
Progresividad *ratione personae*: el 'niño' titular de Derechos

María del Rosario Carmona Luque

La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Enero 2011)

Id. vLex: VLEX-377856794
<http://vlex.com/vid/377856794>

Resumen

1. Algunas consideraciones sobre la subjetividad internacional del individuo y su progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos - 2. El concepto de "niño" en la Convención de 1989 - A. Dificultades, precisiones e imprecisiones terminológicas y conceptuales en la definición del "niño" en la Convención de 1989 - B. Precisiones, imprecisiones y variantes en los límites superior e inferior de edad del "niño" establecidos en la Convención - a) El límite inferior de edad del "niño" en la Convención de 1989 - i. El niño antes del nacimiento en los Trabajos preparatorios de la Convención - ii. Algunas cuestiones jurídicas de interés derivadas de las discusiones del Grupo de Trabajo - iii. El discutido valor de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en relación a la interpretación del concepto "niño" en la nueva Convención - iv. Valor del Preámbulo de la Convención como instrumento de interpretación del tratado a la luz de las declaraciones incorporadas en los Trabajos preparatorios - b) El límite superior de edad del niño en la Convención y sus posibles variantes - c) El artículo 1 de la Convención: ¿definición universal del niño? - C. Alcance y límites del concepto "niño" en la aplicación de la Convención de 1989: Especial atención a la interpretación del Comité de los Derechos del Niño respecto a algunos supuestos concretos - a) El niño "sujeto de derechos": eje central en la interpretación de la Convención por el Comité de los Derechos del Niño - b) Aborto y reproducción asistida: una misma indefinición de origen con consecuencias diversas en el tiempo - c) La edad mínima para el consentimiento matrimonial: ¿una cuestión de género? - d) Las edades mínimas de acceso al empleo y de finalización de la escolaridad obligatoria: una compatibilidad necesaria - e) El alistamiento de niños en las Fuerzas y Grupos armados y su participación en combate - f) La administración de justicia "juvenil" - g) La condena y ejecución de la pena capital a los menores de 18 años y a las mujeres embarazadas o madres de hijos de corta edad - h) La opinión y el consentimiento del niño respecto a determinados asuntos personales: La edad y la madurez del niño como elementos de ponderación de su capacidad - 3. Proyección de la subjetividad

internacional sobre el niño titular de la Convención: ¿una evaluación final?

Texto

1. Algunas consideraciones sobre la subjetividad internacional del individuo y su progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La transformación de la Sociedad Internacional y de las relaciones sociales operadas en su seno -especialmente a partir de 1945- y su incidencia en el orden jurídico que las regula resulta un hecho evidente, siendo una manifestación de dicho cambio el aumento de sus miembros³⁵³ y su progresiva transformación en una Comunidad Internacional³⁵⁴.

El progresivo quebrantamiento del dogma de la soberanía absoluta del Estado³⁵⁵ y el paralelo establecimiento de un régimen internacional de los derechos humanos -especialmente impulsado desde la constitución de la Organización de las Naciones Unidas³⁵⁶-, teñirá a partir de entonces al Derecho Internacional de las

notas indelebles de humanización y socialización que se convertirán en vehículos de la *promoción jurídico-internacional del individuo*³⁵⁷.

Evidentemente, como ha sido apuntado desde la doctrina, no podemos pensar que la regulación normativa de los derechos humanos en el Derecho Internacional produjese desde un primer momento una completa transformación de las relaciones entre los Estados y los individuos en este orden jurídico. Pero ello no impide reconocer que la aparición de un sistema internacional de reglas sobre los derechos humanos haya representado una forma de "evolución" que, aunque inicialmente considerada incompleta y en ningún caso calificable de "revolución"³⁵⁸, hoy día sí puede hacerse merecedora en gran medida de este último calificativo³⁵⁹.

En cualquier caso, la fractura del monopolio de la subjetividad internacional de los Estados soberanos, primeros y principales sujetos del orden jurídico inter-nacional, se irá produciendo con distinto alcance en relación a las nuevas entidades incorporadas a la esfera internacional. Así, junto a la no discutida y prontamente consolidada posición de las Organizaciones Internacionales como sujetos "funcionales" o "derivados" del Derecho Internacional³⁶⁰, se irán presentado otros supuestos cuya eventual subjetividad internacional será objeto de mayores debates doctrinales. El tejido social internacional se irá de esa forma entramando con mas amplias y complejas relaciones entre sujetos de distinta naturaleza y estatuto, mostrando un mosaico que refleja el Dictamen emitido por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

sobre la *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de obligada referencia en este contexto, a saber: "*les sujets*

de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits"³⁶¹.

Ahora bien, como hemos indicado, la determinación de cuáles son esas entidades investidas de subjetividad internacional y hasta dónde alcanza el contenido de esta última en cada caso, no son cuestiones que hayan gozado en el pensamiento y la doctrina *iusinternacionalista* -ni lo hagan actualmente- de una posición definitiva y pacífica. Las posturas y teorías al respecto nutren una importante literatura cuyo análisis no corresponde a los límites de este trabajo, si bien su mención resulta debida en lo que atañe al supuesto especialmente polémico de la situación del individuo³⁶².

A este respecto cabe destacar que, si bien el análisis del estatuto jurídico de la persona humana en el orden internacional goza de importantes referencias en obras de la primera mitad del pasado siglo³⁶³, las discusiones doctrinales encuentran obviamente mayores elementos para su argumentación a partir de la progresiva implementación y consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, operada desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días, tanto a través de la proliferación de tratados internacionales sobre la materia como del establecimiento de mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales para su control y el más reciente desarrollo de la responsabilidad penal internacional del individuo, que encuentra actualmente su punto culminante en el establecimiento de una Corte Penal Internacional³⁶⁴.

En todo caso, una mirada a las diversas teorías doctrinales consolidadas en esta materia, nos sitúa ante una numerosa y diversa manifestación de itinerantes posiciones respecto al estatuto reconocido al individuo en el Derecho Internacional³⁶⁵.

El problema de base radica en nuestra opinión en la ausencia de unanimidad doctrinal en la determinación del concepto mismo de subjetividad jurídica inter-nacional. La comprensión de esta circunstancia ha sido explicada por BARBERIS atendiendo al hecho de que el jurista recurre al lenguaje común para calificar sus construcciones, transformando a partir de ahí los términos utilizados mediante la atribución de una significación específica, esto es, definiéndolos estipulativamente³⁶⁶. De esta forma, en su tarea de descripción y sistematización del Derecho, el jurista intentará dotar de la mayor precisión posible a los términos tomados del lenguaje ordinario, intentando eliminar la ambigüedad o vaguedad que tales términos pudieran provocar y precisando los límites y características que definirán y delimitarán los nuevos conceptos así acuñados. Sin embargo, será en el proceso de aplicación de la norma cuando nos enfrentaremos al riesgo de la posible atribución de

interpretaciones diversas a los términos mediante los que ésta se expresa.

En cualquier caso, a la hora de establecer las diversas teorías sobre la subjetividad internacional del individuo, no parecen en principio plantearse grandes discrepancias en el reconocimiento del Derecho como regulador de conductas humanas³⁶⁷. Sin embargo, algunos autores han señalado que si bien esta concepción personalista del Derecho pretende afirmar el lugar supremo del interés y los fines humanos en el ordenamiento jurídico, no implica necesariamente que los individuos sean considerados sujetos de derecho³⁶⁸. Nos encontramos en definitiva con diversas valoraciones y posiciones respecto a la subjetividad jurídica del individuo, que acentúan el distinto alcance otorgado a esta última desde el plano axiológico y desde la técnica jurídica³⁶⁹.

Por otra parte, parecería coherente pensar que si el Derecho va a regular las conductas humanas, cuando nos encontramos en el ámbito concreto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en el que centramos nuestro trabajo-, éste determinará cuáles son sus sujetos mediante el otorgamiento de derechos y obligaciones³⁷⁰. Conforme a esta línea argumental puede entenderse la afirmación de REUTER según la cual "*poser une norme juridique c'est poser en même temps et du seul fait de cette norme des sujets des droits, titulaires des droits et des obligations découlant de la norme*", que le ha servido de base para reconocer a los sujetos de derecho así definidos, una función de creación jurídica, variable según los casos, pero nunca nula³⁷¹.

Sin embargo, no todos los autores otorgan el mismo alcance al hecho de proclamar en una norma jurídica el sujeto al que dicha norma se dirige o cuyos derechos regula, o bien, no todos coinciden en el significado a atribuir a los términos "sujeto" o "titular" de derecho, en referencia al individuo indicado en la norma. En este sentido se ha señalado que no le basta al individuo con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación para ser considerado sujeto de Derecho Internacional, sino que debe tener capacidad de actuar en el plano jurídico internacional, es decir, tener aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable, en ese mismo plano, en el caso de violación de la obligación³⁷², pudiendo ser sancionado por ello. Advertimos de esta forma una clara tendencia a apoyar la subjetividad jurídica internacional del individuo sobre la base de criterios principalmente procesales, concretamente de responsabilidad y legitimación o *ius standi* ante instancias internacionales; e incluso a este respecto, algunos autores consideran que, aún en los casos en los que tales requisitos se cumplan, ello sólo es posible a través de la intervención del Estado³⁷³.

En definitiva, parece que la ponderación del individuo en el Derecho Internacional no se enfrenta a grandes oposiciones en cuanto a su reconocimiento como

titular de derechos propios, que generan responsabilidad respecto a los Estados³⁷⁴.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Sin embargo, bien por la formulación indirecta de esos derechos en algunos casos -que fortalece la posición preponderante de los Estados como sujetos directamente obligados a su observancia y debilita la del individuo, que se destaca fundamentalmente como destinatario de protección-, bien por la limitación de los supuestos en los que esa proclamación de derechos va acompañada de legitimación procesal para reclamar por su violación o de la posibilidad de devenir responsable por su infracción, no se logra un acuerdo de posiciones en cuanto al alcance de la subjetividad internacional de la persona humana y en consecuencia, su estatuto jurídico en el Derecho Internacional. Todo ello nos impide dar por cerrada la discusión doctrinal respecto al reconocimiento o no y el posible contenido y alcance, en su caso, de la subjetividad internacional del individuo.

Si adoptamos un concepto técnico-jurídico amplio de subjetividad que, atendiendo a los elementos señalados por las diversas posturas doctrinales, reconozca como sujeto en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al destinatario de normas reguladoras de derechos y obligaciones, susceptible de sufrir responsabilidad por su infracción y de detentar legitimidad directa para reclamar por su violación ante instancias internacionales, podemos constatar que la subjetividad internacional del individuo, en tanto que titular de derechos y obligaciones propios en el orden jurídico internacional ha experimentado un proceso de progresividad, iniciado fundamentalmente a mediados del siglo pasado -a partir de la constitucionalidad de sus derechos inherentes como ser humano en la Carta de las Naciones Unidas- y desarrollado en el ámbito internacional positivo, general y jurisprudencial. La proclamación del importante número de tratados internacionales de derechos humanos en los que el individuo es proclamado titular de derechos -y entre los que ahora nos interesa destacar la Convención sobre los Derechos del Niño- dan prueba de ello.

Más limitado resulta no obstante el reconocimiento de la legitimidad del individuo para reclamar directamente ante instancias internacionales por la violación de sus derechos, así como la posibilidad de que devenga responsable en el plano internacional. En cualquier caso, es obligado destacar respecto a ambas cuestiones los progresos alcanzados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos .

Así, en el ámbito procesal podemos señalar como manifestaciones de esos logros, el reconocimiento de la legitimación activa del individuo ante algunos

órganos e instancias internacionales, como son los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los mecanismos de presentación de quejas individuales ante órganos del sistema de las Naciones Unidas³⁷⁵; la progresiva interpretación del *ius standi* otorgado a los individuos, a través de la acuñación de nuevos conceptos procesales, como el de la "*víctima potencial*"³⁷⁶; o la ampliación de la esfera de los legitimados para plantear las demandas o reclamaciones en nombre de los afectados por la violación de sus derechos, cuestiones que presenta un especial interés en relación al niño³⁷⁷.

Igualmente resulta imprescindible señalar las importantes transformaciones operadas en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo, destacando al respecto los

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre la elaboración de un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad³⁷⁸, así como el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para juzgar las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario cometidos en los territorios de la antigua Yugoslavia, en Ruanda y, con ciertos matices derivados de su naturaleza mixta, en Sierra Leona³⁷⁹y, de manera destacada, la proclamación del Estatuto y entrada

en funcionamiento de la Corte Penal Internacional respecto a los "*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*"³⁸⁰.

Estas actuaciones permiten confirmar, como ha hecho la profesora ABELLÁN HONRUBIA, la consolidación del principio de responsabilidad internacional del individuo como norma general del Derecho Internacional y manifestación de la evolución de este último respecto a la incorporación de normas directamente dirigidas a la persona humana³⁸¹. No obstante y como hemos señalado previamente, el reconocimiento del individuo como titular de derechos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su capacidad para presentar demandas por su violación ante ciertas instancias internacionales competentes en la materia, no ha permitido en todo caso y necesariamente su proclamación como sujeto de Derecho Internacional; y esto lleva a esta autora a plantear la contradicción entre ambos hechos, esto es, la no condición del individuo de sujeto de Derecho Internacional y la posible atribución al mismo de responsabilidad internacional, conduciéndola finalmente a buscar el fundamento de esa responsabilidad al margen de las normas que reglamentan la personalidad jurídica internacional³⁸².

En definitiva, podemos concluir constatando el reconocimiento de una subjetividad limitada al individuo en el Derecho Internacional, inserta en un lento aunque continuo proceso de desarrollo y especialmente impulsada desde el ámbito de protección de los derechos humanos, en el que los aspectos relativos a su reconocimiento y proclamación como titular de derechos se imponen fácilmente frente a una mayor reticencia respecto a su facultad para reclamar por ellos ante instancias internacionales o devenir responsables por su infracción.

En cualquier caso, esa restringida subjetividad del individuo manifiesta la limitación de la que los poderes soberanos de los Estados son objeto a través de competencias voluntariamente cedidas pero cuyo desarrollo progresivo se les termina imponiendo³⁸³. El individuo y la protección de sus derechos fundamentales representan en ese sentido una emergente y real limitación del poder soberano del Estado, pero queda no obstante bastante lejos aún de representar una "*soberanía*

individual", como fuera evocada por el ex - Secretario General de las Naciones Unidas, KofiANNAN, en nuestra opinión más desde el noble deseo de impulsar las tendencias a desarrollar en el orden internacional que como constatación de una realidad fehaciente³⁸⁴.

Este breve análisis de la situación del individuo en el marco de la subjetividad internacional sólo cobra razón de ser en nuestro trabajo si lo vinculamos a la posición específica que pueda reconocérsele en ese sentido al niño, y que nos enfrenta a las dificultades añadidas que su particular condición, caracteres y estatuto jurídico evidencian al respecto³⁸⁵. Efectivamente, no corresponde a los objetivos de este trabajo intentar ofrecer una respuesta u opción determinada ante la discusión doctrinal sobre la subjetividad internacional del individuo, sino tener en cuenta los diversos elementos esbozados por unas y otras teorías para analizar la posible aportación de la Convención sobre los Derechos del Niño al desarrollo progresivo de cada uno de ellos. Esto nos permitirá establecer un balance de la actual situación en la permanente construcción del estatuto jurídico internacional, no ya del individuo en sentido general, sino de su manifestación específica en la figura del niño, valorando la aportación de la Convención de 1989 a la definición del término "niño" como titular de derechos propios y, en ese sentido, al establecimiento y/o consolidación de su estatuto jurídico internacional.

2. El concepto de "niño" en la Convención de 1989

En todo estudio relativo a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño resulta clásica la referencia a las imprecisiones o variantes que su texto presenta en la definición del que se anuncia como titular de la misma y, en consecuencia, de los derechos en ella regulados. Sin embargo, no por ello estamos menos obligado a abordar la citada cuestión, máxime cuando es nuestra intención señalar las eventuales aportaciones de este tratado a la definición del estatuto jurídico del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con este propósito nos disponemos a continuación a matizar los aspectos que presenta este asunto, tanto en relación a los términos y los conceptos empleados

en la Convención como a los límites temporales señalados en ella a efectos de definir a su titular.

Asimismo acudiremos a la doctrina desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño, en su labor de interpretación y control de la correcta aplicación de la Convención, para intentar encontrar una interpretación progresiva de este tratado que permita colmar las eventuales lagunas que su texto presenta respecto a la definición del "niño". Con este fin nos detendremos en algunos supuestos concretos en los que los límites temporales establecidos al respecto en las normas internas e internacionales no resultan homogéneos y que, por su relevancia en la vida y desarrollo del niño afectado por ellos y en el respeto de sus derechos fundamentales, justifican nuestra mirada hacia la Convención en demanda de una respuesta que permita establecer un criterio armonizador respecto a las legislaciones de los Estados Partes e incluso las ulteriores disposiciones y actuaciones en el marco del Derecho Internacional. La respuesta dada por el tratado de 1989, interpretada a la luz del Derecho Internacional vigente en la materia y de su progresiva interpretación por el Comité de los Derechos del Niño resultará, según los casos, más o menos precisa y/o satisfactoria, pero siempre obligada.

A. Dificultades, precisiones e imprecisiones terminológicas y conceptuales en la definición del

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

"niño" en la Convención de 1989

Uno de los asuntos más debatidos y, sin duda, primordial en la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño fue la determinación de su titular, esto es, qué debía entenderse a efectos de este tratado por el término "niño"³⁸⁶.

La definición del niño en la Convención no resultó en efecto una tarea sencilla, si bien era obligada, no sólo por la evidente necesidad de seguridad jurídica que representa la identificación de los destinatarios de las normas, sino además para solventar la dificultad implícita que ello conlleva cuando nos referimos a sujetos que no gozan de una tradición jurídica en su reconocimiento como tales. Asimismo, la necesidad de definir el vocablo "niño" en una Convención concebida en un ámbito y con una vocación universales, tanto respecto a sus titulares como a los derechos en ella regulados, se enfrentaba a la dificultad de hallar unos criterios comunes respecto a un concepto dotado de muy diverso contenido y distintamente calificado, tanto en el orden jurídico -nacional e internacional- como en el campo cultural, ideológico, religioso, filosófico, etc, de los Estados llamados a ser Partes en ella.

En ese sentido, la imagen del niño transmitida por los delegados de los Estados y de las Organizaciones y organismos presentes en el Grupo de Trabajo encargado

de la redacción de la Convención, no sólo no coincidía sino que, en ocasiones, difería ampliamente entre ellos. Al analizar los trabajos preparatorios encontramos, ciertamente, la confrontación de dos posturas tradicionales a la hora de considerar este asunto: la de quienes veían al niño como un ser a proteger y la de aquellos otros que lo reconocían como sujeto o titular -según unas u otras opiniones- de derechos propios³⁸⁷. Esta confrontación de posturas no resulta extraña si tenemos en cuenta el diferente papel que las culturas y el derecho propio a cada una de ellas han venido tradicionalmente otorgando al niño³⁸⁸.

No obstante, la preservación de concepciones en las que el niño queda condicionado a un estatuto de inferioridad, dependencia y/o falta de capacidad respecto a los adultos no resultaba acorde en la fecha de discusión de la Convención con la transformación que tímidamente se venía operando en el marco internacional de los derechos humanos y que encontraba un precedente relevante en la Declaración de 1959³⁸⁹. Conforme a esa nueva corriente, el niño no sólo era considerado como un ser humano que debido a su vulnerabilidad necesitaba una especial protección, sino que también empezaba a percibirse como titular de derechos propios³⁹⁰. Una regresión respecto al camino así iniciado, hubiera resultado en definitiva contraria al espíritu que inspira y guía el desarrollo positivo de los derechos humanos en el orden internacional³⁹¹.

Manifestaciones de lo que venimos diciendo las encontramos en el seno del Grupo de Trabajo establecido para redactar la Convención y, en este sentido, pueden servirnos de ejemplo las propuestas emitidas por algunos representantes de Estados en relación al título del futuro

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

tratado. Así, mientras la delegación de Senegal propuso la fórmula "*Proyecto de Convención sobre la protección del niño*", otras delegaciones (Holanda, Noruega y Argentina) manifestaron su preferencia por la ya existente en el proyecto inicial, es decir, "*Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño*"³⁹². La confirmación de esta última en el texto definitivo refleja la evolución lograda en ese sentido en el ámbito convencional internacional.

Asimismo, nos parece oportuno resaltar las diferencias de fondo que encierran algunos comentarios emitidos en el mismo contexto del Grupo de Trabajo. En este sentido, el delegado de Francia, tras reclamar la necesidad de establecer la definición del niño en la Convención, señaló: "*Once the term 'child' has been defined, the draft text should state clearly that it is in the best interest of the child, who is unable to express his own wishes, to be represented by his father and his mother*"³⁹³. Por su parte, el delegado de Suecia propuso la inclusión de los siguientes párrafos en el Preámbulo de la Convención: "*Aware that children have inherent rights and needs of their own*" y "*Also aware of the changing role and structure of the family in many parts of the world*"³⁹⁴. El paso de una visión paternalista del niño hacia su inserción en un nuevo modelo de familia en el que todos sus miembros gozan de un papel propio, parece reflejar antiguas y nuevas concepciones de cuyo encuentro resultará el Convenio de 1989.

La postura que finalmente parece haber quedado plasmada en el texto de la Convención y que fue propugnada desde los momentos iniciales de su redacción³⁹⁵ es la de considerar al niño bajo un doble punto de vista que unifica los criterios antes enfrentados, a saber, como ser humano a proteger y como detentador de derechos propios.

Ahora bien, si el concepto de niño parecía haber quedado claro en el espíritu de los redactores de este innovador tratado, la dificultad se imponía a la hora de traducirlo en una voz determinada. La complicación de esta tarea nos lleva a reconocer la variedad de fórmulas establecidas en el texto de la Convención para definir al "niño", que no ayudan a la ya de por sí espinosa labor de delimitar al ser humano acreedor de tal título. Así, las voces de "*niño*", "*menor*", "*persona*", "*ser humano*", etc, se confunden con otras formulaciones tanto o más imprecisas, según los casos, como son el reconocimiento de la "*mayoría de edad*"... "*en virtud de la ley que le sea aplicable*" (artículo 1), su atención "*en consonancia con la evolución de sus facultades*" (artículo 5), "*en condiciones de formarse un juicio propio*" (artículo 12) o "*en función de la edad y madurez*" (artículo 12), y la referencia a la "*edad mínima*" (artículo 40.3.a), entre otras.

Por otra parte, cuando nos referimos al niño como sujeto o titular de la Convención lo hacemos en el marco de la universalidad que inspira este tratado y que persigue su proyección en todos y cada uno de esos niños, con personalidades, atributos, facultades y contextos económicos y socio-culturales muy diferentes. Así, el niño requiere ser reconocido en su individualidad como sujeto o titular de la Convención, en un fiel reflejo de la relación que los derechos humanos en general mantienen respecto a la singularidad de cada uno de los individuos que se acogen bajo su concepción. De esta forma, la Convención podrá ser efectivamente reconocida como la Carta Magna de los derechos de todos y cada uno de los niños del mundo, y en ese sentido deberá ser capaz de proyectar esa titularidad respecto al

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

supuesto individual de cada niño y en relación a los derechos en ella proclamados, sin que ello provoque un artificial intento de homogenización respecto a la diversa realidad que esos niños representan.

Durante los trabajos de redacción de la Convención, la delegación de Noruega propuso que *"Therefore, a convention on the subject of the rights of children should deal with children as a group"*³⁹⁶. La intención de esta propuesta visaba a proteger mejor los intereses del niño y evitar las discriminaciones que en relación al sexo pudieran plantearse si se usaba el término niño en singular³⁹⁷.

No podemos olvidar en efecto la importancia que la atención a grupos de individuos determinados ha desempeñado en la evolución y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que ha provocado una beneficiosa corriente recíproca de influencia: el Derecho Internacional ha avanzado en su proceso de humanización mediante la atención a las necesidades específicas

de esos grupos³⁹⁸ y éstos, a su vez, se han visto así amparados en tales necesidades y han ido alcanzando ciertas cotas de subjetividad en el orden internacional³⁹⁹. La atención a grupos humanos determinados por el Derecho Internacional ha sido realizada considerando situaciones o circunstancias específicas -refugiados, minorías, familias migrantes, etc-, o condiciones personales que sitúan a sus miembros en una posición de especial desprotección o vulnerabilidad -mujeres, discapacitados, etc.-⁴⁰⁰. El niño se encontraría en el segundo de estos supuestos pero, a diferencia de otros sujetos integrados en él, su condición responde a una etapa concreta y transitoria del proceso de desarrollo integral del ser humano.

Por lo tanto, la asistencia requerida en este caso al Derecho Internacional obliga a éste a adecuarse a ese estado evolutivo que caracteriza al niño y a actuar en el límite temporal que delimita su existencia, mediante una atención apremiante y dinámica -y en algunos casos urgente- a sus necesidades y derechos⁴⁰¹. Esa

actuación deberá estar guiada por la doble percepción del niño consagrada en la Convención de 1989 y que antes señalábamos, esto es, como ser humano a proteger y como titular de derechos propios.

Respondiendo a esa corriente recíproca de beneficios a la que nos hemos referido, la atención general al niño por el Derecho Internacional ha permitido en efecto a este último avanzar en su proceso de humanización⁴⁰², y su concreta manifestación en la adopción de un tratado universal de derechos humanos convierte a la Convención de 1989 en instrumento imprescindible para su efectiva aplicación individualizada.

Por las razones expuestas, nos parece acertada la decisión de titular el tratado de 1989 "Convención sobre los Derechos del Niño" -en singular-, permitiendo concretar y singularizar

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

la figura del niño como titular de derechos; acción que consideramos especialmente importante y necesaria para el empuje y la consolidación de esa nueva percepción del niño en el Derecho Internacional -y en la vida social en general⁴⁰³- que hemos señalado y que permite perfilar, en definitiva, su estatuto jurídico internacional.

Ahora bien, en aras a la identificación del "niño" -de todo niño, de cada niño- titular de la Convención, es necesario considerar determinados elementos que afectan a su esfera personal, temporal y social y que en algunos casos resultan esenciales para la preservación de su identidad y el goce de sus derechos. Nos referimos por una parte a los límites inferiores y superiores de edad del niño, que configurarían lo que podemos calificar como su "identidad jurídico-temporal" y por otra, a elementos como el nombre, la nacionalidad, la identidad genética, el entorno familiar y la identidad cultural del niño, que integrarían lo que podemos denominar como su "identidad personal y social". Los elementos de estos dos grupos se encuentran íntimamente vinculados entre sí en la identificación concreta del "niño" y encuentran todos ellos respaldo, con mayor o menor precisión o fortuna según los casos, en la Convención de 1989.

A los primeros, esto es, los límites temporales que definen jurídicamente al niño, dedicaremos nuestros siguientes epígrafes con la intención de delimitar el ámbito subjetivo de la Convención de 1989. Los segundos, es decir, los elementos que singularizan a cada niño en su identidad personal y social, planearán pertinentemente en el análisis de la definición del niño que abordaremos en este capítulo y serán asimismo objeto de nuestra atención al ocuparnos del contenido material de la Convención, en el siguiente capítulo de este trabajo.

B. Precisiones, imprecisiones y variantes en los límites superior e inferior de edad del "niño" establecidos en la Convención

Siendo la edad uno de los principales criterios utilizados por el Derecho para determinar la capacidad de las personas y, conforme a ello, atribuirles la mayoría o minoría de edad legal a diversos efectos, la Convención sobre los Derechos del Niño debía enfrentarse indiscutiblemente a la tarea de establecer las reglas a aplicar para delimitar temporalmente su ámbito subjetivo⁴⁰⁴.

