

50º ANIVERSARIO DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
(1948-1998)

Incluye versión consolidada del
Convenio Europeo de Derechos Humanos
tras el Protocolo 11

BOLETÍN EUROPEO

de la Universidad de La Rioja

4

sumario

**LAS MINORÍAS ÉTNICAS,
RELIGIOSAS Y CULTURALES EN
EL DERECHO INTERNACIONAL
CONTEMPORÁNEO**
Natan Lerner

Págs. 2-6

**LA PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS DEL NIÑO**
Araceli Mangas Martín

Págs. 7-15

**LA PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE LA
LIBERTAD RELIGIOSA
Y DE CONCIENCIA,
CINCUENTA AÑOS DESPUÉS**
Javier Martínez-Torrón

Págs. 16-28

**LA PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL
CONSEJO DE EUROPA:
UNAS CUESTIONES BÁSICAS**
Francisco del Pozo Ruiz

Págs. 29-57

**LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL
TRATADO DE AMSTERDAM:
UNA REFORMA TÍMIDA PERO
POSITIVA DE LOS TRATADOS
CONSTITUTIVOS**
Susana Sanz Caballero

Págs. 58-77

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO*

ARACELI MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.
Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario

INTRODUCCIÓN

En los textos jurídicos internos e internacionales hay una general aceptación de la necesidad de una protección especial de los derechos de la infancia. Aunque sea obvio, hay que recordar que 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.

Pero a nadie satisfacía esta remisión al régimen general de protección de los derechos humanos. Tanto el ordenamiento interno como el internacional, incluido el europeo, prevén protecciones específicas y reiteran las protecciones generales del ser humano en esa etapa tan dependiente de otros seres humanos como es la infancia.

Además, como ha señalado Castor Díaz Barrado, los problemas que afectan a la Humanidad azotan con especial dureza e intensidad a la infancia. Los niños son seres especialmente desprotegidos¹. Frente a los sistemas generales de protección de los derechos humanos, —que muestran su insuficiencia como describiré más adelante—, se precisa una atención especial porque el niño se diferencia del adulto o precisa algo no esencial en el adulto, salvo los seriamente discapacitados física o mentalmente: ser alimentados, vestidos y cuidados, y a ser posible queridos, para que un día se puedan cuidar por sí mismos².

Así pues, el niño forma parte del colectivo humano, pero tiene además las necesidades propias de la condición de niño: su protección de forma especializada se justifica con facilidad en razón de su falta de madurez física e intelectual. Por ello los convenios generales sobre derechos humanos dedican algunos preceptos a proteger de forma especial a la infancia y al entorno del que depende más que nadie: la familia.

La preocupación internacional específica por la infancia se remonta a la etapa de la Sociedad de las Naciones, la organización antecesora de la ONU, al aprobarse en 1924 por la Asamblea de la SDN la Declaración de los derechos del Niño.

Al poco de la fundación de la ONU, se creó en 1946 el UNICEF, organismo especializado de NU en la defensa y protección de la infancia; sin embargo, no incluye una declaración o definición de los derechos ni mecanismos concretos de protección.

Por fin, en 1959, mediante la Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General, se aprobó la Declaración de Derechos del Niño en la que la comunidad de Estados reconocía que "la Humanidad debe al Niño lo mejor que pueda dar". Ningún Estado se opuso al contenido y el consenso pudo hacerse en una sociedad fuertemente ideologizada. Es verdad que carece de valor jurídico al tratarse de una Resolución, aunque el consenso de su aprobación, la solemnidad que la acompaña y algunas expectativas sobre su contenido inclinan a pensar que no es una Resolución más, sin otro valor jurídico que ser examinada de buena fe por los Estados. Pero en modo alguno se puede concluir que haya constituido Derecho Internacional General.

Naciones Unidas consagró el año 1979 como "Año internacional del Niño" y relanzó los trabajos que, con lentitud, habrían de llevar a firmar el 20 de noviembre de 1989 el Convenio sobre los Derechos del Niño. Pero antes de examinar este Convenio —que compendia todas las protecciones parciales—, voy a examinar otros textos internacionales sobre derechos humanos que han dedicado protecciones o menciones especiales a la infancia.

Me fijaré, en primer lugar, en las normas internacionales de ámbito universal tanto de carácter general, como las específicas o monográficas sobre la infancia. También me referiré a las normas protectoras de la infancia en tiempos de conflicto armado para describir, después, las normas que afectan a nuestro marco regional europeo.

1.- NORMAS UNIVERSALES GENERALES

1.1.- Declaración universal de los derechos humanos de 1948³

Sin duda es la "Carta Magna" sobre los derechos humanos, el denominador común de una Humanidad hete-

* Conferencia pronunciada en la Universidad de La Rioja el 30 de abril de 1998 en el marco del Ciclo de conferencias dedicado al 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹ Véase con carácter general sobre la protección internacional de la infancia las Actas del Simposio Internacional celebrado en Salamanca con motivo del cincuentenario de la creación de UNICEF. Verdugo, M. A. y Soler-Sala, V. (compiladores): *La Convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*. Ed. Universidad de Salamanca, 1998.

² Díaz Barrado, Castor: "La Convención sobre los Derechos del Niño", en *Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Universidad de Córdoba, 1991, p. 163.

