



50 ANIVERSARIO

DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL
DE LOS **derechos humanos**
SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DE LOS
derechos del niño

Rosario Carmona Luque (Coord.)



unicef

Servicio de Publicaciones
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ



CURSO

50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS

HUMANOS: SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS

DEL NIÑO

Edición coordinada por M^a del Rosario Carmona Luque.

Facultad de Derecho de Jerez

Universidad de Cádiz

1.999



SERVICIO DE PUBLICACIONES

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

1999

**50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE
DERECHOS HUMANOS: SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN
DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

**Facultad de Derecho de Jerez 1.999
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ**

Edición coordinada por *M^a del Rosario Carmona Luque*.

© Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz

I.S.B.N.: 84-7786-935-9

Depósito legal: CA-907/2000

Diseño de Portada:

Imprime: Servicio de Autoedición e Impresión
Universidad de Cádiz

INDICE

1. PRESENTACIÓN

Dr. D. Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Presidente del Comité Español del UNICEF.	9
---	---

2. PRÓLOGO

Profª. Dra. Dª Lucía MILLÁN MORO, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.	13
---	----

3. CONFERENCIA DE APERTURA

“Reconocimiento y garantías de los derechos del niño”

Prof. Dr. D. José Justo MEGÍAS QUIRÓS, Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Cádiz.	19
---	----

4. CICLO DE CONFERENCIAS:

4.1. “La explotación sexual del niño: Forma contemporánea de esclavitud”.

Prof.ª Dª. Mª del Rosario CARMONA LUQUE (Universidad de Cádiz).	33
--	----

4.2. “Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor”.

Profª. Dra. Dª Mª Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Universidad de Cádiz).	61
---	----

4.3. “La protección de la infancia en el seno de la familia”

Dª Montserrat ENRICH MAS (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).	89
---	----

4.4. “Actuación del UNICEF en la protección del derecho del niño a la vida, la supervivencia y a un nivel adecuado de vida”.

D. Víctor SOLER SALA (Comité Español del UNICEF).	103
--	-----

4.5. “La protección de los menores refugiados, inmigrantes y solicitantes de asilo: el caso de España”.

Dª Mª Jesús VEGA PASCUAL (Delegación en España del ACNUR).	107
---	-----

4.6. “El menor ante el proceso”.

D. Félix PANTOJA GARCÍA (Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).	123
--	-----

5. MESA REDONDA:

5.1. “Régimen de protección internacional de los derechos del niño”.

Profª. Dra. Dª Ana SALADO OSUNA (Universidad Hispalense, Sevilla).	137
---	-----

5.2. “El trabajo social ante las situaciones de riesgo y desamparo del niño”.

Prof. D. Pedro HERNÁNDEZ LAFUENTE (Universidad de Cádiz).	153
--	-----

6. CONFERENCIA DE CLAUSURA

“Evolución histórica de los derechos del niño”

Excmo. Sr. D. Jesús RODRÍGUEZ GÓMEZ (Universidad de Cádiz)

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez.

Prof. de Derecho Internacional Público. 167

7. ANEXO I

“Declaración universal de derechos humanos”

Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. 177

8. ANEXO II

“Convención sobre los derechos del niño”

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. 191

PRESENTACIÓN

**PRESENTACIÓN DE LAS ACTAS DEL CURSO DEL 50 ANIVERSARIO DE
LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y SU
INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y
NIÑAS DEL MUNDO.**

**Dr. D. Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS.
Presidente del Comité Español del UNICEF.**

1998 y 1999, han sido - y siguen siendo - dos años de singular significación, como reflejo de dos fechas históricas: 10 de diciembre de 1948, en que la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los derechos humanos y 20 de noviembre de 1989, en que la misma Comunidad Internacional promulgó la “ Convención de los derechos del niño “, en verdad, la Carta Magna de la infancia y la juventud.

Analizar el sentido de ese histórico itinerario ha sido el gran mérito de ese Curso, por lo que se debe felicitación y agradecimiento a la siempre vigilante y activa Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera, con el espíritu del Convenio de colaboración entre la Universidad de Cádiz y el Comité español del UNICEF.

Esas intensas jornadas de reflexión académica han puesto de relieve la fuerza expansiva de la Declaración Universal, gracias a la cual fueron generándose los Pactos Internacionales de 1966, y múltiples Declaraciones y Convenios monotemáticos, hasta culminar en la Convención de 1989, consagrada - en certero giro copernicano - a reconocer los derechos fundamentales de todas las niñas y niños del mundo, y no sólo de los que sufren los efectos de la pobreza crítica y de la insuficiente solidaridad de Gobiernos y de las sociedades, y de los conflictos inter-étnicos y de las guerras, sino también de los que, en los países industrializados y económicamente potentes, sufren malos tratos, abandono o explotación.

Cada vez importa y urge más que todas las Universidades sean hogares de una reflexión como ésta, y forjen así, los equipos de constructores de un mundo más justo.

Joaquín Ruiz-Giménez

Presidente del Comité Español del UNICEF

PRÓLOGO

Dra. D^a Lucía MILLAN MORO.
Catedrática de Derecho Internacional Público.
Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

El cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido una ocasión para reflexionar sobre la evolución que ha experimentado la protección internacional de los Derechos humanos en esos años, en general, y sobre determinados aspectos concretos de la misma.

En esa línea se inscribe el análisis de la influencia que esta importante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas ha tenido en la evolución de los Derechos del Niño, que fue el objeto principal del Curso organizado por el Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Jerez, en la Universidad de Cádiz, en el marco del convenio de colaboración de esta institución con UNICEF, coordinado por la Prof^a M^a del Rosario Carmona Luque, Profesora Asociada de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz, y D. Ricardo García Pérez, Director de Educación para Desarrollo y Programa del Comité UNICEF-Andalucía, y del que este libro recoge las ponencias.

El tema de la protección de los Derechos del Niño no sólo es de indudable actualidad, sino que desgraciadamente la realidad insiste todos los días en la necesidad de conseguir una regulación completa y efectiva que garantice la protección de una serie de derechos esenciales para un grupo humano particularmente vulnerable, y que por definición, hasta llegar a la mayoría de edad, necesita algún tipo de ayuda o protección.

Por esa razón son tan necesarios los cursos como el que se encuentra en el origen de esta monografía, ya que la sociedad dentro de cada Estado necesita no sólo un recordatorio permanente de los problemas que existen en la sociedad internacional contemporánea, sino también y al mismo tiempo, formación e información sobre los problemas planteados y que se intentan resolver, para fomentar una inquietud por estos temas y una firme voluntad encaminada a buscar soluciones a los mismos.

Se trata, además, de una de las materias que progresivamente han ido siendo reguladas por normas jurídicas internacionales, y dejando de ser de la exclusiva competencia interna de los Estados, aunque por supuesto, éstos mantienen también su regulación de Derecho interno, que en muchos casos deben adaptar a los convenios internacionales de que son partes, aunque no todos los aspectos referidos a los Derechos del Niño han sido a su vez objeto de regulación internacional.

A esta primera evolución en la materia, que consiste en la aparición, en la segunda mitad del siglo veinte, de una regulación internacional en esos temas, se añade un segundo tipo de evolución, que es el que se examina en este libro, y es el de la incidencia que la protección general de los Derechos humanos tiene

precisamente en los Derechos de un sector determinado de la población: los niños.

El estudio de la evolución de los Derechos del Niño en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos se articula a través del examen de la incidencia que han tenido algunos artículos de la Declaración, que abarcan aspectos importantes de la protección a los niños, que la enfocan desde distintos planos y contemplándola tanto en sus aspectos negativos, protección frente a todo tipo de abusos y violaciones, como en los positivos, de garantía del ejercicio de determinados derechos.

Así, las primeras ponencias del curso examinan la protección del niño desde perspectivas internacionales, y se contempla su protección frente a la explotación y el abuso sexual en el marco de las Naciones Unidas, y frente a la explotación laboral, así como la garantía de su derecho a la educación. La protección de estos derechos se analiza en función de la incidencia que tiene en ellos la evolución de la prohibición de esclavitud y de servidumbre y del derecho a la educación.

En este sentido, los desarrollos tecnológicos e informáticos han vuelto a demostrar cada día la necesidad de adaptar la protección de los Derechos del Niño, a esos avances para evitar, y también sancionar, las nuevas formas de explotación sexual, en las que, como en otros ámbitos, los niños son especialmente vulnerables.

Se contempla también en las ponencias la protección de la familia, el elemento natural y fundamental de la sociedad, tanto desde el prisma de la legislación estatal, como desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La protección de los Derechos del Niño, como las de los Derechos humanos en general, se articula en diversos planos, que de menor ámbito a mayor, van desde la protección a nivel estatal, a la protección universal que garantiza Naciones Unidas, pasando por los escalones intermedios de los ámbitos regionales, como es el caso del Consejo de Europa, y de otras Organizaciones Internacionales regionales.

No se olvidan tampoco determinadas situaciones especiales, que en el caso concreto de España, y de la provincia de Cádiz, dónde se impartió el curso que da lugar a esta monografía, son particularmente relevantes. Así el tema del derecho de asilo y su relación con los menores inmigrantes y demandantes de asilo sigue siendo de permanente actualidad en nuestro país.

También se contempla otro tipo de situaciones relevantes para los menores como es el caso de su acceso a la justicia y su relación con otros Derechos humanos protegidos en la Declaración de 1948: el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales y el derecho a ser oído ante los tribunales. Son derechos que en las sociedades democráticas parecen de toda evidencia, pero que es muy importante su formulación expresa en las Resoluciones de Organizaciones Internacionales y en los Tratados internacionales, para sociedades no democráticas.

El derecho del niño a la vida, a la supervivencia y a un nivel adecuado de vida, se relaciona con el derecho general a un nivel de vida adecuado y los cuidados especiales a la maternidad y la infancia. En este caso, se garantizan derechos diversos, desde el más elemental que es el derecho a la vida, hasta un tipo de derecho más complejo, con implicaciones socioeconómicas, como es la garantía de un nivel de vida adecuado.

Por último, la monografía finaliza con una reflexión sobre el derecho a un orden social e internacional de protección de los derechos y libertades proclamados en la Declaración.

El libro constituye, entre otras aportaciones, el testimonio de inquietudes, investigaciones académicas y actividades, especialmente de la profesora Rosario Carmona, que desborda en muchas ocasiones las tareas estrictamente académicas, y pasa a un plano de realizaciones concretas, su defensa personal de los Derechos del Niño.

Lucía Millán Moro

Sevilla, 14 de noviembre de 2000

CONFERENCIA DE APERTURA

RECONOCIMIENTO Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Prof. Dr. José Justo Megías Quirós.
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz.

1. INTRODUCCION

Supone gran satisfacción que nos brinden la oportunidad de tratar sobre algún tema tan importante como es el de los derechos humanos, y más aún si afecta a un colectivo que requiere una especial atención por parte de todos, como son los niños. Vaya por ello por delante mi agradecimiento a las profesoras Millán Moro y Carmona Luque por la invitación, y mi felicitación tanto por la organización como por la sensacional acogida que ha tenido este Curso. También mi felicitación a UNICEF, representada por D. Ricardo García, cuya colaboración resulta decisiva.

Quisiera, en primer lugar, hacer referencia a la necesidad de implicarnos todos en la consecución de un respeto efectivo hacia los derechos humanos. No pasa desapercibido el enorme contraste entre los actos generosos y solidarios por una parte y las auténticas barbaries que se suceden constantemente en Europa, en Africa, en Asia, en América y en Oceanía. Un ejemplo reciente lo encontramos en la guerra de Yugoslavia, en la que paralelamente hemos asistido, por un lado, a unos atentados aberrantes contra las personas que pertenecían a una determinada etnia y, por otro, a la ayuda humanitaria prestada a los refugiados, no sólo por los Estados, organizaciones internacionales y entidades públicas, sino también -y esto es lo importante- por la sociedad, bien de modo personal e individual, bien a través de múltiples ONGs.

No podemos acostumbrarnos a ver como normal lo que nunca podrá serlo, y me refiero a los continuos atentados a los derechos humanos; el hecho de que no dispongamos de mecanismos de defensa y control completamente eficaces no significa que debamos conformarnos con la situación. Debemos seguir aportando cada uno nuestro granito de arena para conseguir una sociedad más "humana", en la que todas y cada una de las personas -en especial los menores- tengan un lugar digno en el que convivir con los demás sin sentirse desplazadas.

No me corresponde en esta conferencia entrar en el fondo de todas y cada una de las cuestiones importantes que afectan al niño, sino plantear una visión generalizada del panorama actual. La profundidad en los aspectos concretos (educación, trabajo, explotación sexual, etc.) corresponde a los expertos que intervendrán en las siguientes conferencias. Quizás al final pueda parecer que soy un tanto pesimista sobre el reconocimiento y garantías de los derechos del niño, pero no es exactamente así. Cualquier análisis, en un plano real, de esta cuestión en la sociedad contemporánea nos llevará a la conclusión de que aún queda un largo camino por recorrer y un considerable esfuerzo por realizar. En ese camino se encuentra este Curso, cuyo objetivo no es sólo -estoy seguro de ello- una transmisión teórica de conocimientos, sino la promoción del respeto a

los derechos humanos y, en concreto, a los derechos del niño.

La Carta fundacional de la ONU -Carta de San Francisco de 1945- constituyó un hito histórico. En su preámbulo recogió la decisión de “*reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”. Es cierto que no desarrolló en su articulado un tratamiento adecuado a esos derechos a los que aludía en su preámbulo, pero la creación inmediata de la *Comisión de derechos humanos* permitía corregir esa carencia. A ella correspondió preparar una declaración de derechos humanos que estableciera también sus normas generales y básicas, y se le encomendó la preparación de unos pactos sobre tales derechos -en los que quedara claro el alcance y los límites en su ejercicio- y adoptar unas medidas de ejecución, mediante instrumentos y mecanismos que consiguieran su respeto.

El 10 de diciembre de 1948 -se han cumplido 50 años- la Asamblea General de la ONU proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que en sus 30 artículos recoge un listado de derechos que, si bien ha sido incrementado por textos posteriores, constituye el núcleo fundamental. La importancia de este texto queda fuera de toda duda, no porque se haya conseguido un respeto completo de tales derechos -que sería lo realmente deseable-, sino porque se ha erigido en un código de carácter universal, que constituye lo que algunos han denominado el *Código de la Humanidad*.

2. LOS DERECHOS DEL NIÑO

Dicho lo anterior debemos entrar ahora en la cuestión de los derechos del niño y lo tenemos que hacer desde dos planos: desde los textos generales sobre derechos humanos, por un lado, y desde los textos específicos para menores, por otro. Esta distinción no supone que los derechos del niño constituyan una categoría jurídica distinta a los derechos de los adultos o tengan un fundamento distinto, sino que nos encontramos ante un grupo de personas que -por sus circunstancias concretas- necesitan de una acción específica para que puedan disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad. Se pretende, al decir de Peces-Barba, “proteger a personas situadas en relaciones jurídicas de subordinación para situarlas en relaciones jurídicas de coordinación y si fuera posible de integración”. No podemos olvidar que toda persona, por el hecho de serlo, está revestida de una dignidad de la que no puede ser privada por razón alguna, ni siquiera contando con el consentimiento del propio sujeto; por ello se puede y se debe prohibir el que alguien se pueda vender como esclavo, o acepte trabajos denigrantes, o sanciones vejatorias, etc. Pero tampoco podemos olvidar que es la propia persona la que se erige en defensor idóneo de su propia dignidad, y en el caso de algunos grupos -como es el de los menores- esta autodefensa queda mermada. Es paradójico, como pone de manifiesto McCormick, que la figura o categoría jurídica del derecho subjetivo, que otorga a los adultos mecanismos oportunos para salvaguardar y disfrutar de sus derechos, deviene insuficiente en el caso de los menores, pues normalmente los ataques a los derechos de éstos provienen de aquellas personas

a las que el Derecho ha situado en posición de garantes de los mismos (padres, tutores, representantes legales, etc.)

Es cierto que existen corrientes, sobre todo de carácter utilitarista, que le niegan la consideración de verdaderas personas a los menores en determinadas circunstancias (al concebido no nacido, a los críos pequeños o a los deficientes mentales), lo que conllevaría la inexistencia de derechos (Hare, Engelhardt, Frey, etc.), pero afortunadamente son los menos. Son otros tiempos los que corren y estamos muy lejos de la política eugenésica del nazismo, política que supuso la pérdida del derecho a la vida para muchos niños que nacieron con alguna deficiencia o supuso su aislamiento del resto de la sociedad. Pero a pesar de los años transcurridos y el legado escalofriante de la Alemania de los años 40, hoy se sigue poniendo en tela de juicio que el niño que nazca con alguna enfermedad aparentemente grave tenga un auténtico derecho absoluto a la vida. Lo mismo puede ocurrir en determinados Estados si no se nace varón, como es el caso de China, donde un elevado número de los abortos e infanticidios que se producen tienen como única razón el hecho de ser “niña”.

No es necesario realizar grandes elucubraciones para fundamentar el deber que tenemos los adultos de velar por el respeto de los derechos de los niños, que será más fuerte en la medida en que el niño esté más desvalido, bien por la edad, bien por otra circunstancia (desarrollo, enfermedad, etc.). Y, por ello, afirma L.R. Duplá que “sólo las anteojeras del reduccionismo cientifista, que no ve en el niño sino un conjunto de procesos orgánicos susceptibles de descripción aséptica, cierran el paso al dato evidente de un deber claramente objetivo”. Y es que a veces unas mal llamadas “cuestiones de Estado” (?) hacen olvidar que todo niño es persona, persona inocente e indefensa, y que tendremos siempre el deber de salvaguardar sus derechos incluso por delante de esas cuestiones “tan importantes”.

Esta precariedad del menor es la que ha supuesto la necesidad de no conformarnos con unos instrumentos jurídicos generales sobre los derechos humanos, que no distinguen entre adultos y menores. Personalmente, pienso que la limitación de la personalidad jurídica de éstos, por un lado, y “su falta de madurez física o mental” (Declaración Universal de los Derechos del Niño), por otro, hacen que la aplicación de estos instrumentos pierda eficacia y, por tanto, sea necesario paliar estas deficiencias con otros más específicos, que sirvan de pauta a las legislaciones nacionales.

3. INSTRUMENTOS GENERALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Podemos encontrar en gran parte de estos textos algunas referencias genéricas a menores. Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se acerca a los derechos de los menores de forma incidental en los artículos 16.1 y 26.3. En el primero de ellos hace referencia a la libertad para contraer matrimonio cuando se alcanza la edad núbil, y es evidente que esta edad se alcanza siendo menor. El segundo artículo citado, el 26.3, está más bien referido a los padres, pues recoge el derecho preferente de éstos para elegir la educación de sus hijos desde su nacimiento y, por lo tanto, siendo menores.

Otros textos y, sobre todo, las legislaciones nacionales han venido a perfilar y delimitar este derecho de los padres que en ciertas ocasiones se puede volver contra sus hijos.

El artículo 25 recoge de modo expreso la especial protección que merecen los niños. Si en su párrafo primero establece el derecho a un nivel de vida adecuado para todas las personas (alimentación, vestido, vivienda, protección social, etc.), en el párrafo segundo se requiere una especial protección para la maternidad y la infancia, sin que pueda esgrimirse causa alguna para negar esta asistencia especial a cualquier niño.

El *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (de 16 de diciembre de 1966), también contiene algunos artículos en los que se reconocen derechos que afectan más directamente a los menores; es el caso de los arts. 10, 12 y 13. En el primero se recoge el derecho de protección de la familia como elemento natural para hacer posible el cuidado y educación de los hijos; con ello se pretende facilitar el desarrollo normal, físico y moral, de éstos y evitar cualquier peligro para su vida. Se pretende una protección de los niños frente a cualquier discriminación y frente a cualquier explotación económica, social, laboral, etc. El artículo 12, por su parte, establece el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, incluyendo el compromiso de lograr la reducción tanto de la mortalidad como de la mortalidad infantil; también se comprometen los Estados a adoptar las medidas necesarias para que sea posible el desarrollo sano de los niños. Por último, el artículo 13 exige a los Estados el reconocimiento de su obligación de garantizar el derecho de toda persona a la educación, y como consecuencia de ello a garantizar la gratuidad de la enseñanza primaria; destaca el hecho de convertir un derecho en una obligación, pues no sólo se reconoce a los menores el derecho a la enseñanza primaria, sino que establece al mismo tiempo que ésta debe ser obligatoria. El peso de esta obligatoriedad recaerá fundamentalmente sobre el Estado y los padres o representantes de los menores, que son quienes tendrán la responsabilidad de hacerla efectiva. La libertad de los padres a elegir la escuela que crean más conveniente según sus convicciones, sea pública o privada, quedará limitada exclusivamente por el respeto a los valores que se recogen en el párrafo primero de este artículo, es decir, no será posible elegir una escuela donde no se favorezca la “comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”, lo que originó, por ejemplo, el cierre de una escuela privada en Londres cuyo ideario se correspondía con el fundamentalismo islámico y rechazaba la relación con personas de otras religiones.

Del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (de 16 de diciembre de 1966) se pueden destacar también algunos de sus artículos. El artículo 24 está referido expresamente a los niños, estableciendo su derecho a unas medidas de protección acordes a su condición y circunstancias, tanto por parte de su familia como del resto de la sociedad y del Estado. Este derecho no puede sufrir menoscabo por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, etc. Desde el momento de su nacimiento tiene derecho a adquirir una nacionalidad y

ser inscrito inmediatamente.

Al igual que el artículo 16 de la Declaración Universal, el artículo 23 de este Pacto reconoce a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que se debe garantizar el derecho de toda persona, también de los menores, a contraer matrimonio y formar una familia si han alcanzado la edad legalmente establecida para ello. En su párrafo tercero se exige a los Estados adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los hijos en caso de ruptura matrimonial.

El artículo 10 exige el respeto a la dignidad de la persona cuando ésta haya sido privada de su libertad; en el caso de los menores, deben ser puestos a disposición judicial a la mayor brevedad posible, de modo que no se alargue tal situación si es evitable y, además, la privación de libertad debe realizarse en unas dependencias propias para menores o, al menos, debe garantizarse la separación de los adultos. En cuanto al procedimiento aplicable a los menores, el artículo 14 establece en su párrafo cuarto que su objetivo debe ser la readaptación social del menor, siendo posible no dar publicidad a una sentencia penal o contenciosa cuando resulte afectado el interés del menor (párrafo primero). Por otra parte, el artículo 6, que reconoce el derecho a la vida como inherente a toda persona, prohíbe en su párrafo 5º la aplicación de la pena de muerte a los menores de 18 años, e incluso a los mayores de esta edad siempre que el delito hubiera sido cometido con anterioridad.

En el ámbito regional europeo contamos también con el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950), que con su art. 25 permitía que los menores pudieran recurrir ante la Comisión Europea de derechos humanos (hoy ya no es preciso) cuando se consideraran víctimas de una violación de sus derechos, sin que para ello fuera precisa la autorización de sus padres o representantes legales (sentencia “MARCKX v. BÉLGICA”, de 13 de junio de 1979). Certestamente ha puesto de manifiesto M. Buquicchio-De Boer que, sin estar referido a los niños y sin siquiera mencionarlos, este Convenio ha conseguido grandes logros para ellos como, por ejemplo, la prohibición de un trato inhumano y degradante (con la prohibición de los castigos corporales), mayores garantías ante la privación de libertad, etc.

4. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS SOBRE MENORES

Los derechos de los niños son tratados por primera vez de un modo específico en la Declaración de Ginebra de 23 de febrero de 1923, aprobada en la Vª Asamblea de la Sociedad de Naciones, de 26 de septiembre de 1924, con la denominación *Declaración de los Derechos del Niño*. Esta declaración es puramente testimonial, muy escueta y con cinco puntos. Se recoge en ella el deseo de que los hombres y las mujeres de todas las naciones reconozcan para los menores el derecho a un desarrollo normal, tanto material como espiritualmente, a ser protegidos contra la explotación y la discriminación, etc. Evidentemente, constituía más una declaración de buena voluntad que un

verdadero compromiso de los Estados, que no llegaron a acordar las técnicas de protección necesarias para garantizar los derechos reconocidos.

El primer texto importante con el que se cuenta es la *Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada en la XIV sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959. En ella se recogen 10 principios encaminados a evitar cualquier tipo de discriminación, proteger su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, proteger sus derechos a un nombre y a una nacionalidad, a la educación y cuidados especiales, a la alimentación necesaria, a prestaciones sociales, a no ser explotado, etc. Las características principales que destacan en esta Declaración vienen determinadas por el tratamiento que comienza a recibir el niño como sujeto y la guía de la actuación de sus representantes hasta que alcance la mayoría de edad. Efectivamente, por primera vez el niño aparece no sólo como objeto del Derecho, que merece una protección, sino que también comienza a perfilarse como sujeto de derechos, aunque desafortunadamente de forma muy limitada. En cuanto a las personas que deben velar por esos derechos del niño, aparece el “interés del niño” como principio rector de las decisiones que se adopten y afecten al menor, al menos en cuanto a su educación y orientación; cualquier actuación de sus padres o representantes legales, debe estar inspirada en este principio (Principio VII).

El texto definitivo será la *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989; en lugar de principios como la anterior, está compuesta por un preámbulo y 54 artículos, que le otorgan un carácter más jurídico. En España entró en vigor, tras su ratificación, el 2 de septiembre de 1990.

Antes de analizar el contenido de esta Convención, en el ámbito regional europeo, resulta conveniente aludir a las cuatro convenciones elaboradas por el Consejo de Europa, y actualmente en vigor, que afectan a los menores, como son la Convención Europea sobre adopción de niños (de 24 de abril de 1967), la Convención Europea de repatriación de menores (de 28 de mayo de 1970), la Convención Europea sobre el estatuto legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio (de 15 de octubre de 1975) y la Convención Europea de reconocimiento y ejecución de decisiones sobre custodia de niños (de 20 de mayo de 1980). España tan sólo ha ratificado ésta última (el 30 de mayo de 1984), con la que se pretende restablecer la custodia de menores cuando haya sido interrumpida arbitrariamente y el menor fuera trasladado ilícitamente a otro país. Fuera del marco de Naciones Unidas también la Unión Europea ha adoptado normas que regulan, por ejemplo, la libre circulación de los niños para visitar a sus padres, el derecho a la educación, la protección contra la explotación económica, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, la adopción, etc.

5. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989

1) La primera novedad que nos ofrece es el *concepto de niño* (artículo

que, aunque queda limitado a los efectos de la propia Convención, puede servir como modelo para otros instrumentos y normas. Se debe entender por niño *“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. En esta última idea insiste el artículo 41 al establecer que en caso de no coincidir lo fijado en la Convención con lo dispuesto en una norma interna o en un tratado internacional, siempre prevalecerán éstos últimos si redundan en beneficio de la realización de los derechos del menor. Resulta importante también el establecimiento, en el artículo 38, de la edad de 15 años como edad mínima para poder participar directamente en un conflicto bélico, al mismo tiempo que se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que los menores participen y, si es posible, se amplíe el límite hasta los 18 años.

La fijación de la edad fue uno de los temas más polémicos en las discusiones previas a la redacción definitiva de la Convención. J. Moerman puso de relieve que el hecho de aceptar los 18 años como edad límite, sin distinguir etapas de desarrollo en el niño, respondió a la influencia de los Estados más fuertes en cuyas legislaciones aparece esta edad para determinar la minoría y mayoría legal; por ello afirma que tal acuerdo no respondió a criterios ni pedagógicos, ni biológicos, ni sociológicos. De este modo, algunos artículos de la Convención tuvieron que ser redactados de una forma ambigua para que pudieran resultar aplicables tanto a los recién nacidos como a los que están al límite de la mayoría de edad. Aunque -evidentemente- es mejor tener esto que no tener nada, no deja de llamar la atención las graves disfunciones que se producen por esta decisión. S. Picado resalta, por ejemplo, que al no distinguir las diversas etapas de desarrollo del niño se desaprovecha la oportunidad de prohibir todo tipo de trabajo a los menores de 12 años y regular el acceso al trabajo de los niños que superan esa edad, de modo que se pueda evitar la explotación, el menoscabo del derecho a la educación y al desarrollo pleno, etc.

Otra novedad de la Convención viene dada por el empeño en el establecimiento de medidas de protección especial ante los peligros de mayor gravedad que afectan al menor. Por ello insiste en la protección contra el uso y tráfico de drogas, contra la explotación sexual, contra la retención y el desplazamiento ilícitos, contra las arbitrariedades o falta de garantías en los procesos penales, etc., que han cobrado una relevancia especial en los últimos años. Afortunadamente, esta novedad no implica el descuido del resto de derechos; se puede afirmar que contiene una lista exhaustiva de todos los derechos que deben ser reconocidos al niño, y se advierte tanto un especial interés por proteger a los menores contra lo negativo (el abandono, la explotación, los malos tratos, etc.), como de favorecer todo aquello que pueda ser positivo (el desarrollo en todos los aspectos y la mejora de las condiciones de vida), todo ello fundamentalmente a través de la cooperación internacional.

Aunque, evidentemente, la Convención supone un avance significativo en el reconocimiento y protección de los derechos del menor, no cabe duda que no resuelve todos los problemas, tanto respecto al sujeto como a los derechos contenidos en la misma, como ha puesto de manifiesto E. Pérez Vera. El primero

de los problemas que deja sin resolver la Convención en cuanto al sujeto viene originado por la *no coincidencia con las regulaciones internas* a la hora de establecer la mayoría de edad, que puede tener una especial repercusión cuando se trata de responsabilidad penal, incorporación al ejército, capacidad para trabajar, para asignar a los médicos especialistas (pediatras), etc. Hemos visto anteriormente que prevalecerá la legislación interna cuando otorgue un trato más favorable, pero en la práctica también se aplica esa legislación interna cuando el tratamiento es desfavorable. En este sentido, la solución quizás pueda encontrarse en la recuperación del diálogo a partir de ese mínimo establecido en la Convención. Sin prisas, pero también sin ligerezas, debería ser formada una comisión de expertos que -en atención a criterios no “políticos”- fije las diversas etapas por las que atraviesa la niñez y desarrolle de una forma más precisa los artículos ambiguos de la Convención, adaptándolos a las diversas edades del niño. De esta forma, términos o expresiones como “capacidad del sujeto” no se convertirían en armas en manos de los legisladores nacionales para restringir los derechos de los niños.

Por otro lado, la Convención trató de soslayar el problema del *nasciturus* para evitar las posibles dimensiones sobre el aborto. Tan sólo en el preámbulo se invoca de modo secundario “la necesaria protección del niño antes de su nacimiento”, pretendiendo que ello no pudiera condicionar la interpretación del artículo 1, que establece una relación entre niño y “todo ser humano menor de 18 años”. En mi opinión, el ser humano no comienza a existir a partir del nacimiento, sino con anterioridad, por lo que el feto -como ser humano- es titular de los derechos que le puedan ser reconocidos, entre ellos, el derecho a la vida. E. Pérez Vera entiende que, aunque se trate de soslayar el problema, es imposible prescindir del preámbulo cuando sea necesario interpretar alguno de los artículos de la Convención. Y de la misma opinión es J. Ruiz-Giménez, que lamentaba sinceramente “que los Estados forjadores de la Convención no lograsen el necesario consenso para incluir en ese mismo artículo la fundamental exigencia de otorgar a la criatura concebida la “debida protección legal, *tanto antes como después* del nacimiento”, como certeramente había especificado la óptima Declaración de 1959”. No podemos cerrar los ojos y pensar que, por el hecho de no haber nacido, el niño concebido es un mero amasijo de carne, huesos, nervios, etc.

Una tercera cuestión que se plantea problemática consiste en la posibilidad de poner en tela de juicio que el niño sea tenido realmente como sujeto de derechos. Aunque se le reconoce como intrínseco el derecho a la vida (artículo 6), previamente se antepone el derecho de la familia a procurar el marco adecuado para el desarrollo del niño (artículo 5), por lo que será considerado al mismo tiempo como sujeto y como objeto de protección, pero con mayor peso de esta segunda posición. Y, estrechamente ligado a esta cuestión, nos encontramos con el problema originado por el modelo de derecho que presenta, entendido como derecho subjetivo. Como ya advertí anteriormente, este modelo puede dejar indefenso en muchas ocasiones al menor, pues siendo el sujeto titular de los mismos no los puede ejercer por sí solo, ni exigir el cumplimiento de los deberes correlativos. Corresponderá normalmente a sus padres o a los

representantes legales la exigencia del cumplimiento de los deberes derivados de los derechos de sus hijos o representados, pero suele suceder que son precisamente los padres o representantes los que casi siempre resultan ser los sujetos obligados, haciéndose muy difícil el control del cumplimiento.

En cuanto a los problemas relativos al contenido que la Convención deja sin resolver, nos encontramos, en primer lugar, con la falta de sistematicidad a la hora de establecer los derechos. En opinión de E. Pérez Vera parece que se ha elaborado un elenco de todos los derechos posibles y después se ha pensado en el menor, resultando un listado desordenado. Habría que añadir que se sigue reconociendo esos derechos como algo otorgado, como obligaciones aceptadas por los Estados, por lo que se debilita su valor. Y, por último, continua la utilización de “*conceptos jurídicos indeterminados*”, como ocurre con la expresión “*interés superior del niño*” que debe informar cualquier actividad o decisión que repercute sobre el menor. Esta noción resulta manipulable por los adultos (por ejemplo, en materia de adopción) y -en mayor medida- por los Estados, con gran repercusión en algunos de los derechos más elementales para el niño, como es el derecho a la educación elegida por los padres y por el niño. Afirmar Alfred Fernández, director de la OIDEI, que “*la escuela es el único sitio del sistema cultural en el que aún no hay libertad. Hay libertad en prensa, en el teatro, en la literatura, en el cine,...* Sin embargo, se sigue pensando que la educación debe ser controlada por el Estado para asegurar una uniformidad cultural que sólo se daba a principios de siglo. Ahora estamos en una situación de disensión de valores”. Por supuesto que deben existir unos límites a esa libertad, pero vienen marcados por la propia Convención al establecer la tolerancia y el respeto hacia todas las personas como valores superiores. Pero la necesidad de esos límites no puede servir de justificación al Estado o a una Comunidad Autónoma para perseguir, por ejemplo, la enseñanza privada por motivos puramente ideológicos (aduciendo demagógicamente que se pretende una enseñanza igual para todos), pues lo único que se consigue es recortar la libertad de enseñanza y uniformar a todas las personas desde su niñez.

6. MEDIOS DE PROTECCIÓN (GARANTÍAS)

En cuanto a la eficacia de las medidas de protección, se puede afirmar que tan sólo en los ámbitos regionales se ha conseguido una protección relativamente eficaz. En el ámbito universal contamos con la “Comisión de derechos humanos” (creada en aplicación del art. 68 de la Carta de NU), el “Comité de derechos humanos” (creado en aplicación del art. 28 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos) y el “Comité de los derechos del Niño” (creado en aplicación del art. 43 de la Convención de los Derechos del Niño). Estos órganos se limitan a recibir los informes que deben enviar los Estados-parte y las quejas de los particulares, sobre los que elaborarán sus propios informes y remitirán a la Asamblea General (pueden contar con la ayuda de informes de la UNICEF, OIT, UNESCO, OMS, FAO, etc.).

En el caso del *Comité de los derechos del niño*, los Estados deberían remitirle los informes cada cinco años, plazo que está siendo incumplido

sistemáticamente por casi todos ellos y, sobre todo, por aquellos que son menos respetuosos hacia los derechos del niño (los menos desarrollados). Su labor está encaminada fundamentalmente a la promoción de los derechos y la única protección que puede otorgar es la de generar una opinión pública contra el Estado incumplidor a través de sus informes. Afirma Carrillo Salcedo que “la mayor deficiencia de la Convención se encuentra, sin embargo, en la fragilidad del mecanismo de garantía en ella instituido” y, por ello, opina que quizás sea ésta la razón del éxito de la Convención, ratificada por casi doscientos Estados.

Lo que sí es cierto es que sería necesario reforzar la actuación de este Comité no sólo poniendo a su alcance nuevos mecanismos de protección, sino también reforzando la posición de sus componentes y dotándoles de ayuda externa. En cuanto a los mecanismos, la modalidad de “informes” es conveniente y debe continuar, pero resulta insuficiente; en ocasiones se producen vulneraciones de los derechos de los niños que precisan una actuación inmediata, pues si se espera a la emisión del informe podría ser demasiado tarde no sólo para impedir el daño, sino también incluso para su reparación. Por ello, convendría establecer, quizás, una Comisión delegada del Comité con facultades para estudiar casos concretos y adoptar soluciones que puedan ser presentadas al Comité y exigidas por éste al Estado infractor.

Por lo que se refiere a su funcionamiento, como apunta T. Hammarberg, debería profesionalizarse al máximo su trabajo, de modo que prime la eficacia profesional sobre los nombramiento “políticos”, que tratan de frenar la actuación del Comité con barreras burocráticas que en el fondo responden a motivos ideológicos, económicos, utilitarios, etc. Esta eficacia estaría relacionada directamente con una mayor celeridad en la presentación de informes, mayor fluidez en las relaciones Comité-Estados, mayor transparencia en las actuaciones públicas, etc. Al mismo tiempo, se podría dotar al Comité de dos órganos consultivos o grupos de asesores, uno de ellos formado por intelectuales y otro por personas con experiencia real en la atención de los niños, que quizá pudiera canalizarse a través de las ONGs.

Por último, en cuanto a sus miembros, sería conveniente que tuvieran acceso a otros organismos internacionales relacionados con la vigilancia de los derechos de los niños. Quizás la solución podría estar en un doble nombramiento: cada miembro del Comité podría formar parte, al mismo tiempo, de otro organismo internacional, de modo que se pudiera dar mayor fluidez a las relaciones entre estos órganos de control y defensa en lo que respecta a información y actuaciones conjuntas. De este modo se haría innecesario -a mi juicio- la creación de un Alto Comisionado para los Derechos del Niño.

En el ámbito regional europeo sí que se ha logrado una protección más eficaz, pero no lo suficiente como para decir que no debemos preocuparnos de los derechos de los niños. Una vez que se han agotado los recursos internos, se puede acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que juzgará las denuncias que sean presentadas por los particulares. Hasta hace unos meses, la Comisión servía de filtro al Tribunal, pero después de la última modificación el

acceso es directo. El principal problema es que para que un Estado pueda ser enjuiciado por este Tribunal, previamente ha debido admitir su jurisdicción. A lo anterior hay que añadir que las sentencias son esencialmente declarativas, por lo que en caso de condena, la reparación suele ser una indemnización (reparación sustitutoria, art. 50).

7. PROPUESTAS PARA UNA PROTECCIÓN MÁS EFICAZ

Como mantuve al comienzo de esta conferencia, aunque tan sólo he pretendido dar una visión somera y realista de la evolución de los derechos de los niños y de sus garantías, puede parecer que todos los esfuerzos hasta ahora han sido inútiles. No es así; los avances han sido notables y las mejoras son apreciables. Pero no podemos quedarnos cruzados de brazos pensando que con el paso del tiempo todo irá a mejor por sí solo. Es necesario continuar con la búsqueda de soluciones, entre las que cabrían, desde mi punto de vista, las siguientes: a) mayor publicidad a los informes sobre vulneración de los derechos, de modo que la opinión pública pueda censurar a su propio Estado y le exija un mayor respeto (difícil de conseguir, pero es preciso intentarlo); b) campañas de información sobre derechos (y deberes), de modo que se puedan adoptar medidas preventivas contra la vulneración, tanto por parte de la autoridad como de personas privadas; c) ayudas al desarrollo, de modo que -en la medida de lo posible- se evite la explotación laboral de menores en la búsqueda de un abaratamiento de los costes de producción; d) mayor control de las fuerzas militares, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, para evitar la incorporación de menores; e) mayor libertad para las ONGs en sus colaboraciones en cuestiones de derechos humanos; f) creación de un órgano jurisdiccional específico para las violaciones de los derechos de los niños.

No podemos escatimar esfuerzos para lograr que todos los niños puedan alcanzar un desarrollo pleno como personas. Debemos convencernos de que “la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle” (preámbulo de la Declaración de los derechos del niño de 1959), y esto está en nuestras manos. Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

A lo largo del texto he recogido manifestaciones expresas de diversos autores y juristas. A continuación se relacionan las obras o artículos en los que fueron expresadas:

BUQUICCHIO-DE BOER, M., “The Impact of the European Convention on Human Rights on the Rights of the Children”, en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 99-110.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “Procedimiento para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas”, en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 93-98.

HAMMARBERG, TH., "A Strategy for the Rights of the Child", en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 45-53.

MCCORMICK, N., "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", en *Anuario de Filosofía del Derecho V* (1988), págs. 293-305.

MOERMAN, J., "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 143-152.

PECES-BARBA, G., Prólogo a AA.VV., *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

PÉREZ VERA, E., "El Convenio sobre los derechos del niño", en AA.VV., *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, págs. 167-185.

PICADO, S., "Los derechos de los niños son derechos humanos", en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 67-74.

RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Una ética para la civilización tecnológica: la propuesta de H. Jonas*, en JM^a G^a Gómez-Heras, *Ética del medio ambiente*. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 128-144.

RUIZ-GIMÉNEZ, J., "La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sonfonia incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)", en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Universidad de Salamanca, 1996, págs. 83-91.

CICLO DE CONFERENCIAS

LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DEL NIÑO: FORMA CONTEMPORÁNEA DE ESCLAVITUD

M^a del Rosario Carmona Luque
Prof.^a de Derecho Internacional Público
Universidad de Cádiz

*“Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre;
la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus
formas”.*

(Declaración Universal de Derechos Humanos, art.4).

INTRODUCCIÓN

Desde que en 1945 se constituye la Organización de las Naciones Unidas y se proclama en su Carta fundacional el desarrollo y estímulo de los derechos humanos como uno de los propósitos de esta Organización de vocación universal¹, el camino recorrido en la protección y promoción de estos derechos ha estado marcado por la nota de la progresividad².

En este sentido, el evidente fracaso que representa para la Comunidad Internacional organizada la permanencia de flagrantes violaciones de derechos humanos³, no impide destacar los innegables progresos en los que se ha traducido el compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de adoptar medidas en cooperación con esta Organización, para promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones⁴.

El camino iniciado a partir de las alusiones de la Carta de San Francisco a los derechos humanos⁵, encuentra un punto esencial de referencia para el análisis de esta trayectoria en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su adopción por la Asamblea General⁶ - a los tres años de existencia de la Organización de las Naciones Unidas y respondiendo a iniciativas cuyos orígenes se remontan a los momentos de gestación de ésta última⁷ - no sólo puso de manifiesto la importancia acordada a los derechos humanos como telón de fondo necesario en la consecución de los fines a lograr por y para la Comunidad Internacional, sino que además marcó las directrices que habrían de desarrollarse y delimitarse en el futuro.

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama, por primera vez en el ámbito de una Organización Internacional universal, un catálogo de derechos inherentes a todo ser humano en base a la dignidad que le es propia y se convertirá desde entonces en referencia habitual en la posterior positivación de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos⁸ y en los ulteriores instrumentos jurídicos internacionales en la materia⁹.

En el proceso de desarrollo de los derechos humanos dentro de la Organización de las Naciones Unidas, el fenómeno de la progresividad puede

ser observado en diversos aspectos: el de la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que estos derechos se proclaman, el relativo al contenido material de tales derechos y la determinación de sus titulares y finalmente, el de los mecanismos de control - y con un alcance notablemente más reducido, de sanción - establecidos para supervisar el respeto de esos derechos por los Estados.