El propósito no resultaba fácil por la evidente y ya señalada dificultad que representaba encontrar criterios homogéneos para ello en un contexto universal, como era el de su gestación y como pretendía ser el de su aplicación. El Derecho Internacional no aportaba soluciones definitivas a estos efectos sino que, por el contrario, ofrecía un amplio abanico de cifras en función de la materia tratada en los diversos instrumentos que se pronunciaban sobre la cuestión: administración de justicia, trabajo infantil, educación, participación en conflictos armados, consentimiento matrimonial, etc⁴⁰⁵. Y en cuanto a los ordenamientos jurídicos internos, éstos no hacían más que acentuar esas diferencias de criterios⁴⁰⁶.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Todas estas circunstancias, como ya hemos indicado, se vieron envueltas durante los trabajos de redacción de la Convención por una atmósfera multicultural en la que, entre una pluralidad de lenguajes y conceptos diversos, se intentaba acuñar una definición de niño de común significado para todos⁴⁰⁷.

Si bien el principio que guió la elaboración de la Convención fue la intención de extender al máximo su ámbito subjetivo de aplicación⁴⁰⁸, los resultados finales en el establecimiento de los límites temporales de su sujeto no lograron responder de manera absoluta a ello. En efecto, la lectura de la Convención nos ofrece una pluralidad de cifras y de conceptos definidores de su titular que nos exigen un análisis crítico de sus disposiciones. Este será el objeto de nuestros siguientes comentarios que intentaremos, no obstante, no alejar del espíritu que inspiró la adopción de este tratado y que debe seguir haciéndolo respecto a su aplicación.

a) El límite inferior de edad del "niño" en la Convención de 1989

Como punto de partida para el análisis de esta cuestión, debemos atender fundamentalmente a dos disposiciones de la Convención: el 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"*), de cuya lectura desprendemos la ausencia total de referencia al niño antes de su nacimiento; y el párrafo 9 de su Preámbulo (*"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"*).

La combinación de ambas disposiciones ofrece una fórmula de compromiso a la que ya nos hemos referido en nuestro trabajo⁴⁰⁹ y cuyo alcance intentaremos analizar ahora. Para ello, acudiremos a los trabajos preparatorios de la Convención

en relación a este asunto, destacando las posturas de los delegados presentes en ellos y las principales cuestiones jurídicas suscitadas durante su redacción.

i. El niño antes del nacimiento en los Trabajos preparatorios⁴¹⁰ de la Convención

Durante los trabajos preparatorios de la Convención, no tardó en plantearse en el Grupo de Trabajo encargado de su redacción la cuestión de si el término "niño" utilizado en el proyecto incluía o no a éste antes de su nacimiento. En efecto, la consideración del título y el Preámbulo del proyecto de Convención sirvió de foro para el inicio de una discusión que se prolongó durante los años que duró la gestación del convenio y cuyos argumentos se "balancearon" fundamentalmente entre la redacción del párrafo 9 del Preámbulo y del artículo 1, siendo apenas retomados durante la del artículo 6 (derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo) a pesar de su estrecha vinculación con este asunto, debido a que en los momentos de discusión de este artículo ya se había logrado el acuerdo de compromiso que establecen las otras dos disposiciones referidas de la Convención y el Grupo

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

de Trabajo convino no volver sobre él.

El proyecto inicial de Polonia presentaba en su Preámbulo un párrafo en el que, sin citar su procedencia, reproducía la fórmula empleada por la Declaración de Derechos del Niño de 1959, que corresponde a la mantenida en el actual párrafo 9 de la Convención. No obstante, su versión revisada y presentada un año más tarde para la discusión en primera lectura del proyecto de Convención obviaba la mención expresa al niño antes del nacimiento y ello fue origen de las continuas enmiendas que a partir de entonces se sucedieron a favor o en contra de incluir al *nasciturus* en el ámbito subjetivo del nuevo tratado.

Las discusiones fueron tan enquistadas que provocaron la suspensión temporal de su tratamiento por el Grupo de Trabajo en algunos momentos. Ese fue el caso de la redacción del Preámbulo, que fue paralizada a este respecto hasta la adopción

del artículo 1, al enfrentarse las posturas de los que consideraban que debían reproducirse los términos de la Declaración de 1959 "*before as well as after birth*" y aquellos otros que se oponían a ello. Los primeros argumentaban en su favor la existencia en sus ordenamientos internos de disposiciones jurídicas protectoras de los niños antes del nacimiento y el hecho de que la inclusión de la fórmula referida en el Preámbulo no impediría la regulación del aborto, ya que muchos países permitían determinados supuestos de esta figura en sus legislaciones. Los segundos, sin embargo, consideraban que el Preámbulo debería mantenerse neutral respecto a la cuestión del aborto, debiendo establecerse la definición del niño en el artículo 1 sin que nada en la parte enunciativa del convenio pudiera prejuzgarla⁴¹¹.

La cuestión fue de nuevo planteada en la discusión del artículo 1, partiendo esta vez de un texto original -el del proyecto inicial polaco- en el que se mencionaba directamente al "*niño*" prescindiendo de cualquier intento de definición⁴¹². Ello provocó la reacción de los delegados presentes en el Grupo de Trabajo que manifestaron la necesidad de subsanar esa carencia⁴¹³ y llevó a presentar una nueva versión revisada del texto para su discusión en primera lectura, en la que el niño se definía, a efectos de su límite inferior de edad, a partir del nacimiento⁴¹⁴.

Lógicamente, esto reabrió un amplio debate sobre el inicio y el final de la infancia en el que se pusieron de manifiesto las posturas de quienes optaban por fijar el primero desde el momento de la concepción, aquellos que preferían el del nacimiento o quienes simplemente proponían abandonar cualquier intento de establecer un momento determinado y adoptar en su lugar fórmulas compatibles con la variedad de las legislaciones internas. En este sentido, el representante de Marruecos propuso resolver el problema eliminando los términos "*from the moment of his birth*" y varias delegaciones apoyaron su propuesta, siendo ésta la solución finalmente adoptada en el texto aprobado en primera lectura⁴¹⁵.

Esta situación no supuso sin embargo el final de las confrontaciones respecto a este

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

punto416y las discusiones volvieron a entablarse de nuevo durante el examen del Preámbulo -cuando ya el texto del artículo 1 había sido adoptado en primera lectura- reproduciendo las posturas enfrentadas de las delegaciones en una sucesiva alteración del tenor otorgado a esta disposición que no se resolvió hasta su segunda lectura, retomándose finalmente la fórmula completa de la Declaración de 1959.

ii. Algunas cuestiones jurídicas de interés derivadas de las discusiones del Grupo de Trabajo

Las posturas manifestadas en el Grupo de Trabajo encargado de redactar la Convención a propósito de la inclusión o no del niño antes del nacimiento en el ámbito subjetivo del futuro tratado, ponen de manifiesto algunas cuestiones jurídicas que se encuentran en la base de esas discusiones y que podemos separar en dos grupos. Por una parte, nos encontramos con aquellas cuestiones vinculadas directamente al estatuto jurídico y el alcance de la protección a dispensar al *nasciturus*, entre las que se incluyen el aborto e incluso, las técnicas de intervención sobre el no nacido. Por otra, destacamos las cuestiones planteadas respecto al valor jurídico y la relevancia que en la interpretación de la Convención cabe atribuir a algunos instrumentos decisivos en la discusión y definitiva adopción del texto convencional en relación a los aspectos que ahora analizamos.

Respecto a los asuntos incluidos en el primer grupo de cuestiones señalado se declaró, durante los trabajos de redacción de la Convención, que todas las delegaciones presentes en ellos estaban de acuerdo en reconocer la necesidad de otorgar algún tipo de protección y asistencia al niño antes del nacimiento, centrándose por lo tanto las discrepancias entre ellas en la determinación del tipo de cuidados y asistencia que debía especificarse en el texto del tratado417. Asimismo se indicó que no debía ignorarse en el proyecto de Convención el hecho de que todos los sistemas jurídicos nacionales prevén una protección al no nacido418. No obstante

y en sentido contrario a esta postura, algunas delegaciones manifestaron que, hablando con propiedad, el niño antes del nacimiento no era una persona cuyos derechos pudieran ser protegidos y que la idea rectora de la Convención era afirmar los derechos y libertades de todos los seres humanos a partir de su nacimiento y hasta los 18 años419.

En relación al tema del aborto se advirtió que la Convención sólo conseguiría ser ampliamente ratificada si no se adoptaba una postura determinada al respecto420. En esa línea, la delegación de los Estados Unidos de América declaró que cualquier intento de institucionalizar un concreto punto de vista sobre este asunto en la Convención haría a ésta, de entrada, inaceptable para los países que tuvieran una postura diferente, por lo que el proyecto de Convención debería formularse de tal manera que los que estuvieran a favor y los que estuvieran en contra del aborto pudieran encontrar en el futuro tratado un apoyo legal a sus respectivas posiciones421.

Finalmente y sin que el asunto originase en los momentos de redacción de la Convención gran discusión, una de las Organizaciones No Gubernamentales presentes en el Grupo de Trabajo

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

manifestó su preocupación por la necesidad de dispensar protección al niño antes del nacimiento frente a las técnicas de intervención o de manipulación genética⁴²².

En cuanto a las cuestiones jurídicas señaladas en el segundo grupo, esto es, el valor jurídico y la relevancia de algunos instrumentos en la interpretación de la Convención, debemos atender especialmente a la Declaración de Derechos del Niño de 1959, en sí misma considerada y en su invocación desde el Preámbulo de la Convención, así como a las declaraciones a las que este último dio lugar y que fueron incorporadas en los trabajos preparatorios: una adoptada por el Grupo de Trabajo y otra por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, al ser solicitada su intervención sobre este asunto. De todo ello nos ocupamos a continuación.

iii. El discutido valor de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 en relación a la interpretación del concepto "niño" en la nueva Convención

Resulta de interés señalar las distintas e incluso antagónicas valoraciones otorgadas a la Declaración de Derechos del Niño de 1959 en las discusiones del Grupo de Trabajo respecto al asunto que ahora nos ocupa, esto es, la inclusión o

no del niño antes del nacimiento en el ámbito subjetivo de la Convención. Por un lado se señaló que se trataba de un instrumento "*de casi treinta años*", que debía ser reemplazado por el actual proyecto de Convención y que, por lo tanto, no tenían que respetarse todas sus disposiciones. Por otro, la delegación de Italia declaró que ningún Estado se había opuesto manifiestamente a los principios proclamados en esta Declaración y por consiguiente, y de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la regla de la protección de la vida antes del nacimiento podía considerarse una norma de *ius cogens*, ya que formaba parte de la conciencia común de los miembros de la comunidad internacional⁴²³.

Los argumentos esgrimidos nos obligan a recordar el valor jurídicamente reconocido a este tipo de instrumentos y aplicarlo al caso concreto que nos ocupa. Así, como ya hemos señalado en el capítulo precedente de nuestro trabajo, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 se encuentra establecida en una Resolución de la Asamblea General y como tal posee el valor de una recomendación, careciendo de naturaleza jurídica obligatoria⁴²⁴. Ciertamente es que, como sabemos, esta resolución fue adoptada por unanimidad en el seno del órgano plenario de las Naciones Unidas y en ese sentido manifiesta su solemnidad y la adhesión a sus principios por la generalidad de los Estados Miembros⁴²⁵, pero ello no resulta suficiente para atribuirle la formalidad ni la fuerza vinculante de un tratado⁴²⁶.

No obstante y pesar de estas limitaciones intrínsecas a su naturaleza jurídica⁴²⁷, la Declaración de 1959 podría efectivamente haber visto traducidas algunas de sus disposiciones en normas jurídicas obligatorias de Derecho Internacional -a través

de lo que se ha denominado un "*valor sobrevenido*" de las declaraciones⁴²⁸- si la práctica

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

continuada y uniforme de los Estados y la correspondiente *opinio iuris*⁴²⁹ al respecto hubieran permitido su conversión en una norma de Derecho Internacional General, o bien, si se hubieran reproducido sus disposiciones en posteriores tratados internacionales. Incluso se podría plantear el hecho de que originariamente pudiesen reconocerse algunos de sus principios como normas imperativas o de *ius cogens* por su solemnidad y por el alto valor moral de sus disposiciones⁴³⁰.

Las tres fórmulas apuntadas no pueden sin embargo predicarse de esta Declaración. Así, si bien las dos primeras (transformación en costumbre internacional o reproducción en tratados internacionales) responden a una manifestación posible de progresividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no sería ése el caso de la Declaración de 1959 en la fecha de discusión de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴³¹. En cuanto a la tercera (reconocimiento de normas de *ius cogens* en el texto de la Declaración de los Derechos del Niño) no parece tampoco que pudiera apreciarse en el momento en el que así fue reclamado por la delegación de Italia en el Grupo de Trabajo que elaboraba la Convención de 1989⁴³².

Si la cuestión de la posible naturaleza jurídica obligatoria de las Declaraciones de derechos humanos encuentra un foro de interesantes posiciones doctrinales en torno a la que representa el referente por antonomasia en el inicio de la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito universal de las Naciones Unidas y aún en su trascendencia al marco regional, esto es, la

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁴³³, nos parece atrevido plantearla respecto a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Y ello, en relación al aspecto concreto ahora tratado, por varias razones:

Por una parte, porque a pesar del ya referido amplio refrendo alcanzado en su adopción, la Declaración de 1959, en su conjunto y en particular respecto a la disposición que ahora requiere nuestra atención, no representaba valores que se encontrasen consolidados en la práctica generalizada de los Estados ni en normas imperativas de Derecho Internacional en el momento de discusión de la Convención. Por otra parte, y en estrecha relación con lo que acabamos de decir, porque desde el punto de vista de la técnica jurídica, la propia formulación de los principios de la Declaración de 1959 pone de manifiesto la debilidad de sus postulados como posibles normas de preciso contenido jurídico. Y finalmente, como señalaremos a continuación, porque la disposición concreta de la Declaración de 1959 que se invoca como norma de *ius cogens* no podría verse atribuida tal condición, atendiendo a los instrumentos de interpretación de la propia Declaración.

En efecto, en los trabajos preparatorios de la Declaración de 1959 se puso de manifiesto el intenso debate que también entonces suscitó la definición del término "*niño*". Así, la disposición que hoy reproduce el párrafo 9 de la Convención de 1989 encuentra su origen en una propuesta en la que no se incluía ninguna referencia expresa al niño antes del nacimiento⁴³⁴. Esta circunstancia provocó la que fue una de las más amplias discusiones del proyecto de Declaración entre los partidarios de ampliar la definición del niño y su protección,

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

mencionando expresamente a éste desde su concepción -de nuevo a partir de una propuesta de enmienda de la delegación italiana- y aquellos que señalaron, también en esta ocasión, los conflictos que esa enmienda podría plantear en los países cuyas regulaciones internas contemplaban posibles supuestos de aborto voluntario⁴³⁵.

Atendiendo a las razones expuestas, no podemos por lo tanto considerar que las manifestaciones emitidas en los trabajos preparatorios de la Convención de 1989 respecto al valor de Declaración de 1959 como norma de *ius cogens* fueran correctas.

Ahora bien, tampoco nos parece que lo fueran las opiniones pronunciadas en sentido diametralmente opuesto, calificando la citada Declaración de instrumento obsoleto, a ser reemplazado por la Convención que en esos momentos se debatía.

Por su adopción unánime en el seno de la Asamblea General, por el valor solemne que en sí poseía, y por la reafirmación y consolidación de sus disposiciones -que demuestra precisamente el hecho de estar debatiendo en esos momentos un instrumento convencional que iba a desarrollarla progresivamente, tanto respecto a su naturaleza jurídica como al contenido de sus principios- no consideramos que pudiera vaciarse de contenido y dejar desprovisto de todo valor jurídico durante la elaboración de la Convención de 1989 a la Declaración de los Derechos del Niño, y menos en esos momentos en los que aún no había sido adoptada la futura Convención y, consiguientemente, resultaba conveniente seguir manteniendo mientras tanto la vigencia de un instrumento universal sobre la protección de los derechos del niño que, a pesar de las limitaciones ya señaladas, sirviese de referencia para su observación y desarrollo en los ámbitos internos e internacionales⁴³⁶.

iv. Valor del Preámbulo de la Convención como instrumento de interpretación del tratado a la luz de las declaraciones incorporadas en los Trabajos preparatorios

Como hemos destacado antes, el acuerdo del párrafo 9 del Preámbulo de la Convención fue acompañado de una notable complejidad. Así, para su adopción definitiva y con objeto de evitar acudir a su votación -como había sido recomendado por algunas delegaciones del Grupo de Trabajo- se constituyó un grupo oficioso de redacción⁴³⁷ que propuso por unanimidad el texto finalmente recogido en la Convención. Ahora bien, al aprobar su redacción, el Grupo de Trabajo recomendó que su presidente, en nombre de dicho Grupo, incluyese en los trabajos preparatorios de la Convención la siguiente declaración: *"In adopting this preambular paragraph, the Working Group does not intend to prejudice the interpretation of article 1 or any other provision of the Convention by States Parties"*⁴³⁸.

Dejando de manifiesto la abierta posibilidad de interpretación de la Convención que esta disposición otorgaba a los Estados Partes en ella, la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte indicó que interpretaba la referencia al artículo 1 en esta declaración como aplicable igualmente al actual artículo 6 (en relación al derecho a la vida),

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

mientras que Senegal manifestó que, en opinión de algunas delegaciones, la mención de la declaración del presidente del Grupo de Trabajo no prejuzgaba en absoluto la interpretación de la futura Convención⁴³⁹.

Además, la delegación británica solicitó al Asesor jurídico de las Naciones Unidas la confirmación de que esta declaración sería tenida en cuenta en el futuro, en el caso de que se plantearan dudas sobre la manera de interpretar el artículo 1.

El Asesor jurídico consultado emitió una respuesta que fue incorporada como anexo a los trabajos preparatorios, en la que mostró su extrañeza por el hecho de "*vouloir placer dans les travaux préparatoires un texte visant à priver un alinéa du préambule de son objet habituel, qui est de constituer l'un des éléments de base de l'interprétation du traité en cause*". Asimismo advirtió que no resultaría fácil prever las conclusiones que los Estados podrían derivar de la presencia de este texto en los trabajos preparatorios respecto a la interpretación del tratado. No obstante, concluyó manifestando que no existía prohibición alguna en el Derecho ni en la práctica para realizar este tipo de declaración y la incorporación de la fórmula solicitada⁴⁴⁰.

Este complicado proceso de adopción del párrafo 9 del Preámbulo de la Convención nos ilustra el contexto y el espíritu en el que fue concebido y, en ese sentido, se nos ofrece como un posible elemento a tener en cuenta en la interpretación del tratado a efectos de determinar la inclusión o no en él del niño antes del nacimiento.

Para afrontar esta tarea y conforme a lo establecido en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados⁴⁴¹, debemos partir de la conjunta consideración de las disposiciones relativas a esta cuestión contenidas en la parte dispositiva de la Convención y de las incluidas en su preámbulo, ambas integrantes del texto convencional⁴⁴², respondiendo con ello a la necesidad de examinar todo el texto del tratado para tener la certeza del sentido a dar a una disposición⁴⁴³. De esta forma, el recurso al párrafo 9 del Preámbulo de la Convención se nos ofrece como un procedimiento legítimo para la interpretación del artículo 1 y, en ese sentido, podríamos acudir a él para "*dilucidar el significado de las cláusulas cuyo propósito*

podría, de otro modo, ser dudoso" y/o "*indicar el clima jurídico*" en el que debe ser entendido el citado artículo, esto es, si debe hacerse "*por ejemplo, en forma liberal o restrictiva, amplia o estricta*"⁴⁴⁴.

Dado el absoluto silencio del artículo 1 en la delimitación del inicio de la existencia del niño a efectos de la Convención, no existiría en principio obstáculo alguno para reconocer el valor esclarecedor del párrafo 9 del Preámbulo al respecto⁴⁴⁵. Así, ese silencio en la parte dispositiva de la Convención se colmaría de significado con las precisiones recogidas en su Preámbulo, al referirse éste al niño "*tanto antes como después de su nacimiento*". Actuando de esa forma, no atentariamos a la jerarquía que impera entre la parte enunciativa y la parte dispositiva de un tratado, conforme a la cual, en caso de discrepancia entre ambas debe prevalecer esta última⁴⁴⁶, ya que no consideramos que pueda entenderse por discrepancia la formulación expresa en el Preámbulo de un contenido obviado en el articulado del tratado del

que forma parte.

Ahora bien, al acudir a este párrafo del Preámbulo con el fin de indicar el "*clima jurídico*" del artículo 1 y, en ese sentido, determinar el mayor o menor alcance que pudiera otorgarse a sus términos, nos corresponde plantearnos la incidencia que pudieran tener en ello las declaraciones que sobre su posible interpretación acompañaron a su adopción y quedaron incluidas con ese fin en los trabajos preparatorios. La cuestión a dilucidar sería si, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.2.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴⁷, dichas declaraciones pasarían a integrar junto al texto de la Convención -esto es, el artículo 1 y el párrafo 9 del Preámbulo- el "contexto" de obligada atención para su interpretación.

A este respecto consideramos que, si bien nos encontramos en el contexto de los trabajos preparatorios de la Convención -y en ese sentido debiéramos partir de su valor como medios complementarios de interpretación, conforme al artículo 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴⁸- nos parece que,

en tanto que acuerdos interpretativos, especialmente en el caso de la declaración adoptada por el Grupo de Trabajo y en su nombre emitida por su presidente, podrían considerarse parte del contexto señalado a esos efectos en el artículo 31 de la citada Convención de Viena⁴⁴⁹. En nuestra opinión, sólo la atención a todos los elementos que hemos señalado respecto al proceso de redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño permitiría responder a la imposición de buena fe exigida por la Convención de Viena como regla general en la interpretación de los tratados, que lleva a realizar esta última "*conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*"⁴⁵⁰.

No obstante, como hemos apuntado, nos parece que cabría establecer una neta diferencia entre ambas declaraciones, en el sentido de que sólo la primera de ellas -emitida por el presidente del Grupo de Trabajo en nombre de éste- parece manifestar una opinión común de los redactores del tratado respecto al alcance interpretativo a otorgar al párrafo del Preámbulo en cuestión⁴⁵¹; mientras que la segunda -incorporada por el Asesor Jurídico de Naciones Unidas a instancia de

la delegación del Reino Unido- responde a la solicitud de una sola de las Partes presentes en la redacción de la Convención. Por lo tanto, consideramos que sólo podríamos plantearnos acoger bajo los términos del citado artículo 31.2.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a la primera de las declaraciones referidas.

Sin embargo, al considerar esta posibilidad nos encontramos frente a una amplia postura doctrinal que otorga escaso valor interpretativo a la referida declaración del Grupo de Trabajo, a la que no consideran parte del contexto de la Convención⁴⁵². A pesar de ello, nos parece

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

que la citada declaración, proclamada en nombre del Grupo de Trabajo, puede responder a la descripción de "*acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado*", que el referido precepto de la Convención de Viena exige como requisito de integración en el contexto de un tratado a efectos de su interpretación⁴⁵³.

En cuanto a los efectos que este elemento permitiría derivar en la interpretación del tratado afectado por él, consideramos que, tanto el tenor literal de la declaración como el evidente ambiente contradictorio en el que fue adoptada y que queda reflejado en los trabajos preparatorios de la Convención, no hacen sino ofrecerla como un medio más de confirmación de la abierta concepción que del concepto

"niño" quedó establecida en la Convención respecto a la etapa anterior al nacimiento. Nos encontraríamos en este caso ante un supuesto en el que "*...l'obscurité du texte trouve ... son origine dans les travaux préparatoires*", siendo esa oscuridad resultado de "*une situation qui n'a pas été clarifié ou n'a pu être clarifiée lors de négociations*»⁴⁵⁴.

Por lo tanto, en nuestra opinión, no es que no pueda considerarse esta declaración del Grupo de Trabajo como un elemento más en la interpretación de la Convención -sin que tal valoración nos lleve a imponer o igualar tal medio de interpretación al propio texto del tratado⁴⁵⁵-, sino que, aún haciéndolo, su aportación a dicha tarea no hace sino confirmar la generalidad y por lo tanto la imprecisión del tratado respecto a la cuestión que nos ocupa. Incluir o no al *nasciturus* en el ámbito subjetivo de la Convención resta por lo tanto una decisión de cada Estado Parte en ella.

b) El límite superior de edad del niño en la Convención y sus posibles variantes

Si la determinación del límite que señalaría el inicio de la existencia del niño a efectos de la Convención de 1989 planteó arduas discusiones entre sus redactores, el asunto resultó tanto o más complejo en lo relativo al establecimiento de un margen superior de edad para permitir su definición. Las diversas facetas de la vida del niño a las que este límite hace referencia y la muy diversa regulación jurídica y criterios culturales u otros que sobre esta cuestión ofrecían los Estados presentes en el Grupo de redacción de este tratado, así como la falta de uniformidad al respecto de las disposiciones internacionales en la materia, explican la complejidad de este objetivo.

Una cifra se dibuja en todo caso como referencia obligada en la consideración de este asunto: la edad de los 18 años. Las discusiones sobre ella se entablaron en el Grupo de Trabajo encargado de redactar la Convención en atención principalmente a su carácter absoluto o variable; general o relativo a diversas facetas o ámbitos específicos de la vida del niño.

El proyecto inicial de Convención presentado por Polonia hacía mención al "niño" en tanto que

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

titular de este tratado pero sin especificar los límites temporales que lo definían. La inquietud que esta imprecisión suscitó entre algunos delegados presentes en el Grupo de Trabajo se puso inmediatamente de manifiesto también en relación al límite máximo de la definición del niño, haciéndose ya mención expresa a los 18 años en el proyecto revisado de 1979, aunque no con carácter absoluto sino reconociendo la posibilidad de fijar una cifra inferior en las legislaciones internas para la determinación de la mayoría de edad.⁴⁵⁶ En cualquier caso, la referencia a los dieciocho años como límite para establecer con carácter general la definición temporal del niño no resultó pacíficamente aceptada durante los trabajos preparatorios de la Convención, al ser considerado un margen demasiado amplio por algunas delegaciones que proponían su modificación por otros límites inferiores. Los motivos alegados para ello se basaron en argumentos diversos, como fueron las actuaciones y disposiciones en el marco internacional, las legislaciones internas de los Estados, o las dificultades de los países en vías de desarrollo para dar cumplimiento a las exigencias de la Convención hasta esos límites de edad.

Así, en relación a la actuación internacional a este respecto se indicó que, desde el propio ámbito de las Naciones Unidas y concretamente desde la Asamblea General, se había señalado la edad de 15 años como referente en la Proclamación del Año Internacional del Niño⁴⁵⁷. No obstante, y como comentaremos más adelante respecto a aspectos específicos de los derechos del niño regulados desde la Convención, los límites que hasta entonces presentaba el Derecho Internacional en la definición y correlativa protección del niño fueron asimismo invocados en otros momentos de la redacción de este tratado con el propósito de impulsar su superación y, en su caso, elevación hasta los 18 años, aunque no siempre se logró ese objetivo.

