Roma, «de la jurisprudencia de la Comisión así como de la del Tribunal, se deduce el principio que,

⁹⁸ Es interesante tener presente que en unas sociedades democráticas como las que rigen en los países de la Europa Occidental, las políticas públicas y el uso de los recursos van a beneficiar inevitablemente a aquellos grupos de presión, o sectores de la sociedad, que más fuerza tengan. Los niños verán así cómo la conjunción de las circunstancias antes señaladas de exclusión del mundo laboral y reducción de su número (baja tasa de natalidad), junto al hecho de no dárseles participación en la toma de decisiones (circunstancia esta última que se estaría cambiando gracias a la nueva concepción del menor como sujeto de derechos), conduce a un eclipsamiento de sus intereses. Por otra parte, siendo los intereses de la clase adulta trabajadora los prevalentes, la especial estructuración de la sociedad hará que entre los sectores más influyentes en la toma de decisiones sea menor el número de familias con hijos: al ser las madres solteras con hijos (circunstancia que aunque no tiene todavía mucha importancia en Europa podría tenerla en el futuro), así como las familias con mayor número de hijos, las que se encuentran entre la parte más pobre de la sociedad; por lo que los intereses de los niños serán escasamente influyentes en la toma de decisiones. Esta situación quedó demostrada de alguna manera en el estudio de Samuel Preston (Referido en HELMUT WINTERSBERGER: «La infancia y el cambio. Condiciones de la infancia en la Europa actual», cit., en p. 154), donde al compararse las situaciones en Estados Unidos, a partir de los años setenta, de bienestar entre la infancia y la denominada tercera edad, se aprecia un aumento del bienestar de este último sector de población que no es sin embargo compartido por el de la infancia; hecho que podría encontrar su explicación en que sus miembros aunque no estén ya, en general, en el mundo laboral, sí tienen reconocida la participación en la vida política y social, lo que les permitiría realizar una mejor defensa de sus intereses. La misma situación se da en los países europeos; y así, por ejemplo, señala la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas que entre los años 1980 y 1985 la pobreza disminuyó entre los ancianos y, sin embargo, aumentó entre los niños. Recogido en FERRAN CASAS: «La infancia española en el contexto europeo», cit. pp. 19 y 24.

en caso de conflicto, entre el interés del niño o el de sus padres, se impone el del primero; las medidas tomadas al respecto tienen que ser proporcionadas con el fin que se persigue»⁹⁹.

El cambio de concepción del menor, con su consideración como sujeto titular de derechos al que se le reconoce la potestad de intervenir en aquellos procedimientos que le afecten de acuerdo con su nivel de madurez, es patente en el ámbito europeo. Haciéndose valedor de ese punto de vista tanto el Consejo de Europa, por ejemplo en las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 902 (1980) sobre la cooperación de los jóvenes en Europa y 1019 (1985) sobre la participación de los jóvenes en la vida política e institucional¹⁰⁰, como la Comunidad Europea en las ya citadas Resoluciones del Parlamento Europeo A3-314/91 y A3-0172/92¹⁰¹.

Pero al principio del artículo comentaba que esta nueva concepción del niño es más ambiciosa que la de darle parte en la toma de aquellas decisiones que le afecten. Se trata de considerar al niño como un ser humano completo en una fase de su vida, del que es predicable la misma dignidad humana que de cualquier otro ser humano. Esta concepción permitirá considerarle titular de los derechos que en los instrumentos jurídicos de derechos humanos eran en principio establecidos para el ser humano adulto, y que en el ámbito europeo significará que el menor está incluido en el término «toda persona» respecto del cual se predica en el artículo 1 del Convenio de Roma el reconocimiento de los derechos y libertades en él definidos.

En este sentido se puede apreciar una creciente aplicación del Convenio también a los menores, ya que pese a que ni la Comisión ni el Tribunal se han manifestado expresa y definitivamente sobre el particular, sin embargo sí parece que en determinadas ocasiones hayan seguido en sus decisiones esa inter-

⁹⁹ Centro Internacional de Abogados de Estrasburgo y el Movimiento Internacional de Juristas Católicos: «La protección de los niños menores en el marco de la Convención Europea de los Derechos del Hombre», cit., p. 114.

¹⁰⁰ Esta determinación del Consejo de Europa se ha visto también al usarse un derecho que en un principio no regulaba la protección del menor, como es el derecho concreto a la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio de Roma, para que el niño de acuerdo con su nivel de madurez intervenga en la toma de determinadas decisiones que le afectan, como puede ser la elección de su centro de enseñanza o de la religión que ha de aprender. Véase en este sentido PASCALE BOUCAUD: *El Consejo de Europa y los derechos del menor*, cit., p. 8.