El hecho de que la progresividad se manifieste en la naturaleza jurídica de los instrumentos proclamadores de los derechos humanos, significa que pasaremos de encontrar estos derechos en instrumentos carentes de formas jurídicas vinculantes a reconocerlos en acuerdos internacionales de carácter obligatorio para los Estados Partes en ellos. Al mismo tiempo, el ámbito material de esos derechos irá concretándose respecto a la extensión de su contenido y el ámbito personal lo hará en la determinación de sus titulares. Finalmente, la progresividad en el establecimiento de procedimientos de control del respeto y aplicación de los derechos humanos por los Estados Partes en los instrumentos jurídicos que los proclaman, va a constituir la piedra de toque de su efectividad, al poner de manifiesto el alcance real del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados y el poder compulsorio de la Comunidad Internacional organizada para hacerlos efectivos¹⁰.

La progresividad experimentada por los derechos humanos en general, incidirá lógicamente en los derechos del niño en particular. Esta afirmación no debe llevarnos a considerar a estos últimos una categoría de derechos distinta a la de aquellos que se proclaman de todo ser humano¹¹, sino un ejemplo de especificidad y concreción de su contenido respecto a un determinado grupo de sujetos, esto es, los que por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal¹².

Las Declaraciones de derechos del niño - que aparecen en la época de la Sociedad de Naciones¹³ y encuentran su réplica en la Organización de las Naciones Unidas¹⁴ - verán en este sentido ampliado y reforzado sus contenidos en un instrumento jurídico de naturaleza vinculante, que se precia de ser el único tratado internacional que ha alcanzado la casi absoluta universalidad respecto a su ratificación. Nos referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁵.

La evolución de los derechos del niño se traducirá con ello en una mayor precisión de su contenido y del titular de los mismos y para el control de su efectiva aplicación y respeto se articularán mecanismos específicos de distinta naturaleza.

Concluyendo esta breve consideración sobre la progresividad experimentada en el Derecho Internacional de los derechos humanos y la valoración de los derechos del niño como una manifestación concreta de la misma y haciéndolo en el marco que hoy nos reúne, esto es, el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos afirmar que el panorama que hoy muestra el Derecho Internacional en este sentido es positivo y en todo caso tributario de la Declaración adoptada en 1948. Esta

afirmación no nos impide sin embargo advertir las deficiencias que como todo sistema normativo padece - en este caso determinadas por las particularidades de la materia y su ámbito de aplicación - ni olvidar los logros aún pendientes de conseguir para poder instaurar un efectivo sistema de protección de los derechos humanos de toda la Comunidad Internacional.

El reconocimiento internacional de los derechos del niño representa, como hemos señalado, una clara manifestación de la progresividad operada respecto a los derechos humanos en general. A partir de ahí comienza asimismo su compromiso en la participación y aportación de mejoras en el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos. En nuestro trabajo intentaremos evaluar la respuesta a este compromiso en un ámbito determinado: el de la protección del niño frente a la explotación sexual como una manifestación contemporánea de la lucha contra la esclavitud.

I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS:

A.- Su reconocimiento como forma contemporánea de esclavitud.

El concepto de esclavitud ha experimentado un proceso de interpretación progresiva en el marco de actuación de la Organización de las Naciones Unidas desde que en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamase que *“nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*.

Este desarrollo progresivo de la prohibición y la condena de la esclavitud en sus diversas manifestaciones se ha producido a través de la adopción de nuevos instrumentos jurídicos y mecanismos de protección de los derechos humanos.

Entre los primeros, podemos señalar dos tipos de acuerdos: aquellos tratados que regulan expresamente la materia – caso de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956¹⁶ y del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949¹⁷ – y aquellos otros en los que la cuestión de la esclavitud o de las prácticas consideradas análogas a ella se integran en un ámbito material más amplio –supuesto de la Convención sobre los derechos del niño, de 1989 de la que nos ocuparemos con más detalle en nuestro trabajo, y de otros tratados sectoriales de derechos humanos, entre los que podemos destacar el reciente Convenio n° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, sobre el que volveremos posteriormente¹⁸.

En cuanto a los mecanismos de protección creados para fortalecer la lucha contra la esclavitud, destaca especialmente el Grupo de Trabajo sobre las

formas contemporáneas de esclavitud, creado en 1974 por la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías¹⁹, con objeto de examinar los acontecimientos ocurridos en la esfera de la esclavitud de acuerdo con las definiciones establecidas en los Convenios sobre la materia²⁰.

En sus informes anuales, remitidos a la Comisión de Derechos Humanos, este Grupo de Trabajo examina la aplicación y el seguimiento de las Convenciones sobre la esclavitud atendiendo a las informaciones recibidas de fuentes gubernamentales y no gubernamentales²¹, analiza los acontecimientos ocurridos en el ámbito de las formas contemporáneas de esclavitud y las medidas adoptadas para su erradicación y adopta recomendaciones al respecto.

A instancias del Grupo de Trabajo, el Comité de Derechos Humanos estableció en 1990 un Relator Especial sobre la venta de niños²², atendiendo a la alarma mundial provocada por las proporciones adquiridas por este fenómeno, especialmente en los países en desarrollo²³. Este tipo de procedimiento público especial del sistema de las Naciones Unidas permite la realización de visitas *in loco*, la adopción de medidas urgentes y el seguimiento de los casos denunciados, logrando con ello hacer frente a algunas de las carencias de la que adolece en su mandato el Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud²⁴.

Por otra parte, y también partiendo de una iniciativa de este Grupo de Trabajo, la Comisión de Derechos Humanos aprobó en 1992 el Programa de Acción sobre la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁵. Este Programa insta a los Estados a la adopción de medidas nacionales, regionales e internacionales, en el campo de la información, la educación, la legislación, la asistencia social, la rehabilitación y reintegración de los niños víctimas y la cooperación internacional. El Secretario General de las Naciones Unidas recibe la información periódica de los Estados sobre su aplicación, permitiendo con ello una forma indirecta de control en el que participa el Grupo de Trabajo²⁶.

Las acciones llevadas a cabo desde los ámbitos referidos nos permiten identificar hoy en día las denominadas “formas contemporáneas de esclavitud”, incluyendo en ellas prácticas o conductas ignoradas en las regulaciones iniciales sobre la materia. Un elemento común parece regir los criterios de su identificación: *“la ‘cosificación’ del ser humano y su rentabilización económica en cualquier forma más allá de lo permitido por el propio concepto de dignidad humana”*²⁷.

Centrando la cuestión en la materia abordada en nuestro trabajo, debemos destacar la analogía establecida con la esclavitud en la Convención de 1956 respecto a *“toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”*.

Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de

esclavitud, ha calificado como tales la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, concretando estos fenómenos de manera más precisa²⁸ al referirse a la explotación sexual de niños con fines comerciales, la trata de niños con fines de prostitución o explotación sexual, el turismo sexual, la explotación de la prostitución ajena y la explotación sexual por medio de Internet²⁹. Asimismo, el Grupo de Trabajo ha señalado como forma de esclavitud el incesto y el abuso sexual de menores en el seno de la familia³⁰, en una apreciación que nos parece que amplía y permite cuestionar los límites establecidos por la Convención de 1956 en su artículo 1, d), poniendo con ello de relieve la imprecisión actual del concepto de “esclavitud”³¹.

B.- Factores relevantes en el origen de este fenómeno.

La explotación sexual de niños representa hoy en día un fenómeno de dimensión mundial³², manifestado con cifras alarmantes³³ y a través de conductas muy diversas, entre las que podemos señalar las violaciones y los abusos sexuales de niños, la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía, la venta y trata de niños con fines de explotación sexual, el turismo sexual con niños o la utilización de Internet para el establecimiento de redes de pornografía infantil, la distribución de información sobre prostitución infantil, el turismo sexual con niños y la trata de novias³⁴.

Estas conductas representan un atentado a la dignidad de la persona³⁵, una violación del derecho fundamental al respeto y la protección de su integridad física y moral, una afrenta al derecho de todo niño a recibir protección y cuidados especiales - y de manera específica, *contra todas las formas de explotación y abuso sexuales*³⁶- y, de acuerdo con lo señalado en nuestro epígrafe anterior, pueden constituir una forma contemporánea de esclavitud.

Además, su realización en la persona de un niño puede implicar la violación de otros derechos de los que se le proclama titular. En este sentido, y en relación a disposiciones precisas de la Convención sobre los derechos del niño, podemos referirnos al derecho a gozar de un nivel de vida adecuado (art.27), el derecho a la educación (art.28), el derecho a beneficiarse del más alto nivel posible de salud y quedar protegido de prácticas tradicionales nocivas (art.24), el derecho al descanso, el esparcimiento y el juego (art.31), el derecho a ser protegido contra la explotación laboral (art.32), el derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación - incluido el abuso sexual - respecto a sus padres o representantes legales (art.19) y el derecho a disfrutar del cumplimiento por parte de estos últimos de sus deberes de crianza de los hijos (art.18).

Aunque podemos advertir diversas causas en el origen de estos fenómenos, debemos prestar especial atención a la pobreza³⁷ y el subdesarrollo³⁸ como circunstancias habitualmente vinculadas a su aparición³⁹, sin que ello permita considerarlos motivos determinantes, exclusivos, ni justificativos de tales conductas⁴⁰. Entre aquellas otras causas que pueden acompañar a las ya

señaladas, podemos referir – sin ningún ánimo de exhaustividad - las siguientes⁴¹:

- a) La desintegración familiar y la degradación de valores familiares que privan al niño de su reconocimiento como persona titular de derechos y demandante legítimo de protección⁴².
- b) La discriminación por razones de sexo, condición social, origen étnico o pertenencia a minorías desfavorecidas⁴³.
- c) La desintegración social⁴⁴ y las migraciones, realizadas de zonas rurales a urbanas o entre países o regiones de distinto nivel de desarrollo, que conllevan en muchos casos una brusca ruptura de lazos familiares, culturales y sociales y el enfrentamiento a dificultades económicas y sociales de integración.
- d) El fenómeno de los niños que viven o trabajan en la calle, donde se enfrentan a graves peligros para su desarrollo e integridad, entre ellos la prostitución⁴⁵.
- e) La explotación económica de niños, particularmente en sectores no estructurados⁴⁶.
- f) La situación de los niños afectados por conflictos armados, especialmente en el caso de las niñas, cuya violación suele ser utilizada como arma de guerra⁴⁷.
- g) El turismo sexual con niños, que afecta especialmente a países con sistemas judiciales deficientes en el amparo del niño frente a esta práctica y con niveles de pobreza elevados⁴⁸.
- h) El temor del contagio del virus VIH/Sida, que ha provocado una creciente demanda de niños cada vez más jóvenes y el consecuente aumento de su infección por este virus⁴⁹.
- i) La existencia de costumbres y prácticas tradicionales que constituyen claras afrentas a la protección de la integridad física y moral, especialmente de las niñas, conduciendo en muchos casos a la entrada de éstas en la prostitución⁵⁰.
- j) La inadecuada utilización de las nuevas tecnologías, que ofrecen una importante vía de desarrollo y difusión de las prácticas consideradas, especialmente a través de Internet.
- k) Las deficiencias en las legislaciones internas respecto a la tipificación y sanción de estas conductas, la jurisdicción extraterritorial o la no penalización de los niños víctimas, etc.

Estas son algunas de las principales causas de unos fenómenos que se manifiestan tanto en los países en vías de desarrollo como en los países desarrollados, si bien el número de niños víctimas de estas conductas suelen proceder de los primeros - tanto en los propios países de origen como en Estados desarrollados donde los niños son enviados con estos fines - mientras los

autores de las mismas suelen ser ciudadanos de países desarrollados - sin olvidar no obstante la implicación de los padres o intermediarios en los países en desarrollo -⁵¹. Estas situaciones nos enfrentan en cualquier caso a una importante industria criminal del sexo con niños que sobrepasa los límites nacionales de actuación, como ponen de manifiesto los circuitos internacionales de turismo sexual y de tráfico de niños utilizados para la prostitución y la pornografía infantil, y exige la cooperación internacional para su erradicación.

II.- LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: MARCO UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO FRENTE A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL.

A.- Consideraciones generales en torno a la Convención.

El 20 de Noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los derechos del niño, cuya entrada en vigor se produjo el 2 de Enero de 1990, tras recibir las primeras veinte ratificaciones de Estados.

La rápida respuesta de la Comunidad Internacional para permitir que esta Convención comenzara a desplegar sus efectos se nos antoja un vaticinio del definitivo respaldo otorgado a este singular tratado internacional, que se manifiesta actualmente en la universalidad casi absoluta que le otorga el número de Estados Partes en ella⁵².

La Convención sobre los derechos del niño irrumpe en el Derecho internacional como el primer tratado universal que reconoce expresamente al niño como titular de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Aportando de esta forma las notas de la obligatoriedad de sus disposiciones, la globalidad de los derechos regulados y la singularidad del titular de estos últimos, la Convención sobre los derechos del niño se nos manifiesta como un instrumento codificador y de desarrollo progresivo del Derecho internacional⁵³, que incorpora un nuevo eslabón a su proceso de humanización⁵⁴. Se culmina de esta forma la positivación que respecto a los derechos del niño se había realizado de forma desigual y dispersa en el marco de la Organización de las Naciones Unidas y se hace imprimiéndole unidad y coherencia a través de la adopción de un único instrumento, de naturaleza jurídica obligatoria y recopilador de todos los derechos de los niños. La importancia que estas notas atribuyen a la Convención de 1989 le han hecho merecedora del calificativo de "Carta Magna" de los derechos del niño⁵⁵.

Este nuevo avance en la consolidación del Derecho internacional de los derechos humanos, incorpora ciertas particularidades propias de este sector del Ordenamiento jurídico internacional a su regulación específica respecto a la figura del niño. Por una parte, la Convención retoma la perspectiva de futuro que ya imprimiera la Carta de las Naciones Unidas en su preámbulo al manifestar su preocupación por las generaciones futuras⁵⁶. Por otra, refleja los caracteres de

universalidad, indivisibilidad e interdependencia propios de los derechos humanos - y así reconocidos en la Declaración de Viena de 1993⁵⁷ - en el espíritu con el que concibe y proclama los derechos del niño.

Los derechos recogidos en la Convención son, en este sentido, proclamados respecto a todos los niños de la Tierra y establecidos conforme a una concepción global que persigue evitar el establecimiento de posibles jerarquías entre ellos en aras a su valoración como necesariamente interdependientes para su correcta observancia⁵⁸.

Al establecer la relación de derechos cuya titularidad atribuye al niño, la Convención no solamente ha tenido en cuenta el catálogo de derechos humanos ya reconocidos y protegidos en Derecho internacional, sino que además ha considerado situaciones especiales en las que puede encontrarse el niño y que le hacen acreedor de una atención especial⁵⁹. Desde esta perspectiva, el niño es contemplado a un mismo tiempo como titular de derechos y como objeto de protección⁶⁰ y de ella debemos partir para analizar el tratamiento otorgado a la cuestión del abuso y la explotación sexual del niño.

B.- Ámbito personal: el niño, titular de derechos.

Si nos preguntamos qué debemos entender por niño a efectos de la Convención de 1989 tenemos que partir de la ausencia de una respuesta única desde el propio texto convencional.

En efecto, las dificultades a las que esta cuestión enfrentó a la notable diversidad de culturas, sistemas legales, concepciones filosóficas, religiosas, etc, reunidas frente a un proyecto común de convención sobre los derechos del niño, obligaron a adoptar finalmente un texto que permitía el compromiso pero dotaba de ambigüedad su contenido. En este sentido, el artículo 1 define al niño *"para los efectos de la presente Convención"* como *"todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*⁶¹.

Este artículo otorga a los Estados Partes un amplio margen de apreciación para determinar el final de la existencia legal del niño y su entrada en la correspondiente mayoría de edad. Asimismo la delimitación del estatuto personal del niño no sólo queda sujeta a la diversidad establecida al respecto por las legislaciones internas de los Estados Partes sino también a las propias variantes introducidas en la Convención.

En relación a las legislaciones internas, debemos referirnos a la diversa regulación de la mayoría de edad, la emancipación, las edades mínimas para prestar el consentimiento sexual y matrimonial, incorporarse al mercado laboral, determinar el final de la escolaridad obligatoria, exigir responsabilidad penal, incorporarse al ejército y participar en las fuerzas armadas.

En cuanto a los posibles límites de edad aludidos en la Convención que

permiten alterar el relativo a los 18 años establecido en su artículo 1, hemos de destacar la referencia expresa a los 15 años como edad límite para permitir el reclutamiento del niño por las fuerzas armadas y su participación directa en las hostilidades⁶², la indeterminación en el establecimiento de una edad mínima de acceso al trabajo⁶³ o el silencio en relación a la edad mínima de la escolaridad obligatoria⁶⁴.

Resulta de especial interés en nuestro trabajo la importancia que adquiere la diversidad existente entre los Estados Partes en la Convención a la hora de establecer la edad mínima para prestar el consentimiento sexual o matrimonial, ya que en algunos casos puede llegar a enfrentar al niño a nuevas formas de esclavitud⁶⁵.

Asimismo, hemos de tener en cuenta la repercusión que una correcta protección del niño en los ámbitos ya señalados - conflictos armados, relaciones laborales, etc - adquiere como prevención de su posible explotación sexual.

Una correcta aplicación de la Convención, que responda al espíritu de universalidad con el que fue concebida, exigiría dispensar la protección en ella acordada frente a la explotación sexual en el más amplio margen temporal posible. La vigilancia de los principios generales de la Convención - esto es, el interés superior del niño (art.3), su no discriminación (art.2), la atención a su opinión (art.12) y su derecho a la vida y a la supervivencia (art.6) - junto a la referencia a los dieciocho años establecida en su artículo 1 y la aplicación del régimen jurídico en cada caso más favorable a los intereses del niño (art.41)⁶⁶, deberán guiar las pautas de actuación a este respecto. Sólo de esta forma, la aplicación de la Convención logrará hacer efectivos aquellos derechos que su formulación no consiguió establecer con la suficiente precisión.

C.- Ámbito material: protección del niño contra la explotación sexual.

Cuando en 1978, la delegación de Polonia presentó un proyecto de Convención sobre los derechos del niño, ningún artículo en él hacía referencia expresa al abuso y la explotación sexual. Tan solo de manera genérica, se establecía que *"the child shall be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation"* y, en ese mismo artículo, se incluía la prohibición de cualquier forma de tráfico de niños y se consideraban los requisitos de su acceso al empleo, prohibiendo expresamente tal posibilidad en los casos que representaran perjuicio a su salud, educación o desarrollo físico, mental o moral⁶⁷.

Diez años más tarde, fruto de las discusiones entabladas durante ese tiempo por el Grupo de Trabajo encargado de redactar la Convención, ésta ofrecía una protección expresa del niño frente a tales prácticas y lo hacía en diversas disposiciones de su articulado⁶⁸.

En efecto, la Convención se ocupa de la protección del niño frente a la explotación y el abuso sexual en distintos artículos. En algunos, la protección contra estas cuestiones se establece de manera expresa (artículos 34 y 19, este

último en relación a la comisión de estas conductas en el ámbito de la familia), en otros, la relación entre la materia regulada y los fenómenos que aquí analizamos resulta tan estrecha que permite considerar tal protección implícitamente incluida (artículos 35, en relación al secuestro, venta o trata de niños y 39, respecto a la recuperación y reintegración social del niño víctima de cualquier forma de explotación o abuso) y otros finalmente, regulan situaciones en las que estos fenómenos pueden hacer su aparición, de manera que, aún no mencionándolos expresamente, podemos considerarlos contemplados desde las medidas generales de protección que en cada caso se establezcan (artículos 21, 32 y 38, en relación a las garantías en la adopción internacional, la protección frente a la explotación económica y la protección de los niños afectados por una situación de conflicto armado respectivamente).

El artículo 34 establece la fórmula general de protección en esta materia al disponer que *“los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”*, destacando a continuación su particular aplicación respecto las siguientes conductas:

a) *La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.*

b) *La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.*

c) *La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

La referencia en este artículo a actividades o prácticas sexuales “ilegales” nos remite de nuevo a la definición del niño en relación a la ponderación de su consentimiento sexual. La cuestión no pasó desapercibida durante la discusión de este artículo, proponiendo algunas de las delegaciones presentes su supresión ante la dificultad de considerar legales las prácticas sexuales que afectaban a niños⁶⁹. Otra postura manifestó la necesidad de mantener el término en discusión al considerar que la aplicación del entonces proyecto de Convención a los niños hasta los 18 años, llevaba a considerar que no todas las prácticas sexuales en las que éstos estuvieran implicados serían ilegales⁷⁰. Finalmente, el término fue mantenido.

Por otra parte, la generosidad de la fórmula empleada en el artículo 34 – *“todas las formas de explotación y abuso sexuales”* - nos permiten valorar favorablemente esta disposición de la Convención al ofrecer la posibilidad de su progresiva adaptación a las nuevas formas de manifestación de los fenómenos considerados.

Además, la extensión de las conductas señaladas en este artículo parece dejar claro la inclusión en ellas de las “formas contemporáneas de esclavitud” a las que hemos hecho referencia en nuestro trabajo. Sin embargo, la Convención no realiza ninguna mención expresa a su consideración como tales, desaprovechando con ello la ocasión de colaborar a una mayor precisión en la

definición actual de esclavitud, reforzando con ello la responsabilidad de los Estados respecto a su eliminación.

D.- El Comité de derechos del niño.

La Convención sobre los derechos del niño estableció un Comité de expertos independientes como órgano encargado de *“examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes”*⁷¹. Su actuación se realizará principalmente a través de uno de los procedimientos convencionales clásicos en los mecanismos de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas: la recepción y análisis de los informes de los Estados Partes *“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”*⁷².

Tras el análisis de esos informes y su discusión en sesiones públicas con los representantes de los Estados Partes afectados por ellos, el Comité formula las sugerencias y recomendaciones generales que considera apropiadas para la adecuada aplicación de la Convención en sus Observaciones finales, que serán incluidas en el informe que sobre sus actividades remitirá cada dos años a la Asamblea General⁷³.

Asimismo, el Comité tiene encomendada la misión de fomentar la aplicación de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por ella⁷⁴.

El Comité se ha servido de la atribución de estas competencias y del desarrollo de nuevas actividades para el mejor cumplimiento de sus funciones – caso de las jornadas temáticas de debate o de su participación en foros de discusión internacionales – para proteger los derechos del niño frente a la explotación sexual, mediante la identificación y condena de esas prácticas y la promoción de medidas y sistemas legales conducentes a su abolición⁷⁵.

En el análisis de los informes de los Estados Partes, el Comité ha puesto de manifiesto la necesidad de partir de una concepción global del niño que permita dispensarle una protección frente a estos fenómenos en todos las esferas en las que se desarrolle su vida.

La correcta definición del niño en los órdenes jurídicos internos ha llevado al Comité a exigir en este sentido la elevación y equiparación entre ambos sexos de las edades establecidas para la prestación del consentimiento matrimonial⁷⁶, la coordinación de los límites de la edad respecto a la escolaridad obligatoria y el acceso al empleo y la evaluación del límite de edad para la participación en conflictos armados⁷⁷.

Al mismo tiempo, el Comité ha insistido en la atención a otros derechos cuya vulneración puede repercutir gravemente en la protección del niño frente a

la explotación sexual. Nos referimos concretamente a la demanda de la efectiva inscripción registral de los nacimientos (art. 7) como medida tendente a prevenir el tráfico o venta de niños con fines de explotación sexual, especialmente en aquellas regiones afectadas por este fenómeno, en las que la no identificación “legal” del niño puede favorecer su utilización para dicho tráfico o venta⁷⁸.

En cuanto a la cooperación internacional, el Comité ha contado en efecto con la asistencia de los organismos de las Naciones Unidas señalados en el artículo 45 de la Convención, como son el UNICEF, la OMS, el ACNUR, etc. Esa cooperación se ha traducido en su asistencia a los periodos de sesiones del Comité, el suministro de información pertinente a los asuntos y países analizados y la asistencia técnica y seguimiento de las medidas recomendadas por el Comité⁷⁹. Debemos referirnos igualmente a los contactos entablados por el Comité con el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de esclavitud.

Por otra parte, a la hora de formular sus recomendaciones, el Comité se sirve del Programa de Acción de las Naciones Unidas para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁸⁰ y el Programa de Acción adoptado en el Congreso mundial contra la explotación sexual comercial de los niños, celebrado en Estocolmo en 1996⁸¹.

Finalmente, hemos de destacar la labor desempeñada por el Comité en la promoción de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño y su incidencia en la cuestión que hoy nos ocupa. En ese sentido, queremos mencionar como ejemplo las recomendaciones dadas a los Estados Partes en la Convención durante el análisis de sus informes, para que se adhieran a convenios como el de La Haya de 1993, sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional⁸² y el n° 138 de la OIT, relativo a la edad mínima de admisión al empleo. La propia OIT ha reconocido el efecto positivo de esta acción y ha solicitado al Comité que proceda de la misma forma respecto a su convenio n° 182, aún no en vigor⁸³, lo cual ya ha comenzado a hacer⁸⁴.

La importancia que ello reviste respecto a la protección del niño frente a la explotación sexual es notable, atendiendo a las novedades y aportaciones que este convenio realiza respecto a la Convención de 1989. Así, el convenio n° 182 designa con el término “niño” *“a toda persona menor de 18 años”*, ampliando con ello el tenor del artículo 32 de la Convención. Además, como ya hemos tenido ocasión de señalar, incluye entre las peores formas de trabajo infantil *“las prácticas análogas a la esclavitud como la venta y el tráfico de niños”*, así como *“la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas”*, obligando a sus Miembros a *“elaborar y poner en práctica programas de acción y adoptar las medidas necesarias para garantizar su aplicación, incluidos el*

establecimiento y la aplicación de sanciones penales.

La labor de promoción de este instrumento por el Comité de derechos del niño puede resultar de gran relevancia respecto a su entrada en vigor.

E.- El protocolo facultativo a la Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Antes de cerrar la edición de esta publicación, se ha producido la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la apertura a la firma y ratificación o adhesión de los Estados, del Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁸⁵.

El texto de este protocolo es el resultado de la labor iniciada en 1994 por el Grupo de trabajo creado por la Comisión de Derechos Humanos a estos efectos⁸⁶. Asimismo, responde a la superación de las discrepancias que desde un primer momento se pusieron de manifiesto sobre su oportunidad⁸⁷, gracias a una progresiva sensibilización acerca de los problemas tratados⁸⁸ y, de manera relevante, al impulso dado por la Comisión de Derechos Humanos y la propia Asamblea General de las Naciones Unidas para su definitiva adopción con ocasión de la celebración del décimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención⁸⁹.

El Protocolo finalmente aprobado consta de un preámbulo y 17 artículos. En ellos establece el amplio marco jurídico acordado respecto a la Convención, al vincular su adopción a la mejora de la aplicación de los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36. Asimismo declara la obligación de los Estados Partes de prohibir las conductas definidas en el título de este nuevo instrumento, cuyo contenido mínimo en relación a su tipificación queda concretado en el propio texto. Se precisa igualmente la competencia espacial y personal de los Estados Partes en el ejercicio de su jurisdicción respecto a los delitos tipificados, los cuales quedan determinados como base para la extradición.

La asistencia entre los Estados Partes en relación a la investigación, proceso penal o procedimientos de extradición, así como la confiscación de los medios o utilidades vinculados a la comisión de estos delitos, la protección del niño víctima en todas las fases del procesos, la adopción de medidas preventivas, en especial respecto a niños especialmente vulnerables y la cooperación entre los Estados Partes y entre ellos y las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales con miras a la prevención, detección, investigación, enjuiciamiento y castigo de estos delitos, quedan igualmente regulados en el texto del protocolo.

La discusión sobre los posibles Estados Partes en el protocolo facultativo fue finalmente resuelta dejando abierto este instrumento a la firma y ratificación o adhesión de todos los Estados que hayan firmado o ratificado la Convención

sobre los derechos del niño o se hayan adherido a ella.

La cuestión era delicada, como también lo han sido las dudas sobre la aportación o el retroceso que este nuevo instrumento podía significar respecto a un convenio que ya protegía al niño contra las prácticas aquí mencionadas, con un alcance universal y sin haber sido objeto de reservas al respecto por los Estados Partes.

Una vez acordado este protocolo, nos parece que volverá a depender en gran medida del Comité de derechos del niño - instaurado como mecanismo fiscalizador de su aplicación⁹⁰ - el promover su aceptación por los Estados Partes de la Convención para reforzar aún más las obligaciones contraídas en ella, sin dejarla en ningún caso vacía de contenido.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la explotación sexual del niño como una forma contemporánea de esclavitud representa un logro de la Comunidad Internacional en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La gravedad que afecta al ilícito internacional de la esclavitud – su prohibición forma parte del *ius cogens*, tiene carácter inderogable y se incluye entre las obligaciones *erga omnes* calificadas de crímenes internacionales⁹¹ - implica otorgar idéntico tratamiento respecto a sus formas contemporáneas de manifestación. No obstante, nos parece advertir dos dificultades a la hora de su aplicación a la cuestión de la explotación sexual del niño: por una parte, la precisión de su contenido, por otra, el sistema de control y sanción de estas conductas.

Respecto a la primera cuestión, hemos podido advertir en nuestro trabajo que la definición de esta forma de esclavitud en sus diversas manifestaciones es asumida en gran medida por el Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, advirtiendo la falta de identidad en dicha calificación en los textos convencionales que abordan la cuestión de la explotación y el abuso sexual del niño, a los que nos hemos referido en nuestro trabajo – Convención sobre los derechos del niño y su protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Convenio nº 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y su eliminación inmediata -.

En efecto, si bien la Convención de 1956 abría la senda para la calificación de la esclavitud en las diversas manifestaciones que adoptara, los ulteriores convenios que se han ocupado de la explotación sexual del niño no han precisado su calificación como tal crimen internacional, sin por ello dejar de condenar esas prácticas e incluso hacerlo con un espíritu de apertura a futuras formas de aparición – caso del artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño – ni de establecer la obligación de adoptar importantes medidas para su abolición a los Estados Partes– caso del Convenio nº 182 de la OIT y del Protocolo

facultativo a la Convención de 1989 -.

A la luz de las afirmaciones de referido Grupo de Trabajo y de las disposiciones convencionales consideradas, parece quedar claro la consideración de toda manifestación de la explotación sexual comercial de un niño como forma contemporánea de esclavitud. Menos precisión nos parece encontrar sin embargo en la calificación de los abusos sexuales cometidos en el seno de la familia, donde a pesar de la “cosificación” que nos parece evidente en el tratamiento del niño, resulta más difícil ponderar la retribución económica que ello supondría. Su definitivo reconocimiento como forma de esclavitud exigiría una reconsideración de este concepto.

En cualquier caso, y a pesar de las imprecisiones que podamos advertir en la definitiva calificación de esclavitud respecto a las conductas que implican la explotación sexual del niño, debemos destacar la preocupación y sensibilidad manifestada por la Comunidad Internacional hacia ellas, especialmente en esta última década, que se han traducido en la adopción de instrumentos de distinto alcance – tratados internacionales, declaraciones, programas de acción, etc – y han implicado a los diferentes actores de la Comunidad Internacional – Estados, Organizaciones Internacionales, Organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, etc. -.

La Convención sobre los derechos del niño, a la que hemos dedicado especial atención en nuestro trabajo, se erige como el marco universal de referencia en la protección de todos los derechos, de todos los niños y en todas las facetas en las que se desarrolla su vida. Las deficiencias que pudieran advertirse en sus disposiciones respecto a la precisión y alcance de sus obligaciones deberían quedar salvadas y en ese sentido obligar a los Estados Partes, atendiendo a la vinculación de éstos respecto a cualquier otra disposición que resulte más conducente a la realización de los derechos del niño, tanto si procede del derecho interno de los Estados como si lo hace del Derecho internacional vigente respecto a ellos – artículo 41 de la Convención -.

Por otra parte, la habitual debilidad de los mecanismos de control y sanción de los derechos humanos en el orden internacional, afecta también a la protección de los derechos del niño y concretamente a su protección contra prácticas odiosas como las que ahora consideramos.

Los mecanismos convencionales y extraconvencionales señalados en nuestro trabajo nos ofrecen una perspectiva de la diversidad existente a este respecto. Hemos destacado en este sentido la transcendencia del reconocimiento de la violencia y la esclavitud sexuales en el contexto de un conflicto armado como crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra incluidos bajo la competencia de la Corte Penal Internacional y la repercusión que la prohibición de la esclavitud como norma de *ius cogens* adquiere en la persecución y denuncia de estos delitos. Sin embargo, la práctica nos pone de relieve el carácter preventivo y débilmente conminatorio que caracteriza los mecanismos habituales en la lucha contra estas prácticas. No obstante, antes que lamentarnos de estas deficiencias

en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, consideramos que debe procederse al impulso de la mejor rentabilidad de esos esfuerzos, propugnando el máximo rigor y contundencia en las actuaciones de los órganos de control para precisar las conductas condenables, denunciar a sus responsables y promover a los Estados a fortalecer sus compromisos internacionales y proceder a un efectivo cumplimiento de ellos para la definitiva abolición de esas manifestaciones actuales de la esclavitud.

El Comité de derechos del niño, mecanismo de control instaurado por la Convención de 1989, debe asumir la enorme responsabilidad que le atribuye esta “Carta Magna de los derechos del niño”⁹² para promover el efectivo respeto de los derechos en ella proclamados, no sólo en base a sus propias disposiciones, sino a través de todas aquellas otras que favorezcan el mejor logro de sus objetivos. Sólo otorgando de esa forma unidad y coherencia a los derechos que pretendemos garantizar a las generaciones presentes podremos confiar en una construcción mejor y más digna del futuro.

BIBLIOGRAFÍA:

ALSTON, Philip: *Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant*, en: Bulletin des droits de l'homme 9/12. Les droits de l'enfant. Nueva York, 1992.

CASSIN, René: *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, en: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1951-II.

FERNANDEZ SOLA, Natividad: *La protección internacional de los derechos del niño*, Colección “El Justicia de Aragón”, Zaragoza.

MANGAS MARTIN, Araceli: *La protección internacional de los derechos del niño*, en: Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, N°4. Diciembre, 1998, Suplemento.

MUNTARBHORN, Vitit: *The world against child abuse*, en: La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. AAVV. Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1996.

__ *Sexual exploitation of children*, en: Human Rights, Study Series, n° 8. United Nations, New York and Geneva, 1996.

KSENTINI, Fatma - Zohra: *La convention sur les droits de l'enfant: des normes de protection et un instrument de coopération pour la survie, le développement et le bien être de l'enfant*, en: Bulletin des Droits de l'Homme, 91/2. Les Droits de l'Enfant. Nations Unies, Nueva York, 1992.

PEREZ VERA, Elisa: *El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección internacional de los Derechos Humanos*, en: Garantía Internacional

de los Derechos Sociales, Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

___ *El menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. REDI, 1993-1.

PICADO, Sonia: *Los derechos derechos del niño son derechos humanos*, en: Bulletin des Droits de l'Homme, 91/2. Les Droits de l'Enfant. Nations Unies. Nueva York, 1992.

LOPATKA, Adam: *Importance de la Convention sur les droits de l'enfant*, en: Bulletin des Droits de l'Homme, 91/2. Les Droits de l'Enfant. Nations Unies. Nueva York, 1992.

NIKKEN, Pedro: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid. Cívitas, 1987.

SANTOS PAÍS, Marta: *La Convention des Naciones Unies sur les Droits de l'Enfant*, en: Bulletin des Droits de l'Homme, 91/2. Les Droits de l'Enfant. Nations Unies. Nueva York, 1992.

___ *General introduction to the Convention on the Rights of the Child: from its origins to implementation*, en: Recueil d'esposés sur les Droits Internationaux des Enfants. Défense des Enfants International. Ginebra, 1993.

___ *Monitoring children's rights. A view from within*, en: Monitoring Children's rights. Eugene Verhellen, Martinus Nihoff, 1996.

VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Institut International des Droits de l'Homme. 26° Séssion d'enseignement. Estrasburgo, 1995.

Informes del Comité de Derechos del Niño sobre los siguientes periodos de sesiones: 13° (CRC/C/57); 17 (CRC/C/73); 21°, (CRC/C/87); 22°, (CRC/C/90).

Otros documentos del Comité de Derechos del Niño: CRC/15/Add.97; CRC/C/40/Re.11; CRC/C/SR.495; CRC/C/SR.497 y CRC/C/SR.498.

Informes del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: E/CN.4/1994/84 y E/CN.4/1994/84.Add.1; E/CN.4/1996/100; E/CN.4/1998/101.

Informes del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud: E/CN.4/Sub.2/1997/13; E/CN.4/Sub.2/1998/14; E/CN.4/Sub.2/1999/17; E/CN.4/Sub.2/2000/73.

Trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño: E/CN.4/1989/48.

Informes del Grupo de Trabajo entre periodo de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: E/CN.4/1995/95, E/CN.4/1996/101, E/CN.4/1997/97, E/CN.4/1998/103, E/CN.4/1999/74, E/CN.4/2000/WG.14/CRP.2, E/CN.4/2000/WG.14/CRP.3.

Documentos de la Asamblea General: Resolución 46/122; Resolución 1990/68; Resolución 54/149; A/54/L.84; A/53/311.

Documentos del Comité de Derechos Humanos: Resolución 1994/90; Resolución 1999/80.

Programa de Acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y el uso de niños en la pornografía y para la eliminación de la explotación laboral del niño (Res.1992/74, Comisión de Derechos Humanos).

Declaración y Programa de Acción del Congreso Mundial de Estocolmo contra la Explotación sexual comercial de los niños, 1996 e Informe ECPAT al Congreso Mundial de Estocolmo contra la Explotación sexual comercial de los niños, Estocolmo, 1996.

NOTAS

¹Vid. artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas.

²Sobre la progresividad de los derechos humanos en Derecho Internacional vid. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid. Civitas, 1987.

³En relación con la esclavitud, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud de la Organización de las Naciones Unidas declaraba que *"pese a los progresos realizados en la protección de los derechos humanos y la preservación de la dignidad humana en todo el mundo, aún existen varias formas de esclavitud y están apareciendo nuevas formas insidiosas de esclavitud"*, (E/CN.4/Sub.2/1997/13, párrafo 81).

⁴Vid artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁵Vid. párrafo 2 de su preámbulo y en los artículos 1, 13.1,b), 55,c), 56, 62.2, 68, 73 y 76,b),

⁶Resolución 217 (III), de 10 de Diciembre de 1948.

⁷Vid. CASSIN, René, *La déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, en: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1951-II, pp. 271 ss.

⁸ i.e.: Artículo 19.2 de la Constitución española: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

⁹i.e.: Preámbulos de los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966; del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 y de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos, de 1981.

¹⁰Para un análisis de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, vid: VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Institut International des Droits de l'Homme, 26^a Séssion d'enseignement. Estrasburgo, 1995.

¹¹Cfr. PICADO, Sonia, *Los derechos del niño son derechos humanos*, en: Bulletin des Droits de l'Homme, 91/2. Les Droits de l'Enfant. Nations Unies. New York, 1992.

¹²Vid. Párrafo 9 de la Convención sobre los derechos del niño, que reproduce el párrafo 3 del preámbulo de la Declaración de derechos del niño de 1959.

¹³La Asamblea de la Sociedad de Naciones aprobó en su sesión plenaria de 26 de Septiembre de 1924 una Declaración de los Derechos del Niño. El origen de este breve texto, compuesto por un preámbulo y cinco principios, se remonta a los trabajos elaborados e impulsados por Eglantynne Jeeb desde la organización no gubernamental “Union Internationale de Secours aux Enfants”.

¹⁴Una nueva Declaración de Derechos del Niño fue adoptada, ahora en el seno de las Naciones Unidas, aprobándose por unanimidad por la Asamblea General, en su Resolución 1386(XIV) de 20 de Noviembre de 1959.

¹⁵Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de Noviembre de 1989, entró en vigor en 2 de Septiembre de 1990. Actualmente son parte en ellas 191 Estados Partes. Las dos ausencias conciernen a los Estados Unidos (que la ha firmado) y a Somalia.

¹⁶Resolución 608 (XXI), de 30 de Abril de 1956, del Consejo Económico y Social.

¹⁷Resolución 317 (IV), de 2 de Diciembre de 1949, de la Asamblea General. Antecedentes de los dos tratados citados son la Convención sobre la Esclavitud, de 1926, adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones y cuyos deberes y funciones fueron asumidas posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas mediante el Protocolo que para su modificación adoptó la Asamblea General en su Resolución 794 (VIII), de 23 de Octubre de 1926.

¹⁸ Este convenio, adoptado el 17 de Junio de 1999 en la 87^a sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y que aún no ha entrado en vigor, señala en su artículo 3 “*las peores formas de trabajo infantil*” entre las que incluye “*todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud como la venta y el tráfico de niños ...*” y “*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas*”.

¹⁹ Cuya denominación ha sido sustituida por la de “Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, a partir de la decisión del Consejo Económico y Social, de 27 de Julio de 1999.

²⁰ El Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud está compuesto por cinco miembros de la Subcomisión, elegidos en calidad de expertos y se reúne una vez al año, antes del periodo de sesiones de la Subcomisión.

²¹ Especial importancia cobra al respecto la participación de las organizaciones no gubernamentales. Para asistir económicamente a los representantes de esas organizaciones y prestar ayuda humanitaria, jurídica y financiera a las víctimas de la esclavitud, la Asamblea General estableció un “Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud”. (Resolución 46/122).

²² Resolución 1990/68, de 7 de Marzo de 1990. El mandato fue desempeñado desde 1990 hasta 1994 por el tailandés Vitit Muntarbhorn y desde esa entonces hasta la fecha está encomendado a la brasileña Ofelia Calceta Santos.

²³ Cfr. VILLÁN DURÁN, Carlos, ... *op. cit.*, pp. 296 ss

²⁴ El Grupo de Trabajo carece en efecto de competencias para realizar investigaciones *in situ* de *motu proprio* y no puede recibir denuncias ni quejas de individuos. Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *Artículo 4*, en: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo”. Asociación para las Naciones Unidas en España. Icaria, 1998, pp. 137-149.

²⁵ Cfr. Resolución 1992/74, de la Comisión de Derechos Humanos.

²⁶ Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *Artículo 4... op. cit.* En el ejercicio de ese control el Grupo de Trabajo ha tenido la ocasión de quejarse precisamente por las escasas respuestas recibidas sobre su aplicación. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1999/17.

²⁷ Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *Artículo 4... op. cit.*

²⁸ Vid. E/CN.4/Sub.2/1998/14.

²⁹ El Grupo de Trabajo sobre las Formas contemporáneas de esclavitud destacaba en las recomendaciones de su informe de 1998 que *"muchas de las prácticas de explotación sexual en Internet se caracterizan por una dominación, un control y una violencia tan extremos que constituyen esclavitud,..."* Cfr. E/CN.4/Sub.2/1998/14.

³⁰ El Grupo de Trabajo se refiere a estas prácticas como *"una forma de esclavitud común y, moralmente, la más repugnante"*, en E/CN.4/Sub.2/1999/17.

³¹ Se ha destacado en efecto la polémica abierta sobre la necesidad de elaborar una nueva convención internacional que actualice el fenómeno de la esclavitud en nuestros días. Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C: ... *op. cit.*

³² Las rutas de tráfico de niños con fines de prostitución han sido detectadas por todas las regiones del mundo: de América latina a Europa y Oriente Medio; del Sureste asiático al Norte de Europa y Oriente Medio; en el interior de Europa; desde regiones de África y en el marco regional árabe. Cfr. MUNTARBHORN, Vitit, *Sexual exploitation of children*. Study Series 8. United Nations Publication, 1996, p.8.

³³ i.e.: El Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía estimaba, en su informe de 1996, que en Asia había un millón de niños implicados en el tráfico sexual en condiciones que se confunden con la esclavitud (Cfr. E/CN.4/1996/100) y en la información remitida a la Asamblea General en 1998, señalaba que según los cálculos de la OIT se preveía que en el año 2015 habría 100 millones de niños trabajadores en Africa, destacando la situación actual de muchos de ellos en situaciones similares a la esclavitud, forzados a la prostitución o convertidos en niños de la calle en ciudades lejanas a sus familias (A/53/311).