La referencia a las legislaciones internas por su parte, llevó a barajar cifras como los 15 o incluso los 14 años, al advertirse que ésta era la edad establecida en muchos países para la finalización de la escolaridad obligatoria y el acceso de las niñas al matrimonio⁴⁵⁸. Por otra parte, la delegación de Nepal propuso rebajar la edad límite del niño a los 16 años, alegando para ello la ya referida inquietud de los países más pobres ante el riesgo de no poder asumir todas las obligaciones previstas en el proyecto de Convención respecto a los niños hasta los 18 años. En opinión de esta delegación, esta propuesta permitiría a esos países cumplir mejor

los mandatos de la Convención, dejando a los más ricos la opción de poder elevar esa cifra a límites superiores⁴⁵⁹.

Otra alternativa planteada durante los trabajos de redacción de la Convención fue la supresión de una edad de referencia determinada y su sustitución por el concepto de "mayoría". Sin embargo, un número importante de delegaciones se opuso a ello ante el diverso contenido del que este concepto goza en los ordenamientos internos y en relación a diversos ámbitos de aplicación (civil, penal u otros)⁴⁶⁰.

En el marco de estas discusiones merece la pena recordar la advertencia realizada por la delegación de Portugal, que responde al espíritu y propósito con el que fue gestada y

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

adoptada la Convención, a saber, "*mentioning the age of 18 years would underline the recognition of the need to ensure special protection to human beings under that age*"⁴⁶¹. No obstante, a pesar de esta intención de consenso hacia una fórmula generosa en la definición del niño, la Convención de 1989 estableció finalmente su límite superior de edad conforme a diversas opciones. Así, a efectos de este tratado, el niño será el menor de 18 años de edad (regla general) salvo en los casos en los que las legislaciones internas o la propia Convención establezcan o permitan establecer límites de edad distintos a éste (excepciones o casos particulares).

La consideración del límite de los 18 años como regla general en la definición del niño se desprende tanto de su oportuno establecimiento en la primera parte de la disposición contenida en el artículo 1 de la Convención -que cabría calificar como cláusula interpretativa⁴⁶²-, como de la atención a la naturaleza de este artículo -consagrado por antonomasia a la definición del titular del tratado- y su reconocimiento como tal por el Comité de los Derechos del Niño y por la doctrina⁴⁶³.

Las posibles alternativas al límite general de los dieciocho años por las legislaciones internas de los Estados Partes en la Convención, se encuentran fundamentalmente amparadas en el mismo artículo 1 *in fine* del tratado, mediante la referencia general en él establecida al concepto de "mayoría de edad". Esta fórmula parece

en principio permitir a los Estados Partes la aplicación de esos posibles límites de edad diferentes a los 18 años respecto a las diversas materias reguladas en la Convención, salvo que del texto de ésta se desprenda claramente la imposibilidad de hacerlo, circunstancia ésta que sólo se produce de manera expresa en el artículo 37 a), en relación a la prohibición de la pena capital y de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación a los menores de 18 años.

En cuanto a las alternativas que en el mismo sentido establece o permite establecer el propio texto de la Convención, hemos de distinguir los siguientes supuestos:

- Artículos en los que se señala expresamente una edad diferente a los 18 años: caso del artículo 38, párrafos 2 y 3, en relación a la prohibición de la participación en conflictos armados y el alistamiento en las fuerzas armadas de los menores de quince años; .
- Artículos en los que se hace referencia al criterio de la edad sin especificar una cifra determinada: casos del artículo 12.1, respecto a la atención a la opinión del niño "*en función de la edad y madurez del niño*" -cuya interpretación consideramos que puede hacerse extensiva a los artículos 9, relativo a la participación en los procedimientos sobre la separación del niño de sus padres y 10, respecto a la solicitud de reunificación familiar- y del artículo 40.3 a), respecto al "*establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales*"; .
- Artículos en los que la imprecisión respecto al establecimiento de una edad determinada se

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

acompaña de una remisión a otras disposiciones internacionales en la materia: caso del artículo 32, que establece la obligación de fijar "*una edad o edades mínimas para trabajar*" "*teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales*"⁴⁶⁴.

Artículos donde las fórmulas empleadas obvian la referencia expresa al criterio de la edad, dejando impreciso su límite: caso del artículo 5, en relación a la dirección y orientación paternas "*en consonancia con la evolución de sus facultades*"⁴⁶⁵; y del artículo 19, respecto a las medidas de protección contra los malos tratos "*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*".

Los siguientes comentarios se imponen tras la exposición de los datos señalados:

En primer lugar, y ya hemos insistido en ello en nuestro trabajo, resulta una obligación de seguridad jurídica el establecimiento y definición del titular de los tratados, en este caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, tanto para la efectiva aplicación de sus disposiciones como para la posible reclamación o condena por su violación. En ese sentido parece por lo tanto lógica y obligada la especificación de su titular en el articulado de la Convención, concretamente en su artículo 1. Ahora bien, el establecimiento de una edad determinada y única para la definición del "niño"-en nuestro caso la de los dieciocho años- no permitiría responder, a nuestro entender, a las exigencias que esa seguridad jurídica referida impone respecto a la efectiva aplicación del tratado, ya que no garantizaría la necesaria atención objetiva a la evolución natural del niño y de sus facultades. De ahí que la no circunscripción del término "niño" a una única e invariable edad nos parece obedecer no sólo a las dificultades políticas, jurídicas, culturales u otras, propias al ámbito universal de la Convención, sino además a una coherencia jurídica con la realidad que se pretende regular⁴⁶⁶.

Esta conclusión nos llevaría a superar posibles dudas o críticas planteadas sobre la oportunidad de la regulación finalmente establecida a estos efectos por la Convención, como son las manifestadas respecto al riesgo de "*inseguridad jurídica*" que ocasiona la flexibilidad que concede la Convención a los Estados Partes en la adaptación del establecimiento del límite superior de edad del niño a las particularidades de sus respectivas realidades sociales⁴⁶⁷; o la consideración como una "*grave deficiencia*" de la Convención, del "*alcance excesivo del término niño, al que se reconoce como individuo independiente, sin tener en cuenta que sus necesidades evolucionan con su edad y madurez*"⁴⁶⁸.

Ahora bien, la explicación dada a la abierta fórmula adoptada por la Convención no debe sin embargo llevarnos a aceptar arbitrarias interpretaciones o aplicaciones de este tratado que menoscaben o limiten el reconocimiento del niño como legítimo titular de los derechos en él proclamados, ni debe representar un obstáculo al objetivo de universalidad y de máxima protección que persigue. Por el contrario, la edad superior de los 18 años debe erigirse como referencia obligada

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

en la definición del niño y vincular su eventual modulación en los diferentes ámbitos de su aplicación a la imperativa atención a las facultades e intereses del niño, respondiendo en todo caso a los principios generales de la Convención, en especial a los proclamados en sus artículos 3 (interés superior del niño), 12 (atención a la opinión del niño) y 2 (no discriminación). Sólo de esa forma la definición del niño ofrecida por el artículo 1 de la Convención permitiría efectivamente superar los temores o críticas antes apuntados.

c) El artículo 1 de la Convención: ¿definición universal del niño?

Como hemos tenido ocasión de señalar, a pesar de tratarse del artículo destinado a definir al "niño" a efectos de la Convención y de señalar en él la edad como criterio para ese fin, el texto del artículo 1 presenta claras imprecisiones que impiden delimitar temporalmente al niño conforme a una edad determinada. Esto ha llevado a algunos autores a advertir la posibilidad de que se produzca una pluralidad de situaciones respecto a un mismo hecho o circunstancia que impedirían afirmar en esos casos, con carácter universal, que personas de la misma edad gocen de la condición de niño⁴⁶⁹.

Conforme al artículo 1 y a la luz de la Convención de 1989, las limitaciones a un concepto universal de niño, en lo que a su determinación temporal se refiere, pueden proceder, como ya hemos advertido, de dos ámbitos: las regulaciones internas de los Estados Partes ("*... salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable...*") y el propio texto de la Convención (disposiciones en las que los límites de edad no coinciden con lo establecido en el artículo 1 o quedan indeterminados⁴⁷⁰), y van a afectar, como también hemos indicado, tanto al límite inferior de su existencia como a su límite superior de edad, ambos imprecisos en la definición contemplada en el artículo 1, si bien respecto al último se establece la importante referencia a los 18 años.

No obstante y a pesar de las restricciones que la letra del artículo 1 parece oponer al espíritu expansivo que guiara al tratado en el que se inserta, podemos destacar su consolidación como elemento universal de referencia en la definición jurídica del niño. Así lo pone de manifiesto tanto su invocación desde otros tratados internacionales y desde los órdenes jurídicos internos, como el tratamiento que le es dispensado por el Comité de los Derechos del Niño⁴⁷¹.

En efecto, el desarrollo normativo de los derechos del niño en el marco internacional de los derechos humanos nos ofrece importantes muestras del seguimiento

e incluso la expresa invocación del artículo 1 de la Convención de 1989 a la hora de definir al niño y de regular sus derechos, especialmente en relación al establecimiento del límite superior de edad.

Podemos citar en ese sentido, a título de ejemplo, la Carta Africana sobre los Derechos y el

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Bienestar del Niño, de 1990472; el Convenio europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, de 1996473; la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales, de 2007474; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998475; el Convenio n° 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, de 1999476; o el propio Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 2000477. Todos estos tratados, después de invocar expresamente a la Convención de 1989 en sus Preámbulos, reproducen la referencia expresa a los 18 años como límite de edad en la definición de los respectivos titulares de los derechos y situaciones en ellos regulados478.

Asimismo, las legislaciones domésticas encuentran en el artículo 1 de la Convención un referente básico en el mismo sentido. El análisis de los informes presentados por los Estados Partes en la Convención ante el Comité de los Derechos del Niño nos ofrece numerosas muestras de esta incidencia de la Convención, sin que ello impida, no obstante, destacar los múltiples casos en los que se aprecia la falta de sintonía entre las legislaciones internas y el espíritu de la Convención en lo que a la definición legal del niño se refiere y que son regularmente objeto de denuncia por el Comité.

Precisamente y como la citada actuación del Comité permite poner de manifiesto, debemos destacar el peso fundamental que asume este órgano de control de la Convención en la consolidación de una interpretación amplia del contenido de su artículo 1 respecto al límite superior de edad del niño.

Así, en sus Orientaciones Generales respecto a la forma y contenido de los informes periódicos que deben presentar los Estados Partes en virtud de la Convención479, el Comité pide a dichos Estados que "*proporcionen información pertinente acerca de lo que se entiende por niño en sus leyes y reglamentaciones, en cumplimiento con el artículo 1 de la Convención*", precisando posteriormente los distintos aspectos o ámbitos de aplicación de dicho artículo. En ese sentido se señalan por el Comité las siguientes cuestiones: la edad a la que se alcanza la mayoría de edad, las diferencias entre la legislación nacional y la Convención en la definición del niño, y la edad mínima establecida a diferentes efectos (asesoramiento médico o jurídico sin el consentimiento de los padres, terminación de la escolaridad obligatoria, acceso al empleo, matrimonio, consentimiento sexual, alistamiento voluntario y reclutamiento en las Fuerzas Armadas, participación en hostilidades, responsabilidad penal, privación de libertad, pena capital y reclusión a perpetuidad, declaración ante tribunales, presentación de denuncias y solicitud de reparación ante tribunales o autoridades pertinentes sin consentimiento de los padres, consentimiento para cambiar de identidad, acceso a la información sobre los padres biológicos, capacidad jurídica para heredar y hacer transacciones relativas a la propiedad de bienes, capacidad jurídica para formar o afiliarse a asociaciones, elección de una religión o de asistencia a cursos de instrucción religiosa, consumo de alcohol o de otras sustancias incontroladas, etc)480.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Actuando conforme a tales orientaciones, el Comité ha concretado esa demanda en el análisis de los informes de Estados Partes en la Convención, solicitando la presentación de datos relativos a los niños hasta los dieciocho años en todas las esferas de este tratado⁴⁸¹ y pidiendo que se haga especial hincapié en aquellos grupos de niños más vulnerables⁴⁸², o se desglosen tales datos por género o por minorías étnicas e indígenas⁴⁸³.

Si bien la solicitud de información por el Comité sobre las edades mínimas establecidas legalmente en los Estados no implica la obligación de fijar una edad concreta para cada caso, cabe interpretar no obstante que tales edades deberían ser lo más elevadas posibles, siempre de acuerdo con el espíritu de la Convención⁴⁸⁴. En ese sentido, en el análisis de los informes de los Estados Partes en la Convención, el Comité impulsa a estos últimos a elevar los límites superiores de identificación del niño en sus ordenamientos internos, hasta equipararlos en gran medida a los 18 años señalados en la Convención, mostrando su rechazo a situaciones discriminatorias o arbitrarias en la fijación de las edades legales que contravengan el espíritu y la letra de la Convención e incluso de otras normas internacionales⁴⁸⁵. Con esta actitud, el Comité colabora en la implementación

universal de un concepto de "niño" conforme al espíritu de la Convención y de sus principios rectores.

Por otra parte, si además de la repercusión y alcance obtenidos por el artículo 1 de la Convención que acabamos de destacar, tenemos en cuenta la recepción en el tratado de 1989 de otras disposiciones internacionales que ya se pronunciaron a favor de la protección del niño y de sus derechos hasta los 18 años en sectores determinados -si no directamente, sí de manera indirecta en la mención al Derecho Internacional Humanitario en su artículo 38.1 y en la invocación a otras disposiciones del Derecho Internacional vigente respecto a los Estados Partes en la Convención, en su artículo 41 b.) - podemos concluir nuestro discurso destacando su valiosa aportación a la codificación y desarrollo progresivo respecto a la definición del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁸⁶.

En efecto, la Convención de 1989 ha sido el primer tratado universal en proclamar el límite de los 18 años en la definición general del niño, haciéndose eco de los instrumentos más avanzados que en ese sentido le precedieron respecto a ámbitos sectoriales de aplicación y sentando las bases de un rápido desarrollo progresivo a través de su recepción, consolidación e incluso mejora -en aquellos casos en los que este límite de edad se impone de manera definitiva respecto a ámbitos imprecisos o ambiguos en el tratado de 1989, como puede advertirse en su propio Protocolo Facultativo sobre la participación del niño en los conflictos armados- en otros tratados internacionales. Ello explica que se haya señalado la edad de los 18 años fijada en el artículo 1 de la Convención como *"el término general de la condición de Niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*, *"referencia básica a tener en cuenta al determinar la pérdida de la condición de niño en el Derecho Internacional"* y cuya fijación representa *"el hito más significativo de la tendencia ... a un crecimiento de la edad límite en la cual"*

los individuos cesan de tener derecho a la protección específica de la niñez, a las ventajas especiales y a la educación' 487"

Ahora bien, aunque la trascendencia adquirida por el artículo 1 de la Convención ha permitido ir afianzando una interpretación del mismo favorable a dotarlo del contenido más amplio posible -especialmente en relación al límite máximo de edad en la definición del niño, esto es, los 18 años-, hemos de reconocer asimismo que su fórmula abierta ha servido en ocasiones de base a interpretaciones más restrictivas del concepto de "niño", en muchos casos en palpable contradicción con el espíritu que inspira a la Convención de 1989⁴⁸⁸. Y esto nos lleva a atender de nuevo al Comité de los Derechos del Niño, cuya actuación a este respecto será decisiva en el impulso de una interpretación y aplicación progresiva de la letra del tratado por cuyo respeto vela y en la definitiva y efectiva culminación del artículo 1 de la Convención como referencia universal de la definición del niño.

Los ejemplos que tendremos ocasión de poner de manifiesto en nuestros siguientes epígrafes darán cuenta de su buen hacer a este respecto, intentando, en líneas generales, transformar la *tendencia* a los 18 años que la letra de la Convención parece indicar a los Estados Partes en ella, en un verdadero *deber* respecto a sus legislaciones internas⁴⁸⁹.

C. Alcance y límites del concepto "niño" en la aplicación de la Convención de 1989: Especial atención a la interpretación del Comité de los Derechos del Niño respecto a algunos supuestos concretos

La obligada ambigüedad que presenta la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a la definición de su titular, como única respuesta posible a los anhelos de universalidad que la imprimen, nos enfrenta, como acabamos de exponer,

a un texto con algunas limitaciones de lógica comprensión e incluso aceptación y otras de evidente disconformidad con su importante aspiración de convertirse en el tratado por antonomasia en la protección y promoción de los derechos del niño.

Ante semejante situación, recae indudablemente sobre el Comité de los Derechos del Niño la labor fundamental de otorgar a este tratado una continua y progresiva interpretación humanitaria⁴⁹⁰ o *pro homine*⁴⁹¹, que permita extender a los máximos límites posibles su ámbito subjetivo de aplicación, beneficiando con ello la definición del estatuto jurídico del "niño" que se ampara bajo su titularidad. Para ello, la actuación del Comité se ha desplegado de manera privilegiada a través del análisis de los informes de los Estados Partes en la Convención, quedando reflejada en sus Observaciones finales a los mismos, así como mediante el privilegiado contexto que a esos efectos le brinda la celebración de días de debate general⁴⁹², y a través de las Observaciones Generales adoptadas hasta el momento⁴⁹³.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

El análisis que abordaremos en este trabajo nos va a permitir desplazarnos desde la amplia y genérica definición y concepción del "niño", titular de la Convención, hasta su más concreta delimitación en determinados aspectos o ámbitos de actuación contemplados desde su articulado. El resultado volverá a ser un mosaico de situaciones en las que el estatuto jurídico del "niño" se dibujará con límites de diferente alcance pero que, en todo caso, se intentará justificar y adecuar -o al menos así debiera- a su interpretación más conforme con los principios rectores de este tratado. Evidentemente, al abordar estas diversas situaciones resultará imprescindible atender a la regulación dispensada al respecto por el Derecho Internacional para evaluar con mayor rigor la eventual aportación realizada por la Convención de 1989.

a) El niño "sujeto de derechos": eje central en la interpretación de la Convención por el Comité de los Derechos del Niño

Como hemos expuesto al inicio de este capítulo, el concepto de subjetividad jurídica internacional no goza de una interpretación unánime por la doctrina, la cual se muestra aún más diversa respecto a su atribución o reconocimiento al individuo. No obstante, la confrontación de posturas doctrinales sobre el estatuto jurídico internacional del individuo podría intentar conciliarse en torno al común reconocimiento de la condición de este último de titular de derechos en el ámbito específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y en ese sentido, yendo de lo general a lo particular, no debiera ofrecer especiales resistencias la aceptación del niño como titular de tales derechos.

Ahora bien, podríamos considerar que dicha titularidad puede atribuirse al niño por su condición de ser humano -y en ese sentido contemplado desde los instrumentos generales de derechos humanos-, o bien que ella responde a la existencia de unos derechos específicos, que no dejan de ser los derechos humanos proclamados respecto a todo individuo en el marco jurídico internacional, pero dotados de ciertos matices que le otorgan unas particularidades concretas en relación al niño. Conforme a esta última hipótesis podríamos plantearnos si esos derechos específicos demandan o justifican una titularidad específica. En cualquier

caso, resulta indiscutible el papel que la Convención sobre los Derechos del Niño ostenta respecto a este planteamiento y en la consolidación del niño como titular de derechos.

La atribución del título de "sujeto de derecho internacional" al niño resulta en todo caso más controvertida, no sólo porque la discusión proviene del marco general de atención al individuo en el Derecho Internacional, sino porque, como ya hemos apuntado, las limitaciones de la capacidad de obrar del niño aumentan los elementos de confrontación. Esas limitaciones apuntan fundamentalmente al ámbito de la legitimidad procesal para la reclamación de posibles violaciones de sus derechos, así como a la posible atribución de responsabilidad por infracción de la norma internacional. Respecto a la primera cuestión cabe recordar que en aquellas instancias internacionales en las que el individuo tiene reconocido *ius standi*, el niño

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

queda comprendido, pudiendo ello implicar no obstante la actuación procesal de un adulto que lo represente legalmente en los procedimientos. En cuanto a la responsabilidad internacional y su limitado ámbito de aplicación respecto al individuo -concentrada en los crímenes internacionales-, el niño parece quedar excluido de ella, precisamente como medida de amparo a su estatuto jurídico de menor de edad y en beneficio de la protección especial que le es debida por el Derecho Internacional.

Si nos remitimos al Comité de los Derechos del Niño, advertimos que este órgano no ha dudado en designar reiterada e indistintamente al niño como "titular" de ésta y como "sujeto de derechos" a lo largo de su labor interpretativa de la Convención. Así, sin entrar en un análisis jurídico de la cuestión y bajo el amparo del corporativismo multidisciplinar que lo conforma⁴⁹⁴, el Comité ha insistido en la importancia de reforzar y reclamar una posición de reconocimiento del niño como "sujeto de derechos" bajo la jurisdicción de los Estados. En esa línea, durante el Día de debate general dedicado a la primera infancia, el Comité instó a los Estados Partes en la Convención a adoptar todas las medidas adecuadas para velar porque el concepto de niño como "*titular de derechos*" se arraigue desde el comienzo en su vida cotidiana: en el hogar, en la escuela, en la guardería y en la comunidad⁴⁹⁵.

Asimismo, en el marco de las Observaciones finales emitidas a los informes presentados por los Estados Partes en la Convención, el Comité ha recomendado

incorporar el concepto de niño como "sujeto de derechos"⁴⁹⁶ en las políticas, programas y proyectos de los Estados Partes⁴⁹⁷ y ha manifestado su preocupación ante situaciones en las que las leyes nacionales no consideren al niño como tal "sujeto de derechos"⁴⁹⁸. En sentido contrario, el Comité ha mostrado su satisfacción ante aquellos casos en los que las Constituciones y las normas internas de los Estados Partes en la Convención han incluido principios relativos a los derechos humanos y concedido prioridad absoluta a los derechos del niño, lo que ha calificado de adelanto importante en el reconocimiento de los niños como "derechohabientes"⁴⁹⁹. Con esta postura, el Comité pretende combatir y eliminar la tradicional opinión sobre el niño, considerado únicamente como destinatario de protección o cuidados.

Por otra parte, el impulso del niño como "sujeto de derechos" se ve acompañado desde las recomendaciones del Comité por la demanda de persecución de los responsables de crímenes y delitos contra los niños, destacando en este caso la posición de estos últimos como titulares de unos derechos cuya impunidad no debe en ningún caso permitirse desde el marco internacional de los derechos humanos. En esta línea de actuación, el Comité ha mostrado su satisfacción ante algunas delegaciones de Estados por la persecución y enjuiciamiento de crímenes cometidos contra niños⁵⁰⁰, mostrando por el contrario su reprobación ante supuestos

de impunidad⁵⁰¹. Asimismo, el Comité ha celebrado en su caso la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por los Estados Partes en la Convención⁵⁰² y ha instado a ello a

aquellos Estados que aún no lo hubieran hecho.

La preocupación del Comité por la tipificación de los delitos contra los niños y la condena de sus autores se ha manifestado por infracciones de muy diversa naturaleza, pudiendo señalar al respecto casos de violaciones de los derechos de los niños afectados por conflictos armados⁵⁰³; la trata de niños⁵⁰⁴, la explotación sexual y el turismo sexual en relación a los niños⁵⁰⁵; la esclavitud⁵⁰⁶; o la violencia contra los niños en el hogar, el maltrato físico, el abuso sexual y el abandono⁵⁰⁷.

Con estos comentarios pretendemos resaltar en definitiva, la postura que de manera firme e indiscutible adopta el órgano de control de la Convención frente a

una cuestión esencial en el análisis de este tratado desde la óptica de su eventual aportación en la progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente en este caso, la subjetividad internacional del niño como sujeto de derechos y la justiciabilidad de los estos últimos.

b) Aborto y reproducción asistida: una misma indefinición de origen con consecuencias diversas en el tiempo

Ya nos hemos ocupado ampliamente en nuestro trabajo de la dificultad que implicó abordar la definición del niño en relación al límite inferior de edad, apuntando para ello el peso que tuvieron al efecto las diversas posiciones éticas y jurídicas sobre el aborto e incluso respecto a la valoración del ser humano antes del nacimiento. No volveremos por lo tanto sobre ello, remitiéndonos a nuestros comentarios al respecto así como a las referencias hechas sobre el tratamiento de la cuestión del aborto por el Comité de los Derechos del Niño⁵⁰⁸.

Sin embargo, nos parece oportuno traer ahora a consideración -sin entrar en mayores debates que ni la propia Convención ni el Comité de los Derechos del Niño nos facilitan, por su escaso tratamiento al respecto- otras cuestiones que, afectando asimismo al ser humano durante el periodo prenatal, no se centran o no lo hacen exclusivamente en el derecho o no a la vida antes del nacimiento. Nos referimos a la generación de embriones humanos o la intervención sobre ellos a través de las técnicas de reproducción asistida u otras y a las repercusiones que pudieran tener, no ya en relación a eventuales derechos del ser humano antes del nacimiento -asuntos que quedarían considerados conforme a los criterios de discusión ya referidos en nuestros comentarios sobre el límite menor de edad- sino, sobre todo, respecto a posibles confrontaciones a derechos del niño ya nacido.

En efecto, los desarrollos alcanzados en el campo de la biotecnología permiten actualmente realizar intervenciones no sólo en los primeros momentos de la existencia del ser humano sino incluso antes, esto es, en el propio proceso de la fecundación. Los avances científicos al servicio del hombre permiten advertir en muchos de esos progresos una esperanza en la mejora de la calidad de vida de los individuos; otra perspectiva distinta conduce a temer o al menos cuestionar, la adecuación de ciertos fines con el respeto a la dignidad que le es

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

inherente al ser humano. Ello explica la lógica preocupación que desde el propio Derecho Internacional -dando muestras una vez más de los numerosos rostros que su proceso de socialización puede mostrar- se ha puesto de manifiesto en relación a la regulación de estos asuntos⁵⁰⁹.

No es nuestra intención abordar en el presente trabajo el estudio de estas técnicas y sus implicaciones, fundamentalmente jurídicas, pues la complejidad de la materia la hace merecedora de un estudio más detallado que sobrepasa nuestras aspiraciones actuales, pero sí consideramos pertinente apuntar brevemente la incidencia que ellas pudieran tener en la posible confrontación de derechos del niño amparados desde la Convención.

Partiendo de la exclusión absoluta a efectos de nuestra atención de aquellas técnicas que son actualmente objeto de un generalizado o mayoritario rechazo, según los casos, en cuanto a su admisibilidad ética -como las generalmente rechazadas sobre la clonación humana o la creación de quimeras y las desigualmente reguladas, aunque con primacía respecto a su exclusión o limitación, como la inseminación post-mortem o la maternidad de subrogación-, nuestros comentarios tienen como referentes aquellas otras en las que la intervención humana persigue, al menos inicialmente, la reproducción asistida⁵¹⁰. Se trata por lo tanto de considerar ciertas incidencias de la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones -procedentes o no de donantes-, y la crioconservación de embriones.

El análisis de estas prácticas -que, como señalamos, no nos ocupará en este trabajo- podría conducirnos de nuevo al debate sobre el alcance de la protección jurídica del *nasciturus* y, en este caso, a su amparo o no, a la luz de la Convención, en relación al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de la atención sanitaria prenatal; la protección frente a tratos crueles o inhumanos; etc. En efecto, ya hemos comprobado que cuando se trata de abordar la posible vulneración de derechos en relación al niño no nacido, la confrontación de posturas en torno al *nasciturus* como titular derechos aflora rápidamente; ello puede explicar la escasa atención prestada a las cuestiones que ahora señalamos durante los trabajos de redacción de la Convención⁵¹¹ y el pobre análisis del que han sido merecedoras por el Comité de los Derechos del Niño, a pesar del constante y dinámico desarrollo científico y técnico que acompaña al importante debate ético y jurídico sobre estas técnicas y

de que un gran número de Estados Partes en la Convención dispone de regulación doméstica sobre ellas⁵¹².