³ N. Connick, "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, p. 295.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10.12.1948, Res. 217 (III) de la A. G. de las Naciones Unidas. Preceptos referidos directa o indirectamente a la infancia: arts. 25 y 26.

rogénea. Sin embargo, es comprensible que el texto que con tanta justicia homenajeamos en esta publicación, tenga escasas referencias específicas a la infancia: apenas si el art. 25.2, al referirse a la maternidad y a la infancia, proclama que "tienen derecho a cuidados y asistencia especiales". Más importancia y valor socio-jurídico tiene la declaración, en ese mismo precepto, relativa a que "todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen derecho a igual protección social"; en esa época y referido a todo el mundo era una proclama muy progresiva. Todavía hoy.

Otro precepto de la Declaración Universal se refiere indirectamente a la infancia, como es el art. 26 al proclamar el derecho a la educación, gratuita en la instrucción elemental y fundamental. De nuevo, todavía hoy, es una ambición en numerosos países atormentados por la guerra y el subdesarrollo.

1.2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966⁵

Las referencias del PIDCP a la infancia son también discretas y casi siempre referidas a su entorno familiar y educativo. Además, se ha dicho, con razón, que "estos preceptos, más que reconocer directamente derechos de los niños, establecen obligaciones a cargo de los Estados"⁶. Así, el art. 24 prevé su protección sin discriminación, tanto por su familia como por la sociedad y el Estado, y le reconoce derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere.

Mayor interés tiene en numerosas sociedades el reconocimiento de que "todo niño será inscrito y tendrá un nombre", así como el que "todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad". Ha sido un gran avance que se ha recogido en numerosos códigos civiles al otorgar la nacionalidad a los niños abandonados de padres extranjeros cuya identidad resulta desconocida o incierta.

Igualmente, el Pacto se preocupa por la suerte de los niños en caso de disolución del matrimonio exigiendo que se adopten disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos (art. 23.4), así como por la suerte genérica que corren las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las que no se les negará el derecho que les corresponde, *en común con los miembros de su familia*, a tener su propia vida cultural, profesar su religión y emplear su propio idioma (art. 27). Es implícita la referencia a la infancia en el marco de grupos minoritarios.

1.3.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁷

El PIDESC dedica un largo precepto, el art. 10, a la protección de la infancia y su entorno: contempla la protección a la familia, al menos mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo y la protección a las madres durante un tiempo razonable antes y después del parto, reconociéndoles que se les debe conceder licencia con remuneración. También prevé que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de la *filial* o cualquiera otra condición.

Se reconoce que la infancia puede ser objeto de tráfico laboral, por lo que se declara que se les debe proteger contra la explotación económica y social, así como de los trabajos nocivos para la moral o salud, o en los que peligre o corra riesgos su desarrollo normal. Exige que se prevean límites de edad en que se prohíba y sancione el empleo a sueldo de mano de obra infantil. El hecho de que conozcamos numerosas infracciones a esta elemental exigencia no priva de interés a esta norma. En el marco de la actual economía "globalizada" o mundial la explotación de los niños y la producción en masa y a bajos precios desde numerosos países menos desarrollados es uno de los elementos del "dumping social"⁸.

El art. 12.2 del PIDESC reconoce el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental de la infancia y la necesidad de medidas a adoptar por los Estados a fin de reducir la mortalidad y mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

2.- NORMAS UNIVERSALES DE CARÁCTER SECTORIAL (LABORAL Y EDUCATIVO)

2.1.- Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979⁹

Este Convenio se inscribe en las protecciones indirectas a la infancia y desarrolla una idea coherente, proteger a los cuidadores: sin duda porque en sí misma la maternidad es una situación protegible, pero también porque cuidando a la madre se protege al *nasciturus* o a los pequeños. Por ello el art. 11.2 prevé que, a fin de impedir la discriminación de la mujer por razón del embarazo o licencia de maternidad, se tomen las medidas adecuadas para prohibir el despido e implantar la licencia de maternidad. Puede observarse que la técnica de redacción no permite calificar tales obligaciones como compulsivas para los Estados. Se trata de objeti-

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19.12.66, BOE de 30.4.1977. Preceptos referidos directa o indirectamente a la infancia: arts. 23, 24 y 27.

6 Fernández Sola, Natividad: *La protección internacional de los derechos del Niño*, Colección "El Justicia de Aragón", Zaragoza, 1994, p. 20.

7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19.12.1966, BOE de 30.4.1977.

8 Vid. Araceli Mangas Martín, "La Organización Mundial del Comercio y las relaciones multilaterales comerciales", en la obra de Manuel Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995, 10ª ed., Madrid, pp. 374-396, en especial sobre "los problemas sociales (la cláusula social)", pp. 391-392.

9 Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18.12.1979, BOE de 21.3.1984. Preceptos referidos directa o indirectamente a la infancia: arts. 10, 11 y 12.

vos que hay que alcanzar pero deja amplia discrecionalidad a los Estados para acomodarse a tales obligaciones y escoger el momento de su cumplimiento. Hay, pues, una clara remisión al ordenamiento de los Estados Partes a los fines de cumplir la obligación internacional.

2.3.- Convenio de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo, n° 138, de 1973¹⁰

A diferencia del anterior convenio, en éste hay una protección directa de la infancia contra uno de los abusos más generalizados: la explotación laboral. El convenio n° 138 establece la edad mínima requerida para el inicio de la vida laboral: los quince años. Es verdad que debería ser algo más elevada, pero tengamos en cuenta que el convenio trata de establecer un mínimo común denominador aceptable para todo el planeta y que, en consecuencia, tiene un carácter básico por lo que conlleva la invitación a superar ese criterio mínimo. También hay que reconocer que está relacionado con la edad en la que se supone, con carácter supuestamente universal, termina la educación obligatoria. Además, el convenio mismo invita a los Estados a elevar progresivamente esa edad mínima general.