¹⁰¹ Así, la Resolución A3-314/91 establece en el apartado C que el niño debe «prepararse a tomar parte en la futura sociedad con sentido de la responsabilidad, solidaridad y esperanza que son las condiciones para una vida plena», y la Resolución A3-0172/92 regula en el punto 8.14 que «siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten».

pretación¹⁰². En esta línea aunque la edad no es reconocida expresamente como causa de no discriminación en el artículo 14 sin embargo sí podría entenderse como tal, ya que en este artículo se indica que las causas expresamente señaladas lo son por razones especiales pero que en general «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser reconocido sin distinción alguna», añadiéndose a su vez al final del artículo que la discriminación no puede producirse, además de por las razones señaladas, por «cualquier otra situación», donde podría encuadrarse a la minoría de edad. Esta interpretación extensiva del artículo 14 sirvió de base para que en 1989 la comisión jurídica de la Asamblea del Consejo de Europa emitiese una opinión favorable sobre la aplicabilidad de la Convención de los Derechos del Hombre a los niños, lo que estaría en sintonía con el hecho de que éstos puedan, en principio, interponer directamente¹⁰³, sin necesidad de autorización paterna o de sus

¹⁰² Así, por ejemplo, señala Pascale Boucaud que si bien «el Convenio estipula, en su artículo 2, que «El derecho de toda persona a la vida estará protegido por la Ley» (...) En un litigio muy interesante, el caso «X contra el Reino Unido», dictaminado el 13 de mayo de 1980, la Comisión se negó a reconocer al feto «un derecho a la vida de carácter absoluto», por entender que el término «persona» no abarca al niño «todavía no nacido»» (PASCALE BOUCAUD: Op. cit., p. 2). De lo que podría inferirse que el ya nacido sí puede ser considerado «persona», y por tanto titular de los derechos que se le reconocerían en el artículo 1.

¹⁰³ Desde la entrada en vigor del Protocolo número 9, el 1 de octubre de 1994, también las personas físicas (junto a las organizaciones no gubernamentales o los grupos de particulares), podrán accionar una demanda ante el Tribunal sobre las posibles violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención.

No obstante, este poder de los particulares de interponer una demanda ante el Tribunal se ve en cierta medida mitigado si tenemos en cuenta: que para que se acepte la demanda tiene previamente el Estado parte a cuya jurisdicción se encuentre sometido el particular demandante, y el Estado parte demandado, haber prestado su consentimiento en obligarse por dicho Protocolo; y que, incluso cuando el particular hubiese interpuesto la demanda ante el Tribunal, éste podría no llegar a conocer de la misma (ya que tras la modificación del artículo 48 del Convenio por el artículo 5 del Protocolo núm. 9, se establece un Comité compuesto por tres miembros del Tribunal que decidirá si el asunto merece ser conocido por el Tribunal o si ha de ser resuelto por el Comité de Ministros).

Es interesante señalar que el Protocolo núm. 11 (abierto a la firma el 11 de mayo de 1994, cuya entrada en vigor se producirá cuando todos los Estados partes manifiesten su consentimiento en obligarse por el mismo, circunstancia que todavía no se ha producido), prevé «una profunda reestructuración del mecanismo de garantía del Convenio Europeo, dirigida a reforzar su eficacia y el carácter judicial de su organización y funcionamiento» (JORDI BONET: «El Protocolo número 11 y la reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, núm. 1, 1994, p. 478). En este sentido señala la profesora Salado Osuna respecto al Tribunal que «el Protocolo número 11 instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las siguientes características: es el único órgano de control y tiene carácter permanente; es un órgano judicial internacional; está integrado por jueces electos que actúan a título individual; su competencia se extiende a todo asunto relacionado con la interpretación y aplicación del Convenio; tiene jurisdicción obligatoria; están legitimados activamente ante él tanto los Estados partes en el Convenio como los particulares bajo la jurisdicción de dichos Estados; ejerce sus funciones en Pleno, Gran Sala, Salas y Comités; y sus decisiones son obligatorias para los Estados» (ANA SOLEDAD OSUNA: «El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, septiembre-diciembre, 1994, pp. 943 y 944).

representantes legales, una demanda ante la Comisión si considerasen que se les ha vulnerado los derechos en ella reconocidos¹⁰⁴. Esto exigiría la revisión de conceptos como el de capacidad de obrar o el de capacidad procesal, siendo éste, en todo caso, un tema a desarrollar en otro artículo.

ALGUNAS CONCLUSIONES

A modo de conclusión me gustaría resaltar, respondiendo a las cuestiones que planteaba al principio del artículo, la existencia e importancia de unos conceptos y valores concretos en todo el proceso que en este último siglo se ha producido en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños.