No obstante, nos parece que estos asuntos debieran encontrar respuestas más concretas por los legítimos intérpretes de la Convención, en el marco del desarrollo progresivo del Derecho Internacional y conforme a una interpretación dinámica de este tratado, acorde a la atención de los principios que lo rigen y entre ellos, al interés superior del niño. Y ello, no sólo porque

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

sus consecuencias puedan afectar al niño no nacido -que, en ese caso se vería o no amparado conforme a la discrecional interpretación del término "niño" por los Estados Partes en la Convención y legitimada por ésta-, sino porque además y sobre todo, cabría considerar la posible confrontación de derechos garantizados por la Convención respecto al niño concebido y nacido mediante determinadas aplicaciones de estas técnicas.

Nos referimos, por ejemplo, al caso de la reproducción asistida con gametos procedentes de donantes anónimos y la incidencia que ella puede tener en el respeto del derecho del niño a la identidad, amparado por el tratado de 1989⁵¹³. En este sentido, consideramos que la protección específica que la Convención dispensa al niño respecto a su *"derecho desde que nace a un nombre... y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres"* (art. 7), así como el compromiso de los Estados Partes en la Convención de *"respetar el derecho del niño a preservar su identidad"* (art. 8), podrían llevarnos a ponderar una interpretación extensa de estas disposiciones y aplicarlas a los posibles efectos de las técnicas que ahora consideramos, en tanto que garantes de lo que podríamos calificar de derecho del niño a la identidad personal (incluida su identidad genética), familiar y cultural.

También a este respecto y aunque no directamente referidas a las técnicas de reproducción asistida pero sí a situaciones cuyas consecuencias pueden ser extrapolables a las generadas por aquellas⁵¹⁴, resulta de interés destacar las peticiones

del Comité de garantizar el derecho del niño a conocer sus orígenes frente a determinadas legislaciones internas que permiten el nacimiento bajo anonimato de la madre. Así los ha hecho respecto a Francia, en relación al denominado *"acouchement sous X"* y en relación a los nacimientos bajo anonimato en Luxemburgo⁵¹⁵.

Asimismo, en el marco de la adopción, el Comité ha manifestado su preocupación, entre otros casos, respecto a la normativa de Armenia, reclamando el derecho del niño a conocer sus orígenes y a tener información sobre sus antecedentes e historial médico y sobre sus padres naturales⁵¹⁶.

Atendiendo por lo tanto a las consideraciones previas, nos parece que la atención al interés superior del niño mereciera dotarse de un mayor alcance en la interpretación de los derechos proclamados por la Convención y antes referidos a la hora de atender los intereses confrontados en la aplicación de estas técnicas, a saber, la posibilidad de llevarlas a efecto -inviabile sin la participación de los terceros donantes-; el derecho a la intimidad de los donantes anónimos intervinientes en ellas; y la atención a los deseos de maternidad y paternidad social y jurídica (aunque no genética) de los que se acogen a las mismas.

Por otra parte, la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida nos ofrece además algunos elementos de especial interés en los asuntos que ahora nos ocupan, esto es, la definición del niño a la luz de la Convención de 1989. Y es que, el importante debate ético que plantea la intervención en el ser humano durante los primeros estadios de su existencia e incluso, como hemos señalado, en la propia reproducción, ha llevado al legislador a intentar

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

evitar esos impedimentos recurriendo a la creación de un nuevo término, el de "preembrion", para designar al ser humano concebido y hasta los 14 días de vida⁵¹⁷.

En definitiva, la actual regulación y aplicación de las técnicas de reproducción asistida añaden nuevos elementos a tener en cuenta en la discutida definición de niño o, al menos, en la extensión del amparo de ese estatuto de protección a ciertos aspectos que afectan a su periodo prenatal, por cuanto los efectos de intervención en esas etapas tempranas de su existencia pudieran tener repercusión en su vida como niño ya nacido y en la garantía de sus derechos. En cualquier caso, nos encontramos aún en una situación bastante rudimentaria en cuanto a la posible interpretación de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en los derechos del niño a la luz de la doctrina del Comité que interpreta la Convención. No obstante y como ya hemos apuntado, consideramos que se trata de una materia que no debiera dejar por largo tiempo en silencio a este órgano.

c) La edad mínima para el consentimiento matrimonial: ¿una cuestión de género?

El matrimonio es una institución de la que se derivan evidentes consecuencias decisivas en la vida y el estatuto jurídico de la persona que lo contrae. Nos referimos con ello tanto al conjunto de derechos y responsabilidades que genera para y entre los esposos y en relación a la vida conyugal y familiar⁵¹⁸, como a la emancipación jurídica -y correspondiente abandono del estatuto de "niño"- que produce respecto a los cónyuges que accedan a él siendo aún menores de edad. Por ello resulta lógico el establecimiento de una edad legal mínima para emitir el consentimiento al matrimonio -fijada en las legislaciones domésticas de los Estados e incluso considerada desde el marco jurídico internacional- que permita presumir la suficiente capacidad biológica e intelectual y la libertad de decisión de la persona que lo contrae. No obstante, la diversidad de edades establecidas para ello en los ordenamientos jurídicos internos y las imprecisas fórmulas adoptadas al respecto por los instrumentos internacionales dificultan en algunos casos la observancia de estos requisitos.

Respecto a los primeros, podemos advertir en efecto el establecimiento de una variedad de edades mínimas de acceso al matrimonio que con frecuencia suelen oscilar entre los 14 o 15 y los 18 años -es decir, entre el inicio de la pubertad y el umbral de la mayoría de edad civil- pero que en algunas ocasiones llegan a resultar incluso inferiores, pudiendo advertirse en este sentido la fijación de edades mínimas a partir de los 9 o 10 años. El análisis de los informes de los Estados Partes en la Convención ha permitido al Comité de los Derechos del Niño comprobar

esta variedad de situaciones y pronunciarse sobre ellas⁵¹⁹. Resulta asimismo frecuente observar en las legislaciones internas de los Estados la determinación de una diferente edad legal mínima de acceso al matrimonio en atención al sexo del contrayente, de manera que, basándose en argumentos equívocos sobre el más pronto desarrollo biológico de la mujer, se fije una edad inferior para éstas, reportando así los efectos negativos que el matrimonio

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

precoz conlleva a las niñas afectadas por ellos⁵²⁰.

Junto a estos criterios estrictamente biológicos en la determinación de la edad legal mínima de acceso al matrimonio encontramos otros basados en concepciones o prácticas tradicionales que pueden llevar a encubrir, bajo la figura jurídica del matrimonio, realidades muy diversas en las que la voluntad e incluso la capacidad del contrayente, por su escasa edad, no resultan suficientes o incluso son inexistentes para la adquisición de ese compromiso, pudiendo llegar a representar en algunos casos verdaderas tratas o ventas, fundamentalmente de niñas.

Todos estos supuestos nos conducen en definitiva a lo que ha sido calificado como "*matrimonio precoz*", fenómeno que afecta a un elevado porcentaje de niños en todo el mundo, especialmente a niñas, y llega a confrontarlos a graves violaciones de sus derechos fundamentales. Con carácter general se considera "*matrimonio precoz*" el celebrado entre niños o adolescentes de menos de 18 años, si bien es cierto que la preocupación al respecto se acrecienta conforme va disminuyendo la edad del contrayente⁵²¹.

La atención respecto a este fenómeno se centra en gran medida en las niñas, al ser éstas las principales afectadas por él, y su manifestación se advierte especialmente en determinadas regiones del mundo -de manera destacada en países de África, Asia y América Latina⁵²²- y en contextos socio-culturales gravemente

afectados por la pobreza, bajos niveles de educación, determinadas concepciones culturales tradicionales sobre la condición de la mujer, o situaciones de especial gravedad o riesgo como pueden ser los conflictos armados⁵²³. No obstante, aunque sus repercusiones y la práctica real no adquieran el mismo alcance en todos los casos, el acceso legal al matrimonio antes de los 18 años es contemplado desde las legislaciones de países de muy diversos contextos económicos y culturales⁵²⁴.

El matrimonio celebrado por una persona menor de edad implica para ella una brusca ruptura de su infancia, al producirse con ello no sólo, como ya hemos indicado, su emancipación y por lo tanto la pérdida del estatuto jurídico de "*niño*" y los derechos que de él se derivan, sino además el final de su condición social como tal. Además, el establecimiento de una inferior edad mínima de acceso al matrimonio en razón del género adelanta esos efectos respecto a las niñas, que resultan con ello doblemente víctimas -en tanto que niñas y en tanto que menores de edad- de una evidente discriminación y negación de sus derechos, a todas luces contrarias a las exigencias derivadas de la Convención de 1989.

Las consecuencias negativas que el matrimonio prematuro genera en las niñas que lo contraen son evidentes desde el momento de su celebración y suelen acentuarse lógicamente en aquellas sociedades en las que dichos matrimonios son más frecuentes. Así, tras la emisión de un consentimiento difícilmente imaginable como suficientemente informado, la niña se verá integrada en un nuevo hogar en el que deberá enfrentarse a la asunción de responsabilidades y cargas -incluida la propia maternidad- para las que no suele contar con la adecuada madurez. Además, la situación de casada suele generarle normalmente la privación

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

de privilegios y derechos propios a su condición de niña, como son la escolarización -si es que ésta aún le beneficiaba- o el derecho al esparcimiento y al juego. Pero los efectos discriminatorios hacia la niña pueden producirse también antes de la celebración del matrimonio y con miras a éste. Así lo ponen de manifiesto actuaciones detectadas en algunas sociedades como la reclusión de niñas para reservarlas a su futuro esposo, la alimentación insuficiente y en todo caso de inferior calidad que la recibida por sus hermanos varones, el abandono escolar para la dedicación a

las tareas domésticas o simplemente para alejarlas de posibles riesgos de relación sexual previa al matrimonio, etc⁵²⁵.

Los motivos que sustentan la existencia de estas prácticas y cuya atención nos parece imprescindible a la hora de esbozar posibles soluciones para superar sus efectos negativos sobre las niñas que los padecen, nos enfrentan a razones de estrategia adoptadas por los adultos que forman el entorno familiar de la niña -fundamentalmente sus padres, responsables legales o familia extensa- ante muy diversos riesgos o situaciones, y que vienen marcadas por la pobreza, por tradiciones culturales no siempre acordes con la protección y respeto de la dignidad de las niñas y sus derechos, e incluso por deseos de otorgarles protección en situaciones graves o de riesgo.

En todos esos casos, ya sea con la intención de reportar beneficios económicos a la familia o a la propia niña, o de responder a una particular concepción de protección frente a peligros o amenazas a su salud, integridad y seguridad, la niña suele ser víctima de una cosificación que la convierte en medio para la consecución de unos fines y la confronta a la negación del reconocimiento de su dignidad y su condición de titular de derechos humanos fundamentales, situándonos en algunos casos ante formas contemporáneas de esclavitud, como ha sido expresamente denunciado por los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre esta materia⁵²⁶.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha permanecido ajeno a estas cuestiones y lo ha hecho conforme a una óptica evolutiva que, superando las imprecisiones o fórmulas ambiguas de algunos de sus textos, nos permite actualmente establecer criterios de interpretación más precisos respecto a la determinación de una edad legal mínima para emitir el consentimiento matrimonial, a cuya consolidación viene realizando una notable aportación el Comité de los Derechos del Niño.

En efecto, desde la propia Carta internacional de los derechos humanos⁵²⁷, y más concretamente, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, se proclamó el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia a partir de la edad núbil⁵²⁸, empleando fórmulas más imprecisas pero con clara intención remisoria a las legislaciones internas, "*si tienen edad para ello*"⁵²⁹. En la misma línea de indeterminación y remisión a los

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

ordenamientos internos de los Estados se manifestaría la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonio, de 1962⁵³⁰, así como otros instrumentos posteriores en los que además -como ya hiciera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- se proclama expresamente la prohibición y la carencia de efectos jurídicos de los matrimonios de niños, aunque sin precisar qué se entiende en cada caso por éstos -caso de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1967 y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979-⁵³¹.

Esto significará por lo tanto la legitimidad del acceso al matrimonio de personas menores de 18 años y la no confrontación de la legalidad internacional por las disposiciones de orden interno que específicamente reconozcan una edad mínima para emitir el consentimiento matrimonial inferior a esa cifra, siempre, claro está,

que se respeten las condiciones de libertad e igualdad asimismo exigidas desde la norma internacional⁵³².

La precisión de la edad mínima de acceso al matrimonio encontrará una primera manifestación en el marco internacional a través de un instrumento carente de alcance jurídico vinculante; nos referimos a la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, adoptada pocos años después de la Convención del mismo título, y que fija dicho límite de edad a los 15 años. Su desarrollo progresivo se logrará en el ámbito regional africano, gracias a la proclamación en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, de la prohibición del matrimonio de niños y el establecimiento de los 18 años como edad límite para contraer matrimonio. Llama la atención al respecto que nos encontremos en este último caso ante un instrumento jurídico correspondiente a un contexto cultural en el que una edad mínima de acceso al matrimonio inferior a los 18 años resultaba bastante generalizada y acorde con las concepciones sociales, y cuya transformación en el sentido apuntado parece responder a la grave incidencia del virus VIH/ Sida entre la población de ese contexto regional⁵³³.

Por otra parte, la preocupación por la protección de los niños, y más concretamente de las niñas, frente a normas, costumbres o prácticas tradicionales contrarias a su dignidad y perjudiciales para su salud e integridad, ha generado una atención específica a la cuestión que ahora nos ocupa desde los ámbitos de la regulación de la lucha contra la esclavitud y las instituciones o prácticas análogas a ella⁵³⁴, los

derechos de la mujer⁵³⁵ y el combate de las prácticas tradicionales nocivas para las mujeres y las niñas⁵³⁶.

Todos estos antecedentes han permitido reforzar en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el carácter imperativo de algunos requisitos para la emisión de un

consentimiento matrimonial válido, que representan asimismo importantes salvaguardas frente a posibles efectos negativos hacia las niñas y jóvenes. Nos referimos a la ya comentada necesidad de fijar una edad legal mínima para emitir el consentimiento -edad que permita presumir la suficiente capacidad biológica e intelectual de quien emite dicho consentimiento-, el carácter libre de éste último y las condiciones de igualdad de los contrayentes al realizarlo y respecto a los derechos y obligaciones derivadas del matrimonio. Asimismo se consolida la pertinencia de registrar oficialmente los matrimonios como medio de garantía frente a posibles irregularidades o abusos, ya que se ha comprobado que una situación que agrava el fenómeno del matrimonio prematuro es la ausencia de registro oficial, tanto del matrimonio en sí como del nacimiento de la niña que prematuramente lo ha celebrado y cuya edad queda así indeterminada, exponiéndola a los numerosos riesgos que acechan una situación de "inexistencia jurídica".

No obstante, a pesar de estos logros en el panorama jurídico internacional, la situación *de facto* nos sigue enfrentando a realidades contrarias al respeto de estas exigencias, de manera que la determinación definitiva de una edad legal mínima para emitir el consentimiento matrimonial sigue siendo el principal caballo de batalla para superarlas. Ante ello, nos corresponde ahora analizar cuál es o puede ser el papel de la Convención sobre los Derechos del Niño para lograr este fin.

Partimos del hecho de que la Convención no se ocupa expresamente en su articulado de la cuestión del matrimonio -algo que, atendiendo a nuestros anteriores comentarios, podría resultar en parte lógico, en tanto que institución que parece, al menos idealmente, vincularse a la persona que deja de ser niño o niña, pero que sin embargo no consideramos que impidiera incorporar una referencia expresa al límite de edad para acceder a ella, como más tarde encontraremos regulada la correspondiente mención a los 18 años en el Protocolo Facultativo de la Convención reativo a la participación de niños en los conflictos armados, como edad límite para acceder a una actividad que se considera igualmente inapropiada para la condición de niño⁵³⁷-; ni tampoco prohíbe los matrimonios libremente contraídos por menores de 18 años, en una actitud complaciente con la timorata protección que a este respecto establecen las disposiciones internacionales previamente referidas.

No obstante, resulta evidente la posible confrontación que de algunos de los derechos proclamados en la Convención puede producirse en una situación de matrimonio precoz -afectado por las deficiencias de capacidad y voluntad de uno o ambos contrayentes- y en su frecuente manifestación respecto a las niñas. En ese sentido, los principios generales proclamados desde la Convención sobre los Derechos del Niño de no discriminación (artículo 2), interés superior del niño (artículo 3), atención a las opiniones del niño en los asuntos que le afecten (artículo 12) e incluso, en determinados casos, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6), pueden resultar efectivamente conculcados en numerosos supuestos. Asimismo pueden verse confrontados, especialmente en el caso de la niña, los derechos a la educación (artículo 28), a la salud (artículo 24), a un nivel de vida adecuado para su desarrollo (artículo 27), al descanso, el esparcimiento y el juego (artículo 31), a la protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37), contra todo tipo de explotación -incluida

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

la explotación laboral y sexual- (artículos 32 y 34), y contra la venta o trata (artículo 35).

Todo ello ha llevado al Comité de los Derechos del Niño, como no podía ser de otra forma, a pronunciarse expresamente sobre la cuestión, atendiendo a la intención de la Convención de proporcionar un marco adecuado para la máxima protección posible del estatuto de niño -que se perdería con la emancipación adquirida a través del matrimonio-; garantizando el respeto de este último como ser humano en desarrollo -cuyas facultades y decisiones debe ejercer libremente, en concordancia con su madurez en la comprensión de los asuntos que le afecten-;

y con el propósito de luchar contra la abolición de prácticas irregulares de matrimonios de niños, especialmente en relación a las niñas.

Respondiendo por lo tanto a los cometidos que le corresponden, el Comité ha propugnando insistentemente la igualdad y el respeto al principio general de no discriminación, al demandar la elevación y equiparación de la edad mínima para emitir el consentimiento matrimonial respecto a los dos sexos y en relación a los 18 años como criterio más adecuado a la Convención e instando a su observancia a los Estados Partes en ella⁵³⁸.

Esta preocupación se ha hecho presente, como hemos tenido ocasión de señalar, entre países de muy diversas tradiciones y culturas religiosas, estructuras sociales y políticas y contextos geográficos, afectando tanto a Estados en los que las edades legalmente establecidas rondaban los criterios señalados por el Comité -casos en los que esas edades eran de 16 o 17 años para las niñas y 18 para los niños⁵³⁹-, como a Estados en los que las edades mínimas para el matrimonio, especialmente en el caso de las niñas, se alejaban notablemente de los 18 años -casos en los que los 14, 13 o incluso los 12 años, señalan el umbral legal de acceso al matrimonio de las niñas⁵⁴⁰-, en ocasiones con el necesario consentimiento de los padres⁵⁴¹ y a veces en contextos en los que la existencia de prácticas nocivas respecto a las niñas e incluso la existencia de venta o trata de éstas, acrecienta la urgencia por erradicar esos matrimonios precoces y/o forzados⁵⁴². No obstante, respecto a esta

última cuestión, el Comité toma cuidado de impulsar una adecuación de las prácticas en esos países a las exigencias derivadas de la Convención procurando que ello se haga de manera integrada en los sistemas culturales y religiosos afectados en cada caso. Con ese fin propugna la sensibilización de los dirigentes de esas comunidades y de los propios niños, destacando asimismo el impacto negativo de tales prácticas respecto a la salud de los niños afectados por ellas⁵⁴³.

Finalmente, y aunque no necesariamente vinculado en todos los casos al fenómeno de los matrimonios precoces, aunque sí a la prematura asunción de responsabilidades familiares, queremos hacer referencia en este momento de nuestro trabajo a otro supuesto que ha sido

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

objeto de preocupación por el Comité, en el que los niños, en situación jurídica de casados o no, asumen de hecho unas cargas o responsabilidades familiares prematuras o excesivas respecto al estatuto que les ampara bajo la Convención de 1989. Nos referimos a aquellos supuestos en los que recae sobre el niño la función de cabeza de familia o la obligación de dispensar cuidados a los padres.

El contexto favorable que para estas situaciones genera el establecimiento de edades mínimas de acceso al matrimonio por debajo de los criterios derivados de la Convención⁵⁴⁴, y la constitución de nuevas estructuras o "roles" familiares de los niños -en muchos casos forzados por los dramáticos efectos de la propagación del virus del Sida⁵⁴⁵- han llevado al Comité a manifestar su preocupación por ellas, demandando mayor protección de los niños afectados y velando por la no perpetuación de situaciones de discriminación⁵⁴⁶.

En definitiva, la actitud del Comité respecto al problema de los matrimonios precoces y el establecimiento legal de edades mínimas de acceso al matrimonio en desacuerdo con el espíritu de la Convención, debe ser doblemente celebrada, tanto por la protección actual respecto a los niños -y especialmente a las niñas, en tanto que principales afectadas- enfrentados real o potencialmente a la situación de víctima de esos matrimonios, como por su valor de medida preventiva respecto a las generaciones futuras, al incidir indirectamente en la protección de las eventuales familias que esos matrimonios pudieran constituir.

Podemos finalmente considerar que, si bien la edad de los 18 años no se establece de manera imperativa desde el marco de la Convención como límite al acceso legal al matrimonio, si parece erigirse, a partir de la labor interpretativa realizada por el Comité de los Derechos del Niño, en un consolidado referente internacional, aunque aún pendiente de su definitiva y universal implementación en los órdenes internos de los Estados.

d) Las edades mínimas de acceso al empleo y de finalización de la escolaridad obligatoria: una compatibilidad necesaria

Vinculada a la atención al niño y su protección frente a posibles abusos de terceros por la vía del establecimiento de edades mínimas contrarias a su interés, se encuentra la demanda de compatibilidad entre las edades que delimitan el final de la escolaridad obligatoria y el acceso legal al trabajo o empleo. Y ello tanto con el fin de garantizar al niño unos niveles mínimos de escolarización que no se vean amenazados por la posibilidad legal de su pronta incorporación a la actividad laboral, como con la intención de evitarle un obligado e inconveniente periodo de ocio entre el final de su escolarización y su incorporación al trabajo, que puede acarrear el riesgo de su explotación económica⁵⁴⁷.

Ambas cuestiones -escolarización obligatoria e incorporación legal al trabajo-, íntimamente relacionadas entre sí y afectadas por condicionantes económicos y sociales en su efectiva implementación, han situado a la Convención sobre los Derechos del Niño ante al reto de consolidar e incluso mejorar o dotar de mayor precisión las exigencias que el Derecho Internacional ofrecía al respecto hasta el momento de su adopción.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

No cabe duda de que el derecho a la educación⁵⁴⁸ como derecho fundamental, intrínseco e inalienable de todo ser humano⁵⁴⁹, adquiere un carácter esencial respecto al niño⁵⁵⁰, para quien su efectiva aplicación beneficia indiscutiblemente su progresivo desarrollo y formación personal, ofreciéndole asimismo una importante garantía de protección frente a posibles situaciones de explotación o abuso, tanto en su persona como en las generaciones futuras⁵⁵¹. Podemos hablar por lo tanto con toda propiedad de un "derecho del niño a la educación", con un contenido y unos objetivos propios⁵⁵² que permiten reconocer en él cierta especificidad respecto al derecho genérico a la educación de todo ser humano -del que en definitiva forma parte-, que viene condicionado por la urgencia que imprime a su efectiva realización la limitación temporal de la condición de "niño"⁵⁵³ y que mantiene su

importancia y carácter necesario en cualquier circunstancia, incluidas las situaciones de emergencias⁵⁵⁴ u otras que dificulten su aplicación⁵⁵⁵.

La educación debe ser entendida como un proceso global de desarrollo de la persona en la sociedad de la que forma parte⁵⁵⁶ y, de acuerdo con ello, el derecho a la educación implica mayores elementos que el mero acceso a la formación académica o escolarización. Así ha sido internacionalmente reconocido, también por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n° 1 sobre los propósitos de la educación⁵⁵⁷, y ello nos permite establecer una clara diferencia entre el derecho a la educación, en sentido amplio y el derecho al acceso a la educación, como un elemento de aquél⁵⁵⁸.

El primero de ellos manifiesta ese carácter inalienable respecto a toda persona al que hemos hecho referencia anteriormente, que impide hacer depender su existencia o reconocimiento como tal derecho de la voluntad de los Estados o de terceras personas (que en el caso del niño pudieran ser los padres, familiares,

tutores o representantes legales⁵⁵⁹). El derecho al acceso a la educación por su parte, representa un aspecto concreto del derecho general a la educación, cuya exigibilidad para el titular del mismo queda condicionada a las obligaciones que dicho derecho genera respecto a los Estados y cuyo cumplimiento, debido a la dependencia de los recursos económicos, materiales y humanos disponibles para su satisfacción⁵⁶⁰, adquiere un carácter progresivo⁵⁶¹.

Así se pone de manifiesto en el marco del Derecho Internacional, desde la propia Carta Internacional de Derechos Humanos -concretamente a través de la Declaración Universal de 1948⁵⁶² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966⁵⁶³- hasta otros instrumentos específicos sobre el derecho a la educación, como la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

1960564; o sobre los derechos del niño, como es el propio caso de la Convención de 1989565, entre

otros. Todos ellos vienen a coincidir en el reconocimiento del carácter progresivo del derecho a la educación, que implica la obligación de los Estados de garantizar la enseñanza obligatoria y gratuita en los niveles elementales, variando su nivel de exigencia respecto a otros niveles superiores, evidenciando implícitamente la estrecha vinculación con elementos económicos en su aplicación566.

Podemos por lo tanto afirmar que el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza primaria goza actualmente de un reconocimiento universal567y, en ese sentido, se impone como un elemento esencial del derecho del niño a la educación568, como lo confirman acciones adoptadas para su impulso e implementación desde diversos foros internacionales569. Y este refrendo universal a la necesidad de garantizar el carácter obligatorio y gratuito de, al menos, ese nivel esencial de la educación básica del niño que es la enseñanza primaria570, nos permite atribuir a ésta última un carácter imperativo que se traduce tanto en la obligación de los Estados de priorizar su implementación respecto a otros niveles superiores de enseñanza,571como en la irrenunciabilidad de ese derecho por el propio niño ti-

tular del mismo572. Ahora bien, si no parece ofrecer dudas el carácter inequívoco del requisito de la gratuidad de la enseñanza primaria573, se ha considerado que su obligatoriedad sólo puede justificarse *"si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño"*574.

En nuestra opinión, tres elementos resultan esenciales para la efectividad del derecho a la educación de todo niño y, por lo tanto, también en su etapa primaria: su reconocimiento como derecho humano, la calidad de la educación dispensada y la no discriminación en su implementación.

Proclamar la educación como un derecho humano puede parecer obvio. No obstante esta afirmación se enfrenta en la práctica al riesgo de reducir la educación a un mero servicio del Estado o incluso considerarla una situación privilegiada de algunas sociedades575. La importancia de la calidad de la educación por su parte, deja de manifiesto que las graves carencias de las que pueda adolecer en algunos casos pueden llegar a cuestionar el alcance de su obligatoriedad por parte del Estado576. Y en cuanto al principio de no discriminación, éste cobra especial relevancia respecto al derecho a la educación en relación a determinados grupos de niños más desfavorecidos a estos efectos. El Comité de los Derechos del Niño así lo ha puesto de manifiesto respecto a las niñas, los niños con discapacidades, los pertenecientes

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

a minorías o grupos indígenas, los que viven en regiones o zonas apartadas de los centros urbanos, los niños afectados por el virus VIH/Sida, etc⁵⁷⁷.