Por otra parte, se establecen otras edades mínimas en función de la naturaleza y condiciones de determinados empleos (16 a 18 años). El Convenio no predetermina esas actividades y remite a la legislación de cada Estado para la concreción de esos empleos a los que se accederá con 16, 17 ó 18 años. También permite que, con el acuerdo de las organizaciones sindicales y de empresarios, se pueda rebajar esa edad a 16 años en determinadas circunstancias si se preserva la salud, seguridad y moralidad de los adolescentes.

3.- LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL ESPECÍFICA : EL CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989¹¹

En la llamada "era" de las NNUU el primer texto dedicado específicamente a la infancia es la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹². Precisamente en su Preámbulo recuerda que todos los seres humanos sin distinción alguna han visto proclamados sus derechos en la Declaración Universal, pero que la infancia depende de una protección legal antes y después de su nacimiento y que le debe ser dada de forma específica tanto en convenios con-

cluidos en el marco de los organismos especializados. El contenido de esta Declaración ha sido durante mucho tiempo la referencia obligada para conocer el compromiso de los Estados respecto de la protección de la infancia. Hoy, esta Declaración ha agotado en cierta medida su ciclo histórico, pues el Convenio de 1989 es el nuevo referente mínimo al que deben aspirar los Estados y la sociedad internacional en su conjunto para proteger a la infancia.

La ONU saldó una elemental deuda con la infancia al aprobar a finales de 1989 el convenio sobre los Derechos del Niño. Este convenio, como el organismo creado en 1946 —UNICEF— recibió un notable impulso de la Cumbre Mundial sobre la Infancia, que reunió en Nueva York del 29 al 30 de septiembre de 1990 a los Jefes de Estado y de Gobierno de decenas y decenas de Estados para reflexionar sobre los problemas de la infancia¹³.

3.1.- Concepto de niño y del interés superior del niño

Parece elemental que el Convenio defina qué entiende por niño a efectos de procurarle la debida protección: es el menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley haya adquirido la mayoría de edad. Esta ambigua reserva en favor de la ley interna relativiza el periodo que comprende la niñez, pues los Estados pueden modificar con carácter general, o en función de las circunstancias (edad penal, edad laboral, edad militar), esa frontera entre la infancia y la edad adulta.

En su momento, en el debate del Convenio, se discutió si la titularidad de los derechos reconocidos en el Convenio se adquirían desde el momento de la concepción o desde el nacimiento. Debate que no oculta otro más general en el que se enfrentaron la Santa Sede y diversos Estados¹⁴. Sin querer prejuzgar posiciones sobre el aborto, con buen sentido se pactó finalmente que en el preámbulo se recordase que la protección del niño debe ser dispensada tanto *antes* como después de su nacimiento debido a su falta de madurez física y mental y a que necesitará cuidados y protección especial.

Todavía más relevancia tiene el denominado "*interés superior del niño*" (art. 3). Ciertamente es una noción subjetiva y actúa fundamentalmente en el campo de la tutela judicial. El interés superior del niño es un concepto amplio¹⁵ que hace referencia a su desarrollo integral, física, mental, espiritual, moral y social. Lo que sucede es que siempre habrá un cierto margen en su aplicación dependiendo del criterio

10 Convenio de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo, n° 138, 26.6.1973, BOE de 8.5.1978. Preceptos referidos directa o indirectamente a la infancia: arts. 2 y 3.

11 Convenio de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, BOE de 31 de diciembre de 1990 (en vigor para España desde el 5 de enero de 1991).

12 Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de la ONU.

13 Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, Nueva York, Cumbre Mundial en favor de la Infancia, 29-30 sept. 1990. Plan de acción en el Decenio de 1990.

14 Sobre este debate, véase C. Díaz Barrado, *loc. cit.*, pp. 198-191. 15 Véase en particular las ponencias dedicadas a este concepto en Verdugo, M. A. y Soler-Sala, V. (compiladores): *La Convención de los derechos del niño ...*, pp. 253-335.

15 Véase en particular las ponencias dedicadas a este concepto en Verdugo, M. A. y Soler-Sala, V. (compiladores): *La Convención de los derechos del niño ...*, pp. 253-335.

de la persona, institución u organizaciones que lleven a cabo la protección y tengan que decidir por el niño. Como se ha puesto de relieve, este criterio está ligado al hecho de que el niño en muchas ocasiones no puede ejercitar por sí solo los derechos y serán personas individuales o colectivas o instituciones las que los hagan efectivos; aparece, pues, como criterio o pauta de la aplicación de estas normas¹⁶. Para este autor se configura como obligación imprecisa que puede dar lugar a un conflicto de intereses: los del niño, padres, tutores, Estado, sociedad; en todo caso, la prioridad son los derechos del niño.

3.2.- Derechos reconocidos: significado y principios

Este Convenio no se distingue especialmente por añadir nuevos derechos a la infancia que por separado no hubieran sido ya reconocidos por otros textos internacionales. La intención de los redactores era enumerar de forma completa los derechos del niño: derechos cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales, además de contemplar las situaciones especiales y reconocer la necesidad de protección contra cualquier forma de explotación, o situaciones especiales como la adopción, los problemas específicos de los niños refugiados, la explotación o abusos económicos, sexual, el tráfico de drogas u otras situaciones que generan graves peligros para la infancia.