³⁴ Cfr. E/CN.4/Sub.2/1998/14.

³⁵ La Declaración y Programa de Acción aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en Junio de 1993, recuerda que *"la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales ... son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana"*, declarando que *"deben combatirse activamente la explotación y el abuso de los niños"* A/CONF.157/23, 12 Julio, 1993. Asimismo, la Convención sobre la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949, afirma en su preámbulo que *"la prostitución y el mal que ella acompaña, es decir, la trata de seres humanos con el fin de prostituirlos, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad"*.

³⁶ Vid. Artículo 34 de la Convención sobre los derechos del niño.

³⁷ La pobreza se convierte en un elemento común a países desarrollados y países en desarrollo como causa vinculada a estas prácticas. Así, el Relator Especial

sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha denunciado que en la República Dominicana más de 30.000 niños se dedican a la prostitución para salir de la pobreza (Cfr. E/CN.4/1998/101) y ha señalado que hasta 300.000 niños se dedican a la prostitución en las calles de los Estados Unidos. Cfr. E/CN.4/1996/100.

³⁸ Se ha destacado que las mujeres y niños procedentes de los países en desarrollo o en transición económica son especialmente vulnerables a estos fenómenos, en particular las minorías, los refugiados, los migrantes, los pueblos indígenas y otros grupos sistemáticamente objeto de discriminación y racismo. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1999/17.

³⁹ El Grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud destaca asimismo como causas principales de estos fenómenos la ignorancia, el analfabetismo, las prácticas culturales perniciosas y, sobre todo, la situación de inferioridad de las mujeres y las niñas en la sociedad. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1997/13 y E/CN.4/Sub.2/1999/17.

⁴⁰ Cfr. MUNTARBHORN, Vitit, *The world against child abuse*, en: Human Rights. Study Series, n^o8. United Nations. New York and Geneva, 1996, p.194.

⁴¹ Las causas señaladas se derivan de las destacadas en los informes de el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, cuyas referencias quedan indicada en la bibliografía de nuestro trabajo.

⁴² i.e.: La demanda de jóvenes indias para casarse por hombres de los Estados del Golfo que se desplazan a la India con ese fin, origina la venta de aquellas por sus propios padres. E/CN.4/1994/84. Asimismo se ha denunciado la venta de niñas por sus padres a prostíbulos, simplemente por dinero, en algunos países de Asia y la venta de hijos por sus padres a cambio de pocos dólares o de drogas, en barrios norteamericanos infestados por estas últimas. E/CN.4/1996/100.

⁴³ Un estudio suministrado al Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud y realizado en determinados países de América Latina y Asia, como Filipinas, la India, Nepal, Indonesia, Perú, el Paraguay y Bolivia, reveló que las poblaciones autóctonas de esos países eran al parecer víctimas de prácticas esclavistas que iban desde la explotación sexual de las mujeres y los niños hasta el trabajo servil, incluso en régimen de servidumbre. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1997/13.

⁴⁴ El Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha señalado como poblaciones más vulnerables al tráfico de niños, aquellas que proceden de sociedades desintegradas, destacando el tráfico de niños entre Bangladesh y Pakistán y entre la India y Nepal con frecuencia para su destino a prostíbulos. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1999/17.

⁴⁵ El Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, informó al Grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud de la floreciente industria del turismo sexual con niños en América Latina y de las crecientes dimensiones que adquiriría sobre todo entre los niños de la calle “*por ser éstos más vulnerables y por ser más difícil seguirles la pista*”. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1999/17. Por otra parte, UNICEF ha alertado sobre el aumento de la explotación sexual de niños en la Federación rusa desde la caída del régimen comunista, donde estima que unos 200.000 niños –llamados “*besprozorniki*” – viven en la calle. Cfr. E/CN.4/1998/101. El fenómeno también ha sido denunciado en África y en el sur de Asia, donde la situación es inquietante, la prostitución infantil está relacionada con la extensa explotación del trabajo infantil y la existencia de muchos niños de la calle. Cfr. E/CN.4/1994/84.

⁴⁶ La explotación sexual en el marco del trabajo doméstico realizado por niños ha sido frecuentemente denunciada, afectando a países en desarrollo (i.e.: abuso de jóvenes trabajadoras domésticas en embajadas y ambientes diplomáticos. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1997/13) y a países en desarrollo (i.e.: Bangladesh, donde se emplea a niñas desde los 6 años, destinadas a una situación especialmente penosa en las que al llegar a la pubertad son despedidas, pudiendo terminar en burdeles. Cfr. E/CN.4/1994/84).

⁴⁷ i.e.: El Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, estimaba en 1998 que el Ejército de Resistencia en Uganda había secuestrado en los últimos 11 años entre 8.000 y 10.000 niños del norte del país para llevarlos a las bases rebeldes de los suburbios del sur de Sudán, convirtiendo a menudo a las niñas en “*esposas*” de los miembros de ese ejército. Cabe destacar en este contexto que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998, reconoce la violencia y la esclavitud sexuales en el contexto de un conflicto armado como crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra incluidos en la competencia de la Corte.

⁴⁸ Alertados por ese problema, los miembros del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, han exhortado a los Estados a revisar sus leyes mediante la introducción de la norma de la extraterritorialidad. Cfr. E/CN.4/Sub.2/1997/13.

⁴⁹ El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONUSIDA) informó al Comité de Derecho del Niño que cada minuto, cinco menores de 25 años son infectados por el VIH, siendo cada vez más los niños afectados por él. CRC/C/SR.497 y 498.

⁵⁰ Podemos referirnos en ese sentido al sistema “*deuki*” o a las prácticas de la comunidad badi en Nepal. En el primero, las niñas se convierten en diosas o se casan con Dios, llevándoles esta situación a su sometimiento a prácticas sexuales y finalmente a su entrada en la prostitución. Respecto a los miembros de la comunidad badi, antes eran titiriteros o artistas ambulantes, pero han terminado incorporando la prostitución como su actividad normal bajo el disfraz de práctica

cultural. Aunque las reformas legislativas recientes prohíben estos tipos de prácticas, se siguen no obstante efectuando. Cfr. E/CN.4/1994/84/Add.1.

⁵¹ Cfr. E/CN.4/1994/84.

⁵² Vid. nota 15.

⁵³ En ese sentido se manifiesta FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, al señalar que la Convención “*modifica y cristaliza las normas ya existentes e introduce otras nuevas de gran importancia*”. En: *La protección internacional de los derechos del niño*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza.

⁵⁴ Cfr. PÉREZ VERA, Elisa: “*El convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos*”, en: *Garantía internacional de los derechos sociales. Contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y el desarrollo del voluntariado*. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1990. p.169

⁵⁵ Cfr. PÉREZ VERA, Elisa: *El menor en el Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993-I, p.113. En el mismo sentido, SANTOS PAIS, Marta: *La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, en: *Bulletin des Droits de l'Homme*, 91/2. Les droits de l'enfant. Nations Unies. Nueva York, 1992, p. 80. La autora se refiere a la Convención como “*vraie charte des droits de l'enfant*”.

⁵⁶ Vid. Párrafo 1 del preámbulo d la Carta de las Naciones Unidas, de 1945. Cfr. KSENTINI, Fatma-Zohra: *La Convention sur les droits de l'enfant: des normes de protection et un instrument de cooperation pour la survie, le développement et le bien-être de l'enfant*”, en: *Bulletin des Droits de l'Homme*, 91/2 ... op. cit., pp.46 ss.

⁵⁷ Vid. nota 35.

⁵⁸ Cfr. SANTOS PAÏS, Marta: *General introduction to the Convention on the rights of the child: from its origins to implementation*, en: *Recueil d'exposés sur les droits internationaux des enfants*. Défense des Enfants International. Ginebra, 1993.

⁵⁹ Adam LOPATKA (“*Importance de la Convention relative aux droits de l'enfant*”, en: *Bulletin des droits de l'homme*, ... op. cit. p.65), redactor del primer proyecto de Convención sobre los derechos del niño, afirmó que “*la Convention adapte les droits de l'homme à la situation des enfants*”. En esa línea, la Profesora MANGAS MARTÍN (*La protección internacional de los derechos del niño*, en: *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, nº 4, Diciembre, 1998, suplemento, p.7) señala que “*aunque ... los niños, en tanto que seres humanos, son destinatarios y beneficiarios de normas internacionales generales y de sus mecanismos de garantías y gozan de las protecciones internacionales de*

los derechos humanos ... a nadie satisfacía esta remisión al régimen general de protección de los derechos humanos”.

⁶⁰ Cfr. SANTOS PAÍS, Marta: *Monitoring children's rights. A view from within*, en: *Monitoring children's rights*. Eugeen Verhellen, Martinus Nihoff, 1996, p. 131.

⁶¹ Philip ALSTON (*Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant*, en: *Bulletin des droits de l'homme* 91/2, *Les droits de l'enfant*. Nations Unies, New York, 1992. pp. 3-4) destaca tres criterios rectores en la determinación del límite de los 18 años en la Convención: la fijación de una edad específica en principio ampliamente aplicable; el reconocimiento de una edad relativamente elevada para llevar al máximo la protección ofrecida; y la necesidad de establecer cierto margen, teniendo en cuenta el tema tratado y las circunstancias particulares de cada Estado desde el punto de vista cultural, religioso, social u otros.

⁶² Artículo 38: párr. 2 “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades*” y párr. 3: “*Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad*”. Una crítica sobre la protección dispensada en la Convención al niño en tiempo de guerra y el retroceso que representa respecto a las disposiciones ya existentes en Derecho Humanitario puede consultarse en MANGAS MARTÍN, Araceli: *La protección internacional ... op. cit.*, pp.11 y 12. Las carencias que la Convención presentaba respecto a esta cuestión ha dado lugar a la reciente adopción de un protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados. Vid. A/54/L.84.

⁶³ Artículo 32.2, a: “*(Los Estados Partes) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar*”.

⁶⁴ Artículo 28.1,a: *(Los Estados Partes ... deberán en particular) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos*”. El Comité de derechos del niño ha insistido durante los análisis de los informes de los Estados Partes en la importancia de coordinar la edad mínima de acceso al empleo con el final de la escolaridad obligatoria para favorecer la formación intelectual del niño y evitar su explotación.

⁶⁵ Podemos referirnos en este sentido a la venta de jóvenes indias por sus padres para contraer matrimonio con hombres de los Estados del Golfo (vid. nota 42), a las disposiciones de Jamahiriya Árabe Libia que impiden enjuiciar al autor de un delito de violación si está dispuesto a casarse con la víctima, o a la práctica por la que hombres de edad avanzada en Bangladesh toman como segunda esposa a jóvenes pobres y sin dote, a las que someten a condiciones comparables con la esclavitud y, si no son reconocidas por la primera esposa y el matrimonio no se registra, corren el riesgo de ser abandonadas si quedan

embarazadas. Cfr. E/CN.4/1994/84. A la luz de estas prácticas debemos recordar que la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, declara - en su artículo 1 - análoga a la esclavitud “*toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas*”.

⁶⁶ Artículo 41: “*Nada de o dispuesto en al 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*”.

⁶⁷ Artículo IX del primer proyecto polaco, en: HR/1995/Ser.1/article 34, p.5. Su redacción nos recuerda a su homólogo en la Declaración de derechos del niño de 1959, que también regulaba estas cuestiones conjuntamente.

⁶⁸ Cabe recordar a este respecto que fue la representación española la primera en proponer la introducción de una referencia expresa a la protección del niño en materia de sexo, E/CN.4/1324.

⁶⁹ Cfr. Alegaciones de los representantes de China y de la Unión Soviética durante la primera lectura del proyecto. E/CN.4/1987/25.

⁷⁰ Cfr. Posturas del observador de Holanda y el delgado de Francia. *Ibidem*.

⁷¹ Vid. Artículo 43.

⁷² Vid. Artículo 44.1.

⁷³ Vid. Artículo 44, 5.

⁷⁴ Vid. Artículo 45, 1 de la Convención.

⁷⁵ i.e.: Observaciones finales al informe de los Países Bajos. CRC/C/90.

⁷⁶ i.e.: Observaciones finales a los informes de Marruecos, Estados Federados de Micronesia, Chad y Nicaragua. Cfr. CRC/C/57, CRC/C/73 y CRC/C/87.

⁷⁷ i.e.: Observaciones finales al informe de Fiji. Cfr. CRC/C/90. Respecto a la cuestión de la edad mínima para la incorporación en las fuerzas armadas y la participación en combate, cabe recordar la elevación de ésta a los 18 años en el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados (A/54/L.84)

⁷⁸ i.e.: Análisis y observaciones finales de los informes de Togo y Tailandia. CRC/C/SR:495 y CRC/C/15/Add.97.

⁷⁹ i.e.: Demanda del Comité a la República Árabe Siria de cooperar con el UNICEF y con organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales en el estudio sobre los matrimonios precoces (CRC/C/40/Re.11).

⁸⁰ Vid. alusión a este programa en el apartado I.A. de nuestro trabajo.

⁸¹ i.e.: Observaciones finales de los informes de Venezuela, Federación Rusa y Países Bajos. CRC/C/90.

⁸² i.e.: Observaciones finales al informe de la Federación de Rusia. CRC/C/90.

⁸³ CRC/C/90.

⁸⁴ i.e.: Observaciones finales a los informes de Venezuela, Federación de Rusia, México y Mali. CRC/C/90.

⁸⁵ E/CN.4/RES/2000/59. Los comentarios incluidos en este apartado han sido elaborados en base a los informes del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cuyas referencias se indican en la bibliografía.

⁸⁶ Resolución 1994/90 de la Comisión de Derechos Humanos.

⁸⁷ Frente a los partidarios de otorgar la máxima prioridad a la redacción de un nuevo instrumento que completase a los ya existentes en la materia, se oponían aquellos que consideraban más propicio aplicar y hacer cumplir esas normas, alegando al respecto la ausencia de reservas respecto a las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño que se ocupan de estos asuntos.

⁸⁸ Aunque hay que decir que, a pesar de las discrepancias sobre la oportunidad de este protocolo, todas las partes intervinientes en su elaboración coincidieron desde el principio en la preocupación por combatir las prácticas analizadas y, en caso de acordar el protocolo, realizar aportaciones sustanciales a los instrumentos ya existentes.

⁸⁹ Res. 54/149 de la Asamblea General, de 27 de Diciembre de 1999 y Res. 1999/80, de la Comisión de Derechos Humanos, de 28 de Abril. Finalmente el protocolo facultativo ha sido acordado en el año 2000, como se pretendía, como también lo ha hecho el protocolo facultativo a la Convención sobre la participación de los niños en los conflictos armados, al que ya nos hemos referido en este trabajo.

⁹⁰ Vid. artículo 12 del protocolo.

⁹¹ Inderogabilidad reconocida a nivel universal en el art. 4, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocimiento de su obligatoriedad *erga omnes* en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto Barcelona Traction, de 1970, reconocimiento como crimen internacional en el art. 19.3.d. del

Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, como crimen contra la humanidad en el art. 18.d. del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y como crimen de lesa humanidad en el art. 18.d. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *op. cit.*

⁹² Vid. nota 55.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y TUTELA DE LOS DERECHOS DEL MENOR

M^a Paz Sánchez González

Profa. titular de Derecho civil

Universidad de Cádiz

*“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”,
(Declaración Universal de Derechos Humanos, art.16.3)*

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo integral del menor requiere, entre otras cosas, de un ambiente familiar adecuado. La familia constituye la sede natural donde debe tener lugar la formación del individuo, al propio tiempo que se configura como elemento natural y fundamental de la sociedad (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹).

Esta importancia del elemento familiar en la formación y desarrollo del menor se constata, por ejemplo, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor², cuyo art. 11.2º, al establecer los principios rectores que deben inspirar la actuación de los poderes públicos en esta materia, alude expresamente al «*mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés*», así como a «*su integración familiar y social*»³.

2. BREVE REFERENCIA AL ESQUEMA FUNCIONAL DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Desde un punto de vista civil, el desenvolvimiento del menor en su núcleo familiar plantea la necesidad de estudiar una cuestión absolutamente fundamental, como es la que se conoce con el nombre de **patria potestad**. Con independencia de las precisiones terminológicas que hagamos posteriormente, baste ahora con indicar que con tal expresión se alude al complejo conjunto de derechos/deberes que la ley atribuye a los padres en relación con la persona y bienes de sus hijos y que, en esencia, se traducen en la obligación de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes⁴. De este modo, la patria potestad vendría caracterizada «por los deberes y derechos de protección y asistencia que tienen los padres para con sus hijos, según las necesidades de éstos»⁵. En su consideración actual, la patria potestad no participa en estricto sentido de la naturaleza de un derecho subjetivo, puesto que se trata de un ejercicio vinculado a la satisfacción de un interés de persona diversa a la de su titular⁶. Así pues, la patria potestad se atribuye a los progenitores por y para la tutela de los intereses personales y patrimoniales de sus hijos menores⁷.

Antes de continuar en el análisis específico de la cuestión planteada, es conveniente precisar que, en materia de patria potestad, el factor determinante de la existencia de regímenes diversos no es el carácter matrimonial o no de la

filiación⁸, sino la situación de convivencia o no convivencia de los progenitores⁹. Por otra parte, a fin de centrar adecuadamente nuestra exposición, hemos de indicar que sólo nos vamos a referir a las hipótesis de menor que convive, al menos, con uno de sus progenitores, dejando al margen otros supuestos, tales como el del menor acogido del art. 161 CC.

Volviendo al instituto familiar estudiado, la atribución de la patria potestad se realiza conjuntamente a ambos progenitores¹⁰ (lo que, evidentemente, exige la determinación tanto de la filiación materna como de la paterna). Sin embargo, el legislador no siempre ha estimado la patria potestad como una función dual y, en este sentido, hay quien afirma que la **historia de la patria potestad** constituye un proceso de debilitamiento de la autoridad paternal¹¹. En líneas generales, estamos de acuerdo con semejante aseveración: en sus orígenes romanos, la patria potestad se concibe como un poder absoluto del padre que comprendía derechos como el de la vida y muerte (*ius vitae et necis*) o el de abandonar o exponer al hijo recién nacido (*ius exponendi*)¹². Con posterioridad, se produce una paulatina evolución, que se traduce en una atenuación del absolutismo del poder paterno. No obstante, las modificaciones que pudieron operarse no permiten variar la consideración de la patria potestad romana como un poder de carácter unitario, autoritario y absorbente¹³.

En lo que se refiere al Derecho germánico, el poder paternal no es ya un poder perpetuo, siendo, por el contrario, temporalmente limitado: la referida potestad finalizaría al separarse el hijo de la comunidad doméstica y la hija por el matrimonio. También en el aspecto patrimonial los descendientes gozan de una mayor autonomía, de forma que el hijo ostenta plena capacidad patrimonial sobre todas sus adquisiciones¹⁴.

La historia del instituto en el Derecho español parte de la tradición romanista, plasmándose en Las Partidas la noción justiniana de la patria potestad¹⁵. Dicho régimen, con las modificaciones introducidas por las Leyes de Toro¹⁶, permanece prácticamente inalterado hasta la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Posteriormente, en la legislación codificada -en el periodo comprendido entre 1889 y 1981-, la figura estudiada aparece con caracteres romanistas y patriarcales. Habrá que esperar a la reforma de 1981 para que tenga lugar un cambio fundamental del sistema. En efecto, con esta última reforma se produce una atenuación de la faceta punitiva y -lo que es mucho más importante- se concibe a la patria potestad como una función cuyo ejercicio ha de realizarse en beneficio e interés del hijo y respetando su personalidad¹⁷. Ello justifica el incremento de los controles públicos que se han producido en esta materia. En este sentido, CASTAN VAZQUEZ¹⁸ señala como principios esenciales de la reforma del 81 los siguientes:

1º La patria potestad es una función establecida en beneficio del hijo¹⁹.

2º El juez puede intervenir en la patria potestad en determinados casos para salvaguardar el interés de los hijos²⁰.

3º La patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Este último principio nos lleva a una cuestión ya clásica en el tratamiento doctrinal de la patria potestad, como es la relativa a la **distinción entre titularidad y ejercicio** de la misma. Semejante distinción está presente en nuestro CC, dado que se puede ser titular de la patria potestad *»los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre»* (art. 154.1º)- y no ejercitar los derechos y deberes en que aquélla consiste *»si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva»* (art. 156.5º)-.

En el sistema codificado actualmente vigente, la patria potestad, como ya ha quedado indicado, es una función dual, dado que, en circunstancias ordinarias, titularidad y ejercicio corresponden a ambos progenitores²¹. Pero no siempre ha sucedido así: en el CC de 1889, el ejercicio de la patria potestad se atribuía en exclusiva al padre, ocupando la madre un lugar meramente subsidiario en defecto de aquél²².

Volviendo al Derecho vigente, puede afirmarse que, estando determinada la filiación respecto de ambos progenitores, ambos se constituyen en titulares de la patria potestad, y ello, con independencia de la naturaleza matrimonial o no matrimonial de la filiación.

Así como en nuestro sistema la titularidad individual de la patria potestad es algo excepcional²³; no resultan infrecuentes, por contra, los supuestos de ejercicio individual de la referida función. En este sentido, el CC legitima los siguientes supuestos de ejercicio individual:

- Actuaciones que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias (art. 156.1º).
- Actos efectuados en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1º).
- Cuando a causa de los desacuerdos entre los progenitores, el juez hubiera atribuido su ejercicio a uno de ellos (art. 156.2º).
- En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4º).
- Actos efectuados por aquél con quien el hijo conviva, en caso de separación de los progenitores (art. 156.5º).

Lo expuesto hasta ahora, si bien resulta bastante deficiente como estudio específico de la patria potestad, puede, no obstante, darnos una idea aproximada del tratamiento legal de la figura, a fin de poder adentrarnos con unas mínimas garantías de comprensión en el núcleo de nuestra intervención, consistente en el estudio de los casos sobre el conflicto en el ejercicio de la patria potestad.

3. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PUEDE ENTRAR EN ABIERTA COLISIÓN CON LOS DERECHOS DEL SOMETIDO A LA MISMA.

A la hora de individualizar esos supuestos, resulta conveniente traer a

colocación la distinción tradicionalmente señalada por la doctrina civilista -y basada en la redacción originaria del CC- entre contenido personal y patrimonial de la patria potestad²⁴. Y ello, en la medida en que el referido conflicto puede surgir tanto en uno, como en otro ámbito.

En el primer grupo se clasificarían los derechos y deberes que tienen los progenitores en relación con el cuidado de la persona del hijo («*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*»); quedando constituido el segundo aspecto de la institución por las funciones de administración y representación en cuestiones de índole económica.

3.1. Oposición de intereses en la esfera patrimonial.

Según el art. 163 CC, «*siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo emancipado cuya capacidad deban completar.*

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad».

El menor no emancipado, para actuar válidamente en la vida jurídica, requiere el concurso de sus progenitores, dado que, si bien tiene capacidad jurídica, no posee plena capacidad de obrar²⁵. En aquellas actuaciones en las que el menor no pueda intervenir por sí mismo, le representarán los titulares de la patria potestad. El conflicto podría aquí surgir cuando los progenitores tuvieran un interés directo y personal en el mismo asunto en el intervienen representando a los intereses del menor.

Doctrinalmente se ha discutido sobre el ámbito de aplicación del art. 163, centrándose los términos del debate en la limitación de la aplicabilidad de la norma a los supuestos de conflictos patrimoniales o, por contra, en su extensión a toda oposición de intereses, con independencia de su naturaleza personal o patrimonial²⁶.

Los argumentos esgrimidos en favor de una interpretación amplia del supuesto de hecho de la norma son, esencialmente, los siguientes:

- La ubicación sistemática del precepto que, a diferencia con lo que sucedía antes de la reforma del CC en esta materia, hoy aparece en un capítulo independiente del que se refiere a los bienes de los hijos y su administración²⁷.
- El tenor literal de la norma, que exige el nombramiento de defensor judicial siempre que exista oposición de intereses en «*algún asunto*»,

expresión dentro de la que tendrían cabida tanto los patrimoniales como los personales.

En favor de la aplicación limitada de la norma a los supuestos de conflicto patrimonial se han alegado razones tipo histórico²⁸, así como la aplicación que del precepto en cuestión viene realizando el Tribunal Supremo.

Este último argumento es, a nuestro juicio, esencial, ya que, tanto con la normativa anterior a la reforma del 81, como con la surgida a partir de estas fechas, nuestro Alto Tribunal, así como la Dirección General de los Registros y el Notariado, vienen apreciando la existencia de oposición de intereses entre padre-representante y menor-representado, a los efectos de la aplicación del art. 163, en hipótesis de marcado contenido patrimonial.

Así, en las resoluciones de 24 noviembre 1898, 18 noviembre 1921, 25 enero 1928, entre otras, se afirma la existencia de conflicto de intereses en supuestos de partición hereditaria en los que padre e hijo tienen la condición de coherederos. En la STS 6 noviembre 1934 (Ar. 1781) se llega a idéntica conclusión en un caso de concurrencia de padre heredero e hijo legatario; y lo mismo cabe decir si el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (RDGRN 12 diciembre 1895). Fuera del ámbito sucesorio, también se ha apreciado la existencia de la oposición de intereses entre la madre -dueña de una finca hipotecada- y los hijos menores -acreedores hipotecarios- cuando se trata de cancelar la hipoteca (RDGRN 19 mayo 1900)²⁹.

Muchos de estos ejemplos vuelven a repetirse en la jurisprudencia más reciente³⁰: en las RRDGRN 4 abril 1986 (Ar. 2127), 27 noviembre 1986 (Ar. 6880), 27 enero 1987 (Ar. 368), 6 febrero 1995 (Ar. 1329) y 3 abril 1995 (Ar. 3238) se estudia la necesidad del nombramiento de defensor judicial en casos de partición hereditaria.

Del análisis de estos pronunciamientos pueden extraerse importantes conclusiones en orden a la precisión de la noción de «*interés opuesto*» empleada por el art. 163:

- No existe conflicto de intereses en los términos del art. 163 cuando el titular de la patria potestad y el menor tienen en el mismo asunto intereses paralelos (RRDGRN 27 enero 1987, 10 enero 1994 -Ar. 234-, 3 abril 1995). Han de tratarse de intereses claramente enfrentados (RDGRN 6 febrero 1995).
- Los perjuicios que, como consecuencia de esas oposición de intereses, se derivan para el menor, para motivar la designación de un defensor judicial han de ser actuales y reales, y no futuros e hipotéticos (RDGRN 27 enero 1987).
- Entrando ya en los concretos supuestos, pese a que, en principio, pudiera surgir el conflicto en toda partición de herencia en la que

aparezcan interesados como coparticipes el cónyuge viudo y sus hijos menores, la determinación de si efectivamente se da la oposición de intereses requiere proceder por vía casuística (RRDGRN 27 enero 1987, 6 febrero 1995). De este modo «cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica» (RDGRN 3 abril 1995). En cambio, «en el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos» (RDGRN 6 febrero 1995). Y lo mismo cabría decir cuando, al disolver el condominio que sobre varias fincas tenían el cónyuge supérstite y sus hijos, el progenitor usufructuario, en concepto de representante legal de sus hijos menores nudo propietarios, acuerda adjudicarse la propiedad plena y exclusiva de una de aquéllas fincas: «... no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que tanto más reciba éste, cuanto más se beneficiará aquél, pues si ello es cierto, olvida cómo el objeto del usufructo y nuda propiedad de ser de una u otra especie, puede beneficiar alternativamente a uno de los titulares en perjuicio del otro (RDGRN 27 noviembre 1986).

Doctrinalmente se ha estimado que existirá oposición de intereses «en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo»³¹.

En estos casos, de acuerdo con el art. 163, hay que nombrar a un defensor de los intereses del menor. Se trata, de un supuesto de representación legal extraordinaria, ocasional y limitada al asunto controvertido³². De esta institución se ha dicho que es complementaria de la patria potestad, ya que no actúa en defecto de ésta, sino como complemento de la misma y por razón de las circunstancias coyunturales que la justifican³³.

La norma del art. 163 también se extiende al menor emancipado en cuanto el conflicto surja en relación a aquellas actuaciones para cuya validez se requiera el concurso de los titulares de la patria potestad³⁴. Naturalmente, habrá que entender estas actuaciones son las contempladas en el art. 323 CC³⁵.

Por otra parte, la designación defensor judicial será necesaria cuando el conflicto surja entre progenitores e hijos menores³⁶, no estando prevista en el

texto del Código la solución aplicable al conflicto de intereses que pueda surgir entre dos menores cuya representación legal corresponda al mismo progenitor. En estos casos, y por razones obvias, el titular de la patria potestad no podrá representar adecuadamente los intereses de uno de sus hijos sin entrar en abierto conflicto con los intereses del otro. Entendemos que, pese al silencio de la ley sobre el particular, la solución del problema tiene que venir de la mano de una aplicación analógica del art. 163, naturalmente, modulada en atención de las especiales circunstancias concurrentes en el supuesto³⁷.

La designación de defensor judicial es también planteable cuando se trate de un *nasciturus*. Téngase en cuenta que el concebido no nacido no es persona jurídicamente hablando, pero, no obstante, sí puede ser sujeto de ciertos derechos³⁸. Sobre este particular, siguiendo a HERNANDEZ GIL³⁹, puede afirmarse que, en la medida en que quepa la representación del concebido, podrá surgir el conflicto de intereses motivador de la designación de defensor en los términos del art. 163. La Dirección General de los Registros y el Notariado, en su resolución de 19 septiembre 1929, declaró la imposibilidad de representación en el supuesto de padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar y fideicomisarios los hijos que él pudiese tener.

En cuanto a la eficacia de las actuaciones que los progenitores pudieran realizar en representación del menor, siendo preceptivo el nombramiento de defensor, entiende LLAMAS POMBO que, como acto prohibido, la sanción debe ser de nulidad⁴⁰.

Al margen de la oposición directa de intereses entre titulares de la patria potestad y los menores sometidos a ella, el CC establece una serie de garantías a fin de evitar que, en el ejercicio de sus atribuciones, los progenitores puedan ocasionar una lesión económica al menor⁴¹. No obstante, teniendo en cuenta el tema específico de nuestra intervención, estimamos que el análisis de esos otros supuestos desbordaría con mucho los límites racionales de aquélla.

3.2. Oposición de intereses en la esfera personal

Es en este ámbito personal donde la colisión entre el ejercicio de la patria potestad y los intereses del menor puede presentar aristas más agudas.

De un lado, los progenitores, en cuanto titulares de la potestad estudiada, han velar por los sometidos a ella, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, pudiendo corregirlos de forma razonable y moderada. Por su parte, los hijos tienen la obligación de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre⁴². Este deber de obediencia no debe ser en modo alguno incompatible con el reconocimiento al menor de una personalidad autónoma. Ciertamente, estamos asistiendo a un fenómeno de ampliación del reconocimiento del menor como sujeto de plenos derechos, al propio tiempo que se admite la capacidad progresiva del mismo en orden a su ejercicio. En este sentido, uno de los principios esenciales que inspiró

la reforma de la regulación de la patria potestad fue el del respeto a la personalidad del menor. Y es precisamente aquí, donde puede surgir el conflicto. En palabras de JORDANO FRAGA⁴³, «... se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inscripción protectora del menor: el potenciamiento de su autonomía personal, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor (protección de la personalidad del menor desde fuera)»⁴⁴.

Los puntos de fricción pueden ser numerosos, si bien la obligada brevedad de nuestra intervención nos exige centrarnos, tan sólo, en alguno de ellos. Partiendo de esta autolimitación inicial, entiendo que la **libertad de ideología, conciencia y religión** puede constituir un marco adecuado a fin de obtener una visión, al menos, aproximada de la magnitud del problema. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, vamos a plantear varios supuestos conflictivos que pueden surgir en la sede apuntada:

3.2.1. Opción religiosa del menor distinta a la de sus progenitores.

Dentro del contenido personal de la patria potestad, el art. 154.1º CC atribuye a los padres la función de educar a sus hijos y procurarles una formación integral. Indiscutiblemente, dentro de esa formación integral puede inscribirse la religiosa, respecto de la cual, el art. 27.3º de la Constitución proclama la obligación de los poderes públicos de garantizar «*el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

Por su parte, el art. 6 de la tantas veces citada Ley 1/1996, reconoce al menor el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, al propio tiempo que establece el derecho y deber de los padres de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral⁴⁵.

Partiendo de estos datos, ¿puede un menor decidir libremente acerca de su pertenencia a una determinada confesión, contra la expresa oposición de sus progenitores?

La respuesta a esta pregunta no es, desde luego, fácil. Con todo, entendemos que la posible solución al conflicto planteado tiene que venir de la mano del art. 162.1º CC⁴⁶, que exceptiona de la representación paterna los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo⁴⁷.

No cabe duda que esta solución teórica va a plantear la dificultad práctica de determinar el grado de madurez que posee el menor, lo que implica un amplio margen de discrecionalidad, con la consiguiente merma de la seguridad jurídica.

Mayor complejidad reviste la cuestión analizada cuando la opción religiosa (o pseudoreligiosa) del menor se inclina en favor de lo que socialmente se viene denominado «sectas».

Pese a las connotaciones peyorativas que de ordinario se atribuyen al término «secta»⁴⁸, para la Comisión de Estudios y Repercusiones de las Sectas en España del Congreso de Diputados, el término en cuestión ha de utilizarse para «referirse a grupos de limitado arraigo social, organizados en torno a unas doctrinas, religiosas o no, y a los responsables de su fundación, proclamación o tutela»⁴⁹. De este modo, la denominación técnica como secta de un determinado grupo de individuos, no implica la reprobación o rechazo del mismo, que debe quedar reservado, a juicio de la Comisión, para aquellas otras sectas que resulten acreedoras del calificativo de «destructivas»; esto es, aquellas sectas socialmente peligrosas que destruyen el equilibrio y la autonomía del sujeto adepto, sus lazos afectivos y familiares, y su relación libre y creativa con su entorno laboral y social.

Respecto del posible ingreso de un menor en este último tipo de secta, debe señalarse que, de acuerdo con nuestros textos legislativos, la libertad ideológica del menor encuentra su límite, tan sólo, en la Ley y en el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás⁵⁰. No obstante, debe tenerse en cuenta, además, dos datos esenciales a fin de resolver el conflicto:

De una parte, el ejercicio por parte del menor de su libertad ideológica requerirá la apreciación de un grado adecuado de madurez -según se desprende del art. 162.1º CC-. ¿Hasta qué punto puede considerarse como una decisión «madura» la voluntad del menor de ingresar en una secta de las llamadas destructivas?.

De otra parte, dada la elevación del interés superior del menor a la categoría de principio esencial e inspirador de toda la regulación relativa al mismo, a la hora de adoptar cualquier decisión entorno al menor, debe atenderse, con carácter prioritario, a lo que resulte más conveniente para aquél⁵¹.

A partir de aquí, la conclusión que defendemos implica el reconocimiento de la supremacía de la voluntad paterna en orden a impedir el ingreso del menor en una secta de las llamadas «destructivas».

En cuanto a la materialización de la oposición, debe tenerse en cuenta que los padres, en el ejercicio de su potestad, pueden recabar el auxilio de la autoridad (art. 154.4), pudiendo el Juez adoptar, *ex art. 158.3º*, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

3.2.2. Protección del menor frente a la actuación sectaria de los titulares de la patria potestad.

El problema que ahora planteamos es el inverso del anterior: como

consecuencia de la pertenencia de los progenitores a una secta, el ejercicio de la patria potestad aparece mediatizado, repercutiendo de manera negativa en los derechos e intereses del menor.

De todos es conocida la existencia de ciertas sectas que exigen de sus prosélitos una dedicación prácticamente exclusiva a las labores apostólicas. En la mayoría de estos casos, sin llegar a producirse una situación de total abandono, los menores que crecen y se educan en estos ambientes carentes de la mínima permeabilidad externa, pueden llegar a experimentar serias anomalías psíquicas. El fenómeno no ha pasado inadvertido para la Comisión de Estudios de las Sectas en España, del Congreso de Diputados, que en el informe ya anteriormente citado ha señalado cómo resulta especialmente preocupante «el tipo de repercusiones que en el orden sanitario, educativo, cultural y social pueden sufrir los hijos nacidos de padres integrados en sectas cerradas al entorno social».

Indiscutiblemente, en la medida en que se produzca una situación de desamparo del menor, estará justificada la intervención de los poderes públicos en los términos del art. 172 CC⁵². Además de ello, el art. 158 del mismo texto legal legitima al juez para la adopción de las medidas necesarias a fin asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, así como de aquellas otras encaminadas a apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Así pues, puede afirmarse que existen remedios legales para proteger al menor frente a las consecuencias negativas del comportamiento sectario de sus progenitores.

Como ejemplo que puede ayudarnos a ilustrar esta parte de nuestra intervención, podemos referirnos al supuesto que dio lugar a la **STC de 3 de octubre de 1994**⁵³. Sucintamente, los hechos que motivaron el recurso fueron los siguientes: en julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña, comunicó al Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona la oposición de los padres de unos menores, a las medidas de protección adoptadas por la Generalidad respecto a ellos, concretadas en la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la referida Dirección General de Atención a la Infancia. Los menores, junto con sus progenitores, habitaban un hogar común, formando un grupo o comunidad que ellos mismos denominaban «Familia Misionera». En observancia de sus directrices morales, eludían enviar a sus hijos en edad escolar a centros de enseñanza oficiales, públicos o privados, optando por enseñarles ellos mismos⁵⁴.

Las clases se completaban con una acusada incidencia en las lecturas bíblicas o en texto escogidos, a fin de proporcionar un adoctrinamiento adecuado.

El grupo se financiaba y atendía a su mantenimiento y necesidades primarias mediante eventuales actuaciones musicales y, especialmente, por las donaciones de empresas del ramo de la alimentación y el vestido. Tales donaciones se concretaban en géneros perecederos y próximos a su caducidad, así como en prendas con taras o ya obsoletas.

En noviembre de 1991, el Juzgado de Primera Instancia desestima la oposición planteada a la declaración de desamparo⁵⁵.

Los padres de los menores interpusieron recursos de apelación ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, los cuales fueron resueltos en sentido afirmativo. En opinión del Tribunal, las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, «...escolaridad... no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país».

Contra esta última Sentencia, la Generalidad de Cataluña interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El objeto del mismo no era otro que el relativo a la determinación de si las resoluciones judiciales impugnadas habían incurrido o no en infracción del derecho a la educación establecido por el art. 27 de la Constitución, extremo que el TC resolvió en sentido negativo: «... los Autos impugnados... no han impedido la escolarización de los menores,... sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad. La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación»⁵⁶.

En otro orden de cuestiones, pero también en sede de la incidencia que, sobre el ejercicio de la patria potestad, puede tener la pertenencia del progenitor a una secta, existen distintos pronunciamientos judiciales en los que se plantea la cuestión de si la mencionada circunstancia puede resultar o no relevante a la hora de decidir la **custodia del menor, en caso de separación de los progenitores**.

En el plano internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió en 1993⁵⁷ un conflicto perfectamente englobable en la hipótesis planteada y conocido doctrinalmente como «caso HOFFMANN». Con la referida Sentencia se puso fin a la controversia surgida en torno a la custodia de los hijos menores de una pareja de divorciados. La Corte suprema de Austria retiró la custodia a la madre -testigo de Jehová- y se la atribuyó a padre -católico-, en base a los previsibles riesgos de aislamiento social que pesarían sobre los niños en caso de integrarse en la secta a la que pertenecía la madre, así como el eventual peligro para su salud en caso de que en un futuro hubieran de ser sometidos a una transfusión sanguínea⁵⁸. Recurrida la decisión del Tribunal austriaco ante el órgano jurisdiccional europeo, éste falló en favor de la madre, entendiendo que, aun cuando la medida adoptada por la Corte suprema era legítima (protección de los menores), no había existido proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados. De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó intolerable una distinción basada en las diferentes religiones de los progenitores.

También nuestro Tribunal Supremo ha resuelto un caso similar, y lo ha

hecho en sentido inverso al anteriormente referido. Así en la STS de 27 de febrero de 1980⁵⁹, el Alto Tribunal estimó que «... a la hora o trance de resolver sobre quien de los cónyuges han de quedar, todos o algunos de los hijos y quien de aquellos ejercerá la patria potestad... no deje de influir, circunstancialmente como uno de los factores a tener en cuenta, el que la salud o incluso la vida del menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre...»⁶⁰.

3.2.3. Negativa, por razones religiosas, a que un menor reciba un tratamiento médico esencial para su vida.

Desde un punto de vista técnico, este supuesto no es esencialmente distinto de los ya analizados, dado que la negativa al tratamiento puede proceder del propio menor (en contra de lo deseado por sus progenitores), en cuyo caso podríamos estar ante una consecuencia de la opción religiosa del menor distinta a la de los titulares de la patria potestad; o bien de estos últimos (sea en concurrencia, sea en oposición con la voluntad del menor), lo que exigiría la protección de éste frente a la actuación sectaria de sus progenitores. No obstante, la importancia del interés que puede entrar en colisión con la libertad religiosa (y que no es otro que la propia vida del menor), así como la complejidad técnica que reviste el supuesto, aconsejan su tratamiento separado.

Por razones de claridad expositiva, de entre todos los supuestos posibles⁶¹, vamos a centrarnos en uno: la negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones sanguíneas. Esta elección se justifica por la existencia de material doctrinal y jurisprudencial suficiente para permitir profundizar en la cuestión, estimamos, de forma adecuada⁶².

El problema se ha planteado en reiteradas ocasiones ante las instancias jurisdiccionales, y se ha hecho desde dos planos cronológicos distintos: uno que podríamos calificar de previo al tratamiento, dado que, ante la negativa de un testigo de Jehová a que un menor reciba la transfusión de sangre que, en principio, resulta imprescindible para mantenerle con vida, las instancias médicas -a fin de evitar responsabilidades posteriores- suelen solicitar autorización judicial para su práctica. Pero la conflictividad del supuesto también ha surgido *a posteriori*: después de efectuarse el tratamiento médico con la oposición del paciente o de sus representantes legales, éstos accionan contra el juez autorizante o, en su caso, contra el médico o institución a la que este último pertenece⁶³. Dentro de estas reclamaciones surgidas *a posteriori* deben, también, inscribirse aquellos supuestos en los que, por la oposición de los progenitores al tratamiento del menor, éste termina falleciendo, solicitándose la condena penal de los titulares de la patria potestad. A efectos sistemáticos, conviene tratar de forma separada estos supuestos:

- a) *Legitimidad de intervención judicial a fin de autorizar el tratamiento médico.*
-

Tanto en el Derecho comparado como en el español, la objeción de conciencia a los tratamientos médicos recibe una respuesta distinta, según que el paciente sea un mayor de edad o un menor.

Para nuestro Tribunal Supremo, «el adulto capaz puede enfrentarse a su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello se ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección»⁶⁴.

En lo que respecta al menor, la negativa de los titulares de la patria potestad a la práctica del tratamiento médico indispensable para evitar su fallecimiento, plantea al profesional de la medicina un dilema esencial: de un lado, su código deontológico le obliga a salvar la vida de su paciente; de otro, la imposición del tratamiento de forma coactiva supone una intromisión en el normal desarrollo de las relaciones paterno-filiales, ya que, dada la posición de garantes que corresponde a los progenitores, se hace necesario obtener de ellos la autorización oportuna.

Tratándose de menores, un cierto sector doctrinal estima plenamente justificada la imposición del tratamiento⁶⁵, de modo que se considera que «el titular de la patria potestad no se encuentra legitimado para ordenar o impedir actos médicos que puedan perjudicar o poner en peligro al menor»⁶⁶. En palabras de BUENO ARUS⁶⁷, «traspasar a un menor... las consecuencias de una creencia religiosa o de una decisión heroica del adulto puede constituir aquí un evidente abuso de la patria potestad (Auto del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1978)..., y de ahí la legitimidad de que un rechazo anormal del tratamiento por parte de aquéllos pueda ser suplido por los órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal»⁶⁸. Todo ello, con independencia de cual haya sido la voluntad del menor⁶⁹.