En el caso de las niñas, hechos como los expuestos por UNICEF en 2004, al señalar que de los aproximadamente 121 millones de niños del mundo que no asistían a la escuela y veían así negado su derecho a recibir educación, el 65% fueran niñas⁵⁷⁸, justifica que la Declaración del Milenio -adoptada durante la Cumbre celebrada por las Naciones Unidas en septiembre de 2000- haya señalado como uno de los Objetivos de Desarrollo, el logro de la educación básica universal obligatoria y gratuita antes del año 2015 y que haya adelantado a la fecha de 2005 la igualdad de géneros a ese respecto⁵⁷⁹.

Ahora bien, a nadie escapa las dificultades a las que esa universal imperatividad de la enseñanza obligatoria y gratuita puede confrontarse⁵⁸⁰, especialmente en los casos de Estados en desarrollo, situaciones de transición económica o en situaciones de emergencia, derivadas de conflictos armados o desastres naturales⁵⁸¹.

Ello obliga a articular las medidas necesarias para responder progresivamente a esa obligación y, en ese sentido, podemos destacar el carácter programático de las previstas a ese fin desde el Derecho Internacional⁵⁸².

En cualquier caso, los Estados se encuentran compelidos a actuar "*hasta el máximo de los recursos de que dispongan*" para lograr la efectiva implementación de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, y ello implicará recurrir no sólo a los medios de que disponga el propio Estado sino también a aquellos otros que le facilite la Comunidad Internacional mediante la cooperación y asistencia interna-

cionales⁵⁸³. El Comité de los Derechos del Niño ha realizado una interpretación de la Convención de 1989 en esta línea, al precisar el significado del carácter progresivo de la obligación de los Estados Partes en la Convención respecto al derecho a la educación, declarando que quedan obligados a procurar la asistencia a la educación dentro de los recursos disponibles -conforme a lo establecido en el artículo 4 del texto convencional- y sin discriminación -conforme a las exigencias derivadas del artículo 2 del mismo texto-⁵⁸⁴. Con ello, el Comité deja claro que "*la limitación de recursos no justifica que un Estado Parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o las suficientes*" e insta en ese sentido a los Estados Partes que proporcionan cooperación al desarrollo "*a velar porque en los programas que elaboren se tengan plenamente en cuenta los principios que figuran en el párrafo 1 del artículo 29*"⁵⁸⁵.

De esta forma, la cooperación internacional representa un instrumento al servicio de la universalidad del derecho a la educación en una doble dirección: para los Estados que deban beneficiarse de ella con objeto de suplir sus carencias y para aquellos otros que deban dispensarla atendiendo a sus mayores recursos⁵⁸⁶. La actuación en esa línea no hará en definitiva sino contribuir al progreso y desarrollo de las generaciones futuras, cuya atención resulta un compromiso ineludible de la Comunidad Internacional⁵⁸⁷.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

La cuestión que se nos plantea a continuación, clave para este apartado de nuestro trabajo, es precisamente la determinación del alcance de la enseñanza primaria -que ya hemos destacado como imperativa y prioritaria- en relación a la edad del niño; esto es, hasta qué límites de edad del niño el Estado está obligado a

procurarle un acceso obligatorio y gratuito a la educación. Y ello con la intención de responder a nuestro objetivo de analizar su compatibilidad con la edad mínima legal de acceso al empleo y determinar, respecto a ambas, el alcance de la definición del "niño" a la luz de la Convención.

Los textos internacionales previamente citados en relación al derecho a la educación no nos ofrecen una respuesta precisa a la cuestión que hemos planteado, siendo por lo tanto tarea de los Estados establecer las correspondientes edades mínimas de escolarización en sus ordenamientos internos⁵⁸⁸. No obstante, desde el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vincula estrechamente y se insta a hacer coincidir la edad que fija el término de la escolarización obligatoria con la edad mínima establecida legalmente para acceder al empleo⁵⁸⁹.

La exigencia de compatibilidad entre ambas edades mínimas la encontramos recogida y consolidada en el marco normativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) -que fija de esa forma los referentes internacionales por excelencia en la regulación de esta cuestión- y confirmada en la doctrina generada por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones finales a los informes de los Estados Partes en la Convención⁵⁹⁰. La pretensión de dicha coincidencia responde a la consideración histórica de la educación obligatoria como uno de los más efectivos instrumentos para la eliminación en la práctica del trabajo infantil⁵⁹¹ y, de manera recíproca, el reconocimiento de la regulación del trabajo infantil, como un medio para asegurar que la educación y el desarrollo del niño no se pongan en peligro y proteger a este último frente a trabajos o condiciones de trabajo inadecuados⁵⁹².

Si bien es cierto que el acceso del niño al trabajo o empleo no debiera ser el único elemento a tener en cuenta al establecer límites de edad obligatorios en la enseñanza, su notable importancia -por la relevancia que implica su observancia- y tradicional reconocimiento internacional, justifican nuestra atención al respecto. Dos líneas de actuación fundamentales podemos destacar en el marco de la OIT a estos efectos: la abolición del trabajo infantil como objetivo último perseguido y el establecimiento de una o varias edades mínimas de acceso al trabajo o empleo, como medio para su progresivo alcance. La atención a la educación y al establecimiento de límites de edad de obligada escolarización se imponen respecto a ambas cuestiones: en tanto que elemento indispensable para el logro de la primera tarea señalada y como referente obligado en la determinación de las edades mínimas destacadas en segundo lugar.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

La primera cuestión, esto es, la abolición del trabajo infantil, no sólo responde como ya hemos señalado a una preocupación histórica y permanente de la OIT, sino que además ha logrado ser objeto de un tratamiento y desarrollo progresivo dentro de esta Organización que nos permite actualmente constatar el consenso mundial respecto a su reconocimiento, del que se hace eco el propio Comité de los Derechos del Niño⁵⁹³. Una acción decisiva para ello ha sido la inclusión de la erradicación del trabajo infantil en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998 y que compromete a todos los Estados Miembros de esta Organización en la defensa y promoción de esos principios, independientemente de su vinculación a los convenios específicos sobre las materias en ella referidas⁵⁹⁴.

Asimismo nos parece importante destacar el hecho de que la progresiva consolidación del rechazo al trabajo infantil se haya producido no sólo atendiendo a los efectos perjudiciales o nocivos que la actividad laboral pudiera generar al niño, sino considerándolo asimismo como una amenaza al desarrollo económico y social sostenible de la comunidad internacional y de las generaciones futuras⁵⁹⁵.

Ahora bien, la estrecha relación que existe entre el trabajo desarrollado por niños y la satisfacción de necesidades económicas en determinados contextos familiares y sociales hace que, sin renunciar al objetivo último de la abolición del trabajo infantil, éste se proyecte de manera progresiva, de manera que la acción internacional establezca diferencias entre el tipo de trabajo realizado por niños -no considerando todos ellos perjudiciales para su desarrollo- y priorice sus es-

fuerzos en la inmediata abolición de las consideradas "*peores formas de trabajo infantil*".

Íntimamente relacionada con estos planteamientos se encuentra la segunda línea de actuación que hemos destacado en la OIT. Nos referimos al establecimiento de una o más edades mínimas de acceso al empleo. Dos tratados de la OIT marcan las directrices internacionales a tener en cuenta en esta cuestión. Son el Convenio n° 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 1973⁵⁹⁶ y el Convenio n° 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999⁵⁹⁷, ambos considerados convenios "fundamentales" de esta Organización⁵⁹⁸.

El primero de ellos, el Convenio n° 138, es el instrumento general sobre la materia y tiene un alcance global, al haber reemplazado con su adopción los anteriores convenios sectoriales adoptados por la OIT en materia de edad mínima⁵⁹⁹.

Partiendo de la regla general por la que la edad mínima de acceso al empleo "*no deberá ser inferior a la edad en la que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años*", el Convenio n° 138 permite establecer no obstante una diversidad de edades mínimas de acceso al empleo, en función de criterios como el nivel de desarrollo de los Estados o la naturaleza o tipo de trabajo para las que se establecen y que van a oscilar desde los 12 hasta los 18 años.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

De manera esquemática, podríamos destacar las siguientes posibilidades de fijación de edades mínimas establecidas en este Convenio:

- 15 años o edad mínima de obligación escolar: regla general. Respecto a personas aún sujetas a la obligación escolar, si se cumplen los requisitos señalados de no perjudicar la salud o desarrollo del niño ni su asistencia a la escuela, la participación en programas de orientación o formación profesional o el aprovechamiento de la enseñanza que reciban.
- 14 años: excepción a la regla general en casos de Estados con economía y medios de educación insuficientemente desarrollados.
- 18 años: regla general respecto a empleos o trabajos que puedan resultar peligrosos para la salud, seguridad o moralidad de los menores.
- 16 años: excepción a la regla general previa, bajo la condición de garantizar la salud, seguridad y moralidad de los adolescentes y la previa recepción por éstos de instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de la actividad correspondiente.
- De 13 a 15 años: en trabajos ligeros que no perjudiquen la salud o desarrollo del niño ni su asistencia a la escuela, la participación en programas de orientación o formación profesional o el aprovechamiento de la enseñanza que reciban.
- De 12 a 14 años: excepción al supuesto anteriormente señalado, respecto a los Estados con economía y medios de educación insuficientemente desarrollados.

Asimismo el Convenio nº 138, con los condicionamientos establecidos al efecto, prevé posibles exclusiones a su aplicación respecto a categorías limitadas de empleos o trabajos que presenten problemas especiales e importantes para su aplicación, cuyo establecimiento en cualquier caso queda encomendado a los Estados Partes; así como la posibilidad de limitar su campo de actuación por aquellos Estados cuya economía y servicios administrativos estén insuficientemente desarrollados. Finalmente, cabe también señalar la previsión por este mismo tratado de su no aplicación al trabajo de niños o menores en escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación; así como al trabajo efectuados por personas menores de 14 años en empresas.

Este amplio abanico de posibles establecimientos y regulaciones de la edad mínima, debe ser abordado en todo caso bajo el compromiso de los Estados Partes en el Convenio nº 138 de *"seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores"*⁶⁰⁰.

A ese objetivo colabora la Recomendación R146 sobre la edad mínima de admisión al empleo, que complementa al Convenio nº 138, al instar a una progresiva elevación de las edades mínimas fijadas en aquel⁶⁰¹ y ofrecer mayores

precisiones respecto a la preocupación por garantizar la educación del niño ante su incorporación al trabajo. En ese sentido recomienda *"imponer y hacer cumplir la obligación de asistir a la escuela con horario completo o de participar en programas aprobados de orientación o formación profesional, por lo menos hasta la misma edad fijada para la admisión al empleo"* de acuerdo con las disposiciones que hemos señalado en el Convenio n° 138 como regla general, esto es los 15 años o 14 en casos de Estados con economía en desarrollo o transición. Asimismo realiza propuestas tendentes a evitar una laguna en la educación del niño cuando se produce un desfase entre las edades legales correspondientes al final de la escolarización obligatoria y el inicio de la vida laboral, y para ello sugiere medidas tales como una formación preparatoria, que no entrañe riesgos, para los tipos de empleo o trabajo afectados.

En cualquier caso y a pesar de las garantías mínimas que desde las disposiciones del Convenio n° 138 y su complementaria Recomendación se pretenden hacer imperar, resulta evidente el desafío que esta legislación representaba para la posteriormente adoptada Convención sobre los Derechos del Niño; no sólo por el reto de superar, en la medida de lo posible y deseable, las edades mínimas establecidas en el referido tratado de la OIT, sino además, por la imperiosa necesidad de colmar lagunas importantes respecto a determinados empleos que no quedan suficientemente amparados por esta norma internacional y que enfrentan en muchas ocasiones a los niños que lo desempeñan a graves situaciones de riesgo y explotación, como pueden ser los casos del trabajo doméstico o en empresas familiares. La respuesta de la Convención de 1989 deberá velar por asegurar y en su caso mejorar, la garantía de la educación del niño y la compatibilidad entre las edades mínimas de acceso al empleo y la escolarización obligatoria.

Pero antes de entrar a comentar la posición de la Convención respecto a estos asuntos, debemos referirnos brevemente al Convenio n° 182 de la OIT, que se nos presenta como una evidente manifestación de la línea de actuación que hemos destacado en esta Organización Internacional, al pretender colaborar en la erradicación del trabajo infantil priorizando la inmediata abolición de sus peores formas⁶⁰².

Esas *"peores formas de trabajo infantil"* quedan expresamente señaladas en este Convenio como: *"todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la ofer-*

ta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

salud, la seguridad o la moralidad de los niños"⁶⁰³.

Nos encontramos con un tratado posterior a la Convención sobre los Derechos del Niño y que, fruto de la incidencia de esta última en su concepción, presenta destacables elementos de progresividad en la subjetividad internacional del niño. Así lo demuestra la expresa mención que se hace del "*niño*" como titular de este Convenio⁶⁰⁴ y su definición como "*toda persona menor de 18 años*", acorde por lo tanto con el tratado de 1989.

Asimismo este Convenio destaca la importancia de la educación básica gratuita en la eliminación efectiva de las peores formas de trabajo infantil y señala la educación universal, junto a la mitigación de la pobreza, como elementos esenciales para conseguir a largo plazo un crecimiento económico sostenido que permita el progreso social y con ello, la solución del trabajo infantil⁶⁰⁵.

Tanto en relación al Convenio n° 138 como al Convenio n° 182 de la OIT, el Comité de los Derechos del Niño ha venido desempeñando una labor más que loable de promoción e impulso a su ratificación universal. Prueba de ello resultan sus numerosas llamadas a los Estados Partes en la Convención a ratificar tales tratados y ajustar sus legislaciones internas a sus exigencias⁶⁰⁶; la celebración de

los supuestos en los que las ratificaciones o adhesiones a dichos instrumentos se han producido⁶⁰⁷; e incluso, su expresa manifestación de malestar en los casos de incumplimiento⁶⁰⁸. Si a ello añadimos la interpretación dada a las obligaciones derivadas de los artículos 32 y 28 de la Convención, podemos afirmar que el Comité logra dotar de un contenido más preciso a las indeterminaciones que respecto a las edades mínimas de escolarización obligatoria y de acceso al empleo se establecen en los citados artículos.

En efecto, una mirada a los trabajos preparatorios de la Convención nos muestra las dificultades que los Estados presentes en su proceso de redacción manifestaron respecto a la absoluta abolición del trabajo infantil o el establecimiento de edades mínimas de acceso al empleo por algunos consideradas "*demasiado elevadas*" y que, en el caso de este tratado, culminaron en la imprecisión de los artículos destinados a regular esta cuestión⁶⁰⁹.

Así, la expresa referencia a la edad de los 15 años como límite en el acceso al empleo propuesta por la delegación de Polonia, tuvo que ser eliminada ante la oposición de las delegaciones de otros Estados presentes en el Grupo de Trabajo de redacción de la Convención, para ser sustituida por la imprecisa fórmula de remisión a la regulación interna de los Estados, que finalmente incorpora el artículo 32. Las demandas relativas a facilitar la participación de los niños en "*actividades culturales de la familia, como la caza, la pesca o la agricultura...*"; la solicitud de eliminar el término "*trabajo*", dejando sólo el de "*empleo*", para posibilitar su aplicación al trabajo en la familia; la invocación de las situaciones de bajo desarrollo y las condiciones sociales de algunos países; e incluso el temor de algunos Estados

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

de ver seriamente perjudicada su economía o la imposibilidad real de impedir el trabajo de los niños para asegurar su subsistencia, pesaron en ello⁶¹⁰.

Afortunadamente, como hemos indicado, podemos constatar la importante labor de desarrollo progresivo de la Convención que a estos efectos viene desarrollando el Comité de los Derechos de Niño. Así, intentando sintetizar las líneas generales de su postura respecto a las dos cuestiones abordadas en este momento de nuestro trabajo, podemos destacar los postulados señalados a continuación:

El Comité señala la obligación de establecer una edad mínima clara respecto a la educación obligatoria⁶¹¹, que en ocasiones ha precisado refiriéndose a los 15 años⁶¹² y que anuncia como medida contra la explotación económica del niño⁶¹³;

asimismo insta a la armonización de esa edad límite respecto a la educación obligatoria con la que marca el acceso legal al empleo, exigiendo a su vez que esta última sea compatible con las normas internacionales al respecto -en clara alusión a los Convenios n° 138 y 182 de la OIT antes citados -; también muestra su preocupación por el establecimiento en las legislaciones internas de los Estados Partes en la Convención de edades mínimas de acceso al empleo muy bajas y la no asistencia o abandono por esos niños de la escuela⁶¹⁴, instando a la elevación de aquella a los 15 años y demandando la protección en todo caso de los menores de 18 años, "*conforme a la Convención*"⁶¹⁵; y se inquieta especialmente por la explotación económica de los niños en el sector informal o no estructurado -que afecta en muchas ocasiones a niños de edades muy bajas-, tanto bajo el desamparo derivado de la ausencia de legislaciones domésticas que lo condenen, como a consecuencia del incumplimiento por los Estados de las normas internas e internacionales que lo prohíben⁶¹⁶. Finalmente el Comité pide que se establezca la debida cobertura por la Seguridad Social⁶¹⁷ y un salario mínimo adecuado para los jóvenes trabajadores⁶¹⁸.

Por lo tanto, y en relación a la cuestión que nos ocupa, podemos concluir diciendo que la Convención sobre los Derechos del Niño no fija unas edades determinadas en relación a las exigencias de la escolarización obligatoria y el acceso al empleo, al difuminar el referente de los 18 años de su artículo 1 en las imprecisas referencias de los artículos 28 y 32 al respecto. Sin embargo, la interpretación llevada a cabo por el Comité de los Derechos del Niño nos permite acercarla a los límites que en ese sentido se establecen en los ámbitos especializados del Derecho Internacional, que representan fundamentalmente los instrumentos de la OIT y a cuya elevación, como hemos advertido, el propio Comité ha contribuido.

El carácter progresivo que en la atención a ambas cuestiones impone la dependencia de los recursos económicos, materiales y humanos disponibles para su satisfacción puede servir de justificación en la alteración del límite general de los

18 años, pero exige en todo caso un respeto escrupuloso de los límites inferiores señalados

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

internacionalmente al respecto, sin olvidar el compromiso de los Estados Partes en la Convención -conforme a las exigencias establecidas en su artículo 4- de actuar hasta el límite de los recursos disponibles, además de acudir, en su caso, a la cooperación internacional, tanto como receptor como dispensador de ella.

e) El alistamiento de niños en las Fuerzas y Grupos armados y su participación en combate

Las repercusiones de los conflictos armados en los niños son muchas, muy graves y de diversa naturaleza⁶¹⁹. No cabe duda de que nos enfrentamos a una de las situaciones más serias en cuanto a la conculcación de los derechos del niño⁶²⁰, tanto por su amplio alcance como por la intensidad de sus efectos⁶²¹. La

participación de niños en conflictos bélicos -directamente como combatientes, o indirectamente, como colaboradores en las tareas de guerra: búsqueda y transmisión de información militar, transporte de armas y municiones, avituallamiento, detección de minas, etc ...- y su alistamiento en las fuerzas o grupos armados -en gran medida antesala inmediata de su ulterior participación en las hostilidades y en numerosos casos bajo una cuestionable voluntariedad-, se manifiestan como las situaciones más graves -especialmente la primera de ellas- a las que el niño se enfrenta en ese por sí extremadamente nocivo contexto. Todo ello sin olvidar los igualmente gravísimos efectos que las contiendas bélicas provocan respecto a los niños en tanto que población civil y de las que el elevado y creciente número de víctimas dan testimonio⁶²².

Estas trágicas consecuencias para los niños implicados en conflictos armados se han acentuado con las transformaciones operadas en la naturaleza y caracteres de estos últimos, que nos sitúan ante una prevalencia de conflictos internos⁶²³, que

afectan en gran medida a países en desarrollo⁶²⁴, y en los que el enfrentamiento entre grupos armados ajenos a las Fuerzas Armadas estatales -guerrillas, grupos tribales, paramilitares, etc.- cuestionan en ocasiones la efectiva aplicación de las normas internacionales⁶²⁵ demandan en todo caso una respuesta adecuada y urgente del Derecho Internacional⁶²⁶.

El análisis de la protección dispensada por la Convención sobre los Derechos del Niño a estos efectos nos obliga en primer lugar a atender al marco normativo del Derecho Internacional Humanitario -invocado desde el propio texto de 1989- para evaluar los progresos o retrocesos que respecto a él representa, destacando especialmente en este momento de nuestro trabajo, el alcance subjetivo de su aplicación.

Debemos así señalar que el Derecho Internacional Humanitario se ha preocupado a través de sus disposiciones de los efectos de la guerra en los niños, si bien lo hizo inicialmente en su atención como víctimas civiles especialmente vulnerables a los efectos de los conflictos

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

armados y sólo posteriormente se ocupó con precisión de su participación como combatientes y su alistamiento en los grupos y las Fuerzas Armadas. En efecto, sólo en el IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, encontramos -entre las disposiciones que afectan a los niños⁶²⁷- una breve mención a la prohibición del alistamiento de niños y en relación a las Potencias ocupantes, silenciándose por completo la cuestión de su participación como combatientes en las hostilidades⁶²⁸.

Se ha indicado a este respecto que ello puede obedecer al hecho de que la participación de los niños en los conflictos armados no había sido una práctica frecuente hasta entonces, a excepción de algunos precedentes -como fue el caso de la participación de niños en el ejército nazi durante la II Guerra Mundial o, fuera del ámbito de las Fuerzas Armadas de los Estados, su intervención como resistentes o partisanos en las fuerzas irregulares- de ahí que su regulación no parece que gozara de prioridad en este nascente sector del Derecho Internacional⁶²⁹. Sin embargo, se advierte que, a partir de finales de los años cincuenta y principios de los sesenta del pasado siglo y a raíz del cambio experimentado en la naturaleza de los conflictos armados con las guerras de liberación nacional -en el contexto del principio de autodeterminación de los pueblos-, se va a producir una importante participación de niños en ellos; participación que, a partir de entonces y hasta nuestros días, no ha cesado de aumentar⁶³⁰.

Será pues en el marco de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra, adoptados en 1977⁶³¹, cuando se dedicarán disposiciones expresas a los fenómenos que ahora analizamos, esto es, el alistamiento de niños en fuerzas y grupos armados y su participación en las hostilidades. Se trata por una parte del art. 77.2 del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales -inserto en el Capítulo II, dedicado a las "Medidas a favor de las mujeres y los niños"-, a cuyo tenor *"Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad"*; y por otra parte, del art. 4.3 c) del Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional -artículo dedicado específicamente a los cuidados y ayudas a dispensar a los niños-, en el que se

establece que *"los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades"*.

La lectura de ambos artículos, a la luz de la interpretación especializada de sus términos⁶³², nos lleva a las siguientes reflexiones:

En primer lugar advertimos el establecimiento por el Derecho Internacional Humanitario de una innovadora aunque limitada protección del niño respecto a su alistamiento en Fuerzas y

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Grupos armados y su participación en hostilidades, tanto de carácter internacional como interno, resultando no obstante más amplio el nivel de protección establecido respecto a estas últimas.

Por otra parte, aunque ninguno de estos artículos ofrece una definición de niño -como tampoco se hiciera en el marco general de las Convenciones de Ginebra de 1949⁶³³- se señalan dos edades determinantes en el alcance de las obligaciones estipuladas en ellos: 15 y 18 años. Así, los menores de 15 años no podrán participar directamente en los conflictos armados internacionales ni podrán hacerlo, directa ni indirectamente, en los conflictos sin carácter internacional⁶³⁴. Esta prohibición afecta a los Estados o Partes en el conflicto, no implicando de ninguna forma la responsabilidad ni la victimización del niño que, contraviniendo estas normas, participase en él. Asimismo, los menores de 15 años no podrán ser reclutados por las Fuerzas Armadas, en el marco de los conflictos internacionales, ni además de éstas por los grupos armados, en los conflictos no internacionales; habiéndose interpretado la prohibición del alistamiento voluntario en ambos casos. Los mayores de 15 años y menores de 18 que sean reclutados por las Fuerzas o Grupos armados obligarán a éstos a adoptar un orden de preferencia a favor de los de más edad al realizar su selección. Esta disposición se establece en el marco de la regulación de los conflictos internacionales, silenciándose en la relativa a los conflictos sin carácter internacional.

Finalmente, y conforme al párrafo 5 del art. 77 del Protocolo I -no reproducido en nuestra trabajo-, no podrá ejecutarse una pena de muerte impuesta por una infracción relativa al conflicto armado, respecto a las personas que, en el momento de la comisión de dicha infracción, tuvieran menos de 18 años.

Por lo tanto y a la luz de nuestros comentarios anteriores, en la fecha de discusión y ulterior adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño nos encontrábamos ante una dramática realidad que afectaba a un elevadísimo número de niños y con una regulación internacional que intentaba paliar de alguna forma sus efectos, estableciendo unos límites mínimos de edad para la implicación de los niños en ellos. Estos límites resultan en todo caso inferiores a la edad señalada como ideal en la Convención de 1989 a efectos de dispensar la mayor y mejor protección posible al niño, esto es, los 18 años.

Sin embargo y a pesar de estos antecedentes, la respuesta de la Convención a la situación de hecho a la que se enfrentaba ha resultado una de sus mayores deficiencias. Así lo pone de manifiesto su artículo 38, un texto disminuido respecto a la normativa ya existente en el marco internacional humanitario, que le ha hecho merecedor de importantes críticas⁶³⁵. La atención a sus tres primeros párrafos nos permitirá explicar estas reprobaciones:

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

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

que aún no hayan cumplido los 15 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 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los 15 años, pero que sean menores 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Como puede derivarse de esta lectura, el artículo 38 muestra una clara afinidad con el contenido del artículo 77.2 del Protocolo I a las Convenciones de Ginebra, representando por lo tanto un claro retroceso respecto al mayor ámbito de protección que dispensa el artículo 4.3.c) del Protocolo II, tanto en cuanto a la no participación indirecta del niño en los conflictos armados, como a la prohibición de su reclutamiento respecto a los grupos armados⁶³⁶. En cuanto al límite

de edad señalado en este artículo, comprobamos que se trata del mismo que ya se encontrara establecido en las disposiciones de los Protocolos de 1977, por lo que la Convención no supone ningún avance al respecto. Por el contrario, el artículo 38 es la única disposición de la Convención en la que se establece expresamente un límite concreto de edad inferior a los 18 años, resultando paradójico que sea precisamente en una de las situaciones más graves y dramáticas para el niño cuando esta situación se produce.

Así pues, a efectos del artículo 38 de la Convención, la participación de los niños en combate queda prohibida respecto a los menores de 15 años y únicamente en lo que se refiere a su participación directa, silenciándose toda referencia a la participación indirecta⁶³⁷. Además, la prohibición respecto a dicha participación directa se establece únicamente en relación a los Estados Partes, no haciéndose mención, directa ni indirecta, a las otras Partes en el conflicto. Respecto al reclutamiento de niños, el artículo 38 prohíbe únicamente el reclutamiento obligatorio de los menores de 15 años por las Fuerzas Armadas de los Estados Partes, dejando fuera de su ámbito de prohibición el reclutamiento voluntario y el realizado por los grupos armados no estatales, cuestiones que plantean serias dificultades respecto a una efectiva protección del niño. Sí se mantiene en cambio la prioridad respecto a los niños de más edad cuando el reclutamiento por las Fuerzas Armadas del Estado afecte a mayores de 15 años y menores de 18.