Como ya he señalado, en el fondo son derechos de todo ser humano pero que tienen una dimensión nueva en los niños y que el Convenio de 1989 cataloga —más que sistematiza¹⁷— en su conjunto. Junto al conjunto de derechos humanos, lógicamente se insertan algunas disposiciones directa y específicamente relacionadas con la infancia, como las referidas a la adopción¹⁸ y la explotación de la infancia¹⁹.

Quizás el aspecto más original de las protecciones establecidas sea el que tiene en cuenta a los niños en situaciones desventajosas; y reclama para ellos especial consideración: entre otros, los niños de los países menos desarrollados, los niños abandonados, los impedidos, los niños pertenecientes a minorías religiosas o a minorías étnicas, etc.

Poco en especial hay que resaltar las garantías penales: tiene las de todo ser humano pero *debe ser tratado teniendo en cuenta su edad*, y si es preciso será protegido

mediante organismos específicos. Hay que reconocer que en esta materia ya se había alcanzado un gran nivel técnico mediante las denominadas Reglas de Beijing²⁰.

El Convenio de 1989 hace referencia o remite a otros instrumentos internacionales para determinadas situaciones como los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (Convenio de La Haya de 25.10.1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños y Convenio europeo de 20.5.1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones o sentencias relativas a la guarda de niños y al restablecimiento de dicha guarda).

Algunas protecciones del Convenio se hacen extensivas a padres y tutores con el fin de garantizar el disfrute de los derechos por los niños mismos: así, se incluye el derecho de atención sanitaria prenatal y posnatal para las madres (art. 24), se establece la prohibición de no discriminación en función de sus padres o de las creencias de sus padres (art. 2) o se protege directamente a los padres en la medida en que no se verán perjudicados cuando sus comportamientos estén dirigidos a hacer efectivos los derechos del niño (solicitud para entrar en un Estado o salir a efectos de reunión de la familia, art. 10), se prevé la protección del niño cuando la violación de sus derechos proviene de los padres o tutores; el Estado podrá separarlos si el interés superior del niño lo exige, de conformidad con la ley y a reserva de revisión judicial; se reconoce también el derecho a mantener relaciones y visitarse si están separados (art. 9), etc.

Pero la emigración, por no hablar de guerras y crisis políticas, lleva a la separación de las familias, lo que plantea el problema de la unidad de la vida familiar. Precisamente, suelen ser nuestras rigurosas normas sobre extranjería y nuestros servicios de policía e inmigración los que ordenan la separación de las familias, al admitir al padre o madre trabajadora y expulsando al resto de miembros de la familia sin tener en cuenta las consecuencias negativas sobre la unidad familiar y la educación de los niños. El reagrupamiento familiar debería ser respetado por los Estados receptores de emigrantes²¹.

El Convenio de 1989 es más posibilista que ambicioso. No podía ser de otra forma en un marco tan heterogéneo como la ONU. Por ello, no es de extrañar que algunos pre-

16 C. Díaz Barrado, *loc. cit.*, pp. 193-194.

17 Como señala Elisa Pérez Vera "resulta difícil discernir las razones que han movido a seguir un determinado orden en la enumeración de los derechos" ("El Convenio sobre los Derechos del Niño", en *Garantía Internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Documentos Internacionales, Madrid, 1990, p. 178).

18 Para el conjunto de derechos de la infancia ligados al Derecho Internacional Privado (derecho al nombre, nacionalidad, etc.), véase Pilar Rodríguez Mateos: "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del Niño", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-2, pp. 465-498.

19 Algunos derechos específicos ya habían sido desarrollados por Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como la Res. 41/85 de 3 de diciembre de 1986 sobre la Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.

20 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Res. AGNU 40/33 de 29.11.1985. Estas reglas fueron tenidas en cuenta en una sentencia ante el Tribunal Constitucional español, en la que también por vez primera se aplicó el Convenio sobre los Derechos del Niño (STC 36/1991 de 14.2.1991, sobre ley del Tribunal Tutelar de menores, y su compatibilidad con el Convenio y las Reglas de Beijing).

21 Vid. U. Genesio, "Le regroupement des familles séparées", en *I diritti dell'Uomo nel Mediterraneo*, (dir. Cl. Zanghi, L. Panella y R. La Rosa), Torino, 1994, pp. 245-250.

ceptos no establezcan con rigor una obligación exigible ante los poderes públicos y se opte por fórmulas de *soft law*: por ejemplo, los Estados Partes "pondrán el máximo empeño..." (art. 18), "de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas..." (art. 27). Son las llamadas cláusulas limitativas que rodean diversos derechos sociales y económicos y relativizan la obligación en la medida del desarrollo de cada Estado y la familia del niño, y la remiten al marco de la cooperación internacional. En otras ocasiones las obligaciones pueden diluirse so pretexto de la seguridad interna al admitirse restricciones por razones de seguridad, orden público, salud o moral o el respeto a los derechos de otras personas.

Finalmente, no hubo intención de establecer un sistema de garantía de los derechos reconocidos pues —como señala Díaz Barrado²²— no se deseaba crear mecanismos distintos a los existentes ni más eficaces que los que ya existen con carácter general en los respectivos convenios de protección de los derechos humanos. Tan sólo aparecen algunas recomendaciones o sugerencias (art. 42-45) como es dar a conocer el convenio a adultos y niños, incorporar a las leyes las normas del convenio, informar los Estados Parte cada cinco años de sus acciones y progresos, problemas y dificultades... Por otra parte, se crea un Comité que examina los progresos de los Estados, coordina las actividades y acciones en el ámbito internacional, hace sugerencias y recomendaciones generales a los Estados Parte, o recaba más información de los Estados, etc..