Otros autores, a fin de resolver la cuestión planteada, distinguen entre menor sin uso de razón y menor con uso de razón y capaz, reservando para los primeros el tratamiento legal antes reseñado y reconociendo a los segundos la facultad de autodeterminación⁷⁰. Evidentemente, ello implica reconocer eficacia jurídica al consentimiento del menor.

Cabe una tercera posición doctrinal, que implica la concesión a los órganos jurisdiccionales de un cierto margen de discrecionalidad, de modo que puedan decidir, a la vista de las razones del menor, si procede o no atender a su voluntad contraria a la imposición del tratamiento médico⁷¹.

Nuestro Tribunal supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión estudiada⁷², y lo ha hecho en el sentido de negar la relevancia del consentimiento del menor: «la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre... el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u

oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

A parte de la sentencia citada, no hemos encontrado otros datos que nos permitan presumir cuál sería la actitud de nuestro Alto Tribunal ante el consentimiento emitido por un menor de más de trece años.

b) Responsabilidad de los progenitores que impiden la transfusión: límites de la patria potestad.

La cuestión enunciada en el presente epígrafe ha sido ya tratada por el Tribunal Supremo al hilo de un recurso interpuesto contra la SAP Huesca de 20 de noviembre de 1996⁷³. Los hechos que dieron lugar a los pronunciamientos judiciales se remontan a septiembre de 1994, cuando se produjo el fallecimiento de un niño debido a que sus padres, testigos de Jehová, no autorizaron una hemotransfusión: frente a la urgencia de practicar la transfusión sanguínea y la oposición de los progenitores a que se le efectuara, el centro hospitalario en el que se encontraba ingresado el menor solicitó del juez la correspondiente autorización, que fue concedida. En uso de la misma, los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, también testigo de Jehová, se negó, reaccionado con un estado de gran agitación que los médicos estimaron muy contraproducente, dado que podía precipitar -según los facultativos- una hemorragia cerebral. Ante la actitud del menor, el personal sanitario pidió a los padres que trataran de convencer al niño, solicitud que fue rechazada por éstos en base razones religiosas. Tras un peregrinaje por distintos centros hospitalarios en busca de un remedio alternativo a la transfusión sanguínea, el menor termina falleciendo, por lo que se exige responsabilidad penal a sus progenitores.

Dejando al margen las cuestiones penales implícitas en el caso, desde el punto de vista civil lo verdaderamente interesante es la determinación de hasta donde llega la posición de garantes de los titulares de la patria potestad. Esta cuestión es resuelta en la Sentencia comentada afirmando que «... los padres, después de reclamar la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles, si lo cree conveniente, en el ejercicio de la autoridad familiar (la patria potestad del derecho común), pierden ya la condición de garantes, aunque no aprueben testimonialmente, en un acto de fe, sin tratar de impedirlo (en el caso de que alguien decida efectuarla), una transfusión de sangre o cualquier otro tratamiento médico en discusión, pudiendo resolverse el conflicto de su libertad religiosa con el derecho a la vida del menor dando entrada a los mecanismos de sustitución que nuestra sociedad tiene previstos para actuar en amparo de los menores, de modo que los padres... cumplen con su deber de garantes, por no serles jurídicamente exigible nada más allá, llevando a sus hijos, cuando lo necesiten, a los centros o mecanismos asistenciales ordinarios para que sea el Estado a través de sus instituciones sanitarias y, en su caso, sus Juzgados, quien decida en cada caso...»⁷⁴.

Recurrida la resolución de la Audiencia Provincial de Huesca frente al Tribunal Supremo, se estimó el recurso⁷⁵. El Alto Tribunal rechazó las conclusiones

de la Sentencia de la Audiencia, entendiendo que los padres no llegaron a hacer entrega de las funciones y deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad, que continuaron ejerciendo en momentos que resultaron cruciales para la vida del menor, como lo evidenciaba su negativa, reiterada en distintos centros hospitalarios, a que se efectuara la necesaria transfusión.

La conclusión a la que puede llegarse tras estos pronunciamientos, se recoge en el propio texto de la Sentencia: «la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas».

Ya, para finalizar, **a modo de conclusión**, es conveniente recordar que, como ya hemos señalado a lo largo de esta intervención, los casos en los que el ejercicio de la patria potestad puede colisionar con los intereses y derechos del menor, no se agotan, ni mucho menos, en los expuestos. Nuestra intención, más que la de elaborar una relación exhaustiva de supuestos problemáticos, ha sido la de mostrar la magnitud de una problemática jurídica no siempre resuelta o, al menos, no resuelta siempre en el mismo sentido.

Por otra parte, entendemos que nuestro Código civil contiene mecanismos jurídicos suficientes para solventar de forma adecuada el conflicto antes mencionado, permitiendo la intervención de los poderes públicos en aquellos casos en los que el ejercicio, por los titulares de la patria potestad, de las funciones que legalmente tengan encomendadas, pueda menoscabar los derechos del menor. En todos estos supuestos, la intromisión del Estado en las relaciones paterno-filiales no sólo será lícita, sino que, además, vendrá exigida por la tutela del interés superior del menor, verdadera piedra angular de toda la legislación relativa al mismo⁷⁶.

Jerez, Noviembre 1998

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO PEREZ, **El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad**, en Revista de Derecho Privado, enero 1973, pp. 7 y ss.
- ARMENTEROS CHAPARRO, **Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad**, Madrid, 1997.
- BAJO FERNANDEZ, **Agresión médica y consentimiento del paciente**, Cuadernos de Política Criminal, nº 25, 1985, pp. 1276 y ss.
- BAJO FERNANDEZ, **La intervención médica contra la voluntad del paciente**, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo I, 1979, pp. 491 y ss.

- BUENO ARUS, **Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal**, Poder Judicial, nº 15, junio 1985, pp. 11 y ss.
- CAMY SANCHEZ-CAÑETE, **Comentarios a la legislación hipotecaria**, vol. I, 3^a edición, Pamplona, 1982.
- CASTAN VAZQUEZ, **Comentarios a los arts. 154 y ss. del CC**, en **Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales**, tom. III, vol. 2^o, Madrid, 1982.
- CASTAN VAZQUEZ, **Comentarios a los arts. 154 y ss. del CC**, en **Comentario del Código Civil**, Ministerio de Justicia, tom. I, Madrid, 1991, pp. 544 y ss.
- DE ANGEL YAGUEZ, **Problemas actuales de Derecho médico comparado: el consentimiento de los cónyuges en el acto médico**, en **Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballester**, Zaragoza, 1983, pp. 11 y ss.
- DE DIEGO GUTIERREZ, **Instituciones de Derecho civil español**, Madrid, 1959.
- **Dictamen aprobado y propuestas de resolución que la Comisión de Estudio y Repercusiones de las Sectas en España eleva al pleno del Congreso de Diputados**, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 10 de marzo de 1989, pp. 4803 y ss.
- FERNANDEZ CASADO, **Una aproximación al principio del interés superior del menor**, en **Protección jurídica del menor**, Granada, 1997, pp. 247 y ss.
- GARCIA GARRIDO, **Diccionario de jurisprudencia romana**, Madrid, 1988.
- GARCIA PASTOR, **La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales**, Madrid, 1997.
- GONZALEZ MARTINEZ, **Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil**, tom. III, Madrid, 1948.
- GUILARTE ZAPATERO, **De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales**, II, en **Actualidad Civil**, nº 30, 1992, pp. 481 y ss.
- HERNANDEZ GIL, F., **Sobre la figura del defensor judicial de menores**, en **Revista de Derecho Privado**, 1961, pp. 201 y ss.
- HERVADA, **Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica**, **Persona y Derecho**, nº 11, 1984, pp. 13 y ss.

- JIMENEZ LOPEZ, **Derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión de los menores de edad: algunos problemas, en Protección jurídica del menor**, Granada, 1997, pp. 197 y ss.
- JORDANO FRAGA, **La capacidad general del menor**, en Revista de Derecho Privado, octubre 1984, pp. 883 y ss.
- LASARTE ALVAREZ, **Principios de Derecho civil**, tom. I, quinta edición, Madrid, 1996.
- L/OPEZ PEREZ, **La patria potestad: voluntad del titular**, Valladolid, 1982.
- LLAMAS POMBO, **El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad**, Madrid, 1993.
- MARIN GARCIA DE LEONARDO, **Actos de disposición de los bienes de los menores sometidos a patria potestad**, I, en Revista de Derecho Privado, marzo 1986, pp. 221 y ss.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, **Derechos fundamentales en tensión**, Poder Judicial, nº 13, diciembre 1984, pp. 31 y ss.
- MARTINEZ-TORRON, **La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea**, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. IX, 1993, pp. 53 y ss.
- MORENO TRUJILLO, **Actuaciones de protección del menor, en Protección jurídica del menor**, Granada, 1997, pp. 47 y ss.
- MOTILLA, **Grupos marginales y libertad religiosa: nuevos movimientos religiosos ante los tribunales de justicia**, en Anuario de Derecho Eclesiástico, 1993, pp. 89 y ss.
- MOTILLA, **Sectas y Derecho en España**, Madrid, 1990.
- NAVARRO-VALLS y MARTINEZ-TORRON, **Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado**, Madrid, 1997.
- NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, **La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español**, en **Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía**, Madrid, 1989, pp. 893 y ss.
- PALOMINO, **Las objeciones de conciencia**, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, **El médico ante el Derecho**, Madrid, 1988.

- SEISDEDOS MUIÑO, **La patria potestad dual**, Vizcaya, 1988.

- UREÑA SMENJAUD, **Una tradición jurídica española: la autoridad paterna como poder conjunto y solidario del padre y de la madre**, Madrid, 1914.

- VENTOSO ESCRIBANO, **La representación y disposición de los bienes de los hijos**, Madrid, 1989.

NOTAS:

¹ «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

También la Convención sobre los Derechos del Niño (BOE 313, de 31 de diciembre de 1990) se refiere en varias ocasiones a la importancia del elemento familiar en el desarrollo del menor. Así, en su Preámbulo se dice que «... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia...». Más específicamente, el art. 9.1 establece que «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño...».

² BOE de 17 de enero de 1996.

³ Como dice MORENO TRUJILLO, **Actuaciones de protección del menor**, en **Protección jurídica del menor**, Granada, 1997, pp. 47 y ss., concr. p. 59, «... la Ley 15 enero 1996 que pretende el desarrollo del menor como persona a través de la actividad de los poderes públicos establece, como principio rector de la acción administrativa encaminada a la elaboración de políticas integradas para el desarrollo de la infancia, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, principio que sólo presenta una quiebra: cuando el mantenimiento del menor en el seno familiar biológico interfiera el propio interés del menor, es decir, entre en colisión con la línea maestra de la reforma establecida en el art. 2...».

⁴ Art. 154, párr. 2, n^o 1 y 2. Por su parte, el párrafo tercero del art. 39 de la Constitución establece la obligación de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

⁵ LOPEZ PEREZ, *La patria potestad: voluntad del titular*, Valladolid, 1982, p. 33. Por su parte, CASTAN VAZQUEZ la define como «el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole»: *Comentario al Título VII: De las relaciones paterno-filiales*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tom. III, vol. 2º, Madrid, 1982, pp. 55 y ss., concr. p. 67. Para CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, tom. II, p. 656, la patria potestad es «el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos».

⁶ JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, en Revista de Derecho Privado, octubre 1984, pp. 883 y ss., concr. p. 883. Por su parte, DE ANGEL YAGÜEZ, *Problemas actuales de Derecho médico comparado. El consentimiento de los cónyuges en el acto médico*, en el *Libro-Homenaje al profesor Luis Martín-Ballester*, Zaragoza, 1983, pp. 11 y ss., concr. p. 15, concibe a las potestades en sentido jurídico como poderes «que se atribuyen a la persona no para que ésta realice mediante ellos sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran dados».

⁷ Tal como se señala en la SAP Ciudad Real (Sección 2ª), de 21 de octubre de 1993 (en *Actualidad Civil*, 15 febrero 1994, pp. 297 y ss., concr. p. 298), «Se concibe así, la patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991) en cuanto se concede a los padres un conjunto de derechos y facultades relativos a las personas, y bienes de los hijos, con el exclusivo fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, «pues este instituto está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991)».

⁸ Lo que hoy resultaría obvio, a la vista de la plena equiparación entre ambas filiaciones que establece el art. 108.2º CC.

⁹ No obstante la veracidad general de estas afirmaciones, debe tenerse en cuenta que son dos las modificaciones que del Código civil se realizan en 1981: la operada por Ley de 13 de mayo, que afectó al régimen de la patria potestad; y la que tuvo lugar con la Ley de 7 de julio, que produjo idéntico efecto en sede de nulidad, separación y divorcio.

El régimen jurídico general de la patria potestad se consagra en los arts. 154 a 171. Ahora bien, tratándose de filiación matrimonial, el CC prevé normas específicas reguladoras del ejercicio de la patria potestad en caso de no convivencia de los progenitores (arts. 90 a 104). Por razones evidentes, estas normas no resultarían aplicables a la filiación no matrimonial, de modo que, por esta vía indirecta, la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial cobraría

de nuevo trascendencia.

Pese a ello, como pone de manifiesto GARCIA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pp. 6 a 9, dada la aplicación analógica que nuestros órganos jurisdiccionales viene realizando de los arts. 90 y siguientes a los supuestos de filiación no matrimonial, la distinción antes apuntada queda en un plano más teórico que real. Como dice esta autora, «... las soluciones a los problemas concretos serán las mismas, sea cual sea la situación jurídica de los padres entre sí y sea cual sea la filiación de los hijos, aplicando de forma combinada todos los artículos (si es que hay más de uno) que regulen el problema concreto de que se trate».

¹⁰ Ya que, según el art. 154.1º, «los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre».

¹¹ CASTAN VAZQUEZ, *Ob. cit.*, p. 72.

¹² GARCIA GARRIDO, *Voz «patria potestad»*, en *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1988, pp. 271 y ss., concr. p. 271. Según LOPEZ PEREZ, *Ob. cit.*, p. 38, cita nº 21, de acuerdo con estas primeras concepciones «se explican los poderes absolutos del *pater*, con facultad para reclamar a los hijos con la misma acción que le sirve para reclamar la propiedad (Gayo 1, 134) y disponer incluso en épocas más avanzadas de interdictos especiales, de *libertis exhibendis, ducendis*, para las finalidades que indican sus denominaciones, (Ulpiano, D. 1, 1, 2; D. 43, 30). Con poder en principio de abandonar y exponer a los hijos, venderles, imponerles toda clase de castigos, darles in noxa, e incluso darles muerte (*ius vitae necisque*), si bien con limitaciones basadas en la costumbre o en disposiciones religiosas, y la regla de las XII Tablas, por la que el hijo adquiría la libertad en el supuesto de triple venta...».

¹³ LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Madrid, 1993, pp. 20 a 23.

¹⁴ LLAMAS POMBO, *Ob. cit.*, p. 24. Vid. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, traducido por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, pp. 231 y ss.; VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989, p. 38.

¹⁵ Partida 4, 17, 3.

¹⁶ Que establecen la emancipación del hijo por matrimonio (leyes 47 y 48). Vid. LOPEZ PEREZ, *Ob. cit.*, p. 40, cita nº 29.

¹⁷ MARIN GARCIA DE LEONARDO, *Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad*, primera parte, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1986, pp. 221 y ss., concr. p. 222, explica las razones que llevaron al legislador a este importante giro en la configuración de la figura estudiada. Según esta autora, «en materia de patria potestad el Código civil se había quedado fuertemente retrasado. Téngase en cuenta que la evolución de la realidad social,

con la nueva concepción de la familia y el cambio producido en los conceptos educativos que actualmente tienden a reconocer el papel del hijo en la familia, había producido una disociación entre lo dispuesto en la Ley y lo vivido en la práctica cotidiana.... Además, hay que tener en cuenta que la reforma de la patria potestad se había ya puesto en marcha por toda Europa... Esta declaración del ejercicio de la patria potestad en beneficio del hijo consagra en el texto de la norma lo que ya la doctrina y la jurisprudencia venían afirmando desde hacía tiempo, en la línea de estimación de que la patria potestad ya no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular».

¹⁸ *Comentario al art. 154 del Código civil*, en *Comentario del Código Civil*, tom. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 544 y ss., concr. p. 545.

¹⁹ Según el art. 154.2º, «*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...*».

²⁰ En este sentido, a título de ejemplo, puede citarse el art. 158, que prevé la intervención judicial para la adopción de aquellas medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Por su parte, también el art. 167 legitima la intervención judicial para el dictado de las providencias que resulten necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes del menor, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo.

²¹ En opinión de la doctrina, la atribución conjunta de la titularidad a ambos progenitores ya se dio en textos forales, como en los Fueros de Teruel y Cuenca. En este sentido se pronunció UREÑA Y SMENJAUD, *Una tradición jurídica española: la autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, Madrid, 1914, p. 658, que, refiriéndose a los Fueros antes citados, los calificó como «el Cuaderno foral que diseña con líneas más precisas y tonos más vigorosos esa genial transformación de la potestad paterna, en un poder conjunto y solidario del padre y de la madre, doctrina fundamental y de una grandiosidad tan sublime como hermosa y representación suprema de la íntima comunidad de vida entre marido y mujer, que constituye la verdadera esencialidad del matrimonio». Este mismo autor utiliza, en la obra citada (p. 657), una expresión totalmente desconocida por la doctrina actual como es la de «*matria potestad*».

²² Sobre los distintos sistemas en orden a la determinación del progenitor al que corresponde el ejercicio de la potestad sobre los hijos menores, véase, por todos, SESISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988, pp. 15 a 20.

²³ Ya que únicamente resultaría posible en los casos en que se acordase la privación por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a esta función o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170), así como en los supuesto de exclusión *ab initio* del art. 111, y de fallecimiento de uno de los progenitores o de indeterminación inicial del mismo.

²⁴ Sobre el tratamiento de esta distinción en Derecho comparado vid. ALONSO

PEREZ, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, en Revista de Derecho privado, enero 1973, pp. 7 y ss., concr. pp. 7 a 10.

²⁵ El menor no emancipado no es un sujeto incapaz, sino con capacidad de obrar limitada. Prueba de ello es el art. 162.1º CC, que exceptúa de la representación paterna aquellos actos que, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Recalcando la idea del menor como sujeto capaz, el art. 2, párr. 2º de la Ley 1/1996, de Protección jurídica del Menor, señala que «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*».

²⁶ Entre otros, HERNANDEZ GIL, F., *Sobre la figura del defensor judicial de menores*, en Revista de Derecho Privado, 1961, pp. 201 y ss., concr. pp. 207 y 208; ALONSO PEREZ, *Ob. cit.*, p. 26; CASTAN VAZQUEZ, *Comentarios al CC y Compilaciones forales...*, ob. cit., pp. 192 y 193; LOPEZ PEREZ, *Ob. cit.*, pp. 84 a 86.

²⁷ En efecto, en su redacción originaria, el CC establecía la norma ahora analizada en su art. 165, dentro del capítulo titulado «*De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos*». En la actualidad, la referida norma aparece dentro del capítulo II («*De la representación legal de los hijos*») que, dado su contenido, puede decirse que contempla tanto cuestiones de índole económica como personal.

²⁸ HERNANDEZ GIL, F., *Ob. cit.*, p. 208: «La interpretación histórica también viene a confirmar cuanto aquí se dice, pues no hay que olvidar que el antecedente inmediato se halla en los curadores, con lo que ya queda restringida la órbita de la expresión *algún asunto* al campo patrimonial; ni tampoco que el Proyecto de 1851, en su art. 159, se refería de un modo expreso *a todos los casos* en que el padre tuviera un interés opuesto, suprimiéndose aquella locución por la de *algún asunto* en el Código actual». Sobre los antecedentes romanos de la figura, vid. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *Ob. cit.*, p. 244, cita nº 82.

²⁹ Vid. CAMY SANCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. I, 3ª edición, Pamplona, 1982, pp. 610 a 616.

³⁰ Que, al ser posterior a 1981, puede considerarse como interpretativa de la norma contenida en el actual art. 163.

³¹ GONZALEZ MARTINEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, tom. III, Madrid, 1948, pp. 255 y 256. Para HERNANDEZ GIL, *Ob. cit.*, p. 210, «oposición tanto quiere decir, por lo demás, como la situación en contraste de los intereses del hijo y los del padre; posturas antagónicas, en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética... que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen,

para el de los hijos».

³² RDGRN 27 enero 1987. El carácter extraordinario atribuido a la representación del defensor ha sido puesta en tela de juicio por algún sector de la doctrina. Así, LLAMAS POMBO, *Ob. cit.*, p. 73, haciéndose eco de lo ya sustentado con anterioridad por ALONSO PEREZ, *Ob. cit.*, p. 26, sostiene que se trata de una representación ordinaria, en suplencia en algún aspecto concreto de la que corresponde a los padres en virtud del art. 162.

³³ HERNANDEZ GIL, *Ob. cit.*, p. 207.

³⁴ Cuestión ésta que fue objeto de debate doctrinal antes de que se contemplara expresamente en el texto de 1981, si bien, la jurisprudencia ya se había planteado la cuestión, resolviendo en favor de la intervención de una tercera persona: STS 27 junio 1941 (Ar. 760).

³⁵ Tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Como puede verse, todas ellas son actuaciones de carácter netamente patrimonial. Y en este mismo sentido se manifiesta LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, tom. I, quinta edición, Madrid, 1996, p. 240, cuando dice que «las disposiciones concretas del Código ratifican la general capacidad de obrar del menor emancipado en el ámbito estrictamente personal». Todo ello puede servirnos para argumentar en favor de la exclusión de los conflictos personales de la órbita de aplicación del art. 163.

³⁶ En caso de que el conflicto en cuestión afecte a un sólo progenitor, la representación del menor corresponderá al otro, y ello, por ley y sin necesidad de especial nombramiento: vid. CC, arts. 163.2º y 299.1º *in fine*. Por su parte, la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, suprimió el párrafo tercero del art. 163, según el cual, «a petición del padre o de la madre, del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, el Juez nombrará defensor, con las facultades que señale al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, o cuando tuviere intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño». El motivo de la supresión del referido párrafo se cifraba en la necesidad de acomodar su contenido al art. 300, de modo que, en ausencia del otro progenitor con el que no exista conflicto, el juez puede nombrar defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

³⁷ Para la resolución del problema planteado, CASTAN VAZQUEZ propuso al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación, en el año 1978, la adición de un apartado al artículo dedicado a la regulación de la figura del defensor judicial. De acuerdo con el nuevo párrafo, «Si el conflicto de intereses se planteara entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres, procederá nombrar defensor para cada uno de dichos menores». Ni que decir tiene, a la vista del contenido del actual art. 163, que la propuesta no obtuvo el respaldo de la Comisión codificadora.

³⁸ Vid. arts. 29, 627, 781 CC.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 221.

⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 74. En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, *De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivo de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales*, en Actualidad Civil, 1992, n^o 30, pp. 481 y ss., concr. p. 485, y STS 9 mayo 1968 (Ar. 3721), según la cual, «... los actos en que el padre o la madre intervengan en representación de los hijos, teniendo derechos contrapuestos, no es que sean anulables sólo a instancia de parte y que esta nulidad no pueda ser pedida, a tenor del art. 1302 del C. Civ. por la madre que asumió la indebida representación, como aduce la sentencia impugnada, sino que son **nulos de pleno derecho**».

⁴¹ Así, los arts. 166 ó 167.

⁴² Art. 155.1^o CC.

⁴³ *Ob. cit.*, p. 884.

⁴⁴ No estamos, pues, totalmente de acuerdo con Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuando en su Exposición de Motivos señala que «el conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos».

⁴⁵ En sentido análogo, la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 14.1^o señala que «*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*».

⁴⁶ Sobre el alcance del art. 162.1^o, véase JORDANO FRAGA, *Ob. cit.*, pp. 892 y 893.

⁴⁷ Como dice MOTILLA, *Sectas y Derecho en España*, Madrid, 1990, pp. 192 y 193, «No cabe duda que la profesión o no de unas determinadas creencias religiosas es un factor importante dentro del proceso de formación de la personalidad del hijo. Además, pertenece a la intimidad del sujeto, por lo que constituye un derecho personalísimo que la Constitución protege y que ninguna ley puede prohibir su directo ejercicio».

⁴⁸ «La utilización de la palabra *secta*, cuyos orígenes en su acepción científica se remontan a la sociología religiosa de finales del siglo pasado, se encuentra hoy cargada, en su significado vulgar, de un carácter peyorativo que la hace inadecuada para englobar un conjunto de movimientos mayoritariamente lícitos»: MOTILLA, *Grupos marginales y libertad religiosa: los nuevos movimientos*

religiosos ante los tribunales de justicia, en Anuario de Derecho Eclesiástico, 1993, pp. 89 y ss., concr. p. 90.

⁴⁹ Informe de la referida Comisión, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados, de 10 de marzo de 1989, pp. 4803 a 4810, concr. p. 4804.

⁵⁰ Art. 6.2º Ley 1/1996. En el mismo sentido, el art. 14.3º de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que «*la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás*».

⁵¹ Vid. FERNANDEZ CASADO, *Una aproximación al principio del interés superior del menor*, en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 247 y ss.

⁵² Situación de desamparo que es definida por la ley como «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.2 CC).

⁵³ STC 260/1994. BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994.

⁵⁴ Aplicando las técnicas que en los países anglosajones se conoce como *home school*.

⁵⁵ En la decisión del Juzgado de Primera Instancia pesó la acción ejercitada ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se solicitaba la condena de los adultos integrados en esa misma «Familia Misionera» por los delitos de estafa, lesiones, asociación ilícita y fundación de centro de enseñanza ilegal, acusaciones de las que fueron absueltos por la Sentencia de 29 de junio de 1993 (en Actualidad Penal, Audiencias, nº 7, julio 1993, @ 152, pp. 489 y ss).

⁵⁶ Esta decisión no fue unánimemente compartida por el TC, formulándose a la correspondiente Sentencia un Voto Particular a cargo del Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra. Es en este voto particular donde, a mi juicio, se plantea adecuadamente la cuestión: «el presente recurso de amparo plantea el, ante este Tribunal, novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la «total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática», (fundamento jurídico 8º, *in fine*, de la resolución recurrida) -en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la «libertad ideológica y religiosa» del art. 16, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27.3- o, si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario. A mi parecer el art. 27.1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular

originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercerlo a través de la representación». El Magistrado concluyó que «...la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente», debiendo haberse anulado, por inconstitucional, la resolución de la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁵⁷ Sentencia de 23 de junio de 1993, comentada, entre otros, por MARTINEZ-TORRON, *La Libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. IX, 1993, pp. 53 y ss., concr. pp. 56, 58, 59, 81, 82 y 83. Sobre la misma cuestión en la jurisprudencia norteamericana, vid. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, 1994, pp. 324 a 329.

⁵⁸ Con independencia de lo que se señale más tarde sobre los testigos de Jehová, baste ahora con indicar que, de acuerdo con su doctrina, los miembros de esta secta rechazan la aplicación del tratamiento hemotransfusional, incluso, en situaciones de grave riesgo para la vida. Semejante actitud se basa en una interpretación (excesivamente estricta y literal) de un pasaje bíblico: «Si un israelita o un extranjero residente entre vosotros come cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo» (Levítico XVII, 10). Véase, ARMENTEROS CHAPARRO, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Madrid, 1997, p. 20

⁵⁹ Ar. 1012.

⁶⁰ En el mismo sentido, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 13 de octubre de 1992, en el que el Juez decide la adopción de medidas cautelares respecto al hijo, en una separación matrimonial cuya madre pertenece a la Iglesia de la Cienciología. Vid. comentario de MOTILLA, *Grupos marginales y libertad...*, ob. cit., p. 120.

⁶¹ Por ejemplo, interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer embarazada es menor: vid. JIMENEZ LOPEZ, *Derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión de los menores de edad: algunos problemas*, en Protección jurídica del menor, Granada, 1997, pp. 197 y ss., concr. pp. 203 a 209.

⁶² En efecto, el análisis de las consecuencias jurídicas de la negativa descrita ha dado lugar a no pocos estudios doctrinales. Entre otros, pueden consultarse, ARMENTEROS CHAPARRO, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*, Madrid, 1997; BAJO FERNANDEZ, *Agresión médica y consentimiento del paciente*, en Cuadernos de Política Criminal. nº 25, 1985, pp. 127 y ss.; BAJO FERNANDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo I, 1979, pp. 491 y ss.; BUENO ARUS, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, en Poder Judicial, nº 15, 1985, pp. 11 y ss., concr. p. 17; HERVADA,

Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica, en *Persona y Derecho*, nº 11, 1984, pp. 13 y ss.; JIMENEZ LOPEZ, *Ob. cit.*, pp. 199 a 202; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derechos fundamentales en tensión*, en *Poder Judicial*, diciembre 1984, nº 13, pp. 31 y ss.; MOTILLA, *Grupos marginales y libertad...*, ob. cit., pp. 107 a 109; NAVARRO-VALLS y MARTINEZ-TORRON, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Madrid, 1997, pp. 119 a 145; NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, *La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español*, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, pp. 893 y ss.; PALOMINO, *Ob. cit.*, pp. 309 y ss.

⁶³ La cuestión relativa a la responsabilidad en la que pueden incurrir el juez autorizante del tratamiento o el médico que lo practica contra la voluntad del paciente, nos parece, ciertamente, muy interesante, pero, dado que queda bastante alejada del tema de nuestra intervención, vamos a obviar cualquier alusión posterior a la misma. Con todo, a título de simples referencias, puede consultarse las obras citadas de ARMENTEROS CHAPARRO, pp. 69 y 70; BUENO ARUS, p. 16; DE ANGEL YAGÜEZ, p. 16; MOTILLA, *Grupos marginales...*, pp. 107 y 108; NAVARRO-VALLS y MARTINEZ-TORRON, pp. 137 a 141; NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, p. 950; así como los autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 (comentado por BAJO FERNANDEZ en su obra ya citada *La intervención médica contra la voluntad del paciente*), 22 de diciembre de 1983 (comentado también por BAJO FERNANDEZ en su trabajo *Agresión médica y consentimiento del paciente*), Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994 (Ar. 24) y Auto del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1984 (comentada por MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derechos fundamentales en tensión*, en *Poder Judicial*, diciembre 1984, pp. 31 y ss).

⁶⁴ STS 27 junio 1997 (Ar. 4987). El mayor grado de precisión se observa en la jurisprudencia norteamericana que, a los efectos que aquí nos ocupan, distingue según que el sujeto objeto mayor de edad tenga o no otros individuos en relación de dependencia con él. Así, a grandes rasgos, cabe afirmar que si se trata de adulto capaz y sin hijos, se tiende a respetar la voluntad del objeto, aun cuando de ello se derive su fallecimiento. Por contra, si se trata de un adulto con personas de él dependientes, se puede justificar la imposición de la transfusión por parte de un Tribunal, pese a la voluntad contraria del paciente. Tratamiento aparte recibe la cuestión cuando el adulto es incapaz. En estos casos, la doctrina jurisprudencial norteamericana ha recurrido a lo que se ha denominado «juicio de sustitución», esto es, el juez deberá intentar decidir como lo habría hecho el incapaz, en caso de que éste no hubiera estado afectado por la incapacidad. Sobre estos extremos, véanse, entre otros, ARMENTEROS CHAPARRO, *Ob. cit.*, pp. 28 a 35; NAVARRO-VALLS y MARTINEZ-TORRON, *Ob. cit.*, pp. 123 a 129; NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, *Ob. cit.*, pp. 902 a 911; PALOMINO, *Ob. cit.*, pp. 266 a 308.

⁶⁵ JIMENEZ LOPEZ, *Ob. cit.*, p. 203.

⁶⁶ DE ANGEL YAGÜEZ, *Ob. cit.*, p. 15.

⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 16.

⁶⁸ Más allá van NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, para quienes «en ocasiones... ni siquiera es necesaria la intervención de la autoridad judicial, sino que los propios médicos están legalmente capacitados para decidir la imposición del tratamiento, entendiéndose a todos los efectos que éste se llevó a cabo con la autorización paterna»: *Ob. cit.*, p. 968.

⁶⁹ Sobre la relevancia jurídica atribuible al consentimiento del menor, los mismos autores relacionados en la cita precedente señalan que «la respuesta del Derecho comparado y del Derecho español es maximalista: debe exigirse la mayoría de edad legal, salvo que haya tenido lugar una emancipación previa. Se entiende que, por la relevancia de los bienes jurídicos que están en juego en esta clase de decisiones, sólo haber rebasado la mayor edad constituye garantía suficiente para estimar que el individuo posee la madurez de juicio que hace falta para emitir, con conocimiento de causa, un acto de voluntad en materia tan importante» (p. 968). En sentido contrario se ha manifestado DE ANGEL YAGÜEZ, *Ob. cit.*, p. 14, para quien «el carácter de derecho personalísimo que reviste el del sujeto sobre su vida o integridad personal obliga a preguntarse si en el caso de actos médicos sobre hijos menores de edad no se requerirá el consentimiento de los que, siéndolo, cuentan, sin embargo, con capacidad de entender y querer, o, dicho de otro modo, con capacidad de discernimiento. Con razón se ha dicho que, desde el punto de vista médico-legal, aplicar la mayoría de edad civil al terreno de un derecho de la personalidad parece excesivo».

⁷⁰ ARMENTEROS CHAPARRO, *Ob. cit.*, p. 74: «Caso del menor con uso de razón y capaz: si tiene las mismas convicciones morales que sus representantes legales y la aplicación de la terapia lesiona su conciencia, ésta no debe aplicársele».

⁷¹ NAVARRO-VALLS, MARTINEZ-TORRON y JUSDADO, *Ob. cit.*, p. 964.

⁷² Sentencia de 27 de junio de 1997 (Ar. 4987).

⁷³ Aranzadi AP, 1996, vol. III, marginal 1064.

⁷⁴ Fund. j. 2º.

⁷⁵ STS de 27 de junio de 1997 (Ar. 4987).

⁷⁶ Para la realización de este trabajo se ha contado con financiación procedente del grupo de investigación SEJ-327, “Contratos y Derecho de Familia”, concedido por la Junta de Andalucía en su convocatoria de julio de 1997.

LAPROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL SEÑO DE LA FAMILIA

Montserrat Enrich Mas
Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Estrasburgo

En primer lugar, quiero agradecer a los organizadores de estas jornadas el haberme invitado a participar en ellas, no sólo por el acontecimiento que celebran : el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también por el tema escogido : los derechos de los niños. Un tema que siempre he estudiado con mucho interés. Espero que este coloquio obtenga un éxito merecido.

Como otros intervinientes han tratado ya el problema de la protección de la infancia y de la familia a nivel nacional y a nivel universal, especialmente en relación con el Convenio de las Naciones Unidas de 1989, yo me concentraré en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Convenio de Roma de 1950)¹ y la jurisprudencia del Tribunal creado en 1959 para controlar el cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en este Convenio.

1. INTRODUCCIÓN

Conforme al artículo 19 del Convenio, fueron creados una Comisión y un Tribunal Europeos de los Derechos Humanos.

La primera recibía las demandas de Estados (artículo 24) y de individuos (artículo 25), examinaba su admisibilidad, efectuaba una investigación para establecer los hechos y se ponga a la disposición de las partes para intentar llegar a un arreglo amistoso. Todo ello siguiendo un procedimiento contradictorio (en el que participaban en igualdad de condiciones Estados demandados y individuos demandantes) y confidencial. Si no se llegaba a un acuerdo, la Comisión redactaba un informe con un resumen de los hechos y su opinión jurídica sobre la existencia o no de una violación, que transmitía al Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Dentro del plazo de tres meses a partir de su recepción por dicho comité, el asunto podía ser sometido al Tribunal por un Estado interesado, por la Comisión o, bajo ciertas circunstancias, por el individuo demandante. Después de un procedimiento contradictorio y público, el Tribunal tomaba una decisión final sobre la existencia o no de una violación y acordaba a la víctima, si procedía, una indemnización. El Estado demandado tenía la obligación de ejecutar la sentencia del Tribunal.

En casi cuarenta años de existencia, el Tribunal ha adoptado más de 1000 sentencias y decisiones que han creado un cuerpo jurisprudencial de un interés enorme para los tribunales de los Estados parte por su valor de precedente constitucional.

La complejidad y la duración del procedimiento han conducido a los Estados parte a reformar el sistema, de forma que, a partir del 1 de noviembre de 1998 (fecha en que ha entrado en vigor el Protocolo n° 11²), la Comisión y el Tribunal antiguos han sido reemplazados por un Tribunal Europeo de los Derechos Humanos permanente, con sede en Estrasburgo, al que tienen acceso directo tanto los Estados, como los individuos demandantes.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Convenio no contiene ninguna disposición específica relativa a la protección de la infancia, pero consagra en sus artículos 8 y 12 respectivamente el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, y el derecho a casarse y a fundar una familia. Otras disposiciones del Convenio, pero también de sus Protocolos adicionales se refieren a los menores. Por ejemplo, el artículo 5 prevé la posibilidad de privar un menor de su libertad para su educación vigilada o para conducirlo ante la autoridad competente, el artículo 2 del Protocolo n° 1 garantiza el derecho a la educación, así como el derecho de los padres a asegurar dicha educación conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas, y el artículo 5 del Protocolo n° 7 establece la igualdad de derechos y de deberes civiles de los esposos entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, pero acepta la posibilidad de que el Estado tome las medidas que estime necesarias para asegurar el interés del niño³.

Hallamos pues enumerados en el texto del Convenio un cierto número de derechos que conciernen directa o indirectamente la protección de la familia, que la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo se ha encargado de precisar y a veces ampliar.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL EUROPEOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. Noción de «vida familiar».

El artículo 8 del Convenio garantiza, como ya he señalado, el derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar. Tanto el Tribunal, como la Comisión, han interpretado los términos «vida familiar» de una manera progresiva, teniendo en cuenta las condiciones sociales de cada momento, así como la evolución de las costumbres en los Estados miembros del Consejo de Europa⁴.

La «vida familiar» protegida por el Convenio no surge únicamente del matrimonio legal, sino que existe igualmente en las relaciones extraconyugales, e incluye también las relaciones entre una madre o padre naturales y sus hijos⁵.

En cuanto a la filiación materna, el Tribunal acepta, en el asunto MARCKX c. BÉLGICA⁶, el principio «mater semper certa est». En cuanto a la filiación paterna, presume que el marido es el padre de los hijos nacidos durante el matrimonio, salvo que la realidad social contraste claramente con esta presunción

jurídica. Tal era el caso de los hijos de la SRA KROON, que había sido abandonada por su marido, y del SR ZERROUK, su compañero⁷. Sin embargo, el interés del menor y la seguridad jurídica requieren a veces que se limite el derecho del marido a plantear un acción en contestación de paternidad⁸.

En el caso de relaciones extramatrimoniales, el Estado está obligado a facilitar el establecimiento de una «vida familiar» entre el padre natural y su hijo. En todo caso, el padre natural tiene derecho a ser consultado y a participar en todo procedimiento que ponga fin a sus relaciones con su hija, como afirmó el Tribunal en el asunto KEEGAN c. IRLANDA⁹.

Además, la «vida familiar» no se interrumpe con el divorcio, al menos en lo que se refiere a las relaciones de cada uno de los esposos con sus hijos. El padre separado o divorciado que no obtiene la guarda, conserva un derecho de visita, que puede sin embargo ser interrumpido en beneficio del bienestar físico y moral del menor¹⁰.

Si un menor es confiado a una familia de acogida por la autoridad competente, los padres naturales conservan también un derecho de visita, que forma parte de la «vida familiar». El Estado debe no solamente permitir que se produzcan dichas visitas, sino también facilitar el desarrollo de este tipo de relaciones familiares¹¹.

Finalmente, las relaciones jurídicas y afectivas derivadas de la adopción o de la acogida también merecen la protección del Convenio, y el Tribunal ha afirmado en ciertos asuntos británicos que, transcurrido un cierto tiempo, podía ser perjudicial para el menor retirarlo del hogar adoptivo para devolverlo a sus padres naturales¹².

3.2. Obligaciones positivas del Estado en cuanto a la protección de la familia

Según el Tribunal, el respeto de la «vida familiar» implica a veces para el Estado ciertas obligaciones positivas, es decir la adopción de medidas que permitan a las personas interesadas llevar una vida familiar normal. Entre estas medidas, podemos mencionar la necesidad de reconocer la existencia de relaciones familiares y la de prever la integración de los hijos naturales en la familia de sus madre o padre naturales desde el momento de su nacimiento, como afirmó el Tribunal en los asuntos MARCKX c. BÉLGICA Y JOHNSTON Y OTROS c. IRLANDA¹³.

El Estado debe también permitir y facilitar las relaciones entre los padres naturales privados de patria potestad y sus hijos internados en centros o familias de acogida¹⁴.

3.3. Igualdad de los menores desde el momento del nacimiento

Según el artículo 14 del Convenio, el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo, incluido el derecho al respeto de la vida familiar, debe ser asegurado

por el Estado sin discriminación alguna basada en el nacimiento. Tanto el Tribunal, como la Comisión, han juzgado discriminatorias las distinciones que las legislaciones belga o austríaca hacían entre hijos legítimos e hijos naturales, tanto en lo que respecta al establecimiento de la filiación materna, como a la capacidad de heredar ab intestato¹⁵.

3.4. Contenido de la «vida familiar»

La «vida familiar» reposa sobre un cúmulo de relaciones de naturaleza física, jurídica y afectiva, que implican para los padres responsabilidades tanto económicas como sociales destinadas a asegurar el bienestar moral y material del niño¹⁶.

Según el Tribunal, el ejercicio de estas responsabilidades, así como el derecho de padres y hijos de vivir juntos representan los elementos fundamentales de la vida familiar¹⁷. Además, el nombre, como elemento de identificación personal y de pertenencia a una familia, concierne también la vida privada y familia¹⁸. A estos elementos jurídicos y sociales, hay que añadir intereses materiales, tales como las obligaciones alimentarias o la reserva hereditaria¹⁹.

3.5. Medidas tomadas por el Estado para proteger el bienestar del menor.

3.5.1. Acogida de menores.

El párrafo 2 del artículo 8 permite injerencias en el derecho al respeto a la vida familiar, entre otros, para la protección de los derechos de terceros. El Tribunal ha tenido la ocasión de examinar, en este contexto, las medidas tomadas por los servicios sociales del Estado para procurar el bienestar de un menor. Un principio fundamental subyace en la jurisprudencia del Tribunal al respecto : en caso de conflicto entre el interés del menor y el de sus padres, el primero se impone.

En cinco asuntos británicos relativos a la acogida de niños, las autoridades locales, que habían asumido la guarda siguiendo los consejos de los asistentes sociales, decidieron limitar y más tarde suprimir el derecho de visita de los padres naturales, sin ni siquiera consultarles. El Tribunal estimó que sus puntos de vista debieron ser tenidos en cuenta, pero evitó criticar la decisión en sí. La violación del artículo 8 se produjo como consecuencia de una deficiencia en el procedimiento, no por la decisión tomada en cuanto a las visitas²⁰.

En otros asuntos, el Tribunal ha examinado tanto la decisión en sí, como la forma de ejecutarla, y ha concluido que se había producido violación. En el asunto JOHANSEN C. NORUEGA²¹, el Tribunal estimó que el hecho de privar a la demandante de la patria potestad sobre su hijo, así como la prohibición de visitas y llamadas telefónicas constituían una infracción del artículo 8. En cambio, en el asunto OLSSON c. SUECIA (nº 1)²², había sido la manera de ejecutar la

decisión de acogida la que mereció las críticas del Tribunal. Los tres hijos mayores de la Sra. Olsson habían sido confiados a tres familias diferentes que residían en ciudades distantes unas de otras, lo que impedía contactos regulares entre ellos y con su madre.