Los medios para paliar los efectos de estas deficiencias de la Convención los encontramos en la remisión al Derecho Internacional Humanitario que señala el párrafo 1 del artículo 38, así como en la aplicación del mandato dispuesto en su artículo 41. A este respecto queremos precisar que la remisión general establecida en la primera de las disposiciones citadas salva cualquier posible restricción que pudiera plantear la fórmula del artículo 41 de la Convención que, como ya hemos comentado en nuestro trabajo⁶³⁸, remite al Derecho Internacional vigente con respecto a cada Estado Parte.

En cualquier caso, esta solución de remisiones a otras normas internacionales desde un texto que tiene la oportunidad de superarlas y responder con ello al criterio que debe imperar en la

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos -como señala la Asamblea General de las Naciones Unidas en su ya citada resolu-

ción 41/120, cuya adopción se produjo precisamente durante la discusión de este artículo y cuyas exigencias fueron invocadas en el Grupo de Trabajo encargado de su redacción⁶³⁹- no resulta en absoluto satisfactoria, y así pareció advertirse desde los momentos de la adopción y rápida entrada en vigor de la Convención.

En efecto, si bien la Convención consigue superar el inicial silencio sobre esta materia del proyecto presentado por Polonia en 1978⁶⁴⁰dedicándole finalmente un artículo a su regulación, lo hace bajo una importante tensión entre los Estados presentes durante su redacción que, en definitiva, dejó de manifiesto el inmovilismo recalcitrante de algunos de ellos respecto a la posible mejora de la atención del niño ante situaciones de conflicto armado por el Derecho Internacional, motivados quizás por intereses no manifestados⁶⁴¹. La lectura de los trabajos preparatorios

de la Convención⁶⁴²nos permite comprobar el dilatado pulso político mantenido durante los años que duró la discusión de este artículo entre las delegaciones que instaban a mejorar la protección dispensada hasta entonces por el Derecho Inter-nacional Humanitario, o al menos mantenerla en todo su alcance, y aquellas otras contrarias a su mejora, en ocasiones bajo eufemismos como el de garantizar mejor el cumplimiento de las normas ya existentes⁶⁴³.

Evidentemente, esas diferentes posiciones giraban en gran medida en torno al alcance de la definición del niño a establecer a estos efectos, esto es, los límites de edad a fijar para dispensarle protección en situación de conflicto armado y respecto a su posible reclutamiento por las Fuerzas o Grupos armados. Así, frente al interés de algunas delegaciones por mantener la invocación expresa de los 15 años, ya contemplada en las normas de Derecho Internacional Humanitario, y de hacerlo con la mayor amplitud posible, superando las deficiencias a las que antes nos hemos referido al analizar esas disposiciones; otras ofrecían una postura más ambiciosa y acorde con el espíritu que debiera guiar la adopción del nuevo tratado, proponiendo la expresa mención de los 18 años como límite de todas o de algunas de las cuestiones abordadas y coincidiendo en todo caso en su fijación respecto a la participación directa en las hostilidades. Además de estas posiciones, cabe referir la de aquellos a los que la definición del niño a efectos del artículo que entonces discutían -actual artículo 38 y VIII en el proyecto de Convención- les planteaba graves dudas, al no haberse aún adoptado el tenor del artículo 1 de la Convención.

Todo ello forzó finalmente la adopción de un texto ampliamente rechazado en el contexto de su adopción, que podríamos calificar de "apurada alternativa" frente a ciertas propuestas de eliminar la regulación de estos asuntos en la Convención, ante la falta de consenso sobre su contenido⁶⁴⁴. Por otra parte, el malestar de muchos Estados con la fórmula finalmente acordada en la Convención se hace evidente mediante las reservas y declaraciones que en

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

relación al artículo 38 fueron emitidas por algunos de ellos en el momento de ratificar o adherirse a este tratado. Además de España⁶⁴⁵, ese fue el caso de la República Federal de Alemania,

Andorra, Argentina, Austria, Colombia, Holanda, Polonia, Uruguay y Suiza, esta última mediante una referencia directa a las normas del Derecho Internacional Humanitario sin mencionar expresamente el artículo 38 de la Convención.

Estas declaraciones -en algunos casos emitidas bajo forma de reservas, aunque no consideramos que respondan formalmente a este concepto por cuanto no excluyen ni limitan, sino que por el contrario interpretan extensivamente la disposición aludida de la Convención- coinciden en ofrecer una mayor protección a los niños que la prevista en el artículo 38, en muchos casos estableciendo expresamente su alcance hasta los 18 años. Todas ellas han sido gratamente celebradas por el Comité de los Derechos del Niño con ocasión del análisis de los informes presentados por los Estados responsables de su emisión, los cuales, en lógica coherencia con sus posturas, se han hecho Partes posteriormente en el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados, al que nos referiremos a continuación⁶⁴⁶.

También debemos destacar la clara insatisfacción del Comité de los Derechos del Niño respecto al artículo 38 la Convención, manifestada desde los inicios del desempeño de sus tareas y que lo llevó a celebrar en 1992, durante su segundo periodo de sesiones, un debate general sobre "*Los niños en los conflictos armados*"⁶⁴⁷ y a impulsar la redacción de un proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención en el que se elevaran las edades mínimas que respecto al alistamiento y la participación de los niños en combate establecía el artículo 38. Además, de conformidad con el art. 45.c) de la Convención, el Comité recomendó en 1993 a la Asamblea General de las Naciones Unidas que pidiera al Secretario General la realización de un estudio sobre las consecuencias de los conflictos armados en los niños; obra que, como ya hemos referido en nuestro trabajo, sería encomendada a la experta Graça MACHEL y vería finalmente la luz en 1996⁶⁴⁸.

La preocupación por mejorar la protección dispensada en el texto de la Convención a los niños implicados en los conflictos armados se hizo igualmente patente en foros internacionales intergubernamentales y no gubernamentales y la idea común a todos ellos era la necesidad de aumentar la edad mínima prevista en

el texto de 1982 respecto al reclutamiento de niños por Fuerzas o Grupos armados y su participación en combate hasta los 18 años⁶⁴⁹.

Finalmente, estas actuaciones se verán recompensadas con la adopción, en mayo de 2000, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁶⁵⁰. Ahora bien, previamente a dicho

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Protocolo se adoptaron otros instrumentos internacionales con disposiciones expresas sobre los asuntos que ahora analizamos, ya referidos en nuestro trabajo pero que nos resulta interesante destacar ahora. Nos referimos concretamente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998, al Convenio n° 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 y a la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños, de 1990651.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica como crimen de guerra *"reclutar o alistar niños menores de 15 años en las Fuerzas Armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades"*, tanto en relación a los conflictos internacionales como a los que no tengan carácter internacional652.

Por lo tanto, esta disposición no aumenta los niveles de protección dispensados en cuanto a la edad del niño pero, sin lugar a dudas, codifica y eleva a la máxima categoría penal internacional la prohibición hasta entonces establecida en el Derecho Internacional y, lo que resulta a todas luces destacable y esperanzador en un mejor combate contra el reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados, ha permitido a la Corte Penal Internacional imputar estos crímenes e iniciar procedimientos para su enjuiciamiento653. Además, el amplio reconocimiento y aceptación de esta disposición, tanto desde la normativa, doctrina y jurisprudencia internacionales, como desde los ordenamientos domésticos, la hace merecedora de la condición de norma de Derecho Internacional General.

Ello no puede sin embargo llevarnos a olvidar las limitaciones expresamente establecidas en esta disposición respecto a la participación "activa" y a la vincula-

ción a las "Fuerzas Armadas", pero nos atrevemos a apuntar su posible superación, especialmente en lo que a la segunda de ellas se refiere. En ese sentido se ha señalado que, *"hoy por hoy, ningún Estado o grupo beligerante puede entender que el reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años, así como su participación activa en las hostilidades, están permitidos bajo ningún parámetro"*, y ello con independencia de la vinculación convencional o no en este sentido del Estado654.

Por su parte, la Convención n° 182 de la OIT -que, como ya hemos indicado, designa con el término niño a *"toda persona menor de 18 años"*- incluye como una de las *"peores formas de trabajo infantil"* y califica de trabajo forzoso u obligatorio, *"el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados"*655. Al hacerlo, obliga a los Miembros que ratifiquen este Convenio a adoptar con carácter de urgencia medidas inmediatas y eficaces para conseguir su prohibición y eliminación.

En cuanto a la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños, tras definir en su artículo 2 al niño a efectos de este tratado como "todo ser humano menor de 18 años", confirma en su artículo 22, dedicado a la cuestión de los conflictos armados, el compromiso de los Estados Partes en ella de respetar las normas de Derecho Internacional Humanitario que afectan particularmente a los niños y de tomar todas las medidas necesarias para velar porque

ningún "niño" -sin precisión de edad que por lo tanto nos remite al tenor de su artículo 1- tome parte directamente en las hostilidades ni sea alistado bajo su bandera. Esta regulación resulta especialmente interesante, teniendo en cuenta el elevado porcentaje de niños menores aún de 15 años que toman parte en los conflictos que tienen lugar en el continente africano⁶⁵⁶.

Finalmente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, respondiendo a las carencias que hemos señalado en esta última, eleva la edad del niño amparado por sus disposiciones a los 18 años y prohíbe conforme a ese límite de edad, la participación directa en las hostilidades a través de las Fuer-

zas Armadas del Estado o de grupos armados distintos a éstas y el reclutamiento obligatorio en las Fuerzas y Grupos armados⁶⁵⁷. Sin embargo, este Protocolo no ha conseguido superar todas las deficiencias de las que adolecía el artículo 38 de la Convención de 1989, como pone de manifiesto la exclusión de su ámbito de aplicación de la participación indirecta en las hostilidades y la reducción de la edad para el alistamiento voluntario mediante una complicada fórmula que, en definitiva, permite su interpretación a partir de los 15 años⁶⁵⁸.

Por otra parte, el Protocolo aborda un asunto obviado en la Convención de 1989 -probablemente en razón de la falta de acuerdo para su regulación- como es la edad de incorporación en las escuelas militares; pero lo hace vinculando esta cuestión más al ámbito de la educación que al de las Fuerzas Armadas. Así, en su artículo 3.5 establece que *"La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las Fuerzas Armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño"*.

El breve análisis de los instrumentos internacionales que hemos destacado nos muestra una progresiva, aunque mejorable, protección del niño frente a los conflictos armados, destinada a impedir su participación en ellos -fundamentalmente su participación directa, como hemos observado- y, más tímidamente, limitar su reclutamiento por Fuerzas y Grupos armados -con mayor énfasis respecto a las primeras-, atendiendo a unas edades mínimas para ello. No obstante, la realidad nos ofrece un oscuro y triste panorama que no hace sino evidenciar la falta de voluntad de algunos Estados y otras partes en las hostilidades para acatar sus disposiciones y el peso de intereses económicos, sociales, políticos⁶⁵⁹ e incluso de naturaleza táctica y estratégica en el mantenimiento e incremento de la participación de los niños en los conflictos y su enrolamiento en los grupos y Fuerzas Armadas.

El Comité de los Derechos del Niño ha tenido ocasión de constatar estas carencias legales y las dramáticas situaciones a las que dan lugar, durante el análisis de los informes presentados por los Estados Partes en la Convención y aquellos partes asimismo en su Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, entre los que se incluyen Estados que han sido o siguen siendo escenarios de contiendas bélicas⁶⁶⁰. Su

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

posición respecto a los asuntos que venimos comentando puede sintetizarse en torno a los siguientes postulados⁶⁶¹:

El Comité insta rotundamente a los Estados Partes a no implicar en las hostilidades a niños menores de 18 años, mostrando su preocupación por el incumplimiento de esta exigencia; en los casos de desmovilización y reintegración de combatientes, pide que se otorgue la prioridad a los menores de 18 años; en relación con la "participación indirecta en combate", subraya su preocupación por las graves tareas y funciones atribuidas en este contexto a niños y niñas; e insta a la reinserción de niños llegados de terceros países en conflicto como emigrantes, refugiados, solicitantes de asilo omigrantes⁶⁶².

En cuanto al reclutamiento de niños en las Fuerzas Armadas, el Comité muestra una postura de progresiva exigencia a favor de los intereses de los niños a través de las recomendaciones emitidas a los Estados Partes en la Convención o en el referido Protocolo Facultativo. Así, si bien nos encontramos en algunos casos con ejemplos de recomendaciones sobre el no reclutamiento de niños menores de 15 años y sobre la prioridad a otorgar a los de mayor edad en los casos en los que el reclutamiento voluntario se permita a partir de esa edad y hasta los 18, hemos de señalar la tendencia más reciente de su doctrina, de instar a limitar la edad de reclutamiento a los 18 años⁶⁶³. Esta preocupación se acentúa lógicamente en aquellos contextos de conflicto armado en los que el reclutamiento implica una inmediata incorporación a aquél; se dirige tanto a la actuación de las Fuerzas Armadas del Estado como a los grupos armados externos a ellas; y se ha manifestado también en relación al envío de niños como soldados a conflictos desarrollados en el extranjero⁶⁶⁴. Además el Comité ha mostrado su "consternación" por reclutamientos

de niños a edades muy tempranas y/o su carácter forzado -a veces de manera encubierta-, realizados por Fuerzas y Grupos armados en combate⁶⁶⁵.

El Comité insta en definitiva al efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención y, en su caso, en su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, solicitando la ratificación de este último a aquellos Estados que aún no sean Partes en él, en muchos casos como medida para evitar las irregularidades advertidas en las prácticas de los mismos⁶⁶⁶. No obstante, cabe recordar a este respecto la realista actitud mostrada por el Comité, al declarar que *"el Protocolo facultativo dará a los Estados Partes que estén en condiciones de hacerlo, y sólo a ellos, la ocasión de aceptar sus disposiciones por medio de la ratificación o la adhesión"*.

Por otra parte, como ya hemos comentado, el Comité ha valorado positivamente las declaraciones emitidas por algunos Estados en el momento de la ratificación de la Convención en relación a su artículo 38, considerándolas una muestra de compatibilidad con el espíritu y propósito de ese tratado⁶⁶⁷.

Finalmente, y a pesar de la expresa condena y prohibición por el Derecho Internacional, el Comité se ha enfrentado, y lógicamente condenado, la detención de niños por presuntos

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

crímenes de guerra, solicitando al respecto la adopción imperativa y urgente de las medidas necesarias para resolver los procedimientos pendientes conforme a las exigencias de la Convención 668.

f) La administración de justicia "juvenil"

Ver nota 669

La Convención sobre los Derechos del Niño insta a los Estados Partes, en su artículo 40.3.a) a tomar *"todas las medidas adecuadas para promover...: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales"*.

Nos encontramos de nuevo ante una de las esferas en la que la Convención vuelve a abrir y dejar impreciso el límite ideal de los 18 años señalado en su artículo 1. Por lo tanto, para la interpretación de este artículo y los posibles límites en los que podríamos circunscribir su extensión temporal tendremos que recurrir una vez más, además de al citado artículo 1 -por excelencia encargado de definir, y en su caso inspirar, el alcance del término niño en la Convención- al artículo 41.b) y a las posibles invocaciones que en el texto del tratado se establecieran en relación a este asunto.

El artículo 41.b) nos remite, como ya hemos comentado, al Derecho Inter-nacional vigente para los Estados Partes⁶⁷⁰. Por esa razón y aunque sólo sea para determinar la posible invocación respecto a los Estados a los que tales normas fuesen exigibles, nos corresponde averiguar si en el contexto jurídico internacional nos encontramos o no con disposiciones que establezcan una edad mínima de responsabilidad penal.

Y a este respecto hemos de señalar que el Derecho Internacional no nos ofrece ninguna norma que con carácter vinculante y de manera definitiva fije una edad mínima de responsabilidad penal con carácter general. Advertiremos más adelante la regulación establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero veremos que no puede servirnos a un propósito de tan amplio alcance como el que ahora nos ocupa. Sí encontraremos sin embargo, disposiciones desprovistas de carácter jurídico obligatorio pero tributarias de un amplio reconocimiento internacional, que llegan en algún caso a apuntar los 18 años como cifra de referencia, si bien no de manera determinante en lo que a la responsabilidad penal concierne. Además, atenderemos a la legítima interpretación de un texto básico del marco convencional

de los derechos humanos, como es el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, para encontrar en ella ciertas pautas de interés en este asunto, aunque sin llegar a establecer la pretendida edad mínima. De todos estos referentes nos ocupamos a continuación.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

En primer lugar destacamos dos instrumentos adoptados en el marco de las Naciones Unidas, carentes de naturaleza jurídica obligatoria pero cuyo valor como fuente de inspiración en normas posteriores pone de manifiesto su frecuente invocación en disposiciones del orden interno e internacional sobre la materia. Nos referimos a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁶⁷¹- invocadas expresamente en el párrafo 10 del preámbulo de la Convención de 1989- y a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁶⁷², estas últimas adoptadas poco tiempo después de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las calificadas como "Reglas de Beijing", previas a la Convención de 1989, después de definir al "menor" como *"todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto"*⁶⁷³, precisan más adelante que *"En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual"*⁶⁷⁴. Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, tras precisar que *"se entiende por menor toda persona menor de 18 años de edad"*, concretan que *"la edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley"*⁶⁷⁵.

Tanto en unas como en otras Reglas, la cuestión del establecimiento de la mayoría de edad penal queda remitida al sistema jurídico concreto en el que deba aplicarse. No obstante, y aunque esta afirmación no queda alterada por ello, nos parece interesante referir ciertas diferencias entre ambas. Así, mientras que las Reglas de Beijing definen al "menor" como componente del concepto de "menor delincuente"⁶⁷⁶, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad parten de un concepto general de "menor", circunscrito por el límite de los 18 años, siendo lógico suponer la incidencia de la Convención sobre

los Derechos del Niño -de poco más de un año de existencia en el momento de adopción de estas reglas- en este matiz, no exento de relevancia. Podríamos decir por lo tanto que aunque el concepto de "menor" -al que parece acudir preferentemente desde estas normas, como manifestación de una terminología clásica en el ámbito de la administración de justicia juvenil- se dote de una extensión más o menos amplia, la determinación del menor como delincuente quedaría circunscrita a límites más estrictos, a definir por cada sistema jurídico.

En cualquier caso, los dos conjuntos de "reglas mínimas"⁶⁷⁷ parecen dejar clara la idea de que, independientemente del distinto alcance temporal que se otorgue al menor como sujeto imputable penalmente en los sistemas jurídicos internos (reglas de Beijing) y del concepto general de menor delimitado por los 18 años (Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad), la responsabilidad penal del niño y su privación de libertad deberán quedar establecidas conforme a límites de edad determinados, que no deberán ser muy bajos *"habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual"* (reglas de Beijing) y que deberán *"fijarse por ley"* (reglas de

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad), sin que ello nos permita en ningún caso advertir de manera clara y contundente la determinación de un límite de edad preciso.

Ello nos lleva a considerar ahora otros dos instrumentos, vinculados en este caso y aunque con diferente alcance al marco internacional convencional, que tampoco nos ofrecen una respuesta concreta al asunto que ahora consideramos. Nos referimos al Comentario General nº 17 del Comité de Derechos Humanos, en su interpretación del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Derechos del niño"⁶⁷⁸ y al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El Comentario General nº 17 del Comité de Derechos Humanos, al ocuparse con carácter general del estatuto del menor y el establecimiento de la mayoría de edad, establece lo siguiente: *"Todo niño, debido a su condición de menor, tiene derecho a medidas especiales de protección. No obstante, el Pacto no precisa el momento en que se alcanza la mayoría de edad. Esa determinación incumbe al Estado Parte, a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes. A este respecto, los Estados deben indicar en sus informes la edad en que el niño alcanza*

*la mayoría de edad en los asuntos civiles y asume la responsabilidad penal"*⁶⁷⁹.

Pero también precisa el Comité de Derechos Humanos en el mismo párrafo en el que se incluye el texto anterior: *"Sin embargo, el Comité señala que no se debería establecer una edad irracionalmente corta a los efectos antedichos y que en ningún caso un Estado Parte puede desentenderse de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en relación con los menores de 18 años de edad, aunque a los efectos de la legislación nacional hayan alcanzado la mayoría de edad"*.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional excluye a los menores de 18 años del ámbito de su competencia -quedando así exentos de ser imputados como responsables respecto a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra- al establecer que *"La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen"*⁶⁸⁰. Se ha interpretado que, de esta forma, la Corte evita pronunciarse sobre la cuestión de la mayoría de edad penal a efectos de su competencia y que la referencia expresa a los 18 años en la fórmula empleada en su Estatuto no significa un pronunciamiento respecto a las edades a establecer por los Estados en sus normas internas penales para eximir la responsabilidad criminal⁶⁸¹.

Los referentes señalados no fijan por lo tanto en ningún caso una edad determinada a efectos de excluir la responsabilidad penal y la Convención sobre los Derechos del Niño, como hemos visto, tampoco precisa una o varias edades concretas en su artículo 40.3.a). Por lo tanto, la cuestión parecería en principio remitirse a los Estados y sus respectivos órdenes internos.

Ahora bien, al actuar con tales propósitos, los Estados no podrían ignorar las directrices que

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

hemos destacado a ese respecto desde las referidas Reglas mínimas en la materia -que por su importancia y reconocimiento internacional deben pesar en su ánimo a la hora de establecer dichos límites-; ni las derivadas del citado Comentario General del Comité de Derechos Humanos -por la relevancia asimismo general de la que goza el tratado al que se vincula-; ni las más restringidas pero imperativas exigencias establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Todas ellas les obligan a tener presente en todo caso el importante referente de los 18 años como límite de obligada protección -si bien en el caso de las Reglas de Beijing ello sólo sería posible amparando su lectura en las directrices imperantes en el momento actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la luz de la propia Convención de 1989 y de las comentadas Reglas de Naciones Unidas de 1990- y consideramos también, por

lo tanto, de imperativa atención en el establecimiento de un régimen particular de la administración de justicia juvenil.

Sin embargo, y a pesar de estas pautas al efecto, la remisión a los ordenamientos internos de los Estados Partes para la concreción de la norma internacional nos enfrenta a numerosos supuestos en los que las edades mínimas de responsabilidad penal establecidas resultan muy bajas e incluso, en muchas ocasiones, excesivamente bajas, pudiendo hablar incluso de los 7 años de edad a estos efectos. Así ha tenido ocasión de advertirlo el Comité de los Derechos del Niño al ser éste uno de los supuestos más reincidentes en sus análisis de los informes de los Estados Partes, afectando tanto a países en vías de desarrollo como a los habitualmente calificados como países "desarrollados" -poniendo con ello de relieve la incongruencia o el carácter limitado a meras connotaciones económicas de este calificativo-682.

La actuación del Comité a este respecto y en el contexto de las Observaciones finales realizadas a los referidos informes de Estados, se había dirigido general-mente, más que a demandar la determinación de una edad mínima precisa de responsabilidad penal -aunque en algunas ocasiones y normalmente como corrección de las establecidas formalmente en los órdenes de los Estados, el Comité llega a apuntar algunas cifras en ese sentido-, a instar a la adecuación de tales edades a un "nivel aceptable internacionalmente" y "de conformidad con la Convención", recomendando, cuando así lo estimaba oportuno, la asistencia técnica de los órganos y organismos pertinentes de las Naciones Unidas.

No obstante, la postura del Comité respecto a estas exigencias ha cobrado mayor precisión con la adopción de la Observación General nº 10 (2007) sobre "Los derechos del niño en la justicia de menores"683. En efecto, el Comité llega a establecer en ella referencias concretas en cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal del individuo que permiten destacar los 12 años como edad

mínima absoluta a esos efectos, si bien insta a los Estados a seguir elevándola684.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Ciertamente la cifra de los 12 años puede parecer aún insuficiente, conforme a las aspiraciones que al respecto permite derivar el espíritu de la Convención, pero resulta en todo caso un referente mínimo que intenta erradicar el establecimiento de edades escandalosamente inferiores en muchos de los ordenamientos internos de los Estados Partes en la Convención.

Por lo tanto, al recurrir a fórmulas como la de fijar una edad mínima de responsabilidad penal "*internacionalmente aceptable*", el Comité parece atender tanto a las exigencias del propio tratado al que sirve y a las normas internacionales que en él cita, como a aquellas otras de alcance o reconocimiento general que hemos comentado previamente y, sobre todo y a partir de la adopción de la referida Observación General n° 10, a los límites más precisos que ésta establece. Ello debe llevarnos invariablemente a considerar la importante referencia de los 18 años.

Pero, en cualquier caso, las consideraciones previas nos impiden interpretar como contrarias a la Convención el establecimiento de edades de responsabilidad penal inferiores a los 18 años. El propio Comité de los Derechos del Niño, como ya hemos advertido, no ha manifestado una postura rotunda a esos efectos e incluso ha mostrado su satisfacción por el establecimiento de edades inferiores aunque próximas a dicha edad, pero ciertamente ha instado continuamente a su adecuación a esos niveles internacionales señalados que mantienen como referencia dicha cifra, y ha manifestado su preocupación por la reducción de las edades mínimas fijadas en los ordenamientos internos a efectos de responsabilidad penal⁶⁸⁵ y por la falta de una definición clara de la edad mínima de responsabilidad penal por los Estados Partes en sus ordenamientos internos, que puede conducir a situaciones arbitrarias o abusivas en el tratamiento de los menores de edad en conflicto con la justicia⁶⁸⁶.

Por otra parte, como ya hemos apuntado, la propia Convención sobre los Derechos del Niño y las otras disposiciones internacionales que respecto a esta cuestión hemos comentado, nos llevan a concluir la imperativa protección del menor en conflicto con la justicia hasta los 18 años. Ello implica que si bien la edad mínima de responsabilidad penal pudiera resultar inferior a esa cifra, el sistema de la administración de justicia aplicable a los menores de 18 años deberá ser en todo caso diferente al de los mayores de esa edad⁶⁸⁷ y atender a la obligación de protección, recuperación y reinserción específicas del niño, conforme a su dignidad y a caracteres propios a su edad y condición, actuando conforme a las exigencias derivadas de los artículos 37, 39 y 40 de la Convención y ampliamente desarrolladas en la referida Observación General n° 10 del Comité.

Además, la doctrina del Comité de los Derechos del Niño a estos efectos -entendiendo como tal la derivada de sus Observaciones finales a los informes de Estados Partes en la Convención y la establecida al efecto en la citada Observación General n° 10- nos permite señalar cuales son a su juicio las exigencias derivadas de esa especial protección de los delinquentes menores de 18 años en el ámbito de la administración de justicia, partiendo del marco de una política general de justicia de menores basada en el pleno respeto y sistemática aplicación de los principios generales de la Convención (arts. 2, 3, 6 y 12) y de los principios

fundamentales que afectan al sistema de la administración de justicia juvenil (arts. 37 y 40).

Así, además de las precisiones ya indicadas anteriormente respecto a la exigencia de un sistema propio de administración de justicia, separado del establecido para los adultos, y la fijación de una edad mínima de responsabilidad penal lo más conforme posible con la Convención y con otras disposiciones internacionales pertinentes, el Comité ha concretado la necesaria protección de los menores de 18 años en conflicto con la justicia en el sentido de impedir que éstos sean juzgados como adultos⁶⁸⁸; la prohibición asimismo de que sean recluidos con adultos⁶⁸⁹; el

mantenimiento de ese régimen diferenciado incluso en relación a delitos especialmente graves⁶⁹⁰, incluidos los relativos a actividades terroristas⁶⁹¹, orden público o legislación de emergencia⁶⁹², pena de muerte o cadena perpetua; el respeto de las garantías procesales conforme a las particularidades derivadas de la condición de niño; la participación de la familia a menos que no resulte pertinente para los intereses del niño; etc⁶⁹³.