Mediante un estudio de los tres textos internacionales que, en el siglo XX, han pretendido dar una protección global a los derechos de los niños, y del posible seguimiento que de sus pautas se haya realizado en un ámbito regional tan importante como el de la Europa occidental, observamos que la preocupación por dar la mayor cobertura posible en dicha protección ha supuesto un continuo avance tanto en los derechos que se le reconocen al menor cuanto en la articulación de mecanismos que permitan asegurar su efectiva realización. Igualmente observamos que ese avance en el reconocimiento y protección siempre va unido a tres consideraciones, constantes en su finalidad aunque cambiantes en sus contenidos concretos, como son una determinada concepción del menor, el valor solidaridad y el objetivo del interés superior del niño.

La concepción que del niño se tiene resultará básica para determinar cuáles son los derechos que se le han de reconocer. En este sentido es básico el cambio que supuso pasar de concebir al niño como un simple «objeto» digno de

Y respecto a la modificación en el procedimiento destaca que si «en el actual mecanismo de garantía y control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el procedimiento es complejo y lento. El procedimiento diseñado por el Protocolo número 11 desaparece la complejidad y puede funcionar con celeridad, si bien el mismo no está desarrollado por el Protocolo, sino que éste establece las grandes líneas y remite al Reglamento del Tribunal todas las demás cuestiones» (ANA SALADO OSUNA: Op. cit., pp. 954 y 955).

¹⁰⁴ Así se vio, por ejemplo, en la admisión en 1974 de la demanda «X e Y contra Países Bajos» interpuesta por una niña de catorce años (véase el *Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los ciudadanos sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño*, Estrasburgo, Parlamento Europeo, Documentos de sesión A3-0172-92, abril, 1992, pp. 16 y 17); y más recientemente en dos sentencias: en la «Costello-Roberts contra el Reino Unido», en la que el Tribunal acepta la demanda de un niño en un recurso por castigos corporales infligidos en una escuela privada, y en la «Nortier contra Países Bajos», de 24 de agosto de 1993, aceptando la demanda de un menor de quince años (véase la referencia a ambas sentencias en NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA: *La protección internacional de los derechos del niño*, cit., p. 47).

protección, como un simple proyecto de ser humano completo (no pudiendo tener participación ni incluso en la toma de decisiones respecto a aquellas materias que más directamente le afectaban), concepción latente en las dos Declaraciones de los derechos de los niños; a la concepción, ya recogida en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, del niño como sujeto titular de derechos (con el reconocimiento expreso de poder participar, de acuerdo con su nivel de madurez, en los ámbitos social, político y familiar en la toma de decisiones en todas aquellas materias que le afecten), que permite tener una visión del niño como ser humano completo en una fase de su vida, lo que abrirá la posibilidad de reconocer al menor como titular de los derechos que en los textos de derechos humanos se reservaban en un principio para el ser humano adulto.

El valor solidaridad, como valor que permite entender adecuadamente el porqué de ese reconocimiento de los derechos de los niños al otorgar relevancia jurídica a su especial situación de indefensión en sus relaciones sociales; y también, por otra parte, como valor que en todos los textos se señala como esencial en la construcción de un mundo mejor, otorgando una importancia fundamental a que el mismo sea asumido por los niños, principalmente a través de la educación.

El interés superior del niño sirve de faro para comprender hacia dónde debe tender toda la evolución en el reconocimiento y protección de los derechos del niño, siendo así el objetivo a conseguir en todos los instrumentos jurídicos desde la Declaración de Ginebra.

Es la unión de todas estas pautas lo que creo que nos permite entender mejor por qué surgió la preocupación por reconocer y proteger los derechos de los niños, por qué se siguió un determinado proceso de evolución, y también cuáles deben ser los pasos que lógicamente se habrán de dar en el futuro en dicho reconocimiento y protección.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Convención de 1989, prácticamente de alcance universal, establece en el mismo nivel los derechos civiles y políticos que los económicos, sociales y culturales, y el mandato expreso que supone su artículo 4¹⁰⁵, se habrá de concluir en la necesidad de que el primer y

¹⁰⁵ Artículo 4 que concretamente establece que «los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional». Siendo esta cooperación internacional también aludida en el Preámbulo, donde se reconoce «la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo».



decisivo paso que en un futuro inmediato han de dar todos los Estados sea la protección satisfactoria de los derechos más básicos de los niños. Luchando para ello con todos los medios a su alcance (y no anteponiendo intereses espurios, económicos o políticos, tanto de las potencias más desarrolladas como también de las menos desarrolladas), y de una manera especial contra las circunstancias excepcionalmente difíciles que vive una buena parte de los niños del mundo y que van unidas a la pobreza y el subdesarrollo (siendo así todavía problema esencial de la infancia en el mundo actual la propia supervivencia, que afecta a ámbitos de tanta trascendencia como la nutrición, la salud, la explotación, el abandono, la educación o la planificación familiar). Esta consideración de establecer como objetivo primordial de toda la comunidad internacional el dar solución a los problemas básicos de la infancia mundial permitiría, por fin, empezar a dar contenido a la idea manifestada por los redactores de la Declaración de Ginebra de que «la humanidad debe dar al niño lo que ella tenga mejor».