3.5.2. Patria potestad y derecho de visita en caso de separación o divorcio

El Tribunal ha reconocido la existencia de vida familiar entre un padre y una madre y sus hijos, aunque los primeros hayan cesado su vida en común²³. Sin embargo, no ha tenido aún la ocasión de decidir sobre cuestiones relativas a la guarda y derecho de visita de un menor en caso de separación o divorcio, por la simple razón de que la Comisión, reconociendo un amplio margen de apreciación en la materia a los tribunales nacionales, había rechazado las demandas que criticaban sus decisiones sobre el particular. En el asunto HENDRIKS c. PAÍSES BAJOS, la Comisión constató que los tribunales holandeses habían examinado cuidadosamente el asunto y favorecido el interés del niño²⁴.

3.6. Derechos procesales del niño y de los padres en los procesos relativos al derecho de familia

El artículo 6 § 1 del Convenio garantiza a toda persona, y por tanto también al niño, el derecho a que los litigios relativos a sus derechos y obligaciones de carácter civil sean sometidos a un tribunal independiente e imparcial, y examinados según un procedimiento que reúna las garantías adecuadas. Este derecho se aplica por su carácter civil al derecho de familia.

3.6.1. Derecho de acceso a un tribunal

Tanto el niño como sus padres tienen derecho de acceso a un tribunal que decida todo conflicto relativo a sus relaciones recíprocas.

Teniendo en cuenta el interés de menor, el Tribunal ha admitido, en el asunto RASMUSSEN c. DINAMARCA²⁵, que la acción de un padre en contestación de su paternidad pueda estar sometida a un plazo preciso. Por otro lado, también ha admitido un plazo de prescripción de las acciones civiles de mujeres mayores de edad reclamando una indemnización por los abusos sexuales sufridos durante su minoría de edad, cuando tienen la posibilidad de recurrir a un proceso penal²⁶.

En los cinco asuntos británicos antes mencionados, el Tribunal concluyó que se había violado el artículo 6, porque los padres naturales no habían tenido la ocasión de someter la cuestión de la legalidad de las decisiones de la autoridad local limitando, y más tarde suprimiendo el derecho de visita a un tribunal competente para examinar el fondo del asunto²⁷.

3.6.2. Derecho del niño a una representación legal efectiva

Entre las responsabilidades de los padres con respecto a sus hijos menores se halla la de la representación. En un asunto contra los Países Bajos, introducido por una joven disminuida mental, y por su padre, se planteaba la cuestión de la representación de una menor en un procedimiento penal²⁸. El Tribunal constató que el derecho holandés no permitía a una menor disminuida mental de más de 16 años presentar una querrela contra la persona que la había violado, ni a su padre actuar en su representación. Esta laguna constituía una violación del derecho al respeto de la vida privada de la menor.

3.6.3. Derecho del niño a expresar su opinión

Esta cuestión no ha sido examinada más que tangencialmente por el Tribunal, en asuntos relativos a la acogida de niños. Así, en el asunto HOKKANEN c. FINLANDIA²⁹, el Tribunal, teniendo en cuenta que la hija del demandante, de doce años, había manifestado ante el Tribunal de apelación de Helsinki que no deseaba visitar a su padre, constató que la violación del derecho al respeto de la vida familiar de éste había cesado a partir de la sentencia de dicho tribunal.

3.7. Injerencias del Estado en la vida familiar cuya finalidad no es el bienestar del menor

A veces el Estado puede atentar al derecho al respeto de la vida privada y familiar sin pretender el bienestar del niño, por ejemplo, con la detención de uno de los miembros de la familia, su extradición o su expulsión.

3.7.1. Detención

El artículo 8 § 2 autoriza una injerencia en la vida privada o familiar de una persona para prevenir el delito. La Comisión europea de los Derechos Humanos no consideraba la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar como una limitación inherente a la detención y examinaba su proporcionalidad. Así, estimó que, bajo ciertas circunstancias, la detención de un individuo lejos de su domicilio habitual podría constituir una injerencia injustificada en su derecho al respeto de la vida familiar³⁰.

3.7.2. Control de la inmigración y expulsión de extranjeros

El Tribunal reconoce a los Estados, en materia de inmigración, un amplio margen de apreciación, pues el control de la entrada y residencia de un extranjero en su territorio es una expresión de su soberanía.

Haciendo suya la opinión de la Comisión, el Tribunal ha aceptado que la negativa de un Estado parte a aceptar un ciudadano extranjero en su territorio, cuando vive en él uno de los miembros de su familia, no constituye una violación del artículo 8, si no existe vida familiar efectiva entre ellos o si los interesados

pueden llevar una vida familia normal en otro país. Precisamente, en los asuntos GÜL C. SUIZA y AHMUT c. PAÍSES BAJOS³¹, ha sido la ausencia de vida familiar efectiva, unida a criterios de proporcionalidad, los que llevaron al Tribunal a la conclusión de que no se había producido violación del artículo 8.

En cuanto a la expulsión de extranjeros, el Tribunal examinó este problema por primera vez en el asunto BERREHAB c. PAISES BAJOS³², en el que se rechazó la renovación del permiso de residencia de un ciudadano marroquí después de su divorcio de una ciudadana holandesa. Teniendo en cuenta que su expulsión posterior le había impedido ejercer su derecho de visita respecto de su hija menor, también holandesa, el Tribunal concluyó a la violación.

Varios asuntos posteriores, sobretodo contra Francia, concernían la expulsión de extranjeros después de su condena penal. El más significativo de ellos es el asunto BELDJOUDI c. FRANCIA³³, que muestra el tratamiento que el Tribunal podría dar en el futuro a los llamados emigrantes de segunda generación. El Sr. Beldjoudi nació en Francia en 1950 de padres de origen argelino ; perdió la nacionalidad francesa al declararse la independencia de Argelia, y cuando quiso recuperarla, se le opuso el argumento de que había sido condenado por un delito menor. Después de varias condenas penales, el Ministro del Interior ordenó su expulsión. El Tribunal estimó que dichas condenas, por graves que fueran, pesaban menos en la balanza que el hecho de que el demandante había nacido en Francia, con la que tenía todos sus lazos familiares y sociales, su nacionalidad argelina no respondiendo a ninguna realidad.

En todos los casos posteriores de esta naturaleza, el Tribunal ha intentado sopesar los diversos intereses en juego – los relaciones familiares y sociales en el país de acogida por un lado y la gravedad de las condenas por otro –, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del demandante, y muy especialmente las lazos que conservaba con su país de origen. Estimó que, en el asunto BOUGHANEMI c. FRANCIA, no se había producido ninguna infracción, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado, mientras que en el asunto MEHEMI c. FRANCIA si se había producido³⁴.

3.8. Derecho a la educación

El artículo 2 § 1 del Protocolo n° 1 al Convenio señala que «a nadie puede negarse el derecho a la instrucción» ; y el Tribunal ha considerado que esta disposición consagra un verdadero derecho a la instrucción. Ello implica un derecho de acceso a las estructuras educativas existentes en un momento dado, así como el derecho a obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados, pero no obliga al Estado a crear un sistema educativo determinado, que recoja las preferencias ideológicas o lingüísticas de los padres, como pretendían los demandantes en un asunto relativo al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica³⁵. En este asunto, el Tribunal concluyó a la existencia de una discriminación en los municipios fronterizos de la región de habla flamenca.

El contenido del programa de estudios es responsabilidad exclusiva de

los Estados, siempre que se procure dar a los alumnos informaciones objetivas sobre los temas estudiados, por ejemplo, en el asunto *KJELDSEN, BUSK MADSEN Y PEDERSEN c. DINAMARCA*³⁶, en relación con la educación sexual en las escuelas primarias.

También la disciplina en las escuelas forma parte de las responsabilidades del Estado. En este contexto, el caso de *JEOFFREY COSANS* es el ejemplo típico de violación del derecho a la instrucción, ya que su expulsión de la escuela, debido a su negativa y la de sus padres, a que fuera sometido a castigos corporales, limitaba la sustancia misma de este derecho³⁷.

3.9. Derecho a una vivienda digna y a un medio ambiente sano

El artículo 8 también garantiza el derecho al respeto del «domicilio». Sin embargo, la Comisión siempre ha considerado que el derecho a una vivienda digna no figura entre los derechos garantizados por el Convenio³⁸.

El Tribunal se refiere sólo incidentalmente a este derecho en el asunto *JAMES Y OTROS c. REINO UNIDO*³⁹. Tras afirmar que «las sociedades modernas consideran la vivienda como una necesidad primordial cuya satisfacción no puede abandonarse a las fuerzas del mercado», el Tribunal concluye que una legislación destinada a asegurar más justicia social en esta materia no constituye una violación del derecho de propiedad. Dicha legislación preveía la compra a bajo precio por el arrendatario de la casa que ocupaba.

En casos posteriores, el Tribunal ha examinado el derecho de propietarios a ocupar su propia casa o solar, cuya utilización les había sido prohibida sobre la base de la legislación urbanística o social aplicable. En el asunto *GILLOW c. REINO UNIDO*⁴⁰, el Tribunal consideró que el rechazo de la demanda de autorización de los demandantes para ocupar su propia casa en Guernesey constituía una violación del artículo 8. Por otra parte, la prohibición a una familia de gitanos de vivir en caravanas dentro de un terreno de su propiedad, con la excusa de que este uso no estaba previsto en el plan de ocupación del suelo de la región, se consideró cubierto por el margen de apreciación del Estado en materia de planificación territorial⁴¹.

Varios asuntos recientes contra Italia y Portugal planteaban el derecho del propietario a recuperar su casa ocupada por un arrendatario. Basándose en la función social del derecho a la vivienda, el Tribunal sólo concluyó en favor del propietario en el asunto *SCOLLO c. ITALIA*⁴², en que el interesado, enfermo, necesitaba urgentemente el piso para alojarse.

El derecho al respeto del domicilio también puede verse afectado por atentados graves al medio ambiente. Esta fue la conclusión a la que llegó el Tribunal en el asunto *LÓPEZ OSTRA c. ESPAÑA*⁴³, en el que la demandante alegaba que la inacción municipal frente a las molestias causadas a su familia por una estación depuradora instalada a pocos metros de su casa infringía su derecho

al respeto de su domicilio.

3.10. Protección de la infancia contra todo tipo de violencias físicas y psíquicas

El problema de las violencias contra menores se puede presentar en el seno de la familia o dentro del círculo de relaciones próximas del menor (escuela, actividades recreativas) o en relación con terceros. En todo caso, estas situaciones constituyen un problema social grave, que merece un tratamiento adecuado por las autoridades competentes.

El Tribunal ha tenido la ocasión de tratar este problema en un asunto contra el Reino Unido, relativo a la violación de niñas menores de edad por su padre o por un profesor⁴⁴. La legislación británica prevé un plazo de prescripción de seis años a partir de la mayoría de edad para las demandas de indemnización por abusos sexuales recibidos durante la infancia. Pasado este plazo, las demandantes no pudieron plantear su derecho a indemnización. El Tribunal estimó que no se había producido una violación del Convenio, pues quedaba abierta a las interesadas la vía penal, que podían utilizar en cualquier momento.

Esta preferencia de la vía penal para solucionar este tipo de problema había sido ya subrayada por el Tribunal en el asunto X. Y. c. PAÍSES BAJOS, ya mencionado, en el que la legislación holandesa no permitía a una adolescente disminuida mental mayor de 16 años, pero menor de 18, presentar una querrela criminal contra el hombre que la había violado. El Tribunal estimó que un atentado tan grave a la vida privada de una persona sería perseguido más eficazmente por la vía penal, que ante los tribunales civiles⁴⁵.

3.11. Tratamiento de los jóvenes delincuentes

3.11.1. Prohibición de las penas corporales

El artículo 3 del Convenio prohíbe categóricamente el recurso a penas inhumanas y degradantes. En el asunto TYRER c. REINO UNIDO⁴⁶, el Tribunal estimó que la pena de azotes, que la legislación de la isla de Man preveía para ciertos delitos cometidos por menores, implicando el uso de la violencia, constituía una pena degradante contraria a este artículo.

3.11.2. Carácter específico de las penas impuestas a menores

El artículo 5, par. 1, d) del Convenio permite privar de la libertad a un menor a fines educativos o para hacerlo comparecer ante la autoridad judicial competente. La mayoría de los Estados parte permite la apertura de una instrucción penal contra menores a partir de cierta edad (por ejemplo, 16 años), pero a menudo recurre a penas específicas.

Así, el joven Weeks, de 17 años, fue condenado a prisión perpetua por el robo de 35 centavos en la caja de un almacén amenazando con una pistola

descargada. En el Reino Unido, esta pena tiene una duración indeterminada, y autoriza al Ministro del Interior a ordenar la liberación en cuanto la evolución personal del interesado lo permite. Después de su liberación condicional, el Sr. Weeks fue detenido de nuevo en varias ocasiones por orden del ministro sobre la base de la condena inicial, sin ningún tipo de control judicial, lo que constituía, según el Tribunal, una violación del artículo 5, par. 4 del Convenio⁴⁷.

Otros sistemas penales no someten a los menores al sistema penal general y prevén un sistema de educación vigilada. Tal es el caso de Bélgica; sin embargo, en el asunto BOUAMAR c. BÉLGICA⁴⁸, este joven marroquí de 17 años fue detenido provisionalmente nueve veces (por un total de 119 días) en una prisión para adultos, ante la imposibilidad de encontrar una persona o una institución adecuada para acogerle. Al haber escogido el sistema de la educación vigilada para tratar el problema de la delincuencia juvenil, incumbía al Estado belga, en opinión del Tribunal, dotarse de una infraestructura adecuada para cumplir sus funciones, por lo que las detenciones en cuestión eran ilegales.

3.11.3. Garantías procesales

Los procesos penales contra menores deben estar rodeados de las garantías procesales previstas en el artículo 6, especialmente en relación con los derechos de la defensa.

Por lo que respecta a las garantías orgánicas, las legislaciones nacionales difieren en gran manera. A veces estos asuntos son confiados a las jurisdicciones ordinarias, pero más a menudo se crean tribunales específicos para jóvenes. A menudo, en este tipo de procedimiento, el mismo juez instruye la causa y decide sobre el fondo, lo que puede plantear un problema en cuanto a la imparcialidad del tribunal. Este era el caso en el asunto NORTIER c. PAÍSES BAJOS⁴⁹, pero el Tribunal estimó que el juez había realizado pocas actividades de instrucción, debido a la confesión del interesado, y que por tanto su imparcialidad no podía quedar en entredicho.

4. CONCLUSIONES

Hacia una política basada en la información, educación y participación de los menores.

Como hemos visto, la jurisprudencia del Tribunal europeo de los Derechos Humanos en relación con los derechos de niño, tiene en cuenta no sólo la evolución de la sociedad en los Estados Miembros del Consejo de Europa respecto de la noción de «familia», sino también las últimas concepciones criminológicas sobre el tratamiento de la delincuencia juvenil. El Tribunal adopta una visión liberal de la familia, que engloba no sólo la nacida del matrimonio, sino también la familia «natural». Privilegia las relaciones naturales de filiación por encima de los lazos jurídicos derivados de la adopción, salvo cuando el interés del menor requiere la ruptura de una relación natural preexistente en beneficio de aquellos.

Siguiendo los principios sentados en varias Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de los años 1980⁵⁰, el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989⁵¹ prevé que el niño debe ser consultado antes de tomar una decisión sobre su guarda y custodia, siempre que su grado de madurez lo permita. La importancia de los deseos del niño en este punto queda subrayada por la jurisprudencia del Tribunal en el asunto HOKKANEN c. FINLANDIA, donde la negativa de la hija del demandante, de 12 años, a visitar a su padre permitió concluir a la ausencia de violación. Esta decisión, utilizando los términos del Convenio de Naciones Unidas, se refiere a los intereses superiores del niño.

A fin de que el niño pueda expresar sus deseos, y éstos puedan ser tenidos en cuenta, es necesario que sea informado de los problemas que le conciernen, así como de las diferentes soluciones posibles y de las consecuencias de cada una de ellas. Para permitirlo, el Convenio de Naciones Unidas reconoce al niño el derecho a la libertad de expresión, el derecho a recibir informaciones dirigidas a promover su bienestar y el derecho a la educación.

En Europa, dichos derechos son reconocidos a toda persona en los artículos 10 del Convenio y 2 del Protocolo n° 1. En relación con éste último, el Tribunal señaló en el asunto KJELDTSEN, BUSK MADSEN Y PEDERSEN c. DINAMARCA, que los Estados deben velar, al establecer los programas de estudios, para que los alumnos reciban informaciones objetivas y una instrucción que tienda a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. En cuanto al derecho a recibir informaciones provenientes de los medios de comunicación y de terceros, la jurisprudencia de Estrasburgo protege sobre todo al niño contra informaciones perjudiciales para él (asunto HANDYSIDE c. REINO UNIDO, 7.12.1976, serie A n° 24).

En cambio, el derecho del niño a recibir informaciones, salvo en lo que respecta al derecho a la instrucción, no ha sido objeto de un desarrollo Jurisprudencial. Sin embargo, varias recomendaciones del Comité de Ministros de los años 1990 y 1993 relativas a los malos tratos y a la violencia en el seno de la familia, subrayan la necesidad de informar a los niños sobre estos problemas. En este sentido, el Consejo de Europa ha dado un paso más con la adopción del Convenio sobre el ejercicio de los derechos del niño que, en el marco restringido de derecho de familia, reconoce al niño el derecho a recibir toda información pertinente, y el derecho a ser consultado y a expresar su opinión (artículo 3 par. 1 del Convenio).

Sin embargo, todavía deben producirse grandes progresos en Europa para conseguir una mejor protección del derecho del niño a una información adecuada, corolario del ejercicio por él de los demás derechos.

Ello no significa que el niño, y sobretudo el adolescente, no juega un papel importante en la sociedad europea actual. El Consejo de Europa, a través del Centro Europeo de la Juventud promueve el asociacionismo juvenil y los encuentros entre jóvenes de diferentes países europeos para discutir cuestiones

políticas y sociales de interés general. Además, el Consejo de Europa ha lanzado recientemente una campaña de la juventud contra el racismo, el antisemitismo y la intolerancia, que atribuye a los adolescentes un importante papel en la defensa de los valores democráticos.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó en 1996 una Recomendación dirigida al Comité de Ministros sobre la promoción de una estrategia europea en favor de los niños. Según esta recomendación, los Estados deberían permitir que los niños expresen su punto de vista en todas las decisiones que les conciernen y participen de una manera efectiva, responsable y apropiada a su capacidad, en todos los niveles de la vida social : familia, escuela, comunidades locales e instituciones (Recomendación n° 1286, 24.1.1996, par. 8, VII.).

La reciente convocatoria de una asamblea de jóvenes representantes de los diferentes Estados del Consejo de Europa con ocasión del 50 aniversario de esta organización para discutir posibles soluciones de futuro a los problemas europeos actuales, constituye el último hito en materia de participación.

Así y todo, no se trata más que de las primeras medidas encaminadas a otorgar a los jóvenes el papel que les corresponde en la construcción de su futuro.

NOTAS:

¹ El Convenio Europeo de los Derechos Humanos entró en vigor en septiembre de 1953. Actualmente, ha sido ratificado por los 41 Estados Miembros del Consejo de Europa. España lo ratificó el 9 de octubre de 1979 y reconoció el derecho de los individuos a someter su caso a la Comisión Europea de los Derechos Humanos el 1 de Julio de 1981.

² El Protocolo n° 11 al Convenio ha sido ratificado por todos los Estados parte en el Convenio.

³ El texto de los artículos mencionados en este párrafo se halla en anexo.

⁴ Sentencia Marckx c. Bélgica, 13.6.1979, serie A n° 31, par. 41.

⁵ Sentencias Johnston y otros c. Irlanda, 18.12.1986, serie A n° 112, Keegan c. Irlanda, 26.5.1994, serie A n° 290, y McMichael c. Reino Unido, 24.2.1995, serie A n° 308.

⁶ Sentencia Marckx c. Bélgica antes citada, par. 41.

⁷ Sentencia Kroon y otros c. Países Bajos, 27.10.1994, serie A n° 297-C.

⁸ Sentencia Rasmussen c. Dinamarca, 28.11.1984, serie A n° 87.

⁹ Sentencia Keegan c. Irlanda antes citada, par. 44.

- ¹⁰ Asunto Hendriks c. Países Bajos (nº 8427/78), informe de la Comisión de 8.3.1982, D.R. nº 29, p. 35.
- ¹¹ Sentencia Eriksson c. Suecia (nº 1), 22.6.1989, serie A nº 156, par. 71.
- ¹² Sentencias W. y B. c. Reino Unido, 8.7.1987, serie A nº 121, pars. 62 y 63, respectivamente.
- ¹³ Sentencias Marckx c. Bélgica antes citada, pars. 31, 36 y 44-46, y Johnston y otros c. Irlanda antes citada, par. 75.
- ¹⁴ Sentencias W. y B. c. Reino Unido, y Eriksson c. Suecia (nº 1) antes citadas.
- ¹⁵ Sentencias Marcks c. Bélgica antes citada y Vermeire c. Bélgica, 29.11.1991, serie A nº 214-C e Inze c. Austria, 28.10.1987, serie A nº 126.
- ¹⁶ Recomendación R (84) 4 del Comité de Ministros sobre las responsabilidades parentales.
- ¹⁷ Sentencia R. c. Reino Unido, 8.7.1987, serie A nº 121, par. 64.
- ¹⁸ Sentencias Stjerna c. Finlandia, 25.11.1994, serie A nº 299-B, y Guillot c. Francia, 24.10.1996, Rec. 1996-V
- ¹⁹ Sentencia Marckx c. Bélgica antes citada, par. 52.
- ²⁰ Sentencias O. y H. c. Reino Unido, 8.7.1987, serie A nº 120, y W., B. y R. c. Reino Unido, 8.7.1987, serie A nº 121.
- ²¹ Sentencia Johansen c. Noruega, 7.8.1996, Rec. 1996-III.
- ²² Sentencia Olsson c. Suecia (nº 1), 24.3.1988, serie A nº 130,. Ver también las sentencias Eriksson c. Suecia (nº 1), 22.6.1989, serie A nº 156, y Margareta y Roger Andersson c. Suecia, 25.2.1992, serie A nº 226-A.
- ²³ Sentencia Berrehab c. Países Bajos, 21.6.1988, serie A nº 138.
- ²⁴ Asunto Hendriks c. Países Bajos (nº 8427/79), informe de la Comisión de 8.3.1982, D.R. nº 29, p. 5.
- ²⁵ Sentencia Rasmussen c. Dinamarca antes citada, serie A nº 87.
- ²⁶ Sentencia Stubbings y otros c. Reino Unido, 22.10.1996, Rec. 1996-IV.
- ²⁷ Sentencia W. c. Reino Unido, 8.7.1987, serie A nº 121, par. 82.
- ²⁸ Sentencia X y Y c. Países Bajos, 26.3.1985, serie A nº 91.
- ²⁹ Sentencia Hokkanen c. Finlandia, 23.9.1994, serie A nº 299-A, pars. 37 y 61.
- ³⁰ Decisiones de la Comisión en las demandas nº 4185/69 c. Alemania, RD nº 35,

p. 140, y nº 5712/72 c. Reino Unido, RD nº 46, p. 62.

³¹ Sentencias Gül c. Suiza, 19.2.1996, Rec. 1996-I, y Ahmut c. Países Bajos, 28.10.1996, Rec. 1996-VI.

³² Sentencia Berrehab c. Países Bajos antes citada, serie A nº 138.

³³ Sentencia Beldjoudi c. Francia, 26.3.1992, serie A nº 234-A.

³⁴ Sentencias Boughanemi c. Francia, 24.4.1996, Rec. 1996-II, y Mehemi c. Francia, 26.9.1997, Rec. 1997-VI.

³⁵ Sentencia en el «Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica» (Asunto lingüístico belga), 23.7.1968, serie A nº 6.

³⁶ Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, 7.12.1976, serie A nº 23.

³⁷ Sentencia Campbell y Cosans c. Reino Unido, 25.2.1982, serie A nº 48.

³⁸ Asunto nº 159/56 c. Alemania, decisión de la Comisión de 29.9.1956, Annuaire I, p. 202.

³⁹ Sentencia James y otros c. Reino Unido, 21.2.1986, serie A nº 98-B, en particular pars. 47 y 49.

⁴⁰ Sentencia Gillow c. Reino Unido, 24.11.1986, serie A nº 109.

⁴¹ Sentencia Buckley c. Reino Unido, 25.9.1996, Rec. 1996-IV.

⁴² Sentencia Scollo c. Italia, 28.9.1995, serie A nº 315-C.

⁴³ Sentencia López Ostra c. España, 9.12.1994, serie A nº 303-C.

⁴⁴ Sentencia Stubbings y otros c. Reino Unido, 22.10.1996, Rec. 1996-IV.

⁴⁵ Sentencia X y Y c. Países Bajos antes mencionada, pars. 28-30.

⁴⁶ Sentencia Tyrer c. Reino Unido, 25.4.1978, serie A nº 26.

⁴⁷ Sentencia Weeks c. Reino Unido, 2.3.1987, serie A nº 114, par. 58-59.

⁴⁸ Sentencia Bouamar c. Bélgica, 29.2.1988, serie A nº 129.

⁴⁹ Sentencia Nortier c. Países Bajos, 24.8.1993, serie A nº 267.

⁵⁰ Recomendaciones R (87) 6 sobre familias de acogida (20.3.1987) y R (84) 4 sobre las responsabilidades parentales (28.2.1984).

⁵¹ El Convenio sobre los derechos del niño, adoptado el 20.11.1989, entró en vigor el 2.9.1990. Ha sido ratificado por la mayoría de los Estados parte en el Convenio.

ACTUACIÓN DEL UNICEF EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO ALA VIDA, LA SUPERVIVENCIA YA UN NIVEL ADECUADO DE VIDA.

D. Víctor Soler Sala
Comité español del UNICEF
Asesor de Relaciones Internacionales.

Señoras y Señores:

Partimos de la base de que el estado del bienestar, que existía en la Europa de los años 60 y 70, ha entrado en crisis posteriormente y se están buscando nuevas fórmulas adaptadas a las realidades de cada país. Tenemos además los ejemplos de los países en transición del centro y del este de Europa entre los años 89 y 95 que, en sus esfuerzos de reformar el sistema económico y social heredado del pasado, intentan preservar los logros positivos del pasado con una estrategia que hemos definido en UNICEF como «transición con el rostro humano». Ha quedado plenamente demostrado que cualquier cambio radical que abandone la mínima red de protección social cubriendo las necesidades básicas de los grupos más vulnerables puede afectar el proceso mismo de democratización y desarrollo económico.

En diversas reuniones celebradas en el Instituto del Desarrollo del Niño, en Florencia, se discutió a fondo la presente situación económica en Latinoamérica y el impacto que tenía en la pobreza, y, por ende, en las familias y niños latinoamericanos que, progresivamente, están afectados por la disparidad de ingresos entre los más ricos y los más pobres. Al igual, se están manifestando en los países de mayor desarrollo económico en esa región, nuevas formas de pobreza que escapa a los principales indicadores y, en algunos casos, pueden contrastarse con situaciones parecidas en algunos países europeos.

Al analizar las implicaciones políticas y económicas de la Convención, en cuanto a los derechos fundamentales de la infancia y de la juventud en Europa y en países de iberoamérica, se concluyó que los derechos económicos, sociales y culturales, definidos en la Convención, son tan indispensables en el proceso de democratización y desarrollo como los políticos y civiles. Reafirmando el concepto de indivisibilidad en la aplicación de estos derechos.

España, al ratificar la Convención de los derechos del Niño, se comprometió a llevar a cabo los deberes que como estado parte tiene hacia los niños de su propio país. Entre éstos, y directamente relacionado al estado del bienestar, está el artículo 27 que dice en su primer párrafo:

«Los estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social».

En el contexto de un país desarrollado, no es una tarea simple el medir cómo se cumple este artículo, sobre todo «en medir el nivel de vida suficiente para permitir su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social». Está claro que en España no existen problemas de pobreza absoluta ni niños que se mueren de desnutrición o de enfermedades prevenibles y que los niveles de mortalidad infantil son mucho más bajos que en los países en vías de desarrollo. Nos podríamos preguntar si ésto significa que todos los niños en España tienen el nivel de vida adecuado y que el gobierno no tiene que tomar ninguna medida adicional para cumplir con este artículo. Necesitaríamos desarrollar una metodología para analizar qué constituye un nivel adecuado de vida para los niños en España y medir cuántos niños no lo logran y qué implicaciones tiene. En el campo de la salud, obviamente no se puede comparar, el progreso y las disparidades de un país con otros de Europa que confrontan problemas distintos y que tienen distintos niveles de recursos. Lo que sí es importante es definir los estándares de salud, que son aplicables dentro de los recursos disponibles y si todos los niños, ende la sociedad, reciben estos niveles en términos de igualdad. También se puede uno preguntar si estos servicios se extienden a los niños disminuidos y a todos los niños, sea cual sea su origen étnico.

El artículo 28 garantiza el derecho de todos los niños a educación primaria obligatoria y acceso a los otros niveles de educación. El artículo 31, que se refiere al derecho de los niños de disfrutar del juego y del tiempo libre, tienen que contrastarse con las exigencias del sistema educativo, por ejemplo, los horarios escolares y tareas escolares, en muchos casos, no les permiten disfrutar de este derecho. Igualmente, puede uno preguntarse si los parques públicos y otros puntos de recreo son suficientes y están al alcance de todos los niños que los necesitan. También si el nivel de gasto público en actividades de arte y cultura para niños está relacionado a la proporción de la población infantil. El artículo 12 tiene también especial relevancia, ya que:

«Los Estados partes garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan».

Y deberíamos preguntarnos hasta qué punto se ha contado con la opinión de los niños en temas de interés público en el desarrollo, diseño, contenido de los servicios para ellos y en el seguimiento y evaluación de los mismos. ¿Existen medios para que los niños puedan tener acceso a reclamaciones o recursos ante la administración pública?

Estas responsabilidades de los gobiernos se traducen, finalmente, en los recursos necesarios para llevarlas a cabo. El debate, en general, se centra sobre los recursos financieros mencionados en el artículo 4 y principalmente, sobre el tema de «los recursos que se encuentran a su disposición». El UNICEF propone una concepción mucho más amplia de estos recursos y los formula en categorías de

recursos humanos, recursos económicos y recursos de organización. Finalmente, lo que se busca movilizar es el «compromiso político» que nos llevaría a desarrollar una categoría adicional de recursos políticos que en nuestra concepción, hemos considerado que estos factores políticos son un elemento importante tanto en los recursos humanos como en los de organización. En la dimensión de recursos humanos incluimos la creatividad, el compromiso y ciertas habilidades como comunicaciones y capacidad de liderazgo, esenciales para una buena política. En el concepto de recursos humanos para la organización, también incluimos directamente a los hogares, comunidades, entidades políticas para estimular la movilización social o generara un aumento en el compromiso político hacia los niños.

En suma, un pacto de compromiso para cooperar entre las entidades públicas y la sociedad civil a nivel nacional, regional y municipal, representada por ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales.

La definición del estado de bienestar apropiado para el país reflejando los estandars incluidos en estos artículos definirían, una vez realizados, la calidad de vida de estos jóvenes ciudadanos como un indicador fundamental de la eficacia del sistema económico y social.

UNICEF publica cada año el informe *El Progreso de las Naciones* que refleja el progreso de los países en llevar a cabo el compromiso que acordaron en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, celebrada en la sede de las Naciones Unidas en Septiembre de 1990. Las aspiraciones de los países que participaron en la Cumbre y que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño están reflejados en el texto que encabeza dicha publicación:

«Llegará un día en que el progreso de las naciones no se medirá por su poder militar o económico, ni por el esplendor de su capital ni de sus edificios públicos, sino por el bienestar de sus pueblos; por sus niveles de salud, nutrición y educación; por sus oportunidades de tener una remuneración digna a cambio de su trabajo; por su capacidad de participación en las decisiones que afectan a su vida; por el respeto de sus libertades civiles y políticas; por la atención dispensada a los más vulnerables y desfavorecidos; y por la protección ofrecida al desarrollo físico y mental de sus niños y niñas».

Me gustaría finalizar con las palabras que el Profesor Ruiz-Giménez empleó en una reunión de trabajo en Florencia «que el siglo XXI se caracterice por una visión conjunta de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Sólo así habrá paz. Lo importante no es tanto el adjetivo - bien común o bienestar- sino simplemente desarrollo con rostro humano, sino, lo sustantivo, en que todas las colectividades, esencialmente las minorías marginadas, y en lo que a UNICEF incumbe, la infancia y juventud, vean cubiertas sus necesidades vitales tanto las de orden material como las de orden cultural. Ese es

el sentido último y profundo de una nueva idea de bienestar». Estoy seguro que esta visión la compartimos todos.

Muchas gracias.

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES REFUGIADOS, INMIGRANTES Y SOLICITANTES DE ASILO: EL CASO DE ESPAÑA.

M^a Jesús Vega
Asistente de Protección.
Delegación en España del ACNUR
Asistente de Protección de la Sección Legal.

“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14.1).

LOS REFUGIADOS:

“Son personas de todas las razas y religiones, y se encuentran en todas partes del mundo.

Obligados a huir por peligrar sus vidas y su libertad, los refugiados abandonan todo –hogares, familia y país- por un futuro incierto en una tierra desconocida.

Su condición, es una de las mayores tragedias de nuestro tiempo y su destino está ligado a cuestiones políticas y de derechos humanos que tienen que ver con todos y cada uno de nosotros”.

1. EL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS-ACNUR

1.1 Definición de refugiado

Refugiado es toda persona que se encuentra fuera de su país de nacionalidad debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, y debido a dichos temores no puede o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiere regresar a ese país ni acogerse a la protección del mismo.

Niño refugiado: “un niño refugiado es ante todo un niño, y luego un refugiado”. De ahora en adelante, cuando hablemos de **niños refugiados** nos referimos a personas menores de 18 años –salvo que, en virtud de la ley aplicable haya alcanzado la mayoría de edad-, y que sean solicitantes de asilo, desplazados, refugiados reconocidos o repatriados. No obstante, aunque hayan alcanzado la mayoría de edad –sin llegar a los 18 años-, se les pueden aplicar las medidas correspondientes a los niños refugiados si se determina que tienen las mismas necesidades.

1.2 Mandato del ACNUR

El ACNUR es una Organización internacional, apolítica y humanitaria

cuya función es la de proporcionar protección internacional a los refugiados y personas desplazadas, y buscar soluciones duraderas a sus problemas.

Haciendo un poco de historia, el ACNUR fue creado en 1951 por la Asamblea de Naciones Unidas con el objeto de paliar las devastadoras consecuencias que la 2^a G.M. tuvo en la población de refugiados y desplazados. Se le encomendó fundamentalmente la labor de reasentar a 1,2 millones de refugiados europeos que se habían quedado sin hogar. Inicialmente el mandato del ACNUR se estableció por 3 años pero, en contra de todas las previsiones, los problemas de los refugiados han ido aumentando en los últimos 45 años y el mandato del ACNUR se ha tenido que renovar hasta la fecha de hoy.

Cuando se creó el ACNUR, se consideraba que los aspectos materiales de la asistencia a refugiados eran responsabilidad del gobierno que les había otorgado asilo. Puesto que muchos de los grandes desplazamientos se han producido en países menos desarrollados, el ACNUR ha asumido una función adicional que es la de coordinar la asistencia material a los refugiados y desplazados.

En la actualidad el ACNUR protege y asiste a más de 26 millones de personas que han huido de la guerra o de la persecución, de los cuales, más del 52 por ciento son niños y adolescentes menores de 18 años. Podemos decir que casi, a diario 5.000 niños se convierten en refugiados.

1.3 Funciones del ACNUR

1.3.1 Promoción y salvaguarda de los derechos de los refugiados:

Instar a los gobiernos a que suscriban convenciones y acuerdos internacionales relativos a los refugiados, repatriados, desplazados y apátridas;

- promover la concesión de asilo a los refugiados;
- garantizar que las solicitudes de asilo se examinen correctamente y que mientras tanto los solicitantes estén protegidos contra su devolución forzosa a un país «no seguro»;
- velar por que los refugiados reciban un trato conforme a las normas internacionales;
- promover la seguridad física de los refugiados particularmente en lo relativo a ataques militares y otros actos de violencia;

1.3.2 Operaciones de emergencia.

Cuando se producen situaciones de crisis es fundamental responder con rapidez. El ACNUR ha establecido una red de equipos de emergencia y personal que puede ser desplegado en cualquier parte del mundo. (ejem. llegada de 1.8 millones de kurdos iraquíes a Irán y a la frontera Iraq/Turquía, 4 millones de refugiados, desplazados y víctimas del conflicto en la ex-Yugoslavia, el éxodo de

los refugiados de Ruanda y Burundi etc.)

1.3.3 Búsqueda de soluciones duraderas.

- - *Repatriación voluntaria*. Supervisar condiciones de retorno, seguridad, amnistías, reintegración de los refugiados en su país de origen etc.
- - *Asentamiento local*. En países industrializados los sistemas oficiales de protección social y las ONGs deben proporcionar los recursos necesarios para la integración de refugiados.
- - *Reasentamiento en un tercer país*. Algunos países ofrecen asilo a los refugiados sólo temporalmente, a condición de que se les asiente después. En otros países, las circunstancias políticas o de seguridad hacen necesario el traslado de los refugiados a otros lugares.

2. LA EXPERIENCIA DE LOS REFUGIADOS

2.1 Niños refugiados en guerras o conflictos generalizados.

Los desplazamientos en los conflictos armados violan casi todos los derechos de un niño -el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y pleno desarrollo, el derecho a crecer en un ambiente familiar, recibir afecto y protección, derecho a una identidad y a una nacionalidad, el derecho a la educación y a tener un futuro-. Estas situaciones de conflicto, las guerras, la ruptura de las familias y comunidades afecta profundamente el bienestar físico y psicológico de los niños refugiados.

Muchos de los conflictos actuales persisten durante la niñez y adolescencia de los niños, de manera que desde que nacen hasta que alcanza la mayoría de edad, la única realidad que estos niños viven es la guerra y los desplazamientos.

De hecho, antes de la huida de sus lugares de origen y durante la misma huida, las familias y los niños están expuestos a múltiples riesgos físicos: bombardeos, francotiradores, minas antipersonales. A menudo tienen que viajar durante largas jornadas con provisiones muy limitadas. Los niños tienen menos defensas que los adultos para sobrevivir a las enfermedades, malnutrición, carencia de necesidades básicas etc. Son testigos o víctimas de violencia, torturas y matanzas..... Pueden estar separados de sus padres durante el traslado, estar detenidos, ser sometidos a entrevistas con extraños en circunstancias que pueden ser intimidatorias y pueden pasar meses o años en situaciones de incertidumbre que tienen muy poco que ver con una vida normal.

Los niños también corren el peligro de ser reclutados para unirse a las milicias, y son presa fácil puesto que son el grupo más numeroso de refugiados -junto con las mujeres refugiadas-, y se les puede forzar, intimidar o persuadir más fácilmente. En consecuencia, los niños se convierten tanto en víctimas de la violencia como agresores, dificultándose por ello enormemente la posibilidad de desmovilizarlos y reintegrarlos en sus familias y

comunidades al término del conflicto.

Las niñas refugiadas son todavía más vulnerables que los varones. En algunos contextos culturales y sociales, las niñas son menos valoradas que los varones y, en consecuencia son víctimas de negligencias, abusos sexuales, explotación y malos tratos. La violación y la fecundación provocadas a mujeres y niñas se ha utilizado en múltiples ocasiones como arma de guerra para llevar a cabo la llamada “limpieza étnica”, y promover el repudio y la humillación de las mujeres por sus propios familiares y miembros de su comunidad.

Muchos de estos aspectos están recogidos en el **informe titulado “El impacto de los conflictos armados sobre los niños” elaborado por la Sra. Graca Machel**, a quién la Asamblea General de UN encomendó el estudio sobre niños en junio de 1994. La Sra. Machel ha sido galardonada este año con el premio Príncipe de Asturias a la cooperación internacional

Una de las conclusiones de este estudio es que con mayor frecuencia, en los conflictos armados actuales, los menores se convierten en el objetivo intencionado de los agresores, no en víctimas fortuitas, en la creencia de que matar a un niño hoy es matar a un enemigo del mañana. Este problema ha alcanzado unas dimensiones insospechadas en Africa Central.

Este estudio publicado en agosto de 1996, contiene recomendaciones y propuestas para un programa de acción global en la protección y atención de los niños en situaciones de conflicto, cuya ejecución está a cargo de los Estados miembros y de la Comunidad internacional. Este trabajo se ha realizado con el apoyo de muchas organizaciones, entre las que destacan el Centro de Derechos humanos de la ONU o la UNICEF, y ha servido para reorientar la política del ACNUR en cuanto a los programas para los niños refugiados. Aunque se cuentan por millones, a los niños se les ha ignorado durante mucho tiempo. Han sido la generación invisible, se les ha atendido como sujetos dependientes de los adultos, sin considerar con detenimiento sus necesidades especiales.

El ACNUR está elaborando planes de acción en cinco áreas fundamentales:

- Violencia sexual,
- Explotación de los menores,
- Educación,
- Reclutamiento de niños con fines militares y
- Menores no acompañados.

Junto con la Organización “Save the Children Alliance”, el ACNUR está desarrollando programas de formación para el personal humanitario que trabaja tanto para los gobiernos como para las ONGs en favor de refugiados.

2.2. Los niños refugiados en Europa

En casos de persecución “a menor escala”, quizá los casos más frecuentes

de refugiados que llegan espontáneamente al continente Europeo, vamos a analizar la trayectoria por la que pasa un refugiado desde que comienza la persecución en su país de origen, hasta que encuentra protección en otro país; y cómo afecta directamente esta experiencia a los menores.

En situaciones en las que sólo algún miembro de la familia es perseguido, se podría pensar que los niños no sufren directamente tanto como los adultos porque viven de algún modo ajenos a lo que pasa en sus casas, pero no es así. Los siguientes aspectos marcan la vida de los refugiados desde que salen de su país hasta que llegan a un país de asilo:

- **La amenaza**”. Citando el testimonio de un refugiado:

“Cuando una persona siente que va a ser arrestada, o está siendo vigilada, comienza la presión. Psicológicamente, al principio, uno sólo se siente un pequeño estrés. Luego, se llega a un punto en el cual perturba hasta el sonido de la bombilla ya apagada. Significa que los nervios están a punto de romperse. Cualquier persona que llame a nuestra puerta será sospechosa, no hablaremos con nadie y esto ocurre no sólo un día, sino durante meses y hasta años”.

- **La Decisión de salir**. Cuando un refugiado toma la dolorosa decisión de abandonar su país huyendo de las violaciones de derechos humanos, generalmente es porque el resto de las opciones han fallado. Esto implica separación familiar, la casa, dejar estudios, proyectos de vida, ahorros, propiedades, juguetes, amistades y a menudo poner en peligro la suerte de los que se quedan en el país (serán los que tengan que responder ante interrogatorios y cuestiones sobre ellos). Los menores no participan en la decisión de huir, y viven en silencio la tensión, discusiones familiares, escenas de miedo y la despedida de sus padres, sin saber qué está pasando. A ellos nadie les pide opinión.

- **La huida: el viaje**. En la confusión del conflicto, la huida y la búsqueda de países seguros, los niños corren el riesgo de quedar separados de sus familias. Los menores no acompañados son una categoría altamente vulnerable, ya que además del trauma añadido de la separación de sus familias, son a menudo víctimas de abusos sexuales y explotación, no sólo por parte de los que también están huyendo, sino también por parte de los que “supuestamente” les ayudan: los líderes de un campo de refugiados, las fuerzas de mantenimiento de paz, las mafias que les prometen llevarles a un país seguro etc.