3.3.- Las contradicciones convencionales sobre protección de la infancia en tiempos de guerra

Un ejemplo de cierta laxitud lo constituye el polémico art. 38 del Convenio. Se refiere a la protección de la infancia en tiempos de guerra. Ya he señalado que el Convenio es apenas innovador y que su mérito genérico es compendiar el conjunto de derechos de la infancia que parecen recogidos en muy diversos textos en función de protecciones objetivas y generales. Pero lo grave es que no siempre recoge todos los derechos protegidos por otros Convenios sino que diluye algunos o entra en contradicción con otros textos que habían logrado cotas más elevadas.

Es lamentable que en la situación más peligrosa para la vida misma de la infancia, cual es la guerra²³, el convenio haya rebajado o semidiluido las protecciones que los Convenios específicos sobre derecho humanitario habían logrado para los niños²⁴. Examinemos este controvertido precepto del convenio de 1989²⁵.

Fueron las delegaciones de Países Bajos, Suecia y Finlandia las que propusieron en 1985 que figurase un precepto sobre la protección en caso de conflicto armado; el Grupo de Trabajo lo debatió y lo aprobó en enero de 1986. El precepto fue objeto de análisis por el CICR y al advertir que debilitaba la protección que el Derecho Internacional humanitario exige para la infancia realizó diversas gestiones. Ya la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, octubre de 1986) había acordado que "la protección que otorgue la nueva Convención esté por lo menos en el mismo nivel y, si es posible, en un nivel superior a la otorgada en los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales". Parecía inadmisibles que un convenio de protección de la infancia rebajase los logros de convenios generales. Además del CICR, numerosas Sociedades nacionales se movilizaron para presionar sobre la Asamblea General de la ONU e hicieron gestiones ante sus Gobiernos. Suecia, España, Canadá, Francia, Noruega, Italia y, en general, los Estados europeos occidentales solicitaron que la edad de reclutamiento se fijara en los 18 años, en coherencia con el primer artículo de la propia Convención sobre los Derechos del Niño que define al niño como el menor de 18 años. Además, con esta coherente y sutil estrategia se lograba un gran aporte humanitario a los viejos Convenios de Ginebra. Pero Estados Unidos no aceptó que hubiera *mejora* respecto de los Convenios de Ginebra de 1949 y propugnó, con el apoyo de *extraños* aliados un texto que, además, debilitaba los logros de aquellos.

Aunque más de veinte Estados apoyaron al CICR y lograron un amplio debate, se aprobó el polémico precepto. Desde luego, numerosos Estados se aferraron a un texto que les facilita ocultar o falsear las exigencias humanitarias contraídas en otros Convenios; como ya he señalado, entre los defensores de la rebaja de la protección estaban países tan diversos como Estados Unidos o Nicaragua, pero vincu-

²² *Loc. cit.*, p. 209.

²³ En la época en que fue aprobado se calculaba que había cerca de 200.000 soldados menores de edad; en la guerra Irán-Irak fallecieron en el frente 95.000 niños (EL PAÍS, 21 de noviembre de 1989).

El grupo guerrillero "Renamo" de Mozambique reclutó a la fuerza a unos 10.000 niños entre 5 y 15 años de edad (*Actualidad Sur Norte*, Coordinadora de Organizaciones no gubernamentales para el desarrollo, octubre de 1989, Bol. 20).

En el *Informe sobre el impacto del conflicto armado en los niños*, encargado en 1994 por el Secretario General de la ONU a Graça Machel, ex-ministra de Educación de Mozambique, se cifra en casi dos millones de niños muertos en conflictos armados durante la pasada década y seis millones fueron heridos o gravemente heridos o discapacitados. Una excelente síntesis de ese Informe también puede leerse en la ponencia de Graça Machel en el Simposio de Salamanca sobre "Impact of Armed Conflict on Children", en Verdugo, M. A. y Soler-Sala, V. (compiladores): *La Convención de los derechos del niño...*, pp. 197-204.

²⁴ Aunque es amplia la bibliografía sobre la protección humanitaria de los niños, véase entre otros: Denise Plattner, "Protection of Children in International Humanitarian Law" en *International Review of the Red Cross*, mayo-junio 1984, pp. 1-16.

²⁵ El art. 38 dice así: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que son aplicables a ellos 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 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se absterdrán 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. 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."

lados por su *militarismo*, así como otros países que estaban inmersos directa o indirectamente en guerras como Argelia (conflicto del Sahara), El Salvador, Irak e Irán.

En efecto, el Protocolo Adicional II de 1977, relativo a los conflictos armados internos, protege mejor al niño al prohibir a los menores de 15 años cualquier participación directa o indirecta (art. 4.3.C)²⁶. Como es sabido numerosos niños participan *indirectamente* en los conflictos internos al ser utilizados para labores de recopilación y traslado de información, transporte de municiones y de víveres, comprobación de existencia de minas antipersonas, etc. Para semejantes labores el convenio de la ONU los declara *aptos para la guerra*.

Por otra parte, una interpretación coherente sobre la prohibición establecida en los Convenios de Ginebra permite deducir que el principio de reclutamiento comprende igualmente la prohibición de aceptar el enrolamiento voluntario de los menores de 15 años²⁷.