Asimismo, el Comité condena, constante y enérgicamente, el empleo de ciertos castigos especialmente graves y denigrantes empleados en algunos sistemas de administración de justicia respecto a personas que hubieran cometido delitos antes de los 18 años, que en ocasiones constituyen claras manifestaciones de torturas -como son las penas consistentes en castigos corporales, incluida la flagelación, la amputación, la lapidación y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁶⁹⁴-, e impulsa la adopción de medidas de prevención de la delincuencia juvenil.

La atención, concreción y mayor desarrollo de estas cuestiones en la referida Observación General nº 10 del Comité, a la luz del tratamiento previo de las mismas en el orden internacional, nos llevan en definitiva a valorar este instrumento como una preciada aportación al desarrollo progresivo de la Convención de 1989 y, con ello, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos .

g) La condena y ejecución de la pena capital a los menores de 18 años y a las mujeres embarazadas o madres de hijos de corta edad

La prohibición de la pena capital y de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación representan las únicas referencias absolutas y definitivas al límite de los 18 años en la Convención de 1989. Así se manifiesta en el artículo 37.a) de este tratado cuando, tras proclamar la prohibición de someter a *"ningún niño"* a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, proclama que *"no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad"*.

En relación a la prohibición de la pena capital a los menores de 18 años la Convención no

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

podría haber actuado de otra manera, teniendo en cuenta que dicha prohibición ya se encontraba regulada en el marco internacional de los derechos humanos, formando parte de su núcleo duro, es decir, estando reconocida como un derecho no susceptible de ser suspendido, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación⁶⁹⁵, y habiendo sido proclamada su naturaleza de norma de Derecho Internacional General y de *ius cogens*⁶⁹⁶.

En efecto, la prohibición de la pena de muerte respecto a los menores de 18 años se encuentra establecida, con fórmulas que permiten otorgarle un ámbito de aplicación más o menos amplio, en instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Así, con carácter claramente impositivo y absoluto, el párrafo 5 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *"No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez"*. Y en esa línea, el Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General n° 17 afirma que *"no puede imponerse la pena de muerte por crímenes cometidos por personas menores de 18 años"*⁶⁹⁷. La universalidad de este mandato queda además confirmada en los principales textos regionales de derechos humanos, si bien con fórmulas diversas que permiten advertir la referencia expresa al niño o incluirlo en fórmulas más genéricas que abordan a todos los individuos⁶⁹⁸.

Por su parte, en el marco del Derecho Internacional Humanitario, diversas disposiciones establecen esta prohibición, aunque con un ámbito de actuación y aplicación diverso. Así, la prohibición de la pena de muerte queda proclamada respecto a las personas civiles menores de 18 años en territorios ocupados (artículo 68 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) y a los menores de 18 años, en cualquier tipo de territorio,

con independencia de su nacionalidad y de su condición de combatiente o civil, en el marco de los conflictos armados internacionales (artículo 77.5 del Protocolo Adicional I) y en el de los conflictos sin carácter internacional (artículo 6.4 del Protocolo Adicional II).

No obstante y a pesar de estas claras referencias del Derecho Internacional sobre la cuestión que ahora tratamos, debemos señalar la discusión no pacífica de esos imperativos durante los trabajos de redacción de la Convención, especialmente por algunas delegaciones de Estados presentes en ellos, como fueron los casos de los Estados Unidos de América y del Reino Unido⁶⁹⁹.

La redacción definitiva del texto convencional no parece sin embargo plantear dudas respecto al alcance absoluto de sus exigencias. Así, la fórmula *"no se impondrá"* empleada en la Convención de 1989 respecto a la pena de muerte permite una interpretación extensa, en el sentido de incluir en ella tanto la prohibición de emitir una sentencia en esos términos como la de llevar a cabo la ejecución de la pena. Así lo ha puesto de manifiesto el Comité de los

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Derechos del Niño en el análisis de informes presentados por Estados Partes en la Convención que, en clara contradicción con las obligaciones esenciales derivadas de ésta, mantienen en su regulación interna este tipo de penas, instándoles a su inmediata abolición y prohibición legal respecto a todos los menores de 18 años⁷⁰⁰. Además la preocupación y enérgica condena del Comité se manifiesta independientemente de que, a pesar de estar contemplada en la normativa interna, no se aplique en la práctica la pena capital; y se extiende lógicamente a aquellos casos en los que aún estando prohibida, se condena a ella a personas menores de 18 años o respecto a las que

no se ha comprobado fehacientemente su edad o tras la arbitraria decisión de los jueces de considerarlas mayores de edad⁷⁰¹.

Se alinea de esa forma la Convención con el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se distancia de las variantes que en el marco del Derecho Internacional Humanitario permiten que la edad de los 18 años sea tomada en cuenta para impedir bien la adopción de la sentencia de la pena de muerte, bien su ejecución⁷⁰². Así pues, conforme a la Convención de 1989 queda prohibida la posibilidad de dictar una sentencia de pena de muerte o de ejecutarla respecto a todo niño menor de 18 años en el momento de la comisión del delito, y en toda circunstancia. De esta forma la Convención no sólo colabora a la cristalización de una norma de Derecho Internacional General⁷⁰³ y a su naturaleza de *ius cogens*, sino que favorece además a una definición más precisa y generosa de su contenido.

Ahora bien, a pesar de esta importante aportación de la Convención al desarrollo progresivo del Derecho Internacional en la materia que ahora abordamos, no podemos omitir la crítica de la que este tratado se ha hecho merecedor debido a su silencio respecto a la prohibición de la pena de muerte en mujeres embarazadas o con hijos de corta edad. Y es que, habiendo quedado reguladas estas situaciones tanto en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto a las "*mujeres en estado de gravidez*") como en el del Derecho Internacional Humanitario (artículo 6.4 del Protocolo II, respecto a las dos situaciones referidas), representa un lamentable y a todas luces incoherente retroceso la ausencia de estas prohibiciones en la Convención de 1989.

Ello es así porque las prohibiciones en cuestión afectan no sólo al *nasciturus* -cuyas dificultades de protección desde el ámbito de este tratado ya han quedado expuestas en nuestro trabajo- sino también al niño ya nacido, y ello en un doble sentido: en primer lugar y en relación a la pena capital en madres de hijos de corta edad, porque el daño principalmente emocional para el niño es evidente, sin que ello impida ponderar daños de otra naturaleza igualmente graves para él (cuidados, asistencia, etc); en segundo lugar, y en relación a la pena de muerte en mujeres gestantes, porque el daño ocasionado al niño tras su nacimiento derivará de los efectos que en su estado fetal le haya producido la situación de angustia

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

provocada en la madre por la ulterior ejecución de esa condena⁷⁰⁴. Y es que, como estableció en 1952 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Informe sobre el proyecto de artículo del derecho a la vida, *"el propósito de esta prohibición se inspiraba en razones humanitarias y en el bienestar del ser humano que ha de nacer"*⁷⁰⁵; y a ello consideramos que debía haberse asimismo atendido desde la Convención de 1989.

En cuanto a la prohibición de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación a los menores de 18 años hemos de destacar, por el contrario, que nos encontramos ante una notable aportación de la Convención sobre los Derechos del Niño al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que, hasta el momento de su adopción, esta disposición no se encontraba expresamente prevista en ningún instrumento internacional⁷⁰⁶. La labor interpretativa del Comité de los Derechos del Niño no ha hecho por lo tanto más que corroborar su exigencia en la aplicación práctica de la Convención⁷⁰⁷.

h) La opinión y el consentimiento del niño respecto a determinados asuntos personales: La edad y la madurez del niño como elementos de ponderación de su capacidad

Ya hemos señalado en nuestro trabajo, al ocuparnos del análisis del artículo 12 de la Convención, la atención específica que este tratado otorga a la edad y la madurez del niño como elementos íntimamente relacionados a la hora de atender y ponderar sus opiniones respecto a asuntos de su interés, por lo que nos remitimos a lo dicho al respecto⁷⁰⁸. Asimismo, la atención a otro principio general igualmente tratado en nuestro trabajo, como es el interés superior del niño, adquiere especial relieve en estas actuaciones.

A ello queremos añadir ahora el carácter innovador de la Convención al introducir la referencia expresa a la "evolución de las facultades del niño" en sus disposiciones, concretamente en su artículo 5 y en tanto que concepto a tener presente en relación a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, familia extensa o tutores del niño para impartir a éste dirección y orientación apropiadas en el ejercicio de sus derechos⁷⁰⁹.

Todo ello responde a la lógica atención del niño como ser humano en proceso de desarrollo intelectual y a la niñez como periodo no homogéneo en el desarrollo y evolución de las capacidades del individuo, y explica que ante asuntos personales del niño, el Comité haya tenido que recurrir a la atención de criterios como el grado de madurez para que sean conjuntamente ponderados con la edad, a fin de determinar el margen de libre decisión u opinión a reconocer al niño.

Por lo tanto y como la actuación del Comité pone de manifiesto, podemos concluir que la determinación de una edad mínima del niño respecto a asuntos personales no se suele vincular exclusivamente a una cifra precisa, sino a su consideración conjunta con los elementos de madurez del niño en el asunto concreto de que se trate y la atención a su interés superior⁷¹⁰. Ello nos obliga a atender a las exigencias de los artículos 12 y 3 de la Convención para procurar que los conceptos de "mayoría" resulten en todo caso acordes con el espíritu de este tratado.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Las materias o asuntos susceptibles de ser en ese sentido afectados y que han sido en algunos casos abordados por el Comité en sus labores de interpretación de la Convención son, entre otros posibles, los siguientes: la opción por una confesión o formación religiosa determinada o la oposición a ella; el derecho a realizar consultas médicas o jurídicas de especialistas o a recibir asesoramiento o tratamiento médico sin consentimiento preceptivo de los padres; el consentimiento a relaciones sexuales; así como la prestación de su consentimiento o la información adecuada respecto a procedimientos de diversa naturaleza en los que el niño pudiera verse implicado, supuesto este último que nos reenvía al ámbito de aplicación del artículo 12 de la Convención.

Se ha señalado oportunamente que el aspecto en el cual influyen las facultades en evolución de los niños es el respeto de los derechos en sí, ya que todos los derechos regulados en la Convención son válidos para cualquier niño, independientemente de sus facultades. Por lo tanto, *"lo que está en discusión es en qué radica la responsabilidad necesaria para el ejercicio de esos derechos"*⁷¹¹. De ahí la dificultad que ello plantea a los encargados de interpretar y aplicar la Convención en relación a cada niño titular de sus derechos.

Por otra parte, resulta fácil advertir respecto a las materias antes señaladas, la posibilidad de conflictos entre el niño y terceras personas, generalmente sus padres o responsables legales, por lo que la ponderación de los intereses en presencia, y especialmente el interés superior del niño, exigirá un depurado análisis a

la luz de la Convención⁷¹². En ese sentido, por ejemplo, podemos advertir cómo el Comité se ha planteado la oportunidad de permitir al niño realizar personalmente consultas médicas o jurídicas a especialistas, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, a partir de los 7 años, tras abordar el problema de los abusos sexuales en familia o determinadas reglamentaciones sobre explotación de niños en la pornografía⁷¹³.

En cualquier caso, y ante ciertos recelos mostrados en relación al respeto de los derechos de los padres en la asistencia, dirección y orientación de los hijos, el Comité y la doctrina especializada insiste en resaltar el equilibrio que al respecto se deriva de la Convención entre la necesidad del niño a recibir protección, dirección y orientación adecuadas y su derecho a participar progresivamente en decisiones que le afecten.

En definitiva, estas reflexiones sólo responden al interés de mostrar los elementos a tener en cuenta a la hora de establecer un estatuto jurídico y una definición de "niño" derivada de la Convención y que, en este caso, ponen de manifiesto la dificultad e incluso la inoportunidad en algunos supuestos de intentar establecerlo conforme a criterios fijos e invariables que no atiendan a la diversidad y al carácter evolutivo que afecta particularmente al ser humano menor de 18 años y la ponderación de sus facultades, cuando ello pueda confrontar el interés superior del niño.

3. Proyección de la subjetividad internacional sobre el niño titular de la Convención: ¿Una

evaluación final?

La aportación de la Convención de 1989 al concepto de "niño" en el Derecho Internacional bajo un criterio técnico-jurídico amplio de subjetividad, que atienda tanto a la condición del individuo como detentador de derechos y obligaciones propias y a la legitimidad para reclamar por su violación, como a la posibilidad de devenir responsable por su infracción, nos lleva a las siguientes conclusiones.

Por una parte, los aspectos analizados en el presente capítulo de nuestro trabajo nos permiten afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño ha representado un paso decisivo no sólo en la consolidación de los niños como grupo humano cuyas particulares circunstancias lo hacen digno de un trato jurídico especial, sino además y sobre todo, en la definitiva afirmación del niño, individualmente considerado, como titular de derechos propios.

De esta forma resulta evidente la aportación de la Convención en la pausada pero progresiva evolución experimentada por la subjetividad del individuo en Derecho Internacional y en el marco concreto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al hacerlo, la Convención codifica la fragmentaria evolución previa que presentaban al efecto sectores diversos del Derecho Internacional -como es el caso del Derecho Internacional Humanitario, las normas internacionales sobre el trabajo de menores de edad, etc.- y desarrolla progresivamente el concepto o término "niño" en el Derecho Internacional, al proclamarlo con alcance universal y definitivo como titular de derechos propios y hacerlo de manera global, atendiendo no sólo al dato físico de su edad, sino teniendo además en cuenta otros elementos integrantes de su identidad que habrá que considerar a la hora de regular sus derechos.

Pero al mismo tiempo que la Convención cristaliza este proceso de determinación del niño como titular de derechos en el marco internacional, deja abierta la precisión de su alcance a posteriores desarrollos y evolución. Esta situación es prueba tanto de las propias debilidades del propio texto convencional como de los condicionantes externos, y en ese sentido podemos señalar la diversidad de límites de edad señalados la Convención para definir al niño.

Ahora bien, si la universalidad que impera en este tratado ha sido advertida como causa y justificación de las posibles deficiencias al respecto, cabe no obstante destacar la superación que en cuestiones especialmente deficientes en cuanto a su regulación normativa convencional se ha logrado gracias al impulso de la propia Convención y de sus Protocolos Facultativos a través de la labor del Comité de los Derechos del Niño.

El caso más representativo es sin lugar a dudas la referencia a una edad mínima de 18 años para el reclutamiento por las Fuerzas Armadas y la participación en hostilidades, finalmente culminado en el Protocolo Facultativo de la Convención, si bien aún bajo una formulación susceptible de ser mejorada. Pero es necesario destacar asimismo los logros que respecto a otras materias ha permitido alcanzar la insistente labor de promoción del Comité, impulsando la adopción de nuevos tratados internacionales más favorables al niño y a su definición como titular de derechos; fomentando su ratificación por los Estados Partes en la Convención; y

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

generando una interpretación progresiva del propio texto de 1989 a la luz de los avances en ese sentido logrados en el Derecho Internacional.

Por otra parte, la aportación de la Convención a la progresiva consolidación del niño como titular de derechos propios -al margen de una definición material precisa, justificada en algunos casos, y sin olvidar en definitiva el referente extraordinario de los 18 años-, no nos permite congratularnos de igual forma respecto a la posibilidad de hacer valer y reclamar tales derechos ante instancias internacionales por su titular. Nos referimos con ello a la aún presente laguna presentada por la

Convención en tanto que único instrumento fundamental de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas carente de un mecanismo de presentación de comunicaciones individuales, cuya existencia redundaría indudablemente en la promoción de la subjetividad internacional del niño. Los trabajos actualmente en curso en el Grupo de Trabajo creado en 2009 por el Consejo de Derechos Humanos para estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención relativo al establecimiento del referido procedimiento de comunicaciones, que se ciernen en torno a una proyecto de tal protocolo y un memorandum explicativo del mismo, dibujan una esperanzadora salida a esta situación.

Finalmente y en relación a la situación actual de la evolución de la responsabilidad internacional del individuo en el orden internacional, debemos advertir la oportuna exclusión del niño como eventual responsable de crímenes internacionales al amparo del Estatuto de la Corte Penal Internacional y en relación al ámbito de su jurisdicción. Y como no cabía imaginar de otra manera, el Comité de los Derechos del Niño promueve este avance en la protección del niño a través de la definición de su estatuto instando a la ratificación de dicho tratado a los Estados Partes en la Convención. Asimismo, hemos advertido otras actuaciones del Comité tendentes a la protección del niño a estos efectos y su lucha contra la impunidad de los responsables de crímenes contra ellos.

Vid. BARBERIS, Julio A.; "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *R.C.A.D.I.*, vol. 179, 1983- I, Tomo, p. 170 y *Los sujetos del Derecho Internacional actual*. Tecnos, 1984, p. 27.

Al emplear la expresión "comunidad internacional" somos conscientes de la polémica que suscita en algunos sectores de la doctrina internacional y que se justifica porque la diversidad de significados que le es otorgada en diferentes órdenes -políticos, jurídicos, sociales, etc.- no colabora a superar la imprecisión propia de esta fórmula. Una crítica en ese sentido puede consultarse en WEIL, Prosper: "Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 237, 1992-VI, pp. 306 a 312. Entre otras declaraciones, el autor señala: "*A force de parler de la communauté internationale, on a fini par croire à son existence distincte des Etats et au-dessus d'eux*"; "*La société des Etats, telle que la connaissait le droit international classique, privilégiait l'Etat et sa souveraineté; la communauté internationale, telle que l'affectonne le droit international moderne, met l'accent sur ce qui rassemble plutôt que sur ce qui sépare. La référence a la communauté*

internationale dépasse l'effet de style et de mode: derrière le glissement sémantique se profile une évolution dans la conception même du système international". No obstante, hemos recurrido a esta fórmula en el entendimiento de que en ella subyace la idea de paso de una mera relación societaria entre Estados a la configuración "progresiva" de una comunidad organizada, integrada por una pluralidad de sujetos y actores de diferente naturaleza pero que comparten fines comunes, quizás dando con ello por avanzada esa "fase evolutiva de paulatino progreso de la organización internacional" en la que Antonio TRUYOL SERRA consideraba que estaba entrando la sociedad internacional, en: *La sociedad internacional*, Alianza editorial, 1987, p. 21. En ese sentido y rebatiendo el discurso de Prosper WEIL, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO concluye que "... l'affirmation progressive de l'existence d'une communauté internationale constituée autour d'un certain nombre d'intérêts communs à tous ses membres me semble effectivement indéniable», en: «Droit International et Souveraineté des États...op. cit. » p.134. E intentando finalmente encontrar una fórmula que permita reconocer la «comunidad internacional» en los límites de poder que derivaría al Estado, podemos concluir con las palabras, siempre actuales, de Charles DE VISSCHER: «No existirá comunidad internacional en tanto que los fines políticos del Estado oscurezcan los fines humanos del poder», a las que llega tras considerar que "Es pues una pura ilusión pensar que la organización de las relaciones interestatales, por sí sola, puedan determinar la instauración de un orden comunitario, que únicamente podrá hallar bases firmes mediante el desarrollo entre los hombres de un verdadero espíritu internacional ... Lo decisivo es la disposición interna del Estado a ceñir su acción a los límites que le asigna una concepción funcional del poder, que le ordene a fines humanos en vez de conducirlo al indefinido incremento de su potencia. No es posible aislar las relaciones entre Estados de aquellas que se establecen entre el hombre y el poder en el seno de cada uno de ellos". En: *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1962, p. 99.

Vid. SPIROPOULOS, J.: «L'individu et le droit international», *R.C.A.D.I.*, vol. 30, 1929, p. 297: "Depuis que le dogme de la souveraineté absolue a été ébranlé, depuis que l'État a été dépouillé de toute personnification mystique, en fin depuis que la conviction se fait jour que l'État n'est pas une fin en soi, mais simplement un moyen de satisfaction de besoins individuels on commence à se rappeler que tout droit -par conséquent le droit des gens lui-même- n'existe en dernière analyse que pour la protection des individus". Si bien la proclamación de una erosión de la soberanía como efecto de la progresiva implementación de un régimen internacional de protección de los derechos humanos encuentran importante eco entre la doctrina *iusinternacionalista*, otras voces se alzan en contra de esa posición. Es el caso de Alain PELLET, que considerando esas opiniones más "prudentes" en sus manifestaciones más actuales pero en todo caso fruto del entusiasmo de sus defensores, afirma: "... je ne crois nullement que la percée des droits de l'homme dans le droit international remette en cause le principe de souveraineté.... L'élément 'souveraineté' demeure extrêmement présent», en: «'Droits-de-l'hommisme' et Droit International», *Droits fondamentaux*, nº 1, juillet-décembre 2001, p. 178. Un interesante estudio sobre el concepto de soberanía puede consultarse en GALISONGA JORDÁ, Albert, «El concepto de soberanía en el Derecho Internacional actual», en: BADÍA MARTÍ, Anna M^a, PIGRAU SOLÉ, Antoni, OLESTI RAYO, Andreu (Coords.), *El Derecho Internacional ante los retos ...op. cit.*, pp. 315-357.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Las referencias a la transformación de la soberanía de los Estados a partir de la conclusión de la II Guerra Mundial y el inicio del calificado Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sido abundantes por la doctrina internacional, pudiendo señalarse como ejemplo a CAPOTORTI, Francesco: "Cours Général de Droit International Public", *R.C.A.D.I.*, vol. 248, 1994, p. 85: "... *le principe de la souveraineté, avant 1945, impliquait beaucoup de conséquences qui ont récemment disparu: aujourd'hui ce principe est soumis à des limites, qui correspondent aux droits de l'homme protégés au niveau international*" y a CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos... op. cit.* y «Droit International et Souveraineté des États ...*op. cit.*».

Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Los derechos humanos...op. cit.*, p. 9.

Vid. CAPOTORTI, Francesco: *Cours Général ...op. cit.* p. 86: "... *il serait exagéré de penser que, dès qu'un tissu de normes internationales sur les droits de l'homme s'est formé, une complète mutation des rapports entre l'État et l'individu dans le droit international ait eu lieu. Il ne faut pas oublier que l'apparition d'un système international de règles sur les droits de l'homme a représenté une forme d'évolution -une évolution encore très incomplète- et non pas une forme de révolution*».

En esa línea señala Juan Antonio CARRILLO SALCEDO: "... *l'affirmation dans le droit international contemporaine que la personne humaine possède, en tant que telle, des droits propres, opposables d'abord à l'État dont elle relève, constitue une innovation dont la portée juridique est considérable*», en: «Droit International et Souveraineté des États... *op. cit.*» p. 65. Asimismo, DECAUX, E: «*Le droit international n'est plus, ou n'est plus seulement, le monopole des États, c'est aussi un droit qui fait des individus et des 'organes de la société' des sujets de droit à part entière. Cette finalité du droit ... c'est une révolution juridique dont ... les internationalistes n'ont pas encore tiré toutes les leçons*», en: DE FROUVILLE, Olivier: *L'intangibilité...op. cit.*, Préface, p.VII.

Sobre la personalidad jurídica internacional de las Organizaciones Internacionales puede consultarse, CORTÉS MARTÍN, José Manuel: *Las Organizaciones Internacionales: Codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, y en especial pp. 79-111 y respecto a la Unión Europea FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria: *Las capacidades de la Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional*, Educatori, Granada 2010.

Dictamen de 11 de Abril de 1949. (*Rec. 1949*).

En ese sentido destaca Antonio TRUYOL SERRA que "*en torno a la subjetividad jurídico-internacional del individuo existe una polémica que a menudo no carece de acritud*", advirtiendo que "*esta situación jurídico-internacional del individuo no hace sino reflejar su situación de hecho en la sociedad internacional*". En: *La Sociedad Internacional... op. cit.* p. 167.

En ese sentido podemos destacar la exposición de las diferentes posiciones doctrinales sobre el estatuto jurídico del individuo en el Derecho Internacional mostrada por

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

SPIROPOULOS, J.: "L'individu... *op. cit.*" pp. 199-209. De manera simplificada podemos destacar las tres corrientes doctrinales señaladas y analizadas por el autor sobre la relación jurídica entre el orden del Derecho Internacional y el individuo: la opinión dominante, que considera que las relaciones internacionales sólo regulan las relaciones de los Estados; aquella otra que considera que el Derecho Internacional regula en principio las relaciones entre los Estados pero que contiene asimismo derechos y obligaciones que afectan directamente al individuo; y la que proclama a los individuos como los sujetos exclusivos del orden internacional.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada al efecto por las Naciones Unidas y entró en vigor el 1 de julio de 2002. España lo ratificó el 19 de octubre de 2000 (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2002). Existe una amplia referencia bibliográfica sobre la Corte Penal Internacional entre la doctrina española. A título ejemplificativo podemos señalar: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: La Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos", en: *R.E.D.I.*, vol. LIV (2002), 2, pp. 999-1003; y de la misma autora: "La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz", en: *Revista internacional de filosofía política*, nº 21, 2003, pp. 5-35; "Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable", en: *El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel CASTRO-RIAL CANOSA*, Fernando MARIÑO MENÉNDEZ (coord.), p. 2002, pp. 243-264; "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional", Quinta parte de la obra: *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, Mercedes GARCÍA ARÁN y Diego LÓPEZ GARRIDO (coord), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-269; y el "El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en: *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio*, Abogacía general del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado Ministerio de Justicia, 2000, pp. 499-526; LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel Derecho, 2001; QUEL LÓPEZ, F. Javier: "La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", en: *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 4, Boletín Oficial del Estado, 2000, pp. 79-104; QUESADA ALCALÁ, Carmen: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, 2005; y las obras colectivas: *La criminalización contra la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO (coord.), Consejo General del Poder Judicial, 2000; *La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar*, Jorge CARDONA LLORENS, Juan Luis GÓMEZ COLOMER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), Tirant lo Blanch, 2002.

A este respecto podemos citar la itinerante posición y reconocimiento del individuo en las relaciones sociales reguladas por el Derecho Internacional entre VITORIA y los teólogos españoles, GROCIO, el positivismo jurídico de HEGEL; las concepciones contrarias de KELSEN, en su teoría pura del derecho y de EUSTATHIADES o WENGLER, en sus teorías basadas en la idea de responsabilidad; los enfrentados posicionamientos de los defensores de la exclusiva subjetividad del Estado (TRIEPEL, ANZILOTTI) o del individuo (DUGUIT, POLITIS, SCELLE, ...); las teorías intermedias, que atribuyen al individuo cierto grado de

subjetividad internacional, "más o menos" limitada y "más o menos" dependiente de la acción del Estado, o limitadas por el contexto restringido del Derecho internacional particular de algunas organizaciones internacionales, según los diferentes argumentos (REUTER, TRUYOL Y SERRA, CARRILLO SALCEDO, CANÇADO TRINDADE, CASSESE, PASTOR RIDRUEJO, BARBERIS, DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, PÉREZ GONZÁLEZ,); o los que parecen decantarse por posturas más definitivas en cuanto al reconocimiento (VASAK) o no (WEIL, BROWNLIE) de dicha subjetividad. Las referencias doctrinales, como se advierten, son muy numerosas, sirviéndonos las señaladas de muestra de la señalada diversidad. Al respecto *vid.* entre otros: BARBERIS, Julio A.; "Nouvelles questions...*op. cit.*"; CANÇADO TRINDADE, Antonio: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos... op. cit. y Droit International et Souveraineté des États...op. cit.*; CASSESE, Antonio: "La communauté internationale et le génocide", en: *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel VIRALLY... op. cit.*, pp. 183-195; KELSEN, Hans: «Théorie du droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 84, 1953- III, pp. 85-87; PASTOR RIDRUEJO, Juan Antonio: «Le droit international...*op. cit.*»; PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: «La subjetividad internacional (II): La personalidad internacional de otros sujetos», en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones... op. cit.* pp. 292-313; REUTER, Paul: «Principes de Droit International Public», *R.C.A.D.I.* Vol. 103, 1961-II, pp. 499-503; SPIROPOULOS, J.: «L'individu... *op. cit.*»; TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Los derechos humanos... op. cit.*; VASAK, Karel: "Le Droit International des droits de l'homme", *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974, pp. 333-415; y WEIL, Prosper: "Le Droit International... *op. cit.*".