- **La llegada**: Una vez que el refugiado llega sano y salvo a un país de asilo, las experiencias traumáticas pueden continuar. la falta de documentación reglamentaria para entrar en el país (pueden traer pasaportes o visados falsos) o impedimentos para acceder a los procedimientos de asilo. Detenciones e interrogatorios en la frontera. El temor y la desconfianza. El choque cultural, dificultades con el idioma, las prácticas religiosas, los hábitos alimenticios, horarios, problemas de comunicación, los distintos enfoques para tratar las

enfermedades, valores morales en conflicto con los de la sociedad de acogida, problemas de racismo o xenofobia. Todos estos factores, junto con las experiencias traumáticas de persecución que los refugiados viven en sus países de origen reducen los recursos personales y la capacidad de rehacer la vida de las personas.

• **Integración en el país de acogida.** Para familiarizarnos un poco más con la realidad que viven los refugiados que llegan a países europeos, adultos o familias, vamos a citar algunos cambios que experimentan las familias recién llegadas y otros factores que tendrán una repercusión directa en la vida de los menores refugiados.

• **Cambio en el estatus socioeconómico de la familia.** Para muchas familias de refugiados se trata de un descenso de nivel de vida. El cabeza de familia ya no es el prestigioso médico, tendero o ingeniero al que todo el mundo respetaba en su país. Al padre del niño refugiado nadie le saluda por la calle y tiene que vender cigarrillos escondido en la boca del metro y trabajar en la economía sumergida. El niño, que siempre ha idealizado a sus padres y los ha visto fuertes y omnipotentes, ve como se desmoronan, como discuten y descargan sobre él la insatisfacción personal y social que provoca la nueva situación.

⇒ Hipermadurez y redistribución de roles. Los niños comienzan a asumir responsabilidades de adultos que no son propias de su edad, particularmente en familias monoparentales. Con frecuencia se les deja solos en la casa al cuidado de hermanos menores y comienza el absentismo escolar.

⇒ Se les utiliza erróneamente como intérpretes. Puesto que el niño tiene más capacidad de adaptación que el adulto, aprende la lengua y las costumbres más rápido. Dondequiera que van los adultos, el niño les hace de intérprete e interlocutor en las entrevistas con la policía, en las ONGs, etc. por lo que escuchan y participan activamente en conversaciones de adultos y se fuerza su crecimiento.

• El fenómeno de la “Occidentalización” de las mujeres / conflictos matrimoniales y diferencias generacionales. Tiene una repercusión especial en familias de origen musulmán. En el país de acogida, las mujeres no sólo salen a la calle y se relacionan verbalmente con personas del sexo opuesto, sino que también trabajan y son generalmente las únicas que encuentran empleo fácilmente y traen ingresos a casa (servicio doméstico). Esto es un verdadero choque para los varones que a menudo se traduce en problemas de agresión física o verbal, alcoholismo etc. de los que desgraciadamente también son víctimas los niños. Por otro lado, las niñas acuden a colegios públicos mixtos (cosa no bien aceptada por sus padres) donde comienzan a aprender los valores de la nueva sociedad. Muchos niños llevan una doble vida totalmente distinta dentro y fuera de sus hogares. Los niños, cuya personalidad está en proceso de formación, están incorporando valores de la nueva sociedad, en la escuela, con sus amigos de juego, que entran en confrontación con los de su cultura de origen. Se produce en ellos “la doble ruptura de la continuidad evolutiva y cultural”, su identidad cultural está amenazada.

• **La aculturación.** El proceso de adaptación, de buscar el equilibrio entre los valores propios de una cultura a la del nuevo país de acogida, puede producir actitudes opuestas:

⇒ **Asimilación.** En un intento por olvidar y romper con todo lo que recuerde a su país de origen, y sentirse mejor aceptados y no discriminados en el país de asilo, hay personas que pierden su propia identidad cultural e idealizan los valores de la nueva sociedad. Algunos comienzan cambiando el nombre a sus hijos y poniéndoles nombres españoles, prohibiéndose hablar su lengua materna y rompiendo todo contacto con sus compatriotas. El niño ve que su cultura se encuentra desvalorizada y prácticamente negada, no sólo por el país de acogida sino por su propia familia.

⇒ **Anti-integración.** Todo lo contrario a la actitud anterior, padres que se aferran a sus valores culturales hasta límites extremos (las esposas y niñas no salen de las casas). Los niños sufren esta actitud de los padres que llega en casos a impedir que las niñas aprendan el idioma del nuevo país, que vayan a la escuela, o que se relacionen con otros niños de distinto sexo.

• **Trastornos psicológicos y fragmentación de la familia.** Las experiencias y situaciones traumáticas vividas por los niños durante las etapas señaladas anteriormente, así como las de sus padres, influyen claramente en la salud mental de los hijos, que terminan manifestándose antes o después. Es un colectivo de riesgo, que necesitaría seguimiento/asistencia psicológica especializada aunque normalmente no se demanda.

Todos estos factores se agravan en aquellos casos en los que los menores no están acompañados de sus progenitores o tutores legales, de familiares o personas conocidas, y llegan a un país de asilo en el que no tienen ningún. Se convierten en los más vulnerables entre los vulnerables: son niños, son refugiados y están solos.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA ACCIÓN EN FAVOR DE LOS NIÑOS REFUGIADOS

3.1 Instrumentos internacionales y regionales

Las bases para las medidas especiales en pro de los niños refugiados están bien establecidas tanto en el derecho nacional como en el internacional. Los niños refugiados comparten derechos universales con todas las demás personas, tienen derechos adicionales en su calidad de niños y derechos específicos por ser refugiados. Con motivo de su dependencia, vulnerabilidad y necesidades de desarrollo, tanto en derecho nacional como internacional se conceden a los niños derechos civiles, económicos, sociales y culturales específicos. Los niños refugiados tienen derecho a la protección y asistencia internacional del ACNUR.

Un principio del derecho internacional fundamental para la política de

asistencia a los niños es la responsabilidad primordial de los padres o tutores legales de cuidar a los niños. Los Estados son responsables de proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio, incluidos los niños refugiados, y de proporcionar a los adultos, bajo cuya tutela están estos niños, el apoyo necesario para cumplir con sus responsabilidades.

El problema que se plantea es que, incluso contando con tanto respaldo normativo para responder a los derechos y necesidades de los niños sigue habiendo deficiencias en la aplicación práctica de estos principios y se vulneran sus derechos.

Enumeramos a continuación algunas Convenciones, resoluciones y documentos de interés en cuanto a la protección de los niños refugiados:

- Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo adicional de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado;
 - Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
 - Convención relativa al Estatuto de las Personas Apátridas (1954)
 - Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; y protocolos (1950)
 - Convención de la Haya para la Protección de los Menores (1961)
 - Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo opcional (1966)
 - Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
 - Instrumentos internacionales desarrollados por la Conferencia de la Haya desde 1980
 - Convención sobre los Aspectos Civiles del Reclutamiento de Niños (1980)
 - Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
 - Convención de la Haya para la Protección de Menores y Cooperación con respecto a la Adopción Internacional (1993)
 - Resolución de la Unión Europea sobre Garantías Mínimas para los Procedimientos de Asilo, 1995.
 - Resolución del Consejo de la Unión Europea sobre “menores no acompañados nacionales de terceros países”, 26/6/97.
 - Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR:
 - * 1987, Conclusión nº 47 (XXXVIII)
 - * 1989, Conclusión nº 59 (XL)
 - * 1993, Conclusión nº 71 (XLIV)
 - * 1994, Conclusión nº 74 (XLV)
 - * 1997 Conclusión nº 84 (XLVIII)

 - Directrices del ACNUR sobre niños refugiados (1988 –1994)
 - Manual de Procedimientos y Criterios para la determinación del Estatuto de Refugiado (ACNUR 1988)
-

3.1.1 Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo adicional de Nueva York de 1967

Dentro del marco legal internacional, la ONU, a raíz de la 2ª G.M. y motivado por los importantes flujos de refugiados que ésta provoca, aprueba los siguientes instrumentos legislativos: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra 1951) y su Protocolo adicional firmado en Nueva York en 1967.

La Convención es un tratado jurídicamente vinculante y la piedra angular del derecho internacional en materia de refugiados. Establece el principio de no-devolución («non-refoulement») según el cual ninguna persona puede ser devuelta contra su voluntad a un territorio donde pueda ser objeto de persecución. Asimismo establece una normativa para el tratamiento a refugiados en la que incluye aspectos como su condición jurídica, empleo y bienestar. 136 Estados han firmado la Convención y el Protocolo al día de hoy.

La Convención y el Protocolo definen a un refugiado sin tener en cuenta la edad, y no hacen ninguna mención específica en cuanto al estatuto de los niños refugiados. La única referencia a los niños refugiados se hace en el Acta final de la Convención, Recomendación B sobre el principio de la unidad familiar, por el que se insta a los gobiernos a tomar las medidas necesarias en favor de las familias de refugiados, especialmente con vistas a la protección de los menores refugiados, y particularmente los niños no acompañados, refiriéndose concretamente a la tutela y la adopción.

Aparte de esta mención, el Capítulo IV sobre Bienestar, invita a los Estados Parte a otorgar a los refugiados el mismo tratamiento que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

La Convención y el Protocolo contemplan el estatuto legal de los refugiados en general, pero no los derechos específicos de los niños refugiados.

Cuando se procede a determinar si un niño es o no refugiado, no suelen plantearse problemas cuando, como en la mayoría de los casos, los menores vienen acompañados por uno o ambos padres. Pero, determinar si un niño tiene o no “fundados temores” de sufrir persecución es mucho más complejo cuanto éste no está acompañado, y requiere una atención especial que no siempre se da.

3.1.2 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

El reconocimiento internacional sobre la necesidad de proporcionar a los niños una protección especial fue enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño (por la Liga de las Naciones) y en la Declaración de los derechos del niño aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). 23 y

24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, art. 10), y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño.

Lamentablemente, se tardó 30 años en formular los derechos del niño en forma de acuerdo internacional vinculante, con la adopción de la Convención de UN sobre los Derechos del Niño (actualmente el tratado más ratificado en mundo entero, 192 países al 23/10/98, cifra que no tiene precedentes en la esfera de los Derechos Humanos).

Cuando nos referimos a un enfoque sobre Derechos humanos en cuanto a la protección de los niños, incluyendo niños refugiados, esta Convención es el instrumento de base y el punto de partida.

La Convención sobre los Derechos del Niño -CDN- (1989) proporciona un marco amplio para definir las responsabilidades de los Estados parte con respecto a los niños que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo. Además, en su calidad de Convención de Naciones Unidas, constituye un marco normativo de referencia para las actividades del ACNUR.

La CDN contiene artículos específicamente referidos a los niños refugiados. Concretamente, el artículo 22 contempla una protección especial para los niños refugiados y solicitantes de asilo, y menciona las obligaciones de los Estados de cooperar con las organizaciones competentes proporcionando asistencia y protección.

En la CDN están consagrados los principios que deben ser aplicados a todos los niños. Por lo que respecta a los niños refugiados, destacamos aquí los siguientes artículos:

- * - **Artículo 3: El interés superior del niño**
- * - **Artículo 2: no-discriminación: raza, color, sexo idioma, religión, opinión política, origen nacional.**
- * - **Artículo 6: vida, supervivencia y desarrollo,**
- * - **Artículo 12: Participación: Derecho a ser escuchados, opiniones del niño;**
- * - **Artículos 7y 8: Derecho a tener un nombre, nacionalidad e identidad y ser querido por sus padres;**
- * - **Artículo 9: Derecho a vivir con sus padres a menos que sea incompatible con el interés superior del niño; derecho a mantener contacto con ambos padres;**
- * - **Artículo 10: Derecho a la reunificación familiar;**
- * - **Artículo 11: sobre traslados o retenciones ilícitas a menores en el extranjero**
- * - **Artículos 13, 14 y 15: libertad de expresión, de pensamiento, conciencia, religión y asociación**
- * - **Artículo: 37: no ser objeto de torturas ni privación de libertad.**

3.2 Marco legal Nacional

Menores no acompañados. Son aquellas personas menores de 18 años que están separados de sus padres, y de los que no se ocupa ningún adulto que, en virtud de la ley o de la costumbre deba desempeñar esa función.

La responsabilidad legal de los niños refugiados o solicitantes de asilo no acompañados recae en el gobierno del país de asilo. Por ello el niño debe tener siempre un representante legal, para la toma de decisiones, defender sus intereses, representarle en procesos judiciales etc.

3.2.1 Legislación vigente más relevante en España en materia de asilo:

- Instrumento de 22 de julio de 1978, por el que España se adhiere a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.
- La Constitución española de diciembre de 1978, en su artículo 13.4, reconoce el derecho de los extranjeros a solicitar asilo en España.
- Ley 5/84, de 26 de marzo de 1984, Reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado.
- Ley 9/94 de 19 de mayo de 1994, de modificación de la Ley 5/84.
- Reglamento de aplicación de la Ley 9/94 (Real Decreto de 10 de febrero 1995).

3.2.2 Disposiciones de la legislación española en cuanto a los solicitantes de asilo menores no acompañados.

a) Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 “Ley de Extranjería”:

Artículo 12: Menores extranjeros en general.

- Serán tratados conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, (ratificada por España en 1990),
- Tendrán derecho a la educación conforme a la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo;
- Asistencia Sanitaria y demás prestaciones sociales, conforme a la citada Convención y a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero).

Artículo 13: Menores en situación de desamparo.

- “Cuando se trate de menores en situación de desamparo ... éstos serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal.”
- En ningún caso podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas

en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería (7/85) y en este Reglamento si se trata de menores solicitantes de asilo, en que se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/84, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/94.

b) Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984 de Asilo

Artículo 15. Prestaciones sociales y trabajo de los solicitantes.

Los solicitantes menores de 18 años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. *Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo.*

3.2.3 Solicitantes de Asilo Menores no Acompañados: la experiencia española.

En España comienzan a llegar menores no acompañados a solicitar asilo en 1986-87, con motivo de la guerra entre Irán e Irak. Se trata principalmente de iraníes varones, entre 13 y 17 años que han sido enviados a Europa por sus padres para evitar que fueran enrolados en el servicio militar y reclutados por el ejército para participar en la guerra.

Para dar respuesta a las necesidades de asistencia de estos menores, se abre una residencia en 1987, dirigida por los Padres Mercedarios y financiada por el entonces INSERSO, en la que, a demás de esta Congregación, prestaban sus servicios también un psiquiatra y un trabajador social de la Cruz Roja, como principal organización encargada de los programas de asistencia a solicitantes de asilo y refugiados en España en aquellos años. Para formular sus peticiones de asilo recibían el asesoramiento legal de abogados de ONGs especializadas en refugiados (principalmente de CEAR) y, a menudo, se acompañaban de informes sociales individualizados que elaboraban los trabajadores sociales y los propios Padres Mercedarios para apoyar la concesión de asilo de estos menores. Esta residencia sigue funcionando al día de hoy y continúa acogiendo solicitantes de asilo y extranjeros menores de edad.

Existen en la actualidad otros dos nuevos Centros de Acogida para extranjeros y refugiados, uno en Barcelona y otro en Canarias.

Aunque las competencias en materia de menores estén descentralizadas¹, las peticiones de asilo formuladas por menores en las distintas Comunidades Autónomas, al igual que las de los adultos y familias, son remitidas y procesadas desde la Oficina de Asilo y Refugio -OAR- en Madrid, dependiente del Ministerio del Interior.

Con independencia de que el número de solicitudes de menores en España no sea “relevante”, es necesario reforzar la coordinación entre las distintas instituciones y organismos que intervienen en materia de menores refugiados, y que las competencias y los procedimientos de derivación estén claros, para evitar situaciones de desamparo o desatención a este colectivo.

3.2.4 Procedimiento en Madrid para la tramitación de solicitudes de asilo de menores no acompañados.

Hasta la fecha, el procedimiento que se ha seguido es el siguiente:

1) Se presenta una petición de asilo en la OAR por parte de un menor. Se le toma nota de los datos y se hace una pre-solicitud de asilo en tanto se le asigna el Tutor o Representante Legal.

2) El menor es entrevistado por la Trabajadora Social del IMSERSO en la OAR, que procura recabar más información en cuanto a la procedencia del menor, posibles familiares o parientes que puedan responsabilizarse de él etc. Se elabora una nota y se comunica la presencia del menor tanto a la Fiscalía de Menores² de la CAM como a la Comisión de Tutela del Menor.

3) Se notifica a la Cruz Roja la necesidad de acompañamiento del niño y un voluntario conduce al menor a la Comisión de Tutela, en caso de que esté completamente solo. Desde la Comisión es derivado a un centro de acogida de la Comunidad Autónoma de Madrid para menores en situación de desamparo, donde permanecen un mínimo de 15 días en “observación”, a la espera de que se les asigne el Representante legal.

4) La asignación del Representante Legal suele demorar unos 15 días aunque existe un procedimiento de urgencia que puede tardar entre 24-48 horas.

5) En este primer centro suele tener un médico (no forense) que examina al menor en caso de que exista duda en cuanto a su minoría de edad. El informe pericial del médico-forense tiene que ser ratificado por la Comisión de Tutela para que tengan validez.

6) Tras su estancia en el primer Centro de observación (generalmente el Centro de Hortaleza), son trasladados generalmente a la casa de Acogida de los Padres Mercedarios (con capacidad para 14 niños). Las niñas son alojadas en otros centros de acogida de la Comunidad de Madrid, aunque por lo general son muy pocas las solicitudes de asilo de niñas no acompañadas.

A veces las condiciones de los Centros de Acogida para menores en general pueden resultar difíciles para estos niños refugiados, por no disponer de unos servicios especializados en cuanto a la atención a refugiados (comenzando por los problemas de comunicación por falta de traductores).

3.2.5 Estadísticas sobre solicitantes de asilo menores no acompañados.

España ha recibido desde 1987 muy pocas solicitudes de menores no acompañados y, de hecho, tampoco se cuenta oficialmente con unas estadísticas fidedignas en cuanto al número total de solicitantes de asilo menores que han llegado a España desde entonces. La OAR está poniendo en marcha el

establecimiento de una nueva base de datos para poder registrar y contabilizar individualmente estas peticiones.

Las provincias desde las que se recibe mayor número de peticiones de asilo de menores son: Madrid, Canarias, Melilla y Barcelona.

Estadísticas «no oficiales» de menores no acompañados solicitantes de asilo en Madrid arrojan los siguientes datos:

En 1995: 17 solicitudes de las siguientes nacionalidades: Rumanía, Nigeria, Angola, Polonia, Burundi, Georgia, Armenia, Guinea Ecuatorial, Liberia y Somalia.

En 1996: 51 solicitudes: Irak, Irán, Rusia, Rumanía, Ecuador, Angola, Guinea Ecuatorial, Nigeria, Etiopía, Liberia, Somalia, Sierra Leona, Gana, Guinea Conakry.

En 1997: 60 solicitudes. Rumanía, Georgia, Bosnia-Herzegovina, Colombia, Senegal, República Democrática de Congo, Nigeria, Burundi, Ruanda, Argelia, Marruecos, Liberia, Camerún y Sierra Leona.

En 1998: 29 solicitudes: Nigeria, Sierra Leona, Sudán, Guinea Bissau, Argelia, Rumanía, Ecuador.

Algunas de las observaciones generales que podemos hacer en cuanto a estos menores, serían: que su edad oscila entre los 16 y 18 años, más de la mitad vienen indocumentados, y una gran mayoría utiliza la vía del asilo aunque se trate de inmigrantes económicos que vienen a buscar trabajo para poder apoyar a sus familias en los países de origen.

También se puede afirmar que las solicitudes de asilo presentadas en nombre de menores son normalmente admitidas a trámite. En cuanto a la motivación de sus peticiones de asilo, aunque en principio parecen haber salido por razones económicas, desde los centros de acogida se puede hacer una valoración mejor de la verdadera razón de la salida del menor de su país de origen. Con la convivencia diaria y el trabajo personalizado con estos chavales, se puede averiguar fácilmente si están o no realmente solos (reciben o no correspondencia o llamadas de sus parientes); qué ha sido de sus familiares; por qué tipo de situaciones han pasado o vivido en sus países de origen etc.

4. Recomendaciones para el tratamiento de los refugiados o solicitantes menores no acompañados.

1. - Que los niños refugiados tengan los **mismos derechos que los niños y que los refugiados**. Mismos derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos que otros niños viviendo en el país de acogida. Esto requiere respeto por parte de los Estados a la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, y a la Convención de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados.

2. - Que el principio del “**interés superior del niño**” informe todos los procedimientos que afectan a los menores.

3. - Que se **identifique con la mayor brevedad** a los menores no acompañados que pidan asilo.

4. - **El representante legal** debe ser nombrado rápidamente, con responsabilidad completa. Debe tener la formación necesaria en el área de la atención a niños y particularmente refugiados, que pueda proporcionar todo el apoyo psicosocial necesario a lo largo de todo el procedimiento de asilo, sin

coste alguno para el niño ni para aquellos a cuyo cuidado se encuentra el menor.

5. - Un niño solicitante de asilo debe estar representado legalmente por **un adulto que esté familiarizado con el historial** del niño y proteja sus intereses.

6. - **Las entrevistas** a menores de recogida de datos y de historia social se deben hacer de manera **adecuada a la edad/madurez** del menor y su bagaje cultural, por profesional cualificado y con formación en temas de menores y de refugiados. Lo mismo se pide para los intérpretes.

7. - Los menores no acompañados deben tener **un cuidado y protección especiales**.

8. - Los niños s/a **no deben ser detenidos** y menos aún en caso de no estar acompañados. Se debería permitir su **acceso al territorio**.

9. - Un menor no acompañado **nunca debe ser devuelto** a un tercer país en el que pueda correr peligro. Como norma general, un menor no acompañado no debería ser devuelto a su país de origen tras su denegación de la petición de asilo, a menos que se pueda garantizar que esto es en el interés superior del niño y que otras condiciones necesarias sean también garantizadas.

10. - Los menores no deben ser sometidos a **interrogatorios exhaustivos** en el momento de su llegada.

11. - Que se dé **prioridad a las solicitudes de asilo** de los menores, y se resuelvan con agilidad, sin que para ello se dejen de respetar todas las fases del procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado. Aplicar más ampliamente el beneficio de la duda.

12. - Cuando se examinan los elementos de hecho de una solicitud de un menor, se debe prestar atención a sus circunstancias particulares, como **el estado de desarrollo del niño**, su posible conocimiento limitado de las condiciones de su país de origen, el concepto que pueda tener de lo que es el estatuto de refugiado, su **nivel educativo y su grado de vulnerabilidad**.

13. - **Valoración de la edad**. No se debe tener en cuenta solo la apariencia física del niño sino también su madurez psicológica. Autorizar márgenes de error, emplear métodos que sean seguros y respeten la dignidad del niño. Se debe aplicar el beneficio de la duda en caso de que no sea certera la valoración de la edad.

14. - **Confidencialidad** de la información que se recabe del niño. para no comprometer su seguridad y la de su familia / lo mismo para la búsqueda de sus familiares.

15. - **La información** que se de al niño, debe proporcionarse en un modo claro y apropiado a su edad. Es importante mantenerle al corriente de los procedimientos, decisiones y consecuencias de las mismas.

16. - Todos los niños tienen derecho a **ser escuchados** en los procedimientos que les afectan. Aquellas personas que entrevistan niños deben tener una **formación apropiada** así como un conocimiento sobre el desarrollo del niño y de los **factores culturales relevantes**. Es conveniente contar con **intérpretes preparados** para asistir a los menores en las entrevistas.

NOTAS:

¹ Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla hace pocos meses que asumieron competencias directas en materia de menores.

² La FDM se encarga de la superior vigilancia de los menores, debe ser informada de todas las acciones y decisiones que se toman con los menores. Solicitan información sobre los casos, informes de seguimiento, intervienen en los casos etc.

EL MENOR ANTE EL PROCESO.

Félix Pantoja García.
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia Madrid.
Sección de Menores.

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”

(Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8)

“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”

(Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.9)

1. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS.

1.2. Legislación aplicable.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración, de la que se cumplen 50 años el próximo día 10 de Diciembre, establece en sus artículos 8 el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales, y en el art. 9, el derecho a ser oído ante los Tribunales, en las decisiones que les afecten a los menores.

En ambos casos, la Declaración, pone de relieve, el tratamiento del niño en los Tribunales, como sujeto de Derechos, y con la obligación del reconocimiento de sus declaraciones de voluntad, a fin de poder valorar el interés del menor en la causa.

- La Convención de los Derechos del Niño.

Igualmente, la Convención, en sus diversos preceptos, establece los modos de acceso de los niños ante los tribunales, y las garantías de sus derechos que les ofrecen aquellos. Y así:

El art. 3 obliga a los Tribunales a atender como consideración primordial el interés del niño.

El art. 9 establece la revisión judicial de aquellas medidas que puedan adoptar los Estados partes, y que consistan en la separación de los niños de sus padres.

El art. 12, establece la obligatoriedad de que los niños sean escuchados en los Tribunales en aquello que les afecte, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

El art. 19 establece la garantía judicial de la protección del niño ante cualquier agresión y abuso que pueda sufrir.

El art. 37 establece la tutela judicial del niño ante la limitación de sus derechos fundamentales, especialmente en cuanto a su detención y prisión,

proscribiendo toda clase de malos tratos de cualquier tipo.

El art. 40 establece la garantía jurisdiccional al niño imputado de hechos penales.

- La L.O. 1/96 de Protección Jurídica del Menor.

Especial atención merece la L.O. 1/96. Se presenta esta ley, en su exposición de motivos, como fruto de la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección en consonancia con lo dispuesto en la Constitución Española que al enumerar los principios rectores de la política social y económica obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta con carácter singular la de los menores. Además de atender a los diversos Tratados Internacionales suscritos por España, y en particular la Convención de Derechos del Niño (BOE 31.12.90)

Pretende, igualmente la ley, abordar una reforma de las tradicionales instituciones de protección del código civil, que ya fueron reformadas de modo importante con la ley 21/87

Así pues, además de la modificación de los preceptos del código civil, se formulan unos preceptos generales que sirven de base para vincular a todos los poderes públicos al marco jurídico de la protección de menores.

Pero con carácter general, y antes de entrar en la concreta articulación de la ley, hay que destacar la voluntad del legislador de incorporar al menor a la sociedad del modo mas completo posible, haciéndole corresponsable de sus decisiones y de los efectos de esta en la sociedad, atendiendo, naturalmente, a su capacidad de discernimiento, pero, en todo caso, anteponiendo la capacidad de manifestar su voluntad y que esta produzca efectos jurídicos. Esta voluntad del legislador, está llamada a producir importantes efectos en las relaciones jurídicas y jurídico procesales, en que intervienen menores y por ello, todos los que intervienen en la aplicación de la ley han de tener muy presente la formulación que la L.O. 1/96 realiza en este sentido, y por ello hay que destacar lo que en su título primero, capítulo primero que regula los derechos de los menores y el ámbito de aplicación de los mismos de la presente Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, en su art. 2, párrafo 2º establece « **que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva**. En tal sentido, la exposición de motivos de la Ley indica: «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente **en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.**

El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. **Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.**

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad **como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social: de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.**

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.»

- El derecho a la audiencia.

En congruencia con los criterios de la exposición de motivos de la ley, y todo lo expuesto hasta ahora, en el art. 9 se establece el derecho que tiene el menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

La Ley hace una llamada a que en los procedimientos judiciales las comparencias del menor se efectúen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo lo que debe alentar al legislador a proponer una modificación de la L.E.Cr. para que, otorgando un fuero especial a los menores en los procesos penales, estos puedan intervenir con garantía para su intimidad y los derechos señalados.

El nº 3 del art. 9 establece la obligación, se entiende, de toda autoridad, funcionario, representantes de la Administración. Pública., de comunicar al M^o Fiscal **la denegación de la audiencia solicitada por un menor y los motivos de**

dicha denegación. No dice la Ley qué tipo de acción puede entablar el Fiscal para que sea oído el menor, pero, en todo caso, atendiendo a los principios generales de la promoción de la justicia y representación procesal de los menores que corresponde a la Fiscalía deberá instarse a la actuación que pueda proceder en su caso para hacer efectivo el derecho de audiencia que corresponde por esta Ley al menor.

2. ELMENORANTE LA JURISDICCION PENAL.

2.1. El menor como víctima del delito. La necesidad de un fuero procesal especial.

De todos son conocidas las vicisitudes que sufren las víctimas de los delitos en el proceso penal. De una parte, la propia naturaleza del proceso, en el que uno de los principios fundamentales es la presunción de inocencia que garantiza la Constitución al procesado y que implica una actividad de defensa que a veces ataca la integridad de la víctima mediante aquellas actuaciones tendientes a desvirtuar su testimonio que, legítimas, no dejan de dañar especialmente a los menores.

Por otra parte, la lentitud de la justicia, lleva a que, en ocasiones, los menores deban efectuar el relato de su agresión, en varios momentos del proceso, ante distintas autoridades y funcionarios, para terminar con la exposición en el acto del juicio oral, en un ambiente evidentemente hostil, distanciado en el tiempo del momento en que ocurrieron los hechos, a veces sometido a presiones afectivas durante este tiempo, y en todo caso enfrentando el proceso en evidente situación de fragilidad. Por ello se reclama, y así se hace desde estas líneas, la **atribución de un fuero especial a los menores**, al modo del previsto en los arts. 412 y 413 durante la instrucción, y 702 y 703 de la L.E.Cr. durante la fase de juicio oral, para determinadas autoridades, de forma que los menores puedan declarar en su domicilio, o por escrito incluso efectuado por el secretario judicial que transcriba las manifestaciones del menor en su domicilio o lugar adecuado, y con el asesoramiento técnico que precise.

La regulación legal, podría determinar los límites de edad, o de circunstancias de cada menor mediante una especie de juicio de discernimiento, en que procedería este modo de actuar.

En todo caso, se considera urgente, abordar una modificación legislativa en este sentido.

2.2. El menor responsable penal.

Pocas peculiaridades se encuentran en el procedimiento de los menores entre 16 y 18 años, desde el punto de vista procesal. Sí los contempla el derecho penal sustantivo con la atenuante muy cualificada de minoría de edad del artículo 9 3º del código penal de 1.973 aún vigente por la disposición derogatoria del código penal de 1.995. Igualmente cabe decir de la vigencia del artículo 65 del

código penal de 1.973. Ambos supuestos permiten aplicar a los menores entre 16 y 18 años un tratamiento mas próximo al interés del menor que el que con carácter general otorga el código penal y la legislación procesal penal y penitenciaria al reo.

Por otra parte, hay que señalar que la futura ley penal juvenil, establece un nuevo tratamiento procesal a los menores de 21 años y mayores de 18 a los que se podrá aplicar el procedimiento de menores en determinados supuestos.

2.3. El menor en la L.O. 4/92.

Cuando el menor entre los 12 y los 16 años comete un hecho tipificado como delito o falta por el código penal, entra en juego lo establecido por la L.O. 4/92 para la responsabilidad de los menores, que , en la actualidad permite la intervención entre los 12 y 16 años, con amplias facultades al fiscal para llegar a soluciones a través de la mediación o la reparación extrajudicial, como se pone de manifiesto en la práctica diaria en la Fiscalía de Menores.

La Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, otorga al Ministerio Fiscal una serie de competencias, que sin duda ninguna pueden calificarse como de protección de menores.

Si bien la Ley Orgánica referida tiene como objetivo, establecer un procedimiento para aquellos menores de 16 años y mayores de 12 que han infringido las Leyes Penales (Código Penal y Leyes Penales especiales), y en consecuencia expresar el reproche social de sus conductas, no cabe duda de que la pretensión procesal que se desprende de una interpretación sistemática de la Ley, es evidentemente educativa, por lo que la responsabilidad atribuida al Fiscal en cuanto que postula ante el Juzgado la imposición de una medida, es necesariamente protectora.

Un análisis de la naturaleza jurídica de la ley orgánica 4/92 nos permite encontrar la razón protectora de la misma.

La cuestión principal para determinar la naturaleza de la Ley, estriba en conocer cuál es la pretensión procesal y con qué instrumentos hemos de contar para alcanzar la misma; la determinación de la naturaleza de la Ley pasa por tener en cuenta que es una Ley limitativa de los derechos y libertades de ciertas personas, que, como menores de edad penal, carecen de culpabilidad, por lo que, aunque infrinjan tipos penales, no cometen delitos, y si no cometen delitos no se les pueden imponer penas, ni es de aplicación el proceso establecido para el enjuiciamiento de delitos.

Ahora bien, si en el proceso de menores, que no puede ser un proceso para el enjuiciamiento de delitos por la razón apuntada, sí se adoptan medidas restrictivas de derechos y además no unas medidas cualesquiera como se pueden adoptar en otros proceso con otras pretensiones - piénsese en las limitaciones de los derechos patrimoniales en el ámbito del proceso civil, por ejemplo - sino

medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son los reconocidos en los artículos 17 y 18 de la Constitución, y de la máxima y reconocida valoración, como es el derecho a la libertad, concluiremos reconociendo que trate de un proceso penal o no, al afectar aspectos tan fundamentales de la organización jurídica de la sociedad, y conforme el T.C. ha reiterado, debemos contar con la protección del sistema de garantías establecido.

Sin embargo hemos de seguir insistiendo que este sigue siendo un proceso distinto al penal, y también reconocer que participa de elementos que no se encuentran en el proceso penal de adultos.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica reguladora, se refiere a la necesidad de regular un proceso que, no obstante sus especialidades por razón de los sujetos del mismo (los menores carentes de culpabilidad), disponga de todas las garantías de nuestro ordenamiento constitucional. No se refiere a un proceso penal, sino a un proceso con todas las garantías de nuestro ordenamiento constitucional - todos los procesos cuentan con ellas, cada uno en la medida en que su regulación y su pretensión lo requiere - y sobre todo, la exposición de motivos se refiere a las especialidades de los menores y siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.

Aparece, pues, «la especial valoración del interés del menor», como principal elemento diferenciador que singulariza al proceso de menores respecto de otros procesos.

Ahora bien, ¿qué se puede entender como interés del menor? Desde luego el interés procesal como sujeto de las garantías establecidas en la Constitución al igual que el imputado mayor de edad penal, pero sin duda debe consistir en algo más; y ese algo más, también sin duda, trasciende a una valoración estrictamente penal del proceso; y esto se pone de manifiesto en forma expresa, cuando en el párrafo segundo de la regla sexta del artículo 15 de la Ley Orgánica y en atención, entre otros factores, a **las condiciones y circunstancias del menor**, el Fiscal puede dar por concluida la tramitación del expediente, o también, cuando al regular las medidas cautelares, ordena, tanto al juez como al fiscal, la adopción de éstas **para la protección y custodia del menor y teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del mismo**. Igualmente, y esto debe reputarse trascendental para determinar la naturaleza del proceso, la Ley al regular la resolución judicial en la que se impone la medida, ordena al Juez **valorar la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social**. Es decir, que la respuesta judicial ha de tener tanto en cuenta, los hechos cometidos por el menor, como todas las circunstancias de índole psico-social que afecten al mismo. Y nada de esto es posible sin tener en cuenta lo que establece la regla cuarta del mismo artículo 15 que, ordena al fiscal solicitar del equipo técnico la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa, familiar y del entorno social del menor, y en general sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.

Es pues evidente que, en el tratamiento del interés del menor, radica el elemento diferenciador de este proceso con el proceso penal ordinario, pues es ese interés el que justifica la restricción de los derechos y libertades fundamentales puestos en cuestión, quizás pudiendo afirmarse **que sólo el interés del menor** es el que permite tales restricciones, siendo así que todas estas consideraciones aproximan la naturaleza del proceso más hacia un concepto educativo que sancionador, o en todo caso a lo que podríamos llamar una **pretensión educativamente sancionadora**, donde junto a los principios constitucionales del proceso penal, intervienen unos criterios educativos, también constitucionales, con encaje en el artículo 27.2 de la Constitución y que informan en la misma medida que los demás citados, la Ley Orgánica que nos ocupa.

Se trata pues, de un proceso educativo a la vez que sancionador, pues trata de dar respuesta a los menores que han infringido lo establecido en el Código Penal, a través de unas resoluciones judiciales que contribuyan al **desarrollo de su personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales**, precisamente porque en algún momento ellos mismos no respetaron la convivencia o los derechos y libertades de los demás. Parece que no cabe otra justificación a este procedimiento y a las medidas que se imponen, y, en consecuencia, no tienen otra justificación las restricciones de los derechos fundamentales de la persona que los menores pueden sufrir a lo largo del mismo.

De aquí se deriva que la actuación del Fiscal, sólo cabe entenderla como una actuación en protección de los menores, al postular ante los tribunales, la aplicación de medidas educativas en interés del menor y en consecuencia es el interés del menor el que postula el fiscal ante el Juez de Menores.

Configura la Ley el esquema para la aplicación de las medidas educativas atribuyendo al Ministerio Fiscal la instrucción de la causa. Esta actividad instructora tiene como objeto, la determinación de los hechos en que ha participado el menor y que presuntamente vulneran lo establecido en las Leyes Penales; ahora bien, no solo la actuación del Fiscal se refiere a la acreditación de los hechos imputados, sino que, a lo largo del procedimiento, la Ley le permite, y en ocasiones le obliga, a valorar otros aspectos a parte de los fácticos, ante de adoptar alguna decisión con respecto al menor.

Asimismo, la que hemos llamado actividad protectora del Ministerio Fiscal en este procedimiento se expresa en la regla 2ª del Artículo 15 de la Ley cuando dice **«corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor,...»**, mandato este imperativo de la Ley que se lleva a cabo a través de los diversos mecanismos que la misma pone a disposición del Fiscal.

Elemento clave para la postulación del Fiscal de medida educativa es lo que la regla 4ª del citado Artículo prescribe obligatorio para el Fiscal que deberá requerir al Equipo Técnico de Apoyo un informe sobre la situación psicológica,

educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.

Es pues comprensible, a la vista del precepto legal, que el procedimiento gira, no solo, alrededor de los hechos imputados al menor cuya acreditación compete al Fiscal, sino también sobre aquellas circunstancias psicosociales determinantes de su personalidad y de su posición ante los hechos. Más no queda aquí reducida la actuación del Fiscal -a postular una medida educativa teniendo en cuenta el informe del Equipo-, sino que es el propio Fiscal quien tiene a lo largo del procedimiento, facultades dispositivas para concluir el mismo o incluso articular -con los correspondientes informes Técnicos y bajo control del Equipo- medidas reparadoras de contenido educativo.

Además de lo expuesto en la tramitación del procedimiento la Ley encomienda al Fiscal el seguimiento del cumplimiento y de la eficacia de la medida impuesta, es decir, del alcance efectivo que de la propuesta educativa hecha en su momento se lleve a cabo. Y así, el art. 23 de la Ley, permite al Juez, la modificación de la medida impuesta, a la vista de los informes que sobre su cumplimiento y eficacia se emitan, y ello a instancia del Fiscal, que ha de conocer, en consecuencia, los elementos técnicos de esta evolución, y sustentar su postulación de modificación, ante el Juzgado de Menores, siempre atendiendo al interés del menor, del que el Fiscal es en todo momento garante.

Así pues, el interés jurídicamente protegido por esta Ley, que la exposición de motivos de la misma define cuando dice que «**la presente ley establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor**», es decir EL INTERES DEL MENOR, se encomienda de manera preferente al Ministerio Fiscal, a través de sus decisiones en el proceso, de la postulación de medida y del control de la misma a los fines educativos, como hemos manifestado reiteradamente.

Cabe decir para terminar, que el ejercicio de las funciones encomendadas por la ley al Ministerio Fiscal, suponen un ejercicio de aproximación a otras ciencias distintas de las jurídicas, sin las que no cabe salvaguardar el interés del menor, en cumplimiento del mandato legal.

2.4. La futura ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.

La reformas introducidas en el anteproyecto de ley de Justicia Juvenil, establecen la consideración de naturaleza penal del texto, lo que se lleva a su título que se rubrica como ley orgánica reguladora de la «responsabilidad penal» de los menores, lo que supone, con el precepto que regula el art. 19 del código penal, una exigencia de responsabilidad penal desde los 13 años, si bien con una notas que acentúan un tratamiento sancionador y educativo y que se pone de manifiesto en:

a) En la determinación de los regímenes aplicables tanto a los menores de 13 años como a los mayores de 18 cuando en los casos previstos en este proceso (arts. 3 y 4), ya que se atiende tanto a la protección del menor de 13 como a las circunstancias personales y a su grado de madurez.

b) La aplicación de medidas terapéuticas previstas en el art.5.2, a los menores que padezcan algunas de las circunstancias del artículo 20 n.ºs. 1, 2 y 3 del código penal.

c) En el art. 6 cuando se define la intervención del Ministerio Fiscal, vigilando las actuaciones en interés del menor.

d) En el art. 7 cuando se describen las medidas por su propia definición.

e) En el art. 14 al supeditar la modificación de la medida impuesta a que esta modificación redunde en interés del menor.

f) En el modo de regular la detención del menor, especialmente en su apartado 3.

g) En lo que establece el art. 18 que regula el principio de oportunidad del Fiscal mediante la posibilidad de desistir de la incoación del expediente, o acudir a la reparación y conciliación con la víctima, en interés del menor.

h) En la regulación de la actuación instructora del Ministerio Fiscal en el art. 23, al que obliga a proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del menor. Es decir, que ha de **valorar el interés del menor como parte de la instrucción**, algo absolutamente distinto al modelo panel y a la instrucción del proceso penal.

i) En la prohibición del ejercicio de acciones por particulares del art. 25.

j) En el importantísimo, desde este análisis, art. 27 que regula el informe del Equipo Técnico y la posible participación de otras entidades públicas y privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores.

k) En la valoración que el art. 28 establece para la adopción de una medida cautelar, que ha de sustentarse valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor.

l) En el modo en que se regula la conclusión del expediente y en particular en sus apartados 1º "in fine", 3 y 4 que pone de relieve los factores educativos y de interés del menor llegando a la posibilidad de que el Fiscal solicite el sobreseimiento y archivo del expediente.

ll) En el modo de regular la audiencia en el art. 35, con la participación de los técnicos en educación y con la preponderancia que se da a la protección de la identidad, intimidad e imagen del menor.

m) En el modo de regular, el art. 37, la celebración de la audiencia con la relevante participación del Equipo Técnico, y la relevancia del interés del menor para decidir sobre su presencia en determinados momentos de la misma.

n) En como se regula en los arts. 38 y 39 la sentencia y su contenido.

ñ) En la posibilidad de la suspensión de la ejecución del fallo, que se realizará en interés del menor.

o) En como regula el Título VI el régimen de recursos, y en particular la propia naturaleza del recurso de casación para unificación de doctrina ya que se extiende a las valoraciones de las circunstancias del menor.

p) En la regulación que el Título VII efectúa de la ejecución de las medidas, ya que su propia inclusión en el texto legal, revela el interés de la supervisión judicial y fiscal, en **todos** los ámbitos de la aplicación de la medida para alcanzar los objetivos educativos propuestos, y en particular, entre otros, el principio de resocialización del art. 55 para los casos de internamientos.

q) El tratamiento netamente diferenciado de la exigencia de responsabilidad civil, siendo, en este sentido deseable, volver al texto inicial que impedía la confesión y la prueba testifical ya practicada en el expediente, y ante la amplísima facultad judicial de llevar a la pieza separada aquellos particulares del expediente que considere pertinente; y por ello en un proceso de naturaleza sumaria al modo del procedimiento ejecutivo o el sumario hipotecario de las leyes procesales civiles. (regla 10ª).

r) En el régimen transitorio que prevé la Disposición transitoria única, que antepone el interés del menor como criterio más favorable para aplicar la presente norma.

s) Y por último la trascendental Disposición Final segunda que modifica el código penal excluyendo radicalmente la referencia penal e instaurando la novedosa **responsabilidad juvenil**. Igual, en el resto de responsabilidades finales, late la preocupación por configurar una jurisdicción especializada por lo que se llama a la especialización de Jueces, fiscales, abogados, policía judicial, psicólogos, educadores y trabajadores sociales que directamente van a trabajar con el presente instrumento jurídico.