Además, al utilizar fórmulas ambiguas ("medidas posibles") desvirtúa obligaciones absolutas de protección de los niños que en el Derecho Humanitario los Estados han aceptado proteger "en toda circunstancia de tiempo y lugar". La prohibición de participación de menores de 15 años es muy ambigua en el Convenio de NU, al utilizar una fórmula flexible ("Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar..."). En especial, el párrafo cuarto del art. 38 entra en grave contradicción con obligaciones precisas del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de la población civil, como la de permitir el libre paso de todo envío de víveres indispensables, ropa y medicamentos para los niños (art. 23.1) o la adopción de "las oportunas medidas" para que los niños no queden abandonados (art. 24.1) o tomar "cuantas medidas sean necesarias" para facilitar la identificación de los niños y registrar su filiación (art. 50.2).

En tiempos de guerra el Convenio de 1989 ni mejora ni sistematiza sino que debilita la protección que una treintena de disposiciones de derecho internacional humanitario garantizaban a la infancia.

Si es extraordinariamente grave el reclutamiento de niños menores de 15 años o de jóvenes entre los 15 y los 17 años, otras secuelas de la guerra impactan brutalmente en la infancia: el desarraigo y la huida. Sólo en el conflicto de Centroamérica llegó a haber un millón y medio de niños afectados entre reclutados, refugiados y desarraigados que desconocían su identidad. La guerra afecta siempre a los niños, pero si además tienen una participación directa o indirecta les hace encarar la vida y la muerte con frialdad, les despierta una mórbida fascinación por la violencia y les hace insensibles a argumentos de moralidad o solidaridad.

Al menos el Convenio de 1989 prevé que si de sus normas se dedujera una protección inferior a la dispensada por normas anteriores o posteriores de otros Convenios internacionales o normas nacionales, prevalecerá la norma más favorable a la mejor protección de la infancia (art. 41). Parece lógico que un Convenio específico y posterior no debe debilitar el acervo internacional e interno en materia de derechos humanos y trata de salvar técnicamente cualquier contradicción anterior o posterior al Convenio, si bien puede dar lugar a confusión y a una incorrecta aplicación. El mal ya está hecho.

4.- NORMAS REGIONALES EUROPEAS: LA ACCIÓN NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

4.1.- Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950²⁸

Este Convenio no tiene preceptos específicos sobre la infancia, pero el reconocimiento de derechos de la persona junto con el sistema de garantías del convenio mediante órganos, tales como la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la estructura institucional existente hasta 1998, ha permitido unos desarrollos muy positivos, superiores a cualquier texto normativo.

Así pues, el niño no es una figura especial en el marco del Convenio europeo, no es sujeto especial, sino que se parte de la dignidad e igualdad de todo ser humano, niño o adulto, y a partir de esta construcción se adapta a las situaciones especiales de la infancia y la adolescencia.

Precisamente, a partir de protecciones generales se han suscitado casos que han tenido un gran impacto social y jurídico. Voy a recordar solamente dos casos, los más antiguos y en mi opinión los más reveladores de las potencialidades protectoras de la infancia de los convenios generales sobre derechos humanos²⁹.

Por un lado, el caso *Marckx*³⁰ relativo a la fortísima discriminación legal que sufrían en Bélgica los hijos naturales hasta el punto de negar todo vínculo de filiación entre la madre soltera y sus hijos y cualquier relación con la familia de la madre. Entre otros preceptos, el TEDH estima que la legislación belga violaba el art. 8 del Convenio relativo al "respeto de la vida privada y familiar" y el art. 14 sobre prohibición de discriminación. El TEDH estima que el Estado debe actuar de tal manera que permita a los hijos desarrollar una vida familiar normal y la integración del niño en la familia, por lo que el Estado tiene que evitar cualquier discrimi-

26 Sobre las protecciones generales y específicas del Protocolo II para la infancia, vid. Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Publ. Universidad de Salamanca, 1993, pp. 81-97, en especial, pp. 86-87 y 91-93.

27 Silvie Junod, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août de 1949*, Dordrecht, 1986, p. 1405.

28 Publicado en el BOE de 10.10.1979.

29 Para otras sentencias, véase la obra citada de N. Fernández Sola, pp. 46-48.

30 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 1979 (Plenario).

minación fundada en el nacimiento. Además, el desarrollo normal del niño podría verse afectado negativamente si el hijo no puede formar parte de la familia de la madre e integrarse en una vida familiar más amplia, al igual que constató la violación de los citados preceptos del convenio al negar a los hijos naturales derechos patrimoniales y sucesorios.

Por otro, el caso *Campbell y Cosans*³¹ relativo a los castigos corporales sufridos por escolares británicos, en el que el TEDH estimó que se había violado el art. 2 del primer Protocolo al Convenio por infracción del respeto a las convicciones filosóficas de los padres y producirse una denegación del derecho a la educación (al negarse a asistir a clase ante el riesgo de ser maltratados). Aunque el Tribunal no llega a estimar que los castigos corporales sean en sí mismos un trato inhumano, considera que las convicciones de los padres se refieren a un aspecto sustancial y de peso de la vida y el comportamiento humano, como son la integridad de la persona, la pertinencia de la inflicción de castigos corporales y la supresión de la angustia derivada del riesgo a padecer tales castigos y que son merecedoras del respeto en una sociedad democrática. La reacción legal a esta sentencia llegó en 1986 cuando por fin fue abolido el uso del castigo físico en los colegios públicos. A las escuelas privadas no llegaría la prohibición del Parlamento británico hasta 1998.

4.2.- Carta Social Europea de 1961³²

La Carta social prevé que los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos; fija la edad mínima de admisión al trabajo en los 15 años, sin perjuicio de excepciones sobre trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación; y prevé una edad mínima más elevada en otras ocupaciones peligrosas o insalubres. Al mismo tiempo prohíbe que los niños en edad escolar obligatoria trabajen privándoles de su educación. Como puede observarse no es muy generoso en cuanto a la edad mínima y permite las excepciones en una materia en las que las infracciones son por millones en todo el mundo, incluso en Europa o en nuestro propio país, España. En su descargo sugiere limitar la jornada laboral de los menores de 16 años y que los jóvenes tengan derecho a un salario equitativo, así como que las horas de formación profesional en el trabajo sean parte del horario y se les garantice un mínimo de 3 semanas pagadas de vacaciones.

4.3.- Convenio europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante de 1977³³

De este Convenio apenas destaca, en lo que nos interesa, el art. 12 relativo al agrupamiento familiar; favorece la integración familiar del cónyuge e hijos no casados, menores de edad según legislación del Estado de acogida, siem-

pre que el trabajador migrante disponga de una vivienda adecuada; el Estado de acogida puede condicionar el agrupamiento a la acreditación de recursos estables suficientes para subvenir a las necesidades de su familia.

4.4.- Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996³⁴

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, así como el Comité de Ministros, y diversos comités de expertos, se han venido ocupando de situaciones ligadas a la infancia y a la familia y relativas a la cooperación jurídica internacional. También se ha preocupado por acelerar las ratificaciones del Convenio de Naciones Unidas de 1989. En esta política, la Asamblea creyó que debía aportar cierto *valor añadido* al convenio de Naciones Unidas y por ello auspició la elaboración de un marco jurídico que facilite el ejercicio de los derechos de la infancia: va más allá de la protección favoreciendo la *promoción*.

Otro aspecto interesante es el relativo a los litigios que afectan a la infancia y en los que en función de las circunstancias los niños deben ser informados y oídos o en los que el niño puede pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad o su tutela legal. Se trata pues de derechos procedimentales de los niños; se establecen deberes específicos para los jueces en relación con las informaciones que deben dar a los niños, o de diligencia respecto de los asuntos relacionados con niños, etc.

5.- NORMAS REGIONALES EUROPEAS: LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Es bien sabido que la palabra "niño" no figuraba en los Tratados fundacionales ni en los que, estando en vigor hasta 1998, los han ido modificando o completando. *Afortunadamente*, las Comunidades europeas no tienen competencia directa ni sobre la infancia ni sobre la familia, al igual que la política familiar es competencia nacional.

Sin embargo, esa ausencia de competencia no ha impedido al Consejo dejar la huella de las convicciones europeas en materia de familia e infancia mediante orientaciones sobre políticas de familia y otras materias en este ámbito desde 1989; además, hay un Observatorio europeo de políticas familiares, que hace un Informe anual sobre la evolución de esas políticas en los Estados miembros.

Sin embargo, fueron los dramáticos sucesos de pedofilia descubiertos en Bélgica en 1995-1996 los que han hecho que la preocupación por la protección de la infancia sea también una responsabilidad de la Unión Europea. Numerosas declaraciones de las sucesivas presidencias, tomas de posi-

31 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 (Sala).

32 BOE de 26.6.1980.

33 Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24.11.1977, BOE 18.6.1983.

34 Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996. Fue firmado el 5.12.97. No ha sido ratificado.

ción de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo³⁵ se han ido sucediendo en estos años hasta llegar a los debates de la Conferencia Intergubernamental de 1996 para la reforma del Tratado de Maastricht³⁶.

Consecuencia de esta nueva actitud, el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, es el primer texto de Derecho originario comunitario en hacer alguna referencia a la infancia en el art. K.1 (art. 29, nueva numeración); este precepto establece que el ámbito de la cooperación judicial y policial se extiende a "la trata de seres humanos y los delitos contra los niños". En esta preocupación sobre los abusos sexuales contra la infancia se inscribe la Comunicación de la Comisión de 27.11.1996 sobre la intensificación de la lucha contra el turismo sexual que implique a niños³⁷ o la Acción común del Consejo de 24.2.97 contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, basada en el art. K.3.2, en virtud de la cual cada Estado miembro se compromete a revisar su legislación relativa a conductas de explotación, trata y abuso de personas, en especial niños, "que sean intencionadas"³⁸. También en este orden de cosas se adoptó la Resolución del Consejo de 26.6.1997, relativa a los menores no acompañados de adultos que sean nacionales de países terceros³⁹.

Igualmente, en el marco de la Cooperación en los ámbitos de la Justicia y en los asuntos de Interior del Tratado de Maastricht se llegó al acuerdo para que la Unidad Droga de EUROPOL se ocupe también del tráfico de seres humanos, en especial mujeres y niños, así como la creación de un centro de experiencias e información para la lucha contra la pedofilia y la trata de personas y el fomento de la formación de personas comprometidas en esa lucha y el reforzamiento de la cooperación judicial para combatir esa actividad ilícita⁴⁰.