No puede quedar duda, que la pretensión procesal es de naturaleza **sancionadora y educativa**, y que con todas las garantías de los procesos sancionadores adaptadas a la pretensión procesal aludida, exige **responsabilidad penal**, a los jóvenes infractores de las leyes penales positivas de nuestro ordenamiento jurídico.

3. EL MENOR ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL.

3.1. El menor en los procesos relativos a las crisis familiares.

En los casos de las audiencias a los niños en los procedimientos de separación y divorcio, (ley 30/81 regla 6ª nº 6), la presencia de estos ante la autoridad judicial presenta en ocasiones graves deficiencias, toda vez que, no todos los órganos jurisdiccionales que ejercen la jurisdicción de familia, son órganos con competencias exclusivas, y no cuentan con equipos técnicos adecuados, quedando en muchos casos los menores en situaciones comprometidas por los intereses contrapuestos de los padres.

La valoración de la audiencia corresponde al Juzgador y de ahí que la audiencia del menor deba realizarse a presencia judicial inexcusablemente, con la presencia del Ministerio Fiscal, que representa los intereses del menor, y con la posibilidad de reserva de las partes del procedimiento. Una vez realizada la

audiencia, ésta debe documentarse del modo que el Juez, con el auxilio del Secretario que da fe del acto, aprecie cual ha sido la manifestación del menor y este permita a las partes fijar sus posiciones.

Pero al igual que ocurre en el proceso penal, la presencia del menor en el proceso, no suele ser beneficiosa para el mismo, dependiendo igualmente de su edad y circunstancias. Es por ello, que la legislación procesal civil, debe ser lo suficientemente flexible como para permitir que el paso por el proceso no cree nuevas heridas en su proceso evolutivo.

3.2. Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales de los menores.

Los procedimientos declarativos para la protección de los derechos fundamentales de los menores, plantean un paso de los menores por el procedimiento fundamentalmente en lo referente a la prueba de su madurez, y en la valoración de su declaración de voluntad como elemento de fondo del proceso.

En todo caso, las condiciones requeridas son igualmente válidas para este tipo de procesos, resaltando, como mas significativo, el que el Ministerio Fiscal al representar la defensa de los derechos del menor, debe articular aquellas medidas tendentes a que su declaración de voluntad alcance la máxima relevancia, y a que ésta no quede mediatizada por otras actividades de parte o que el debate procesal perjudique su personalidad e integridad física y moral.

4. OTROS.

4.1. Los llamados «procesos» escolares.

La LOGSE establece los procedimientos encaminados a la corrección de los actos efectuados por los menores que supongan infracciones en el ámbito escolar. Se establece un procedimiento que con audiencia del menor se lleva a cabo una instrucción a la que sigue una fase de decisión con intervención de los estamentos representativos y directivos del Centro, según la sanción que proceda imponer. En todo caso, la audiencia del menor, la presunción de inocencia y la fase contradictoria, son los elementos básicos del procedimiento en línea con las recomendaciones legales aludidas en apartados anteriores.

5. CONCLUSIÓN.

Se trata con estas notas de hacer expresión de los contenidos que garantizan los derechos de los menores y su acceso a la jurisdicción, con los problemas que, en ocasiones lleva aparejada la situación del menor ante los Tribunales. Sería deseable, un compromiso social, que significaría algunas modificaciones de las normas procesales, para tratar que el paso del menor por

el proceso no le convierta en víctima del mismo, y que, siempre, se pueda cumplir el precepto recogido en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que la consideración primordial a la que se atenderá en las actuaciones judiciales será el interés superior del niño.

MESA REDONDA

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Dra. Ana Salado Osuna
Profª de Derecho Internacional Público
Universidad Hispalense de Sevilla

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”

(Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.28)

1. INTRODUCCIÓN.

Este texto se corresponde con mi intervención en el Curso sobre «50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Su influencia en la evolución de los Derechos del Niño», organizado por el Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera, celebrado en Noviembre de 1998. Desde estas páginas reitero mi agradecimiento por la invitación que en su día me fue cursada para participar en el mismo.

En este trabajo nos centramos en la efectividad de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante «CDN») tanto desde el punto de vista del Derecho interno como del Derecho Internacional. No obstante, con carácter previo consideramos oportuno realizar una aproximación a lo que ha significado la entrada en vigor de la CDN.

2. APROXIMACION A LA CDN.

La entrada en vigor de la CDN¹ confirma² que el niño es titular de derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, titularidad que está reconocida tanto respecto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales³.

La CDN tiene como finalidad primordial el «interés superior del niño»⁴, y aunque estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado⁵, es el principio sobre el que se articula el régimen de protección⁶. Además, la misma constituye un desarrollo progresivo respecto de otros instrumentos internacionales que le precedieron⁷, al determinar qué se entiende por niño⁸: el menor de dieciocho años de edad⁹.

Presenta como rasgo positivo el haber conseguido superar la divisibilidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales de la que fueron víctimas los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, recuperando la globalidad con la que los derechos humanos fueron proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Y como rasgo distintivo, es necesario destacar, el número de Estados Partes, casi la totalidad de los Estados que integran la comunidad internacional, consiguiendo de este modo la universalidad a la que aspiran todos los tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas¹⁰, universalidad que no siempre es alcanzada ante la reticencia de determinados Estados de asumir obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos. Un ejemplo significativo lo constituyen los Pactos Internacionales de Derechos Humanos pues, aunque en éstos un importante número de Estados son Partes, todavía no han alcanzado la universalidad pretendida¹¹.

Pero la CDN siguió el ejemplo de la mayoría de los tratados de derechos humanos (adoptados en Naciones Unidas así como en otras Organizaciones Internacionales Regionales) y permite «las reservas formuladas por el Estado en el momento de la ratificación o la adhesión» (artículo 51.1), sin embargo, precisa: «No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención» (artículo 51.2)¹².

El artículo 51.2 utiliza como límite para la aceptación de las reservas el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del tratado, que fue acuñado por la CIJ en su dictamen de 1951, relativo a la Validez de ciertas reservas a la Convención del Genocidio, y codificado en el artículo 19.c de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. El criterio de compatibilidad como límite para formular reservas y, por consiguiente, para su aceptación, es el utilizado cuando el tratado no se pronuncie en materia de reservas tanto en el Dictamen de la Corte como en la Convención de Viena. Sin embargo, la CDN utiliza dicho criterio (artículo 51.2), a pesar de que las reservas están permitidas (artículo 51.1), siguiendo el ejemplo de otros tratados de derechos humanos, entre ellos: la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 20) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de (artículo 28).

Los Estados han ejercido de forma generosa su facultad reconocida en el artículo 51.1 y han formulado reversas, en ocasiones, de dudosa compatibilidad con el objeto y propósito de este tratado¹³, de ahí que el Comité de Derechos del Niño, al examinar los Informes de los Estados, venga prestando especial atención a la cuestión relacionada con las reservas sugiriendo, en ocasiones, que las mismas sean retiradas¹⁴. Pero el Comité de Derechos del Niño hasta el momento no ha actuado como el Comité de Derechos Humanos que, en su Comentario General 24, se ha declarado competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵.

La estructura de la CDN guarda similitud con la de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos pues, además de contener un catálogo de derechos y libertades, instituye un mecanismo de control: el «Sistema de Informes Periódicos»¹⁶. Pero este tratado de derechos humanos no fue tan lejos como otros adoptados en Naciones Unidas que instituyen un mecanismo de quejas individuales para que pueda ser utilizado por toda persona que se considere

víctima de una violación de sus derechos reconocidos, cuando dicha violación haya sido cometida por un Estado Parte en el tratado en cuestión¹⁷.

3. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS PARTES.

Dado que nuestro propósito es analizar la CDN desde el punto de vista de su efectividad, ello exige que comencemos haciendo referencia a la obligación que asumen los Estados Partes de armonizar su Derecho interno con las disposiciones convencionales, quedando contenida dicha obligación en el artículo 4 que establece: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención». El citado artículo impone a los Estados una obligación de carácter general, la de armonizar, cuando sea necesario, su legislación y su práctica administrativa, deduciéndose del contenido de esta obligación tanto **obligaciones positivas**¹⁸ como **obligaciones negativas**¹⁹, las cuales están concretadas a lo largo del articulado²⁰.

Respecto de las obligaciones jurídicas precisas y concretas asumidas por los Estados Partes, éstos pueden incurrir en violación de la CDN por acción (por violar los derechos reconocidos al niño), pero también por omisión (por no actuar de manera positiva para que los derechos sean reales y efectivos). No obstante, respecto de esta última cuestión no plantea problemas para su atribución respecto de los derechos civiles y políticos, sin embargo, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales la situación parece ser distinta ya que «los Estados Partes adoptarán esas medidas (administrativas, legislativas y de otra índole) de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional» (artículo 4.1 «in fine»). Es decir, la obligación de adoptar medidas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales está condicionadas a los recursos de los que cada Estado disponga. En definitiva, la CDN parece distinguir entre Estados desarrollados y Estados en vía de desarrollo, distinción que también establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque éste sólo la realiza respecto de los derechos económicos y en relación con los nacionales²¹.

Pero la CDN no obliga a los Estados a que la misma sea integrada en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes, sino que cada Estado respecto de esta cuestión actuará de acuerdo con su Norma Fundamental²². Cuando se produce la integración de un tratado de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, con independencia de cuál sea la vía, ello tiene una importante consecuencia jurídica: el tratado puede invocarse ante las autoridades nacionales y, en particular, ante los tribunales de justicia, siempre y cuando sea un tratado “self executing”.

Para salvaguardar la falta de integración en el ordenamiento jurídico interno, ciertos tratados reconocen al particular el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional²³, otros imponen a los Estados el compromiso de garantizar un recurso efectivo²⁴. Disposiciones semejantes no están previstas en la CDN, ni

siquiera respecto de los derechos civiles y políticos, por lo que para que este tratado pueda ser invocado ante las autoridades nacionales tendrá que haberse producido su integración en el ordenamiento jurídico interno.

4. EL CONTROL INTERNACIONAL.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la efectividad de los derechos reconocidos al niño, es controlada por el **Comité de Derechos del Niño**, órgano instituido por la CDN que está integrado por diez expertos independientes, elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y que ejercen sus funciones a título personal. En la elección se tendrá en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. Cada miembro del Comité ejercerá su mandato por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegido²⁵ (artículo 43).

El control lo ejerce el Comité al examinar los informes que los Estados Partes están obligados a presentar «sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos y sobre los progresos que hayan realizado en cuanto al goce de los derechos» (artículo 44.1). Pero si un Estado no ha adoptado las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos: ¿qué mecanismos internacionales prevé la CDN?

A pesar de la obligación asumida por los Estados Partes de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos (artículo 4) y de la obligación de informar al Comité sobre las medidas adoptadas, la CDN no llega hasta sus últimas consecuencias, pues establece que en los Informes que los Estados tienen que presentar «deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención» (artículo 44.2). En definitiva, está reconociendo a los Estados la facultad de justificar sus comportamientos disconformes con las obligaciones asumidas, justificación que corresponde valorar al Comité.

En efecto, el Comité al examinar el Informe del Estado que haya realizado tal justificación, entablará un diálogo con la representación estatal, quien deberá aclarar los motivos que han impedido adoptar las medidas necesarias, en el supuesto de que el Informe no sea lo suficientemente preciso. Si el Comité considera que existen motivos razonables solicitará al Estado que realice todos los esfuerzos para eliminar los obstáculos que impiden hacer efectivos los derechos civiles y políticos. El Comité puede limitarse a solicitar que en la medida de lo posible haga todos los esfuerzos que esté a su alcance, cuando las medidas no hayan sido adoptadas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, si el Estado cuyo informe examina es un Estado en vía de desarrollo. Pero si el Comité considera que los motivos alegados por el Estado no son suficientes o razonables, podría recordar al Estado que está incumpliendo los compromisos internacionales asumidos por el tratado con el que se ha vinculado de forma voluntaria. Sin embargo, el Comité no puede hacer otra cosa que **recomendar** o **sugerir** al Estado que adecue su ordenamiento jurídico interno y/o su práctica estatal a los compromisos internacionales asumidos.

Este control internacional es ejercido por el Comité a través del «Sistema de Informes Periódicos», examinando los Informes iniciales que los Estados Partes están obligados a presentar, así como los Informes sucesivos que tienen que ser presentados cada cinco años (artículo 43.1), pudiendo solicitar a los Estados Partes, cuando lo considere oportuno, información adicional «relativa a la aplicación de la Convención» (artículo 43.4).

Los Informes estatales (sean iniciales o periódicos) son examinados por el Comité en sesión pública ante uno o varios representantes estatales²⁶, teniendo derecho a estar representados “los organismos especializados, el UNICEF y demás órganos de las Naciones Unidas” en relación con el examen de aquellas disposiciones de la CDN “comprendidas en el ámbito de sus mandatos” (artículo 45.a)²⁷. En la práctica también están representados ONGs con estatuto consultivo en Naciones Unidas, las cuales pueden presentar informes u observaciones al Comité sobre la situación del Estado cuyo Informe es examinado.

En la actualidad el Comité celebra tres períodos ordinarios de sesiones²⁸ reuniéndose, previamente a cada uno de ellos, el Grupo de Trabajo realizará un examen preliminar del Informe y preparará una lista de cuestiones²⁹, que será aprobada por el plenario del Comité y remitida al Estado Parte cuyo informe será examinado, para que dicho Estado proceda a realizar las oportunas aclaraciones, bien por escrito o durante el examen de su Informe en sesión pública.

Cuando el Comité examina un Informe estatal, además de prestar especial atención a las obligaciones generales asumidas por el Estado en cuestión, se ocupa así mismo de comprobar la actuación del Estado respecto de cada uno de los derechos reconocidos. Y en este contexto, si el Estado tiene formulada reservas y/o declaraciones, el Comité suele expresar sus dudas cuando, en su opinión, las reservas declaraciones planteen problemas de compatibilidad, sugiriendo que las mismas sean retiradas.

Cada miembro del Comité tiene derecho, de conformidad con su Reglamento, a formular cuantas preguntas y aclaraciones consideren oportunas realizar a los representantes estatales. De este modo, se entabla un diálogo entre el Comité y la delegación estatal, dialogo que debe ser constructivo y tener por finalidad que el Comité tenga un conocimiento cabal sobre la efectividad o no de los derechos reconocidos al niño respecto del Estado en cuestión.

Finalizado el examen del Informe, el Comité procederá a realizar una valoración del mismo, destacando tanto los aspecto positivos como negativos y, respecto de estos últimos, podrá realizar cuantas recomendaciones y sugerencias estime oportunas con el fin de que el Estado adecue su legislación y/o su práctica a las obligaciones convencionales asumidas. En nuestra opinión, cuando el Comité constate que el Estado, cuyo Informe ha examinado, no ha actuado conforme a los compromisos convencionales asumidos, debería señalarlo utilizando un lenguaje más contundente, pues el que aparece en sus Informes, en ocasiones, resulta ambiguo.

Sin perjuicio de lo anterior, además de realizar recomendaciones y sugerencias particulares a cada Estado, el Comité puede «formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención» (artículo 45.d). Desde que el Comité celebró su primer período de sesiones ha recurrido a las **Recomendaciones Generales**³⁰ en relación con diversas materias: para solicitar ampliación del número de períodos de sesiones y que se instituyera un Grupo de Trabajo; en otras, ha formulado peticiones a su Secretaría; ha subrayado la conveniencia de celebrar reuniones regionales oficiosas; ha prestado especial atención a que todos los documentos del Comité sean públicos; ha solicitado que se ponga a su disposición toda documentación relativa a los derechos del niño. Entre sus Recomendaciones Generales consideramos oportuno hacer referencia a aquellas en las que el Comité ha considerado la oportunidad de mantener una estrecha relación con otros órganos de control instituidos en diversos tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas, así como con los órganos que operan en los procedimientos extraconvencionales cuyo mandato es la esfera de los derechos del niño. Por último, queremos destacar las Recomendaciones Generales en las que el Comité ha impulsado la elaboración de un Protocolo Facultativo a la CDN relativo a la participación de niños en conflictos armados³¹, así como del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³².

Pero hasta el momento, el Comité de Derechos del Niño en sus **Recomendaciones Generales** no ha precisado el alcance y contenido de los derechos reconocidos, como suele hacer el Comité de Derechos Humanos respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es cierto que el Comité al examinar el Informe de cada Estado viene realizando esta labor de interpretación, sin embargo, para conocer cómo está interpretando los derechos y libertades reconocidos y cuál es el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados Partes respecto a cada derecho o libertad en concreto, hay que extraerlo de las conclusiones, recomendaciones y sugerencias que el Comité realiza respecto de cada Estado.

En el supuesto de que el Comité utilizara esta técnica, es decir, si precisara el alcance y contenido de los derechos reconocidos a través de Recomendaciones Generales, podría favorecer la efectiva aplicación de la CDN, ya que de este modo los Estados conocerían como viene interpretando el Comité las obligaciones convencionales, sin necesidad de tener que acudir a los informes de cada Estado. De ahí que consideremos que sería aconsejable que el Comité de Derecho del Niño precisara el alcance y contenido de los derechos reconocidos en la CDN en sus Recomendaciones Generales, porque su interpretación «autorizada» podría constituir una guía útil para los Estados Partes respecto del alcance de las obligaciones asumidas. Esta es la finalidad de los Comentarios u Observaciones del Comité de Derechos Humanos al interpretar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Si bien la labor realizada por el Comité de Derechos del Niño merece una valoración muy positiva, transcurrida la primera década de vigencia de la CDN, además de continuar ejerciendo sus funciones como hasta ahora, quizás sería conveniente que en el futuro el tuviese presente la actuación de otros órganos instituidos en los tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas, no sólo para celebrar con ellos reuniones y cambios de opinión, sino para que recoja la experiencia de tales órganos que puede constituir una directriz de gran utilidad. Entre los órganos convencionales que consideramos merecen ser tenidos en consideración están: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité contra la Discriminación de la Mujer, el Comité contra la Tortura y, en especial, el Comité de Derechos Humanos pues éste cuenta en su haber con más de dos décadas de experiencia y tiene en la actualidad una alta autoridad indiscutible.

5. EL PROBLEMA RELACIONADO CON LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

Pero la CDN adolece para su eficacia de un Procedimiento de reclamaciones interestatales, así como de un procedimiento de quejas individuales. Ante esta situación cabría cuestionarse si el niño víctima de una violación de sus derechos reconocidos está totalmente desprotegido en Derecho Internacional. La respuesta es negativa, sin embargo, necesita ser matizada.

A pesar de que la CDN no establece un procedimiento de reclamaciones interestatales ni de quejas individuales, es posible que el Comité reciba información de que en el territorio de un Estado Parte se han producido violaciones de los derechos reconocidos al niño. Si la información fuese fiable³³, el Comité podría solicitar explicaciones al Estado Parte al examinar su Informe y recordarle que tiene la obligación de dar efectividad a los derechos reconocidos, lo que incluye reparar las consecuencias de la violación. El Comité podría incluso llegar a **recomendar** o **sugerir** al Estado medidas concretas de reparación. El problema está en que habría que esperar a que el Estado Parte presente el Informe y a que el Comité proceda a su examen, por lo que el “Sistema de Informes Periódicos” se adapta mal para controlar las violaciones de derechos humanos. Pero que dicho mecanismo de control no sea idóneo no significa que el Comité esté eludiendo la investigación de las violaciones de las que haya podido ser víctima un niño, el problema está en que el Comité no tiene atribuida tal competencia.

Existen varios tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas que instituyen procedimientos contradictorios de reclamaciones interestatales y de quejas individuales³⁴. En el procedimiento de quejas individuales, que es el que hasta el momento viene funcionando en la práctica, se reconoce a toda persona que se considere víctima de una violación el derecho a presentar una denuncia contra el Estado Parte causante de la misma, ya sea su propio Estado o un tercer Estado, siempre que el Estado Parte haya aceptado poder ser denunciado por particulares ante el órgano internacional previsto en el tratado en cuestión. La aceptación constituye el requisito “sine qua non” para que los órganos de control puedan conocer de quejas de particulares, dado que la competencia de los mismo

es facultativa.

Entre los tratados de derechos humanos que instituyen el procedimiento de quejas individuales está el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el cual nos vamos a centrar por ser un tratado de derechos humanos de carácter general³⁵. Si el niño se considera víctima de una violación, podrá denunciar al Estado causante de la misma ante el Comité de Derechos Humanos³⁶, pero la disposición que tiene que invocar es la correspondiente del Pacto, no la de la CDN. Por consiguiente, puede suceder que si el derecho o la libertad violado está reconocido exclusivamente en la CDN pero no en el Pacto, en dicho supuesto el niño, víctima de la violación, no pueda reivindicar sus derechos ante el Comité de Derechos Humanos.

Partiendo del supuesto hipotético de que el derecho violado esté reconocido en el Pacto, la pregunta que cabría formularse es si todos los niños que se consideren víctima de una violación pueden presentar la correspondiente denuncia contra el Estado causante de la misma ante el Comité de Derechos Humanos. La respuesta no es todo lo positiva que cabría esperar: en primer lugar, porque mientras que la CDN ha alcanzado la universalidad en cuanto al número de Estados Partes, no ha sucedido lo mismo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aproximadamente cincuenta Estados no son Partes) y, un tratado internacional, aunque sean de derechos humanos, sólo vincula a los Estados Partes en el mismo. Y en segundo lugar, porque para que el Comité de Derechos Humanos pueda conocer de denuncias dirigidas contra un Estado Parte en el Pacto, el Estado causante de la presunta violación tiene que ser también Parte en el Primer Protocolo Facultativo, que es el que instituye el sistema de quejas individuales. En la actualidad, un tercio de los Estados Partes en el Pacto no lo son en el Primer Protocolo Facultativo, por consiguiente, tales Estados Partes en el Pacto no pueden ser denunciados ante el Comité de Derechos Humanos.

Ante esta situación es por lo que hemos sostenido, que la CDN no ha llegado hasta sus últimas consecuencias instituyendo un sistema de quejas individuales para que todo niño que se considere víctima de una violación de sus derechos reconocidos³⁷ pueda denunciar al Estado causante de la misma ante el Comité de Derechos del Niño. Esta es la realidad que presenta la CDN, realidad querida por los Estados Miembros de las Naciones Unidas que han sido sus negociadores, la han aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, y no han dudado en ratificarla o adherirse a la misma como prueba la universalidad alcanzada.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario poner de manifiesto que las violaciones de los derechos humanos fundamentales de las que haya podido ser víctima un niño pueden ser investigadas en Naciones Unidas, a través de los procedimientos extraconvencionales de protección instituidos por el Consejo Económico y Social, siendo el órgano competente: la Comisión de Derechos Humanos. A través de estos procedimientos pueden ser investigado las violaciones de derechos humanos en un país en concreto (Procedimientos Públicos Especiales por Países), y las violaciones de un derecho humano concreto en todos los Estados

Miembros de las Naciones Unidas (Procedimientos Públicos Especiales por Materias)³⁸.

En el marco de estos procedimientos extraconvencionales, los Relatores Especiales o los Grupos de Trabajo instituidos por la Comisión de Derechos Humanos, al examinar la situación en un país concreto, dentro del marco establecido en cada uno de sus mandatos, podrán investigar las violaciones de las que hayan podido ser víctimas los niños. A título de ejemplo, en el Procedimiento Público Especial sobre Ejecuciones Sumarias y Arbitrarias, el Relator Especial (órgano «ad hoc» instituido por la Comisión de Derechos Humanos), presta especial atención a las violaciones que se han producido (ejecuciones arbitrarias o sumarias), así como las futuras violaciones de las que pueden ser víctimas los niños: ejecuciones inminentes como consecuencia de una condena a pena de muerte (cuando el condenado sea menor de dieciocho años de edad), amenazas de muerte, e incluso la situación de los niños de la calle, ante el peligro para la vida de tales niños.

Y ello sin perjuicio de que en el marco de los Procedimientos Públicos Especiales por Materias han sido creado dos procedimientos específicos relativos a los niños por la Comisión de Derechos Humanos: **Procedimiento relativo a la venta de Niños (1990)**, instituyéndose al efecto un órgano «ad hoc», un Relator Especial, el cual es competente para investigar las cuestiones relativas a la venta de niños, la prostitución infantil, la pornografía con utilización de niños, así como la adopción de niños con fines mercantiles, como puede ser para el trabajo infantil o la venta de órganos. La finalidad primordial de este procedimiento es hacer cesar las violaciones y rehabilitar a los niños víctimas de tales prácticas. Y el **Procedimiento sobre la protección de niños en tiempo de conflicto armado (1994)**, instituyéndose al efecto un órgano «ad hoc», un Experto independiente. Sin embargo, las competencias de este órgano no es de investigación, sino la de estudiar de forma global la protección de los niños en los conflictos armados, incluida la participación de los niños en los mismos. La finalidad de este procedimiento es revisar las normas existentes para evitar que los niños participen o sean afectados por conflictos armados y establecer garantías en esta materia. También ha sido instituido un **Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de esclavitud**, por la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías.

El hecho de que tales órganos ejerzan su mandato en relación con los derechos del niño, es el motivo por el que el Comité de Derechos del Niño haya considerado la oportunidad de estar en contacto con los mismos³⁹. Además, hay que tener presente que la CDN, así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos, constituyen el marco normativo de referencia para el ejercicio de las funciones de los órganos creados por la Comisión de Derechos Humanos así como por la Subcomisión.

6. CONCLUSION.

A modo de conclusión queremos señalar que la CDN, como cualquier otro tratado de derechos humanos, presenta aspectos muy positivos como otros que pueden serlo menos. Destacar sólo los aspectos positivos puede generar a una

gran satisfacción, pero si obviamos los negativos nos apartamos de la realidad y podemos provocar confusión. De ahí que en una valoración crítica constructiva deban destacarse ambos aspectos porque, de ese modo, podremos contribuir a consolidar el régimen de protección internacional de los derechos del niño, que debe ser la finalidad última a alcanzar.

En esta breve reflexión hemos pretendido destacar la grandeza de la CDN, calificada como «Carta Magna»⁴⁰, así como la encomiable labor llevada a cabo por el Comité de Derechos del Niño, aunque también hemos puesto de manifiesto determinadas fragilidades, sobre todo, en cuanto a los mecanismos de protección.

En definitiva, aunque de forma somera, hemos pretendido señalar las luces y sombras de la CDN con la esperanza de que siempre sea de día para este tratado de derechos humanos. Si nuestro deseo se materializara, quizás el futuro de la humanidad sería menos cruento, menos bárbaro, porque los niños, además de necesitar una protección especial por su falta de madurez y por su vulnerabilidad, serán los que decidan los designios del mañana. Si queremos un futuro mejor, protejamos de manera real y efectiva los derechos del niño.

De ahí que no perdamos la ilusión de que el comienzo del siglo XXI se celebre acometiendo la labor de realizar un Protocolo facultativo que refuerce los mecanismos de protección para investigar las violaciones de los derechos del niño a través de procedimientos contradictorios, del mismo modo que en la actualidad está en proyecto de elaboración dos Protocolos facultativos normativos.

NOTAS:

¹La CDN entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

²Utilizamos la expresión «confirma», dado que el niño en tanto que ser humano, es titular de derechos subjetivos reconocidos en diversos instrumentos de derechos humanos, por lo que la CDN no hace sino reafirmar dicha titularidad.

³Con el objeto de ser más precisa queremos señalar que la CDN, salvo excepciones, no reconoce directamente los derechos y libertades al niño, sino que son los Estados los que se comprometen a reconocerlos, Vid. FERNÁNDEZ SOLA, N.: La Protección Internacional de los Derechos del Niño, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 41.

⁴La expresión interés superior del niño no es un concepto creado «ex novo» por la CDN, el mismo aparece a nivel internacional en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

⁵Respecto de esta cuestión, Vid. FERNÁNDEZ SOLA, N.: La Protección Internacional de los Derechos del Niño, op. cit., p. 42.

⁶Vid. PÉREZ VERA, E.: «El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la Protección Internacional de los Derechos Humanos», en Garantía Internacional de los Derechos Sociales, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 180-181.

⁷Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de Derechos del Niño (1959) y Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), sin olvidar la Declaración de Ginebra (1924).

⁸Vid. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.: Les Droits de l'enfant, Colección Que sais-je?, Ed. Presses Universitaires de France, 1991, en especial, pp. 9-40.

⁹No obstante, el artículo 1 establece que se considerará como niño al menor de dieciocho años de edad, «salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad». Paradójicamente también establece que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades» y «se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad» (artículo 38.2 y 3). Ambos párrafos no utilizan la expresión «niño» sino «persona» cuando establece la edad mínima para participar en hostilidades y para ser reclutado para las fuerzas armadas, por lo que parece ser que, en ambos supuestos, estos menores de dieciocho años de edad dejan de tener la condición de niño.

¹⁰En este contexto hay que reconocer que el Comité de Derechos del Niño ha ejercido una importante labor promoviendo la universalidad cuyo marco idóneo, en su opinión, son las Reuniones Regionales Oficiosas, Vid. Recomendación 3 (adoptada en su cuarto período sesiones), Doc. CRC/C/20 y Recomendación 2 (adoptada en su séptimo período de sesiones), Doc. CRC/C/34.

¹¹Tampoco la han alcanzado: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (1984), por citar otros tres ejemplos.

¹²Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Procedimientos para la Protección de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas», La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI, Ed. M. A. Verdugo y V. Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, p. 96.

¹³Hasta el momento ninguna reserva ha sido rechazada, es decir, no aceptada, aunque algunas de ellas sí han sido objetada por diversos Estados Partes. El problema que surge en este contexto es determinar a quién corresponde la facultad de no aceptar la reserva formulada por un Estado. No parece ser discutible que mediante la objeción unánime, los Estados Partes pueden rechazarla, para lo cual cuenta con un plazo de doce meses (artículo 20 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Pero qué sucedería si una reserva fuese rechazada

y el tratado ya estuviese en vigor para el Estado reservatario, cosa que se produciría tres meses después de que el Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión (artículo 49.2), con independencia de que su instrumento de ratificación o adhesión vaya acompañado o no de reservas. ¿Dejaría de ser el Estado reservatario Parte en el tratado, a menos que retire su reserva? ¿Permanecería vinculado por el tratado pero sin el beneficio de la reserva? Estos son sólo algunos de los problemas que plantean las reservas a la CDN, no siendo ésta una problemática exclusiva de este tratado, sino de todos los tratados de derechos humanos que no prohíben las reservas, salvo respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que en ambos tratados se instituyen sendos Tribunales de Derechos Humanos, los cuales son competentes para ejercer el control de validez en materia de reservas.

¹⁴A título de ejemplo, cuando el Comité examinó el Informe inicial de Túnez (Doc. CRC/C/11/Add.2), expresó su preocupación por la reserva formulada por dicho Estado al artículo 2 porque la misma «podría ser incompatible con el objetivo y el propósito de la Convención», sugiriéndole que «considere la posibilidad de revisar sus reservas y declaraciones a la Convención con miras a retirarlas, en particular la reserva relativa al artículo 2», Doc. CRC/C/43, párs. 122 y 126.

¹⁵Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, de 11 de noviembre de 1994. En relación con este Comentario General, Vid. SALADO OSUNA, A.: «Estudio sobre el Comentario General Número 24 del Comité de Derechos Humanos», en Anuario de Derecho Internacional, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, Vol. XIV, 1998, pp. 589-633.

¹⁶Este mecanismo de control está instituido en nueve tratados adoptados en Naciones Unidas. Respecto de esta cuestión, Vid. SALADO OSUNA, A.: «Estudio Preliminar», en Texto básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pp. 48-49 y nota 75.

¹⁷CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Procedimiento para la Protección de los Derechos de los Menores...», op. cit., pp. 97-98. En relación con los instrumentos convencionales que instituyen el mecanismo de quejas individuales, Vid. SALADO OSUNA, A.: «Estudio Preliminar», op. cit., pp. 55-56.

¹⁸Las obligaciones positivas se concretan en adoptar las medidas que fuesen necesarias, así como velar porque se cumplan todas y cada una de las medidas adoptadas para que los derechos del niño reales y efectivos.

¹⁹Las obligaciones negativas se concretan en abstenerse de adoptar medidas que puedan frustrar el objeto y fin de la Convención, así como la de abstenerse de realizar actos que puedan ser constitutivos de una violación de los derechos reconocidos al niño.

²⁰Y ello sin perjuicio de que, como señala el Profesor Carrillo Salcedo, algunas disposiciones de la CDN son vagas, citando a título de ejemplo, las obligaciones

establecidas en los artículos 23 y 24. De ahí que sostenga que «más que ante obligaciones de comportamiento, el jurista tiene la impresión de encontrarse ante obligaciones de buena voluntad. O por decirlo con términos más de moda, ante normas de «soft law» o de Derecho en agraz, más que ante normas de «hard law», CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Procedimiento para la Protección de los Derechos de los Menores...», op. cit., p. 96.

²¹El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.3 establece: «Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos».

²²La práctica muestra como en determinados Estados los tratados internacionales se integran en el ordenamiento jurídico interno de manera automática, es decir, desde el momento que el Estado se vincula jurídicamente por el tratado, a título de ejemplo, los Países Bajos. En otros Estados, la integración se prevé tras la publicación oficial del tratado internacional, es el caso de España que en el artículo 96.1 de la Constitución regula la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, tras ser publicado oficialmente, publicación que según el artículo 1.5 del Código Civil es en el B.O.E., aunque la Constitución no lo cita de forma expresa. Por último, otros Estados para integrar un tratado internacional a su ordenamiento jurídico interno necesitan de la adopción de una norma específica al efecto, es el caso del Reino Unido. En estos supuesto puede suceder, como de hecho sucede, que ciertos tratados sean integrados pero otros no; la integración depende en estos casos de la voluntad de las autoridades estatales. También es posible que sean integrados unos tratados y otros no, cuando se condicione a la publicación oficial.

²³A título de ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 13: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

²⁴A título de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2.3: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

²⁵Parece ser cuantas veces sea presentada su candidatura, dado que la CDN no establece límites en cuando a la posibilidad de reelección.

²⁶La CDN no prevé que los representantes estatales tengan que comparecer ante el Comité cuando éste examine el Informe de su Estado, sin embargo, el artículo 68 del Reglamento provisional del Comité dispone que «los representantes de los Estados Partes serán invitados a asistir a las sesiones del Comité en que han de examinarse sus informes». En su Recomendación N° 1, adoptada en su decimoséptimo período de sesiones, el Comité justifica tal previsión para favorecer «un diálogo eficaz y constructivo entre el Comité y los Estados que presentan informes, a lo cual puede contribuir la asistencia a alto nivel de los representantes de los Estados Partes». Pero la ausencia de representantes estatales, aclara el Comité, no le impide «ejercer su derecho a examinar los informes», Doc. CRC/C/73. Esta es la práctica de otros órganos de control instituidos en diversos tratados de derechos humanos, entre ellos, es la práctica del Comité de Derechos Humanos, por lo que resulta loable que el Comité de Derechos del Niño haya tenido presente dicha práctica para incorporarla a su Reglamento.

²⁷Además, los organismos especializados, el UNICEF y demás órganos de las Naciones Unidas pueden ser invitados por el Comité: a) «a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos»; y, b) «a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades» (artículo 45.a).

²⁸Desde que el Comité celebró su primer período de sesiones, tras la entrada en vigor de la CDN, fue consciente de que un sólo período de sesiones anual (artículo 43) era insuficiente para ejercer de manera efectiva la función atribuida, pues habida cuenta del alto número de Estados Partes, en un breve plazo tenía que examinar un elevado número de Informes. Ante esta situación, solicitó «a la Asamblea General que autorice al Secretario General a programar por lo menos dos períodos de sesiones ordinarios del Comité anualmente a partir de 1993». También solicitó a la Asamblea General «que autorice el establecimiento de un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúna aproximadamente dos meses antes de cada período de sesiones para realizar un examen preliminar de los informes presentados en virtud del artículo 44» (Recomendación N° 1, adoptada en su primer período de sesiones, Doc. A/47/41). Con posterioridad, solicitó un tercer período de sesiones. No obstante, ante la acumulación del trabajo en 1993, de acuerdo con el artículo 3 de su Reglamento provisional, el Comité decidió convocar un período extraordinario de sesiones para 1994 (Recomendación N° 1, adoptada en su cuarto período de sesiones, Doc. CRC/C/20).

²⁹En el examen preliminar que realiza y prepara la lista de cuestiones, el Grupo de Trabajo puede tener presente los Informes u Observaciones que hayan podido ser presentados ante el Comité por los organismos especializados de las Naciones Unidas, los órganos de las Naciones Unidas con competencias en materia de derechos humanos, así como por las ONGs con estatuto consultivo.

³⁰Las Recomendaciones están publicadas en el Doc. CRC/C/19/Rev.8, de 3 de marzo de 1998, titulado Recopilación de las conclusiones y recomendaciones aprobadas por el Comité de Derechos del Niño.

³¹Doc. E/CN.4/1998/102, de 23 de marzo de 1998.

³²Doc. E/CN.4/1998/103, pp. 23-25.

³³La información puede provenir de organismos especializados de las Naciones Unidas, de otros órganos de Naciones Unidas con competencias en materia de derechos humanos, ya sean órganos convencionales o no convencionales, de ONGs, de terceros Estados.

³⁴Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (artículos 11 a 14), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 41 y 42) y su Primer Protocolo Facultativo de 1966, y Convención contra la Tortura y Otras Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes de 1984 (artículos 21 y 22).

³⁵El Pacto crea un órgano con competencias cuasi-jurisdiccionales, el Comité de Derechos Humanos (artículo 28), el cual es competente para controlar la efectividad de los derechos que el Pacto reconoce a toda persona bajo la jurisdicción de un Estado Parte a través del «Sistema de Informes Periódicos» (artículo 40), así como para conocer de reclamaciones interestatales (artículos 41-42) y de quejas individuales que sean presentadas por un particular que se considere víctima de una violación de sus derechos reconocidos en el Pacto, instituyéndose este procedimiento en el Primer Protocolo Facultativo.

³⁶Podrá hacerlo todo niño que tenga madurez suficiente para hacerlo, aunque a los efectos del Derecho interno sea menor de edad. Si el niño no tiene la suficiente madurez, podrá presentar la queja en nombre del niño sus padres, tutores o representantes legales.

³⁷En todo caso los derechos económicos, sociales y culturales, o algunos de ellos, pueden plantear problemas en cuanto a su justiciabilidad, de ahí que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no instituyera el procedimiento de quejas individuales.

³⁸Vid. SALADO OSUNA, A.: «Estudio Preliminar», op. cit., pp. 35-46.

³⁹En la Recomendación N° 4, adoptada en su segundo período de sesiones, el Comité invitó «a los relatores especiales nombrados por la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, así como a los grupos de trabajo establecidos por la Comisión y la Subcomisión, a que tengan en consideración la Convención de Derechos del Niño en el marco de sus respectivos mandatos»; y acogió complacido «la ocasión brindada por el segundo período de sesiones para iniciar un diálogo constructivo y significativo con el Relator Especial sobre la venta de niños, acerca de cuestiones

de interés común, especialmente sobre la cuestión de los niños soldados, y está dispuesto a proseguir este diálogo en sus futuros períodos de sesiones», Doc. CRC/C/10.

En la Recomendación N° 4, adoptada en su cuarto período de sesiones, el Comité pidió a su Secretaría “que transmita sus informes a los relatores especiales y grupos de trabajos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y por la Subcomisión”, Doc. CRC/C/20.

⁴⁰De este modo ha sido calificada por la Profesora PÉREZ VERA en su estudio sobre «El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado», en REDI, Vol. XLV, 1993-1, p. 113.

EL TRABAJO SOCIAL ANTE LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO DEL NIÑO.

Pedro Hernández Lafuente.

Profesor de Metodología en la Intervención Social.

**Escuela Universitaria de Relaciones Laborales y Trabajo Social
Jerez de la Frontera.**

1.- INTRODUCCION: LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR.

La problemática del menor en la actualidad va unida a situaciones de exclusión o desprotección del menor o abandono familiar, como las más destacables. Pero podemos acudir al Informe de la Ponencia de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos (1989) sobre la problemática del menor, donde establece la noción de situación de alto riesgo como “Los menores que se encuentren en entornos sociofamiliares y comunitarios que puedan incidir negativamente sobre su personalidad”. Por lo tanto el riesgo se va a entender como aquella acumulación de factores de marginación y progresión de los mismos.

La protección de los derechos y las libertades recogidos en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se materializan a través de un amplio marco jurídico que, partiendo de normativas internacionales se concretizan en legislaciones estatales y en las normativas de cada Comunidad Autónoma y de aquellas desarrolladas por las Administraciones Locales .

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención de los Derechos de la Infancia de 1989 y La Carta Social Europea (1961), constituyen los documentos básicos y de referencia a los distintos países en cuanto al desarrollo de las políticas sociales sobre el menor.

La elaboración de sucesivas normativas relativas al menor, deben de considerar la salvaguarda de sus derechos y la consecución de su bienestar.

La Constitución Española , establece varios preceptos referidos al ámbito del menor fijando los Principios Rectores de la Política Social para la Familia y los Menores. (Art.39); la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones de libertad, igualdad y participación de individuos y grupos en lo social, político, cultural y económico (Art. 9.2); y la asunción de competencias en materia de Asistencia Social por las CC.AA. (Art. 148.1)

Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye al municipio competencia en materia de prestación de Servicios Sociales y de promoción y reinserción social.

El Plan concertado para el desarrollo de las prestaciones básicas en los entes locales (1988), en un convenio firmado entre las Administraciones

(Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, CC.AA. y Administraciones Locales) para desarrollar las competencias que en materia de servicios sociales obliga la Constitución (Estado y CC.AA.) y la Ley de Bases de Régimen Local (Administración Local), con el fin de hacer efectiva la cooperación entre administraciones y poder desarrollar las prestaciones Básicas de Servicios Sociales estableciendo una Red Pública de Servicios Sociales .

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende la reforma de las instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil (Tutela, Acogimiento familiar, Adopción, etc..).

Esta Ley descansa sobre la concepción de que el derecho y la protección del menor girarán en torno a las necesidades del menor y garantiza una mayor capacidad del menor para ejercitar sus derechos. La Ley no sólo reconoce la igualdad de los derechos del menor con respecto a los derechos de los adultos, sino que establece un derecho de alto grado de bienestar mientras sean menores , al margen de los que les pueda deparar el futuro.

Esta ley considera a los menores de edad, como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la de los demás.

Por otra parte la Ley favorece una mayor agilidad en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con el menor, con el propósito de que el menor no quede desprotegido o indefenso en ningún momento. El Trabajo Social asume igualmente la adaptación de sus procedimientos de intervención en interés del menor.

1.1. El acogimiento

El acogimiento familiar se considera como una nueva institución de protección del menor.

Se garantiza mayor flexibilidad a la institución del acogimiento familiar (Art. 173 y 174 del C.C.) para poder mejorar los sistemas de protección de la infancia :

- **Acogimiento familiar simple.**- Es de carácter temporal o transitorio cuando es previsible que el menor retorne a su familia .

- **El Acogimiento permanente.**- Será una medida aplicable cuando las circunstancias o la edad del menor aconsejen que se establezca con un carácter más estable.

- **Acogimiento preadoptivo.**- Es una modalidad de acogimiento como medida de protección de carácter duradero.

La Ley 1/96 regula la cesación del acogimiento, mediante la decisión de la

Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda del menor cuando las causas así lo aconsejen en beneficio del menor.

1.2. La tutela

Se incorpora la figura de la Tutela Administrativa (Art. 12 a 22).

La asunción automática de la Tutela del menor por parte de la Entidad Pública competente, en los casos de desprotección grave del mismo.

Se establece la consideración de la integración del menor en la familia del tutor como beneficiosa para el menor. Se introduce en la Ley una nueva causa de remoción de tutores por graves y reiterados problemas de convivencia con el menor, dándose audiencia al menor en el proceso.

1.3. Adopción

La adopción se considera como un elemento de plena integración familiar.

Se regula la adopción internacional en favor del cumplimiento del mandato contenido en la Convención de Derechos del Niño de la ONU, que obliga a los Estados a otorgar a los niños adoptados en otro país el mismo tratamiento que a los nacionales.

1.4. Los Servicios Sociales Especializados

Ante la decisión de acogida por la entidad pública, la permanencia del menor en internado será la menor posible, siendo necesario su acogimiento familiar principalmente en su primera infancia.

La entidad pública acreditará los centros o recursos de acogida dirigidos a menores. Y además velará por la seguridad, sanidad, cualificación del personal profesional a su cargo, proyecto educativo, participación de los menores, etc..responsabilizándose de su inspección y supervisión.

1.5. Criterios de Actuación en Menores.

Las actuaciones en situaciones de desprotección social del menor se resumen en las siguientes:

1 - Los poderes públicos velarán por la protección del menor por medio de la PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO. En segundo lugar velará por el establecimiento de servicios adecuados a tal fin, y en tercer lugar establece el ejercicio de la Guarda en caso de desamparo y asunción de tutela.

2.- Para que los poderes públicos actúen en los anteriores supuestos es necesario tener CONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO, a

través de cualquier persona, o autoridad que detecte una situación de riesgo o posible desamparo a un menor. Esta situación se pondrá en conocimiento de la autoridad pública o sus agentes más próximos.

3.- La no escolarización del menor o la no asistencia al centro escolar (ABSENTISMO ESCOLAR) también se deberá poner en conocimiento de las autoridades públicas con competencia en este campo. (Administraciones Locales y Autonómicas , Ministerio Fiscal.)

4.- La autoridad pública está obligada a prestar la atención inmediata que precise el menor dentro del ámbito de competencia o dar traslado al órgano competente y poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o cuando sea necesario del Ministerio Fiscal.

5.- Las entidades públicas competentes en materia de protección de Menores estarán obligadas a VERIFICAR LA SITUACIÓN DENUNCIADA Y ADOPTAR MEDIADAS PARA RESOLVERLA.

6.- La situación de desamparo del menor implicará que la ENTIDAD PÚBLICA ASUMA LA GUARDA DEL MENOR Y SU TUTELA, que la asumirá automáticamente antes incluso de iniciar las acciones judiciales.

7.- EL ACOGIMIENTO DEL MENOR POR LA ENTIDAD PÚBLICA se efectuará en los servicios, hogares funcionales, o centros dirigidos a menores que deben estar autorizados y acreditados por la entidad pública.

8.- Se establecerán mecanismos para controlar los servicios y centros de acogida con carácter semestral, según las circunstancias velando siempre y especialmente por las condiciones de seguridad, sanidad, cualificación del personal, proyecto educativo y otros aspectos que afecten los derechos de los menores.

9.- La objetividad , imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

1.6. Actuaciones ante la desprotección social del menor.

El Art. 12 sobre la protección del menor.- La protección se realiza mediante la PREVENCIÓN Y LA REPARACIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO. (Aplicando servicios, recursos, asumiendo la tutela por la entidad pública, etc..)

Los poderes públicos velarán para que padres, tutores o guardadores puedan cumplir sus responsabilidades , FACILITANDO LOS SERVICIOS NECESARIOS.

El Art. 14 que establece la atención inmediata por parte de los servicios públicos y autoridades con competencias en menores o en su caso derivándolo

a quien le corresponda e informar a los representantes legales del menor o cuando sea necesario al Mrio. Fiscal

1.7. La detección de situación de riesgo o desamparo.

Toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor estará obligada a prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos.

También los ciudadanos están obligados a comunicar a las autoridades públicas competentes, la ausencia del menor de forma habitual o sin justificación, del centro escolar.

La situación de riesgo.- Se considera como tal cuando exista un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar.

La situación de Desamparo.- Se refiere a una situación de gravedad por incumplimiento, imposibilidad o inadecuada protección del menor cuando queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La Guarda de menores.- La entidad pública puede asumir la guarda de los menores tutelados que se encuentren en situación de desamparo, o cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando lo acuerde el Juez.

Las Comunidades Autónomas asumen en sus Estatutos de Autonomía las competencias exclusivas en materia de bienestar social y servicios sociales, lo que supone potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva y de acuerdo con la Constitución.

De esta forma se establece un marco territorial donde se desarrolla la red pública de Servicios Sociales con la infraestructura y recursos destinados a la protección y ayuda al menor y reinserción rehabilitación de menores marginados.

Algunas Comunidades Autónomas hacen referencia concreta en sus Estatutos de Autonomía, a la protección y tutela de los menores a través de la asistencia y la consecución su bienestar social. También algunas Comunidades Autónomas desarrollan sus políticas sociales en el ámbito del menor, mediante otras normativas y documentos.

El Estatuto Autonómico de Andalucía, por Ley Orgánica 6/1981 de 30 de Diciembre, en sus artículos 13 y 23 se establece las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma para la protección y tutela de menores.

Las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas son el resultados del traspaso de estas competencias de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas.

En el ámbito del menor, estas Leyes recogen las competencias en cuanto a la protección y la tutela del menor, - menores en conflicto - así como la promoción y coordinación de servicios y organismos que trabajan en el ámbito del menor.

En Andalucía se aprueba la Ley de Servicios Sociales Ley 2/1988 de 4 de Abril.)

2.- LEY 1/98 LEY AUTONÓMICA ANDALUZA DE DERECHOS Y LA ATENCIÓN AL MENOR.

Esta Ley Andaluza sobre derechos del menor solamente ha desarrollado las generalidades pero no los criterios concretos de actuación e intervención en tema de menores. Estos se desarrollarán en el futuro Reglamento de la Ley del Menor .

La Ley 1/98 en sus principios básicos establece el interés preferente del menor por encima de otras argumentaciones legales, defendiendo la protección del menor en cuanto a poder garantizar la adquisición de autonomía y desarrollo del menor (favoreciendo un futuro desarrollo en su sentido de responsabilidad, solidaridad, principios democráticos) y favorecer la reivindicación de sus derechos. Dicha reivindicación se entiende que será directa (por ellos mismos) o indirecta cuando no puedan reclamarlos.

Esta Ley tiene el fin básico de sensibilizar a la población los Derechos del niño, por una parte, y por otra la de prevenir situaciones o problemas de índole económico, de tipo familiar o acondicionamientos por motivos étnicos, culturales e idiomáticos entre otros.

2.1. Principios rectores de la ley

Esta Ley de menores de Andalucía, debe ser considerada como la protagonista de los derechos de los menores, es decir la protección de los menores desde las vías y recursos necesarios para favorecer que los menores vayan adquiriendo mayor autonomía y favorezca la reivindicación de los derechos del menor.

La ley establece que en el cumplimiento de dichos derechos sean las Administraciones Públicas las que asuman la máxima responsabilidad concretamente en la protección de los menores.

- El Ministerio Fiscal, tiene competencia e independencia en cuanto a la defensa del menor, siendo una de las principales garantías de protección de sus derechos.

- El Defensor del Menor, es una garantía igualmente importante y se incluye dentro de la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz.

Dentro de los principios que rigen esta Ley, se considerará esencial el principio de Territorialidad por encima del principio de Personalidad, es decir que todos los menores tanto los nacidos en Andalucía como los que no, siempre que residan en esta Comunidad Autónoma, tendrán iguales derechos.

Considerando los principios rectores de dicha Ley, señalaremos los siguientes:

- A.- El Interés del menor.
- B.- La autonomía del menor.
- C.- El ámbito familiar considerado como núcleo adecuado de desarrollo del menor. Siempre prevalecerá la familia de origen y en su defecto otra familia.
- D.- La necesidad de fomento de valores democráticos en la educación del menor.
- E.- La Iniciativa Social deberá ser fomentada en el ámbito público donde la Administración no puede llegar. Es decir que los actores sociales y la iniciativa social (profesionalizada y formada) deberán participar en la tarea de la promoción de los derechos del menor y su implicación para el logro de los objetivos de autonomía, desarrollo, etc.... para el menor.

2.2. Campos de actuación con menores.

Los campos de actuación que defiende la Ley se referirán a :

- A. Acciones globales de atención al menor en cuanto a sus derechos que garanticen su desarrollo y bienestar, es decir el reconocimiento previo de los derechos del menor y en cuanto a las responsabilidades de quienes tienen competencias con menores.
- B.- Actuaciones necesarias en situaciones de DESATENCIÓN DEL MENOR.
- C.- Actuaciones en situaciones de MENORES INFRACTORES.
- D.- Actuaciones de carácter punitivo o sanciones a menores.

La Ley pretende facilitar las RELACIONES INTERINSTITUCIONALES entre los Servicios Sociales Comunitarios, Servicios Sociales Especializados, y éstos con las Delegaciones Provinciales que tienen competencias en tema de menores.

3.- POLITICAS SOCIALES SOBRE EL MENOR

Los Servicios Sociales son parte integrante de la Política Social, entendida ésta como política de Bienestar Social o calidad de vida. Los Servicios Sociales serán los cauces para la confluencia del movimiento social y de la acción institucional en un proceso dinamizador y transformador de situaciones o modelos de vida existente. Esta confluencia se tendrá que dar en la propia comunidad tanto en su dimensión territorial , como social e institucional.

Las Políticas sociales que se aplican en el trabajo con familias tienen un carácter integral de atención tanto a la familia como a los menores y cuyo objetivo es la promoción de calidad de vida.

Los problemas más acuciantes que afectan al menor se refieren a su situación de exclusión o desprotección del menor, así como el abandono familiar, maltrato físico y psíquico, entre otros .

A nivel municipal las políticas sociales promueven actuaciones integradoras en el ámbito del menor que incluyen tanto la atención como la protección al menor.

En cuanto a la atención al menor, se pretende garantizar su bienestar tanto físico como psíquico y social .

Por otra parte las políticas sociales pretenden también contribuir a la colaboración y cooperación con instituciones cercanas de la sociedad (establecer pactos locales o espacios de debate que permitan concienciar tanto a los Ayuntamientos como a la Administración Autonómica como a los profesionales.

El Conjunto de instituciones, competencias, equipamientos, etc.. hacen difícil la elaboración de recursos destinados al menor, y más aún su actualización. Además los recursos se amplían si los conceptuamos desde el punto de vista de los existentes en cada entorno socio-familiar de cada caso o zona de intervención. Algunas de los principales instituciones y departamentos con competencias en tema de menores serían:

Las CC.AA. que han asumido competencias exclusivas en protección de menores mediante el traspaso de las funciones de protección y tutela, inspección, vigilancia, fomento, promoción y coordinación de los organismos y servicios que anteriormente realizaba el Mrio. de Justicia a través de las Juntas de Protección de Menores.

La protección de menores ha sido una competencia transferida a las correspondientes CC.AA. quedando algunos niveles de prestaciones a cargo de la Administración Central (Las prestaciones para menores se rigen por las convocatorias de los correspondientes Ministerios) .

La Administración Central y Autonómica:

Educación.

Mrio. de Educación y Ciencia (Dirección General de Promoción Educativa)
Consejerías de Educación de las CC.AA.

Juventud.-

Instituto de la Juventud del Mrio. de Trabajo y Asuntos Sociales, y las

CC.AA. con competencias en este sector.

Asuntos Sociales:

Mrio. de Trabajo y Asuntos Sociales.-
Dirección Gral. de Asistencia Social.
Dirección Gral. de Protección Jurídica del menor.
Real Patronato de Prevención y Atención a personas con minusvalías.
Instituto Social de la Marina.
Instituto Nacional de Emigración

3.1 la dirección general de protección jurídica del menor

Se constituye esta sección dentro del Ministerio de Asuntos Sociales a partir de la desaparición de los órganos tutelares de Menores. Tiene como cometido realizar el seguimiento de aplicación de normativas sobre menores.

Por otra parte se coordina con otros estamentos que velan por los Derechos del Menor como son los Defensores del Menor.

Sus funciones son las siguientes:

- a.- Prevención y protección jurídica del menor para prevenir la marginación infantil y vela por el cumplimiento de la legislación actual del menor.
- b.- Dirige centro pilotos y experimentales que afectan a menores.
- c.- Elabora la documentación y estadística referida a áreas relacionadas con el menor.
- d.- Hace la redistribución de información obtenida de las CC.AA.
- e.- Mantiene relaciones internacionales con instituciones paralelas en la política infantil y Juvenil.

Organizaciones no gubernamentales: Organizaciones tutelares (ONCE, CRUZ ROJA, FUNDACIONES DE BENEFICIENCIA PARTICULAR entre otros.) y organizaciones colaboradoras.

- **Justicia.**- Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Juntas de Protección de Menores, y Dirección General de Protección al Menor y Juzgados de Menores.

La protección a la Infancia no es exclusiva de los servicios sociales, ya que compete también al ámbito educativo, sanitario, Judicial, etc..

4.- LA PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO SOCIAL CON MENORES EN SITUACION DE RIESGO O CONFLICTO SOCIAL.

4.1. El medio comunitario.

A partir de las contradicciones internas de la sociedad donde existe

pobreza , se constata la desigualdad y los criterios de éxito se entienden mejor por lo que se tiene que por lo que se puede ser.

Los menores son receptores de estos mensajes que la sociedad nos muestra sobre las características del éxito (mensajes dados por ejemplo a través de los medios de comunicación, películas, etc..), que originan frustración, resentimiento, incluso violencia etc.. en aquellos que no pueden alcanzar la posesión de los medios materiales o la imagen que la sociedad ofrece sobre lo que se entiende por éxito.

Los menores por otra parte pueden ser víctimas del abandono o desatención, malos tratos y abusos diversos. Por otra parte algunos menores son también víctimas fuera de su hogar prostitución, actividades laborales ilegales, abusos sexuales, etc..

Intervención en la comunidad.

El trabajo social debe intentar mejorar la calidad de vida de una comunidad concreta mediante las intervenciones siguientes:

1 -Actuaciones preventivas de situaciones problemáticas de un sector social concreto.

Los servicios de atención primaria, a nivel municipal, son un soporte comunitario y de asesoramiento específico que actúa a nivel público y a nivel privado. Éstos actúan tanto en el campo preventivo como en el asistencial.

2 - Mejorar la calidad de las relaciones familiares, tanto internamente, como en su relación con la familia extensa y el entorno al que pertenece.

4.2. El medio familiar.

Dentro de la familia también se suceden dificultades, conflictos, problemas de comunicación, etc.. que en condiciones de normalidad acaban por resolverse. Pero cuando las interrelaciones entre personas producidas dentro del sistema familiar o éste con respecto a otros sistemas próximos, den lugar a conflictos o dificultades no resueltas, debido a la incapacidad de la familia o personas o por falta de recursos tanto propios como ajenos, se origina una situación de riesgo que puede provocar en la familia inestabilidad o disfunción.

El aumento de la marginalidad sobre todo en las grandes ciudades, y la dificultad de acceso de grupos familiares de ciertos sectores desfavorecidos de población a los recursos sociales y culturales, producen similares efectos.

Las causas de la problemática en familias disfuncionales.- Los procesos económicos , sociales o demográficos adversos, pueden debilitar a la familia, y motivar según los casos, problemas o situaciones de desventaja social o situaciones de riesgo.

En cuanto a las carencias o distorsiones familiares señalamos las

siguientes:

Familias con falta de capacidad de respuesta ante estados de necesidad por situaciones de riesgo o dificultad social.

Familia con padres maltratadores . Perfil del maltratador.

Situaciones de abandono de menores.

Intervenciones de trabajo social en la familia.

Cuando la familia, la escuela y la comunidad no cumplen la función socializadora del menor es cuando deben intervenir los organismos públicos de protección social.

Las intervenciones sobre situaciones o problemáticas de menores, debe de tener siempre en cuenta su entorno socio-familiar.

Se debe de considerar a la familia de pertenencia y más concretamente su capacidad socializadora y educadora.

El Trabajo Social con la familia se entiende hoy en día inmerso en un tipo de intervención multiprofesional, de tipo psicosocial, tanto de tipo preventivo como paliativo y centrada tanto en la familia como en el entorno. Se interviene en los planos: físico o biológico, psicológico y social.

La prevención se aborda desde la realización de programas para prestaciones concretas de servicios destinados a cubrir las necesidades básicas de ciudadanos en general y, en el caso que nos ocupa, a familias y menores. Para ello se elaboran programas destinados a ofrecer una atención integral a aquellos sectores de población o a personas carentes de recursos personales y/o socioeconómicas para prevenir las desigualdades que dan lugar a la marginación social.

La prevención de situaciones de riesgo en menores no solamente se debe afrontar desde la eliminación de las causas que generan la condición negativa o de riesgo en el ámbito familiar, sino que se requiere además la capacitación de la familia y la mejora de las condiciones del entorno o ambiente donde esta está inmersa.

El objetivo de lograr el mayor bienestar en las familias y menores supone que deben de mejorar sus condiciones y funciones biológicas, psicológicas, socioculturales, económicas y educativas

En la intervención en los casos de menores en riesgo, se establecerán programas diferenciados para cada tipo de familia de pertenencia:

Para familias normalizadas se requerirán intervenciones destinadas a la protección de los menores y miembros más débiles e intervención educativa preventiva tales como los programas de fortalecimiento de medidas positivas o la mejora de aspectos comunicativos en el seno familiar.

Para familias disfuncionales, se requerirá un tratamiento de tipo interventivo, es decir un tratamiento multidisciplinar mediante una intervención psicosocial.

CONFERENCIA DE CLAUSURA

EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

**Excmo. Sr. D. Jesús Rodríguez Gómez.
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez.
Prof. de Derecho Internacional Público (Universidad de Cádiz)**

Los Derechos Humanos tienen una proyección internacional en Tratados y Proclamaciones internacionales y una proyección interna, nacional, en leyes constitucionales. Pero si analizamos unos y otros, podemos ver que tienen un elemento común : hablan de “reconocimiento”, no de “concesión” de derechos.

El Derecho es la ciencia de los matices, y el empleo del término “reconocimiento” por estos textos normativos nacionales o internacionales, tiene una gran trascendencia. En efecto, al hablarse de “reconocimiento de derechos”, se quiere expresar que son **preexistentes a su proclamación**; es decir, que los Derechos Humanos (y por supuesto, también los Derechos del Niño) no constituyen una “concesión” que hace el Estado, no nacen de una autolimitación del poder estatal, sino que provienen de la propia naturaleza del Hombre. Por el simple hecho de nacer, el hombre ya es titular de esos derechos.

Con esta afirmación estamos diciendo que los Derechos Humanos participan de los dos ámbitos que posee todo hombre : uno interno y otro externo, o más propiamente, personal y social.

El principio de personalidad del hombre significa –como ya indicábamos– que cada ser humano tiene una serie de atributos, de facultades, por el sólo hecho de serlo, que revierten al exterior en forma de derechos. Por su parte, el principio de comunidad significa que esos derechos que el hombre posee los ejercita en el ámbito social, en su relación con los demás hombres.

En estos días pasados se han estudiado a fondo y con profusión de argumentos los derechos que corresponden a los Niños, y que ostentan por su doble condición de seres humanos y de niños. Sin embargo, aunque, tal vez, no los conociéramos con la misma profundidad que ahora, todos sabíamos que esos derechos existían; hemos oído hablar continuamente de ellos en los medios de comunicación; quizás con tanta frecuencia que nos hemos “acostumbrado” a su existencia. Nos resultan tan familiares que seguramente hemos llegado a pensar que su existencia resulta una obviedad : no concebimos el Derecho sin proclamarlos.

Sin embargo, estamos en un error si así pensamos. Que los niños, por el simple hecho de serlos, resulten titulares de unos derechos propios ha costado siglos; ha supuesto un cambio sustancial en la conciencia humana, producido lentamente a través de los siglos.

Basta hacer un estudio somero de la consideración que los niños han tenido a lo largo de la Historia para el derecho, para comprender el verdadero

alcance, la gran trascendencia que tiene el que nuestros Textos Jurídicos actuales, les reconozcan los derechos que ahora ostentan.

Así, en la antigua Roma el *paterfamilias* tenía unos derechos de carácter absoluto sobre los niños, que nacían de la *potestas* que consagraba el Derecho entonces vigente. Ciertamente, la Ley de las XII tablas significó un avance, en el sentido de que tipificó el infanticidio (que constituía un derecho existente a favor de aquél) pero consagró o mantuvo otros, que ahora nos parecen igual de aberrantes.

El *paterfamilias* tenía facultad legal para juzgar y castigar a los hijos por los delitos que estos hubieran cometido, e incluso –mediando el parecer de los parientes próximos- podía decidir su muerte o venderlos como esclavos, con la única limitación de que fuera más allá del Tíber.

La patria potestad la ejercía durante toda la vida, hasta que el hijo alcanzase la condición de *sui iuris*, bien por muerte del padre o bien porque fuese emancipado. Como consecuencia lógica de esta facultad, el matrimonio era competencia exclusiva del *pater*, quien elegía libremente al cónyuge. También sobre sus bienes ejercía poderes soberanos únicos, y podía libremente desheredarlos.

Sin embargo, a finales de la época de la República estos poderes absolutos se fueron haciendo más limitados; y así, desapareció la facultad de abandonar a sus hijos, salvo que lo hiciera en el momento mismo del nacimiento.

Septimio Severo derogó el derecho a matar al hijo, y Caracalla el derecho a venderlos como esclavos. Ya en la época del Imperio, se confiere el derecho a los hijos a convertirse en propietarios de ciertos bienes : los *peculios*; y el *pater* no podía desheredarlos.

En la época de Constantino el Derecho se vio influido por el cristianismo, y las relaciones jurídicas de padres e hijos adquirieron un tono distinto: la paternidad dejó de ser un **derecho** absoluto y se convirtió en un **deber** de asistencia y de protección. El matiz, pues, es de una extraordinaria importancia.

El Derecho Medieval mantuvo algunas de las características del Romano, pero significó un paso adelante. No se hablaba de “niño”, sino de “menor”, considerando como tal “*a todo individuo de ambos sexos que no haya cumplido los veinticinco años*”.

Los menores se dividen, atendiendo al criterio de la edad, en cuatro grupos: “*infante*”, hasta los siete años cumplidos; “*próximo a la infancia*”, entre los siete y los diez años y medio; “*próximo a la pubertad*”, entre los diez años y medio y los catorce en los varones y doce en las hembras; y “*menor*”, hasta los veinticinco años.

Además de esta división de los menores, el Derecho establecía otra doble: el “*impúber*” o “*pupilo*”, hasta los catorce años para los varones y los doce para las hembras; y el «*menor*», hasta los veinticinco años.

El impúber huérfano quedaba bajo el cuidado de un tutor, quien tenía una obligación de cuidado y de defensa de aquél, y administraba sus bienes hasta que cumpliera los veinticinco años.

Vamos a seguir analizando el Derecho para conocer las facultades y limitaciones que tenían los “*impúberes*” en esta época.

Para el Derecho Penal, no podían delinquir hasta los diez años y medio, y hasta cumplidos los catorce se les imponía una pena más leve a la establecida para cada tipo.

En los denominados “*delitos de lujuria*”, la Ley partía de un presupuesto: que no bastaba la voluntad, sino la capacidad física de cometerlos. Y en este sentido, esa capacidad se presumía en los 12 años en las hembras y los catorce en los varones, puesto que son estas las edades establecidas para poder contraer matrimonio.

Las Partidas establecían que, hasta cumplidos los diecisiete años, un menor no podía ser condenado a pena de muerte.

En el ámbito del Derecho Civil, debe destacarse que en Las Partidas existía una norma especial que proclamaba que el menor podía excusarse en la ignorancia del Derecho, con la finalidad de evitar los eventuales daños que se le hubieran producido como consecuencia de sus actos jurídicos.

En lo que se refiere al consentimiento para contratar, hasta los diez años y medio se le consideraba incapaz de prestarlo, aunque hubiera intervenido el tutor o el contrato beneficiara al menor.

En relación con los impúberes, los actos eran válidos si se produjo intervención del tutor. No obstante, si existió esa intervención y se les hubiera causado un daño, tenían acción para reclamar contra el tutor. Esta regla tenía, sin embargo, una excepción : si un menor realizó un acto sin la mediación del tutor, este se consideraba válido si le resultaba beneficioso para sus intereses.

La consecuencia de cuanto antecede resulta obvia : el menor no tenía la administración de sus bienes y no podía, por tanto, enajenar ni los de naturaleza mueble ni los inmuebles, salvo que obtuviera la autorización del tutor o del juez y sólo por causas “*justas y urgentes*”, considerándose como tales, la necesidad de saldar una deuda, el dotar alguna hermana, el contraer matrimonio, u otras análogas.

Si algún comerciante vendía a un menor mercaderías o le hacía fiador de otro, se le castigaba con multa de cien mil maravedíes y perdía, además, su

oficio. Igualmente el Escribano que hubiera autorizado su intervención en cualquier contrato, incurría en privación perpetua de su profesión.

En lo que se refiere a los testamentos, se consideraba no válido al otorgado por el impúber; pero sí producía efectos el otorgado por el resto de los menores, aún cuando no hubieran obtenido la licencia de sus padres o tutores.

El instituto matrimonial también tenía unas características especiales. Y así, si un menor se casaba sin el consentimiento expreso de los padres o tutores, podía imponérsele pena de prisión; no obstante, se le indultaba si esas personas daban su aprobación posterior al matrimonio contraído.

Una vez casado, el menor podía administrar su hacienda y la de su esposa, si esta era también menor, siempre que hubiera cumplido los dieciocho años. No obstante ello, seguía manteniendo los beneficios que antes hemos señalado para aquellos supuestos en que el contrato concertado le resultara perjudicial para sus derechos.

Esta situación se mantuvo hasta el siglo XVIII, y aunque se produjeron algunos cambios, estos no pueden considerarse sustanciales. La patria potestad —ejercida exclusivamente por el padre— seguía siendo considerada más un derecho que una obligación por quien la detentaba.

Fue a partir del siglo XIX, y especialmente en este siglo XX, cuando se ha producido un verdadero giro del sentido jurídico de la filiación. A diferencia de lo que señalábamos en el siglo XVIII, esta empieza a considerarse más un deber de los padres que un derecho absoluto.

En efecto, los hijos adquieren la consideración auténtica de personas y cala la idea de que los niños tienen necesidad de protección, tanto frente a los padres, como cuando carecen de estos.

Así, en caso de orfandad, y a falta de parientes que pudieran ostentar la patria potestad, se establece que ha de ser el Estado quien asuma tal obligación, a cuyo fin debía crear Organismos específicos.

En España esos Organismos recibieron el nombre de Juntas de Protección a la Infancia, y se crearon mediante una Ley de 12 de Agosto de 1904, que establecía que *“la protección comprende la salud física y moral del niño y la vigilancia de los que han sido entregados a la lactancia mercenaria o estén en casas-cunas, Escuelas, Aulas, etc..”*

Asimismo, se declaraba la obligación de aquellos padres o tutores que encomendaran la crianza de sus hijos o pupilos a personas mercenarias que no vivieran en su propia casa, de dar cuenta del hecho, dentro del tercer día, a la Junta Local del domicilio de la persona a quien el niño se confiara.

Igualmente, para los niños de padres desconocidos o abandonados se

crean las Inclusas, también llamadas Hospicios.

También se constituyen consultorios para los niños pequeños y las denominadas “*Gotas de Leche*”, en las que se proporcionaba gratuitamente leche higiénica a las madres que no podían lactar a sus hijos. Junto a ellas, se crean las “*Salas-Cunas*”, que tenían como objeto cuidar y recoger durante todo el día a los niños en lactancia, cuyas madres no podían atenderlos por estar trabajando.

Existían tres clases de “*Salas-Cunas*” : las denominadas “*Asilos*”, dedicadas a niños sanos; las “*Hospitales*”, para niños enfermos; y las “*Industriales*”, que sufragaban las propias fábricas.

Pero el cambio esencial que sufre la filiación en España se produjo, sobre todo, por influencia del Derecho Internacional, que llegó a adquirir el carácter de verdadera fuente de Derecho.

Debe mencionarse especialmente a la Declaración de Ginebra, aprobada en la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones, en su sesión de 26 de Septiembre de 1924. En ella se enunciaban cinco principios generales :

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

- el niño que tiene hambre debe ser alimentado, el enfermo debe ser cuidado, el atrasado alentado, el extraviado guiado y el huérfano y abandonado recogido y socorrido.

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

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

- el niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades serán puestas en servicio de sus hermanos.

Con posterioridad a la Declaración de Ginebra, la sociedad internacional se ha seguido preocupando de la protección del niño. Y así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales; este principio lo reiteran también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 23 y 24, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pero, tal vez, la primera codificación de derechos que se refieren específicamente al menor es –como ya saben Vds. - la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de Noviembre de 1959.

Y mencionamos específicamente este Texto, porque queremos ahora analizar cómo se ha visto influido nuestro Derecho interno por esta Declaración; cómo nuestro legislador ha respondido –igual que fue haciendo en otros momentos históricos- al sentido que tiene la infancia en nuestro tiempo. Trataremos de justificar por qué hemos manifestado antes que el Derecho Internacional en esta materia se convierte en verdadera fuente de nuestro Derecho.

Tal vez pudiera parecer que circunscribir este estudio a nuestro derecho interno significa darle razón a Grocio, cuando sostenía que el derecho tiene un valor universal y que quienes lo enmarcan en los confines del Estado, le restan valor.

Pero no tiene este sentido nuestra pretensión. Queremos tan sólo demostrar precisamente lo contrario : que (al menos, en esta materia concreta) nuestro legislador siempre ha actuado conforme a los cambios producidos en la sociedad internacional. Basta que esta se pronuncie en un determinado sentido, para que nuestro Derecho interno haya variado en idéntica dirección.

En otras conferencias que aquí se han pronunciado se han tratado de aspectos de la legislación laboral, familiar, penal, penitenciaria, e incluso de determinados aspectos procesales y civiles, en concreto, la patria potestad.

Poco queda, por tanto, por estudiar. Sin embargo, he pensado que podíamos estudiar el “Derecho vivo”, el que llega a los Tribunales de Justicia. La falta de tiempo no permite, sin embargo, un estudio pormenorizado, así que he pensado estudiar un asunto que pueda considerarse paradigmático. Después de analizar varios, me parece que podíamos tratar de un procedimiento que resolvió la Audiencia Provincial de Huesca mediante sentencia dictada el 20 de Noviembre de 1996.

En resumen, se trataba de un accidente de circulación que habían sufrido unos padres y su hijo menor, quien tenía las lesiones más graves. Ante el peligro de una grave hemorragia, lo médicos señalaron la necesidad de realizar una transfusión inmediata. Solicitado el preceptivo permiso a los padres, estos se negaron alegando motivos religiosos y solicitaron un tratamiento alternativo, manifestando los responsables del Centro que no podían proporcionar ninguno. Los padres solicitaron el alta del menor para llevarlo a otro Centro distinto, pero se denegó el alta por peligrar la vida del menor.

Se producía, además, la situación de que el menor se oponía al tratamiento, por profesar la misma religión que sus padres, y ese rechazo resultaba –según declara la propia Sentencia- “*consciente y serio*”.

Puesto que carecían de la preceptiva autorización de los padres, los facultativos solicitaron autorización judicial para la transfusión, que les fue concedida.

Ante esa autorización, los padres no se oponían a la transfusión, pero el menor (de trece años de edad) dice la sentencia que “*la rechazó con auténtico*

terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran agitación...". Obviamente tal situación perjudicaba gravemente la salud del menor, por lo que los médicos desistieron del intento. El niño murió y se inició procedimiento penal dirigido contra los padres y los médicos por delito de homicidio.

No vamos a centrarnos ahora en la declaración de la sentencia, acerca de la obligación que tienen los padres de velar por sus hijos menores; obligación que acaba en el momento en que se permite a los poderes públicos utilizar los mecanismos de sustitución previstos en la Ley.

Queremos hacer especial hincapié en lo que expresa la sentencia acerca del alcance del derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, que proclaman el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Niño, y el artículo 6 de la Ley de 15 de Enero de 1996, de protección jurídica del menor.

En este sentido declara la sentencia en uno de sus Fundamentos de Derecho, lo siguiente:

"...No obstante, en el caso de los menores, como decimos, el problema, ya por sí muy complejo, se acrecienta, haciendo preciso establecer, si es que existe el derecho del paciente a la autodeterminación (pudiendo libre y eficazmente consentir, o rechazar, un tratamiento médico después de ser debidamente informado), a partir de qué momento puede el menor que conserva su conciencia decidir sobre si se le aplica o no se le aplica un determinado tratamiento, si cuando deja de serlo, por alcanzar la mayoría de edad, o si por el contrario, tal decisión puede adoptarla cuando tiene suficiente juicio (cosa que en nuestro derecho se puede dar incluso antes de alcanzar los doce años, artículo 92 del Código Civil) o cuándo puede consentir un relación sexual (doce años para el artículo 181 del vigente Código Penal), etc... Pues bien, centrándonos en el caso examinado, de entrada, por disponerlo así no sólo el artículo 16 de la Constitución, sino ya específicamente, el artículo sexto de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, resulta indiscutible que los menores tienen derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, y pensamos que aunque, no obstante lo anterior, a los efectos dialécticos se partiera de la tesis más favorable para la acusación, y dijéramos que el menor, por el mero hecho de serlo, tenga o no derecho a la autodeterminación de los adultos, carecería en todo caso de la facultad de decidir para rechazar eficazmente una transfusión u otro tratamiento adecuado según criterio médico, resultaría que, partiendo de dicha hipótesis dialéctica, como quiera parecer pacífico y acertado que nadie puede decidir sobre la vida de otro, decidieran los padres, los médicos o el mismo Estado, parece que, en esa hipótesis, el menor sería siempre transfundido pero, como dice nuestra Constitución en el propio artículo quince, tras reconocer el derecho a la vida, sin que en ningún caso pudiera ser sometido a este fin, el de la transfusión, a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, mención que hacemos ahora, pues no debe olvidarse que la amenaza inminente de una transfusión provocó en el menor, en este caso, una reacción de auténtico terror, que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario..."

Es decir, para el juzgador, la oposición del menor no tiene validez y eficacia para la omisión del tratamiento. No obstante ello, la sentencia confirma su derecho fundamental a la libertad de ideología, de conciencia y religión, conforme a los establecido en los ya citados artículos de la Constitución y de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

Sin embargo, el Fallo contiene una absolución, tanto de los padres como de los médicos intervinientes. Pero ese resultado se fundó en otro principio constitucional. Sostenía la resolución que, ante la reacción violenta del menor al tratamiento, el practicárselo hubiese supuesto para él un trato inhumano y degradante, prohibidos por el artículo 15 de la Constitución, por lo que la pasividad de los acusados no resultaba punible.

Ya hemos visto la evolución de la legislación y su preocupación por mejorar la condición jurídica de los menores. Nos queda sin embargo, resolver una cuestión ¿en la realidad, y no en el teórico mundo de la letra de la Ley, ha cambiado sustancialmente la condición de los niños en el mundo?

La UNICEF nos ofrece unas cifras que nos ofrecen un indicio racional para responder con criterio fundado a esta cuestión :

A) Unos cien millones de niños subsisten realizando trabajos agotadores o mediante la comisión de delitos menores, la prostitución o la mendicidad.

B) Unos ciento veinte millones de niños, de seis a once años de edad, carecen de escolarización.

C) Más de cincuenta millones de niños trabajan en condiciones de inseguridad e insalubres.

D) Cada año mueren tres millones y medio de niños a causa de enfermedades que podrían haberse prevenido o curado.

E) Millones de niños (resulta difícil precisar el número) son víctimas de malos tratos, explotación sexual o son utilizados para el tráfico de sustancias estupefacientes. Pero en este extremo no podemos distinguir entre sociedades ricas y pobres, sino que el problema coexiste en ambas.

La consecuencia de cuanto antecede es obvia : si nos fijamos exclusivamente en el Derecho, tal vez la situación de los menores en el mundo ha cambiado sustancialmente desde el Derecho Romano; pero si atendemos a la realidad, hemos de llegar a la inequívoca conclusión de que los cambios no han sido absolutamente rotundos, por lo que debemos seguir luchando para que esos derechos que tienen la formalidad de la letra se conviertan en una realidad en toda la sociedad mundial.

ANEXO I

“Declaración universal de derechos humanos”

Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la

igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General

proclama la presente

Declaración Universal de Derechos Humanos

como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal inde-

pendiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de la Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténti-

cas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la com-

prensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que se sea autora.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los

demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

ANEXO II

“Convención sobre los derechos del niño”

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de
Noviembre de 1989.

**CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO,
ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL
DE LAS NACIONES UNIDAS
EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989**

PREÁMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

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

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Resumen no oficial de las disposiciones principales

PREÁMBULO

El Preámbulo recuerda los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre; reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando 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,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y al bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo 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,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

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.

Definición de niño

Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad.

No discriminación

Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación.

Interés superior del niño

Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada

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

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

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.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

Aplicación de los derechos

Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención.

Dirección y orientación de padres y madres

Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.

Supervivencia y desarrollo

Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

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

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Nombre y nacionalidad

Todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad

Preservación de la identidad

Es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).

Separación de padres y madres

Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén

Reunificación familiar

Es derecho de los niños y sus padres y madres salir de cualquier país y entrar en el propio, con miras a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación entre unos y otros.

en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. 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.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

Retenciones y traslados ilícitos

Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero, ya sea por su padre o su madre, ya sea por una tercera persona

Opinión del niño

El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Libertad de expresión

Todo niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que ello no vaya en menoscabo del derecho de otros.

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud o la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

El niño tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión bajo la dirección de su padre y su madre, y de conformidad con las limitaciones prescritas por la ley.

Libertad de asociación

Todo niño tiene derecho a la libertad de asociación y de celebrar reuniones, siempre que ello no vaya en contra de los derechos de otros.

Protección de la vida privada

Todo niño tiene derecho a no ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y a no ser atacado en su honor.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y material de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esta información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los

Acceso a una información adecuada

Los medios de comunicación social desempeñan un papel importante en la difusión de información destinada a los niños, que tenga como fin promover su bienestar moral, el conocimiento y la comprensión entre los pueblos, y que respete la cultura del niño. Es obligación del Estado tomar medidas de promoción a este respecto y proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar.

Responsabilidad de padres y madres

Es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

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

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la Kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al

Protección contra los malos tratos

Es obligación del Estado proteger a los niños de todas las formas de malos tratos perpetradas por padres, madres o cualquiera otra persona responsable de su cuidado, y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto.

Protección de los niños privados de su medio familiar

Es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, teniendo en cuenta el origen cultural del niño.

considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las cuales determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o de acuerdos bilaterales o multilaterales, y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades y organismos competentes.

Adopción

En los Estados que reconocen y/o permiten la adopción, se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible así como las autorizaciones de las autoridades competentes

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto, los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impe-

Niños refugiados

Se proporcionará protección especial a los niños considerados refugiados o que soliciten el estatuto de refugiado, y es obligación del Estado cooperar con los organismos competentes para garantizar dicha protección y asistencia.

Niños impedidos

Los niños mental o físicamente impedidos tienen derecho a recibir cuidados, educación y adiestramiento especiales, destinados a lograr su autosuficiencia e integración activa en la sociedad.

dido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez.
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el

Salud y servicios médicos

Los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquéllos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño.

suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia;

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internamiento.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del Seguro Social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

Evaluación periódica del internamiento

El niño que ha sido internado por las autoridades competentes para su atención, protección o tratamiento de salud física o mental, tiene derecho a una evaluación periódica de todas las circunstancias que motivaron su internamiento.

Seguridad Social

Todo niño tiene derecho a beneficiarse de la Seguridad Social.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera del niño resida en un Estado diferente de aquél en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

Nivel de vida

Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo. Es obligación del Estado adoptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia.

Educación

Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella, y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana.

Objetivos de la educación

El Estado debe reconocer que la educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo par una vida adulta activa, inculcarle el respeto.

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a ningún niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística, y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya.

Niños pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas

Es derecho de los niños que pertenecen a minorías o a poblaciones indígenas tener su propia vida cultural, practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

Esparcimiento, juego y actividades culturales

El niño tiene derecho al esparcimiento, al juego y a participar en las actividades artísticas y culturales

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

Trabajo de menores

Es obligación del Estado proteger al niño contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo; fijar edades mínimas de admisión al empleo y reglamentar las condiciones del mismo.

Uso y tráfico de estupefacientes

Es derecho del niño ser protegido del uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y se impedirá que esté involucrado en la producción o distribución de tales sustancias.

Explotación sexual

Es derecho del niño ser protegido de la explotación y abuso sexuales, incluyendo la prostitución y su utilización en prácticas pornográficas.

- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad.
- b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia ade-

Venta, tráfico y trata de niños

Es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños.

Otras formas de explotación

Es derecho del niño recibir protección contra todas las otras formas de explotación no consideradas en los artículos 32, 33, 34 y 35.

Tortura y privación de libertad

Ningún niño será sometido a la tortura, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la detención o encarcelación ilegales o arbitrarias. Todo niño privado de libertad deberá ser tratado con humanidad, estará separado de los adultos, tendrá derecho a mantener contacto con su familia y a tener pronto acceso a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

cuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional Humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomenta la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Conflictos armados

Ningún niño que no haya cumplido los 15 años de edad deberá participar directamente en hostilidades o ser reclutado por las fuerzas armadas. Todos los niños afectados por conflictos armados tienen derecho a recibir protección y cuidados especiales.

Recuperación y reintegración social

Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación reciban un tratamiento apropiado, que asegure su recuperación y reintegración social.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él, y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta, en particular, su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el

Administración de la justicia de menores

Todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y, en particular, el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y al internamiento en instituciones.

interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad:

v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas al internamiento en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la rea-

zación de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

-) El derecho de un Estado Parte; o
-) El derecho internacional vigente con respecto a dicho estado.

PARTE II

Artículo 42

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.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.
2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.
3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.
4. La elección inicial se celebrará, a más tardar, seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El

Respeto de las normas vigentes

En el caso de que una norma establecida por una ley nacional u otro instrumento internacional vigente en dicho Estado sea más favorable que la disposición análoga de esta Convención, se aplicará dicha norma más favorable.

Aplicación y entrada en vigor

Las disposiciones de los artículos 42 a 54 comprenden, entre otras cosas, los puntos siguientes:

- i) La obligación del Estado de dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención, tanto a los adultos como a los niños.*
- ii) La creación de un Comité de los Derechos del Niño, integrado por diez expertos, encargados de examinar los informes que los Estados Partes en la Convención presentarán en el plazo de dos años a partir de la fecha de ratificación y, en lo sucesivo, cada cinco años.*
- iii) La amplia difusión por parte de los Estados Partes de sus informes en sus respectivos países.*
- iv) El Comité puede proponer que se realicen estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño y puede transmitir sus recomendaciones a los Estados Partes interesados, así como a la Asamblea General de las Naciones Unidas.*
- v) Con objeto de “fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional”, los organismos especializados de las*

Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años: inmediatamente después de efectuada la primera elección, el Presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un periodo de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

Naciones Unidas –tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)– y el UNICEF tendrán derecho a asistir a las reuniones del Comité. Dichos organismos, así como cualquier otro considerado “competente”, incluidas las organizaciones no gubernamentales (ONG) reconocidas con carácter consultivo ante las Naciones Unidas y organismos de las Naciones Unidas, tales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), podrán presentar al Comité informes pertinentes y ser invitados a proporcionar asesoramiento, con el fin de asegurar la mejor aplicación posible de la Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes 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:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención,

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán, asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) 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;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro

meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General para su aceptación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infraescritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.



SERVICIO DE PUBLICACIONES

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ



fotografías: © UNICEF

ISBN 84-7786-935-9



9 788477 869351