Ahora bien, de las normas de los Tratados fundacionales indirectamente se deducen protecciones para los niños de los trabajadores de los Estados miembros (trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena) en la medida que el derecho de libre circulación y residencia en cualquiera de los

Estados miembros conlleva el derecho a la vida familiar en el sentido de poder desplazarse con sus hijos y que estos disfruten de las mismas ventajas sociales y económicas que los hijos menores de los trabajadores nacionales. De este modo, el acceso a la educación y formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales, el derecho a la seguridad social o el derecho a las prestaciones sociales, aunque los hijos permanezcan en el país de origen y, en general, el principio de igualdad de oportunidades quedan plenamente garantizados⁴¹. Así pues, el derecho a mantener contacto con los progenitores establecido en el Convenio de la ONU se ve realizado plenamente en la Unión Europea.

Además en las legislaciones nacionales de los Estados miembros se observa una gran flexibilidad en el acceso a la nacionalidad para la segunda y tercera generación de los trabajadores migrantes. Por otra parte, la Directiva sobre protección en el trabajo de los jóvenes menores de 18 años⁴² prohíbe la actividad laboral a menores de 15 años, limita la jornada laboral en otros casos, prohíbe el trabajo nocturno, exige el descanso diario, semanal y anual, así como retribuciones compatibles con la educación y formación profesional. Contempla excepciones inevitables como son las pequeñas empresas familiares o agrícolas, si bien pone estas excepciones bajo control de la autoridad.

De otras normas comunitarias que regulan diversos sectores de la competencia comunitaria se deducen protecciones diversas. Por ejemplo, la Directiva de 1994 sobre Televisión⁴³ permite a los Estados miembros suspender las emisiones de TV en caso de perjuicio para los menores y promueve el acuerdo sobre códigos de conducta entre emisoras de televisión sobre los contenidos y límites de cara a la protección de la infancia. Otra Directiva de 1988, sobre la seguridad de los juguetes⁴⁴ regula las exigencias físicas y mecánicas, así como las propiedades químicas, inflamabilidad y las menciones que deben figurar en los juguetes. Finalmente, se podrían citar otros estudios o informes⁴⁵ que revelan que los problemas de la infancia se han integrado en el quehacer de las Instituciones de la UE.

35 Hace ya muchos años el Parlamento Europeo mostró cierta sensibilidad hacia los niños con dos interesantes Resoluciones: Resolución de 13.5.1986 sobre la Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados y la Resolución de 8.7.1992 sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE n° C 243 de 21.9.1992).

36 El conjunto de declaraciones y nuevas actitudes sobre la infancia pueden verse en el documento elaborado por Grupo de Trabajo de la Secretaría General del Parlamento Europeo (Task Force "Conferencia Intergubernamental", *Fiche thématique sur l'enfant et la CIG* (n° 41), marzo de 1997.

37 DOCE n° C 3, de 7.1.1997.

38 DOCE n° L 63, de 4.3.1997.

39 DOCE n° C 221, de 19.7.1997.

40 DOCE n° L 342, de 31.12.1996.

41 Reglamento 1612/68, de 19.10.1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad (DOCE L 257 de 19.10.1968; jurisprudencia, entre numerosas sentencias, Casagrande, 1974; Gravier, 1985); Directiva 74/286 sobre escolarización de los niños de trabajadores migrantes, DOCE L 199 de 6.8.1977 (incluye la enseñanza de su lengua y cultura de origen, anticipándose al Convenio de la ONU de 1989).

42 Directiva 89/391 de 22.6.1994, DOCE L 216, de 20.8.1994.

43 DOCE n° L 298, de 17.10.1989. Entre la abundante bibliografía sobre la Directiva de TV sin fronteras, vid. por todos, José Martín y Pérez de Nancraes, *La Directiva de Televisión*, Editorial Colex, 1995.

44 Directiva de 3.5.1988, DOCE n° L 187 de 16.7.1988.

45 A título de ejemplo, el informe de la Comisión sobre "La escolarización de los niños gitanos e itinerantes", Com. (96) 495 final; o el Dictamen el Comité de las Regiones sobre "Igualdad de oportunidades entre niños y niñas en sus actividades durante el tiempo de ocio y, especialmente, en los programas de juventud y deporte de la UE", CDR 182/97 fin, de 19-20 de noviembre de 1997. Vid. con carácter general, *El futuro de la infancia en Europa*, FUNCOE, Madrid, 1998.

OBSERVACIONES FINALES

No son pocos ni irrelevantes los progresos normativos fundados en el Derecho Internacional Público alcanzados por la Humanidad en esta segunda mitad del siglo XX. Es todo un arsenal jurídico-convencional reconfortante.

Pero la realidad es muy diferente en numerosas partes. Incluso en nuestras sociedades más avanzadas política y económicamente, como es el caso de Norteamérica y Europa Occidental, las infracciones son abundantes, especialmente por lo que se refiere a la explotación sexual, sin olvidar que la explotación laboral y la sexual que sufren los niños de otros continentes es protagonizada o beneficia a determinadas empresas o personas del mundo desarrollado.

Pero el Derecho Internacional ha cumplido positivamente su cometido al fijar o armonizar unos patrones normativos y de comportamiento. Es cierto que la persecución de las infracciones son responsabilidad directa e inmediata o bien de los legisladores nacionales o bien de los servicios de inspección de los Estados.

Pero el Derecho interno está muy lejos de haber cumplido con sus obligaciones para con la infancia. Le corresponde al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo, al Derecho Penal... en definitiva, a la ciudadanía organizada políticamente exigir de los poderes públicos internos el cumplimiento de los compromisos internacionales.

Salamanca, abril de 1998