Vid. BARBERIS, Julio A.: *Nouvelles questions...op. cit.*, pp. 157 a 160 y *Los sujetos... op. cit.* pp. 17 a 19.

Consultar al respecto, entre otros, BARBERIS, Julio: *Ibid.*; y KELSEN, Hans: «Théorie...*op. cit.*» p. 66: «*Comme n'importe quel autre droit, le droit international s'applique à des hommes*» ... «*Ainsi, c'est à des hommes seulement que le droit peut imposer des obligations et des responsabilités ou conférer des droits subjectifs*».

Vid. BARBERIS, Julio: *Nouvelles questions ... op. cit.* El autor señala que la categoría de sujeto de derecho es una construcción de los juristas, que describen el derecho; no una construcción del derecho. Por lo tanto, sujeto de derecho es la denominación que los juristas dan a los destinatarios de los derechos u obligaciones.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO señala la distinción entre los planos técnicos y axiológico respecto a la subjetividad internacional del individuo, aunque advirtiendo que en el marco de la humanización del Derecho Internacional no resultan impermeables y que "*c'est justement à propos de la protection internationale des droits de l'homme -dimension axiologique- que l'on reconnaît aujourd'hui un droit de réclamation directe à l'individu devant les institutions internationales -dimension technique. Cela nous permet de parler d'un certain degré de subjectivité internationale*". Asimismo el autor retoma las siguientes palabras de Charles DE VISSCHER respecto a la referida distinción entre las perspectivas técnicas y axiológicas de la subjetividad internacional: "*La conception personnaliste n'implique pas ... l'adhésion actuelle*

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

aux doctrines qui tendent à faire de l'individu un sujet direct du droit international.... Ce que la conception personnaliste entend affirmer, c'est la place suprême de l'intérêt humain dans l'ordre des valeurs». En: «Le droit international... op. cit» pp. 112-113. Una posición diversa, en cuanto a su rotundo reconocimiento de subjetividad internacional al individuo, la encontramos sin embargo en Alain PELLET, quien a este respecto y quizás sorprendiendo respecto a su posición crítica de los que denomina "Droits de l'hommistes" (vid. supra nota 355) afirma: "J'admets aussi pleinement que l'individu est aujourd'hui un sujet de droit international public et que c'est en matière des droits de l'homme que cette personnalité est le plus affirmé...", en: «'Droits-de-l'hommisme'... op. cit., p. 177.

Vid. BARBERIS, Julio: *Nouvelles questions ... op. cit.*

Vid. REUTER, Paul: *Principes... op. cit.* p. 499. Una posición más amplia a este respecto la encontramos en Alain PELLET cuando, siguiendo el discurso que ya apuntáramos en nota 369 supra, señala su convicción de que "*l'individu doit sa personnalité juridique internationale non pas (en tout cas, plus) à la reconnaissance des États mais au seul fait, 'objectif' qu'il existe, ce qui lui permet d'imposer ses droits (certains droits) en l'absence même de toute reconnaissance expresse*», en: «'Droits-de-l'hommisme'... op. cit., pp. 177-178.

Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, en: "La subjetividad internacional (II)... op. cit.", 288 ss.

En ese sentido: WEIL, Prosper: "Le Droit International... op. cit.

En ese sentido vid. ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: *La responsabilité internationale de l'individu*, en *R.C.A.D.I.*, Vol. 280, 1999-VI, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, p. 162. La autora señala, respecto a las normas internacionales de derechos humanos, lo siguiente: "*Dans son ensemble, ce tissu normatif conventionnel présente un double caractère: il s'agit de normes adressées aux individus en tant que titulaires de droits internationalement reconnus, et aux États en tant que destinataires d'obligations internationales afin que l'exercice de ces droits puisse être effectif*».

Información detallada a este respecto puede consultarse la página web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, concretamente en: <http://www2ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/communications.html>

Un referente clásico en este sentido es el asunto *Soering c Reino Unido*, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 7 de Julio 1989, Série A, nº 161), que permitió atender al "riesgo real" de violación de un derecho contemplado en el Convenio Europeo de derechos humanos (en este caso, el derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, regulado en su artículo 3). Sobre este asunto e incluyendo referencias a otras sentencias precedentes del Tribunal de Estrasburgo en las que se atiende igualmente a esta idea de "víctima potencial", vid. entre otros: ROLDÁN BARBERO, Javier, "La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Soering*, de 7 de julio de 1989", en: *R.I.E.*, volumen 17, nº 2, Mayo-Agosto 1990, pp. 537-556; o SUDRE, Frédéric, que se refiere al respecto a "*l'applicabilité par anticipation*", en: "Extradition et peine de mort. Arrêt *Soering* de la Cour Européenne des droits de l'homme, du

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

7 juillet 1989», en; *R.G.D.I.P.*, Tomo 94, 1990/1, pp. 103-121.

Sobre la cuestión puede asimismo consultarse la jurisprudencia al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citada por BOUCAUD, Pascale: *Le Conseil de l'Europe... op. cit.*; y ENRICH MAS, Montserrat: «La protection...*op. cit.*».

La evolución de estos trabajos puede consultarse en <http://www.un.org/law/ilc>

El Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia fue creado por Resolución 808 (1993), de 22 de febrero y Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad. La creación del Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona fue impulsada igualmente por el Consejo de Seguridad, mediante Resolución 1315 (2000) de 4 de agosto, siendo finalmente establecido mediante el *Acuerdo entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona*, celebrado el 16 de Enero de 2002 y las recomendaciones contenidas en los informes S/2002/246 y S/2002/267. *Vid.* al respecto, ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (III): Medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I): Cuestiones generales y tribunales especializados", en: DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, Manuel: *Instituciones...op. cit.* pp. 957-965. Respecto a la incidencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia en el ordenamiento español puede consultarse QUEL LÓPEZ, Francisco Javier: "Los efectos de la creación del Tribunal Internacional penal para la Antigua Yugoslavia en el orden interno español", en: *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994), 1, pp. 61-98; y del mismo autor, "Los tribunales penales internacionales *ad hoc*", en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Carlos R. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), Dilex, 2000, pp 97-111.

Vid. Artículo 5, 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Vid. ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: "La responsabilité...*op. cit.*» pp. 174, 175 y 424.

Ibidem, pp. 147 y 164.

CARRILLO SALCEDO, «Droit International et Souveraineté des États...*op. cit.*»: "*La souveraineté trouve ainsi la source première de ses limites dans l'existence des autres souverainetés et dans la réciprocité des droits établis entre les uns et les autres*".

Referencia a la *soberanía individual* del ex - Secretario de las Naciones Unidas, Ko? ANNAN, en un discurso en el que precisa querer referirse con ello a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y cada uno de los individuos, como estipula la Carta de las Naciones Unidas. ANNAN, Ko? A.: "Nosotros, los pueblos", artículo de prensa aparecido en el diario El País, en su edición de 27 de Diciembre de 1999.

La cuestión del niño como sujeto de derechos ha sido asimismo objeto de atención desde disciplinas ajenas al Derecho. En ese sentido y desde el ámbito de la psicología, podemos señalar la obra de OCHAITA ALDERETE, Esperanza y ESPINOSA BAYAL, M^a Ángeles: "El

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

menor como sujeto de derechos", en: M^a Teresa MARTÍN LÓPEZ (coord.), *La protección de los menores: derechos y recursos para su atención*, Madrid, Cívitas, 2001, pp. 33-66.

Geraldine VAN BUEREN señala respecto al planteamiento general de esta pregunta que "... *the question 'what is a child ... is a dehumanising approach. The question ought to be 'who is a child' ...*", en : *The International Law... op. cit.*, p. 33.

Vid. doc. HR/1995/Ser.1. *Legislative History... op. cit.*, especialmente, en relación a las cuestiones ahora tratadas, los apartados relativos al preámbulo y el artículo 1 de la Convención: HR/1995/Ser.1/ preamble y HR/1995/Ser.1/article.1.

Un análisis de la evolución histórica de la concepción del niño puede consultarse en: PAJA BURGOA, José A.: *La Convención de los Derechos del Niño*, Tecnos, 1998, pp. 21 a 56; y en RODRÍGUEZ GÓMEZ, Jesús: "Evolución histórica de los derechos del niño", en: CARMONA LUQUE, M^a del Rosario (Coord.): *50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su influencia en la evolución de los derechos del niño*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz- UNICEF, 1999, pp. 166-174.

Vid. apartado 1. A. b. del Capítulo I del presente trabajo.

En ese sentido y teniendo presente las consideraciones que sobre la cuestión ya hemos tratado en nuestro trabajo, resulta oportuno subrayar las referencias doctrinales sobre la aportación de la Declaración de 1959 a la consideración del niño como sujeto de derechos. Así, haciéndose eco de la valoración del paso de la Declaración de 1924 a la de 1959 realizada por H. BOKOR-SZEGO ("La protection internationale des droits de l'enfant", en: COMAND S: *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Trieste Proxima Scientific Press, 1993), Pilar TRINIDAD NÚÑEZ subraya que el texto de 1959 "*sí otorga derechos a los niños, y éstos dejan de ser un objeto y se convierten en sujetos de derechos*", en: *El niño... op. cit.*, p. 62 y nota 61. Y en ese sentido refiere también la opinión de Geraldine VAN BUEREN (*The International Law... op. cit.*, p.12): "*By 1959 ... children are beginning to emerge no longer as passive recipients but as subjects of international law recognised as being able to enjoy the benefits or specific rights and freedoms*".

En ese sentido nos parece oportuno traer a colación la idea, apuntada Pedro NIKKEN, de una "*progresividad intencionada*" en algunas declaraciones de derechos humanos, al considerar que comportan una voluntad de realización progresiva desde una doble perspectiva: como programa de acción y como derecho en embrión. Y se refiere a la Declaración de los Derechos del Niño como una manifestación explícita de este propósito. En: *La protección internacional...op. cit.*, p. 81.

Vid. E/CN.4/1998/48...*cit.*, pár. 25-27.

Vid. HR/1995/Ser.1/article 1....*cit.*, p. 6. Esta postura nos recuerda a la que fuera asimismo adoptada por el delegado francés, Sr. JUVIGNY, durante los debates en la elaboración de la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1959: "*Aunque el niño sea un sujeto de derecho, por la misma naturaleza de las cosas se ve en la imposibilidad de ejercer*

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

directamente sus derechos, y ha de hacerlo por medio de los demás: los adultos, la familia, y las asociaciones y los grupos privados o públicos que espontáneamente se ocupan de él"; señalada por Jordi COTS I MONER: "Los derechos humanos del niño", en: *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Antonio Marzal (ed), Esade-Facultad de Derecho, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 37.

Vid. HR/1995/Ser.1/preamble... *cit.* p. 11.

Vid. en ese sentido la posición de la delegación de Portugal: "*... il fallait considérer l'enfant sous un double point de vue: comme un être à protéger et comme le détenteur de certains droits*", en: doc. E/CN.4/1989/48...*cit.* pár. 17. También UNICEF se pronunció en este sentido durante la consideración de la Convención en segunda lectura, a la luz de las conclusiones de una reunión sobre el proyecto de Convención celebrada bajo sus auspicios en Lisboa.

Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.*, p.8.

Íbidem: "By the use of 'children' and, consequently, 'they', 'them' and 'their', the terms 'he', 'whom' and 'his' could be avoided, and the equal status of the two sexes would appear more clearly".

Elisa PÉREZ VERA se refiere a los "*planos sectoriales de los derechos humanos*" en los que los instrumentos adoptados atienden a violaciones especialmente odiosas de los derechos humanos (*v.gr.* genocidio), al más profundo desarrollo de un derecho concreto (*v.gr.* discriminación racial), a la situación de determinados grupos de población (*v.gr.* refugiados) o a la especial debilidad de ciertos colectivos de la sociedad (*v.gr.* mujeres y niños). Vid : "El Convenio... *op. cit.*", pp. 172-173.

En ese sentido, Cástor DÍAZ BARRADO señala que "*los derechos humanos básicos se enriquecen, en función de las características de los niños, mediante la atribución de ciertas especificidades que desarrollan el contenido de dichos derechos humanos básicos*". En otros términos, "*no sólo las normas sobre la infancia se benefician del sistema general relativo a los derechos humanos sino que, también, el sistema general sobre derechos humanos se enriquece y perfecciona mediante la adopción de normas que reconocen derechos a los niños*", en: *Código sobre protección internacional de la infancia*. F. MARIÑO MENÉNDEZ y C.M. DÍAZ BARRADO (Coordinadores), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 23. Por otra parte y desde una perspectiva sociológica, señala Antonio TRUYOL SERRA: "*De la consideración del papel desempeñado por el individuo en la sociedad internacional se desprende que, por lo menos en la fase en que nos encontramos, el relieve de su posición depende estrechamente del que posee el grupo al que pertenece o del que es portavoz: de momento, es el grupo estatal o nacional el que proyecta sobre él su sombra decisiva*". Vid.: *La sociedad internacional... op. cit.*, p. 171.

Fernando MARIÑO MENÉNDEZ utiliza la noción de "*vulnerabilidad especial*" para referirse a tratados multilaterales que protegen a cierta clase de personas y grupos humanos diferenciados, frente a violaciones de sus derechos, aludiendo con dicha noción "*al hecho de que ciertos colectivos de personas, incluyendo las que integran ciertos grupos humanos*

*diferenciados, encuentran, por regla general en todas las sociedades y ciertamente en muchas sociedades, obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalente a los que poseen los "ciudadanos normales" y que, en cualquier caso, sean los adecuados a los que exige el respeto a la dignidad propia de una persona en su situación". Vid.: "Introducción: Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo", en: *La protección de las personas y los grupos vulnerables...* Dirección y coordinación: Fernando M. MARIÑO MENÉNDEZ y Carlos FERNÁNDEZ LIESA... op. cit, p.21.*

Pilar TRINIDAD NUÑEZ señala a este respecto que: "... los niños constituyen un grupo humano que se encuentra en situación de especial desprotección y, quizá por ello, algunos derechos adquieren una dimensión especial cuando afectan a la infancia. Incluso, se podría llegar a afirmar que existen derechos que sólo son realmente efectivos si se adquieren o se ejecutan durante la infancia ... Mas aún, podría haber derechos que sólo adquieren plena significación o reconocimiento si se disfrutaban durante la infancia ...". Vid.: *El niño...* op. cit., pp. 26-27. Asimismo nos parece que se ajusta a esa idea la opinión de Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE cuando señala que «*La Convention des Nations Unies a constitué l'étape décisive d'un processus d'identification de l'enfant en tant que sujet spécial de droits (plus que sujet des droits spéciaux)*», en: «*L'enfant et les conventions...*op. cit», p. 874.

En ese sentido PÉREZ VERA, Elisa: "*Para cualquier observador imparcial, la aprobación... de la Convención sobre los Derechos del Niño supone un importante paso adelante en el proceso de humanización del Derecho Internacional*". Vid.: "El Convenio... op. cit.", p.169.

En efecto, cabe traer a colación el distanciamiento que a menudo se produce en algunos Estados, entre los avances jurídicos alcanzados en el reconociendo del niño como titular de derechos propios y la percepción paternalista o proteccionista de la sociedad respecto al niño, que lleva en definitiva a la negación de su estatuto jurídico y los derechos que comporta. Así ha sido frecuentemente denunciado por el Comité de los Derechos del Niño, quien no ha dudado en proponer el recurso a la Convención como instrumento básico para la superación de esa dicotomía.

Pilar TRINIDAD NUÑEZ ha señalado la edad como "*único rasgo o criterio que de forma exclusiva delimita la condición de niño*" frente a otros rasgos como la vulnerabilidad, desprotección o dependencia de otros seres humanos que, aún siendo característicos de los niños, no lo son con carácter exclusivo. Vid.: *El niño...* op. cit., pp. 30 y 31.

Referencias concretas a instrumentos internacionales en las citadas esferas y su diversa atención a las edades del niño las incluiremos en los apartados posteriores de este capítulo, especialmente, en los incluidos en el epígrafe C).

Si tomamos como ejemplo el caso de España, la edad de los 18 años señala el paso de la minoría a la mayoría de edad en el Código Civil y en la generalidad del Derecho civil especial y foral existente en diferentes provincias y Comunidades Autónomas. No obstante, encontramos límites diferentes de edades mínimas en materia civil entre las Comunidades autónomas y también a nivel nacional, en relación a cuestiones diversas. Así, la edad mínima

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

para el consentimiento sexual se fija a partir de los 13 años; los 14 años marcan la edad límite para poder contraer matrimonio, con la correspondiente autorización judicial, y la edad mínima de responsabilidad penal; y la educación obligatoria se extiende hasta los 16 años. El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado su preocupación por la gran variedad de edades mínimas en materia civil según las distintas comunidades autónomas (*Vid.* Observaciones finales al segundo informe periódico de España: doc. CRC/C/15/Add. 185, adoptado el 13 de junio de 2002, durante su 30º periodo de sesiones), por la edad mínima para contraer matrimonio, recomendando revisar la legislación para fijarla en 16 y sólo para casos excepcionales (*Vid.* Observaciones finales al tercer y cuarto informes periódicos combinados: doc. CRC/C/ESP/CO/3-4, adoptadas el 1 de octubre de 2010, durante su 55º periodo de sesiones), así como por la excesivamente baja edad mínima para expresar el consentimiento sexual, temiendo que ello vuelva a los niños más vulnerables a la explotación sexual (*Vid.* Observaciones finales al primer informe de España sobre el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños: doc. CRC/C/OPSC/ESP/CO/1, párs. 23 y 24, adoptado en octubre de 2007, durante su 46º periodo de sesiones).

Sobre los diferentes términos empleados para definir el niño en las distintas etapas de su desarrollo (infancia, adolescencia, juventud, etc.) *vid.* entre otros, VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law... op. cit.*, pp. 32 ss. y TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, p. 59.

En ese sentido resulta ilustrativa la declaración de la Delegación de Portugal durante los trabajos preparatorios al señalar que "*mentioning the age of 18 years would underline the recognition of the need to ensure special protection to human beings under that age*", *Vid.* DETRICK, Sharon: *The United Nations Convention... op. cit.*, p. 118, par. 82.

Vid. epígrafe 2. C) c. i. del Capítulo I de este trabajo.

Teniendo en cuenta la falta de una definición oficial de los trabajos preparatorios y adecuándonos a la que se ofrece en la sentencia arbitral de 16 de Mayo de 1980 (tribunal arbitral para el acuerdo de 1952 sobre la deuda externa alemana, *asunto Young loan*, citado en REMIRO BROTONS, Antonio: *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 314-315: "*Conjunto de documentos que figuran en la correspondencia diplomática, actas oficiales y anejos de la Conferencias y órganos donde se ha desarrollado la negociación*", empleamos en nuestro trabajo las actas del Grupo de Trabajo encargado de la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, reflejadas en los documentos oficiales y las obras compiladoras al efecto señalados en el Capítulo I de nuestro trabajo, *vid. supra* nota 92. Cabe destacar asimismo otras propuestas de definición de los trabajos preparatorios, como la que ofrece en el mismo sentido indicado Yves LE BOUTHILLIER, a saber: "... *des éléments intrinsèques au processus de négociation d'un traité*": "Article 32", en: CORTEN, Olivier et KLEIN, Pierre (direction): *Les Conventions de Vienne sur les droits de traités. Commentaire article par article*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p.1354.

Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.*, p.16.

El proyecto inicial proponía la siguiente fórmula para el artículo 1 (I en el original) de la

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Convención: *"Every child, without any exception whatsoever, shall be entitled to the rights set forth in this Convention, without distinction or discrimination on account of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, whether of himself or of his family"*. Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.*, p.4.

En ese sentido se manifestaron entre otras, las delegaciones de Austria (*"The draft does not define the term 'child'. More specially, it does not say up to what age an individual may be described as a child"*), Nueva Zelanda (*"A point of some importance wich this article, and indeed all the articles raise to some degree, is the definition of a child. Does the definition begin at conception, at birth, or at some point in between?"*) y Portugal (*"The rights of the child prior to birth could be more clearly defined"*). Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.* pp. 5 y 8.

"According to the present Convention a child is every human being from the moment of his birth to the age of 18 years unless, under the law of his State, he has attained his age of majority earlier". Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.*, p.10.

Doc.HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.*, pp.11 y 15.

En efecto, las discusiones continuaron al retomarse la discusión del Preámbulo e incluso se replantearon de nuevo durante el examen en segunda lectura del artículo 1 por las delegaciones de Malta, Senegal y la Santa Sede, aunque no insistieron éstas en sus propósitos al haberse ya adoptado el párrafo 9 del preámbulo, con mención expresa a la protección del niño antes del nacimiento Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.*, pp. 17 y 20.

Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.* p.17.

La delegación de la República Federal de Alemania esgrimió este argumento al mismo tiempo que proponía citar literalmente el discutido texto de la Declaración de 1959 en el proyecto de Convención, adhiriéndose a su propuesta entre otras delegaciones las de Filipinas, Italia, Venezuela, Kuwait, Senegal, Argentina, Austria, Colombia y Egipto. A esta postura se opusieron sin embargo las delegaciones de Noruega, Países Bajos, India, China, la URSS, Dinamarca, Australia, Suecia, la República Democrática de Alemania y Canadá. Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.*, p. 31.

Ibidem.

Ibid., p.17.

Ibid., p.18.

Ibid, pp. 18 y 19. La propuesta fue realizada por la organización no gubernamental World Association of Children´s Friends.

Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.*, pp. 31-32.

Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (*El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos,

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Madrid, 1980, p. 39), se remite a la opinión de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la ONU (doc. E/CN.4/L. par. 10) para señalar que: "*En la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posibles*". Citado en NIKKEN, Pedro: *La protección internacional... op. cit.*, p. 262.

Vid. epígrafe 1. A. b. del Capítulo I.

Vid. NIKKEN, Pedro: "*Las declaraciones son actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor pero que no son adoptadas con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados*". En: *La protección internacional... op. cit.*, p. 262.

Aunque tales limitaciones respecto al valor jurídico de la Declaración de 1959 resultan general-mente aceptadas por la doctrina, ésta no suele dudar sin embargo en resaltar su importancia en el tránsito hacia una nueva perspectiva del niño como titular de derechos en el marco jurídico internacional. En ese sentido se ha señalado que "*Con todo su valor jurídico reducido, el documento marcó un paso importante, significativo en la cristalización y la consagración de reglas y principios de derechos*", DUTU, M.: "La protección y la consagración internacional de los derechos del niño", en: *Relaciones Internacionales*, enero/abril, 1992; 14 (53), p. 87; citado por TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, *El niño... op. cit.*, p. 62, nota 63.

Vid. NIKKEN, Pedro: *La protección internacional... op. cit.*, pp. 261 ss.

Sobre la *opinio iuris* vid. MILLÁN MORO, Lucía: *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

Vid. NIKKEN, Pedro: *La protección internacional... op. cit.*, p. 264.

Una situación diferente, sin embargo, puede observarse a partir de la adopción de la Convención y respecto a los principios tomados de la precedente Declaración y proclamados como derechos en su articulado.

Así parece derivarse por ejemplo del siguiente comentario de la delegación de Bulgaria al texto inicial del proyecto polaco de Convención: "*The preamble should point out that it is necessary to adopt a convention on the rights on the child because in many countries the principles embodied in the Declaration of the Rights of the Child are still not being implemented: child labour practices, which are injurious to the health of children and prevent their proper development, still persist; infant mortality is high; normal conditions in which all children can be cared for and given education, medical services and so forth, have not yet been created*", en: doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.*, p. 7. Aunque nos parece oportuno señalar al respecto que no debe confundirse la obligatoriedad o el valor jurídico de un instrumento -aunque ahora no sea el caso, al menos con la plenitud que correspondería a un tratado- con su efectiva observancia por aquellos destinados a acatarlo. Aceptar por el contrario este discurso podría llevar a plantear incluso el valor jurídico de tratados

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

internacionales en materia de derechos humanos cuya efectiva aplicación y respeto por los Estados Partes en ellos deja aún mucho que desear.

Entre las diversas posiciones al respecto pueden consultarse a título ejemplificativo: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (coord.): *Hacia un nuevo orden internacional...* pp. 167-178; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción; "La protección internacional... *op. cit.*, pp. 655-656; NIKKEN, Pedro: *La protección internacional... op. cit.*, pp. 282-283; ORÁA ORÁA, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe: *La Declaración Universal... op. cit.*, pp. 99 ss.; PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional...* pp. 201-202; y REMIRO BROTONS, Antonio *et al. Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 1186.

El texto del proyecto de Declaración presentado por la Comisión de Derechos Humanos establecía lo siguiente: "*Por cuanto el niño necesita una protección especial, incluso una protección jurídica especial, por su falta de madurez física y mental*". Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel: *La protección... op. cit.*, p. 39.

Íbidem.

A pesar de la propia naturaleza jurídica no vinculante de la Declaración de 1959 y salvando lógicamente las distancias al respecto, nos parece importante recordar que, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se convirtió durante las casi dos décadas que tardaron en adoptarse los Pactos Internacionales que desarrollaron su contenido convencionalmente -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- en referencia universal de los derechos proclamados, tanto a nivel nacional como internacional; la Declaración de 1959 ha sido igualmente invocada desde los órdenes internacionales y domésticos como instrumento de referencia de los derechos del niño hasta la adopción de la Convención de 1989. Vid. epígrafe 1. A. b. del Capítulo I de nuestro trabajo.

EL Grupo de Trabajo estuvo compuesto por los delegados de la República Federal de Alemania, los Estados Unidos de América, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia y Suecia.

Doc. HR/1995/Ser.1/preamble...*cit.* p. 32.

Ibidem.

Doc. E/CN.4/1989/48...*cit.*, p. 143.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de Mayo de 1969 (entrada en vigor general y para España 27 de enero de 1980- BOE nº 142, de 13 de junio 1980).

Vid. artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. YASSEEN, Mustafa Kamil: "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *R.C.A.D.I.*, vol. 151, 1976-III, p. 34.

Vid. FITZMAURICE, Gerald.: "The Law and Procedure of International Court of Justice: Treaty interpretation and certain other treaty points", *British Yearbook of International Law*, 1951, p. 25. Citado en JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*. Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, p.30, nota 3.

En el mismo sentido JIMENEZ NÚÑEZ, Trinidad: *El niño... op cit.*, pp. 83 y 84.

Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *Derecho constitucional...op. cit.*, p. 32.

Según el tenor literal del citado artículo: "*Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado*".

Conforme el artículo 32 del Convenio de Viena sobre la interpretación de los tratados: "Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Basamos nuestro argumento en las consideraciones de Mustafa K. YASSEEN, quien, tras señalar que "*...les déclarations, faites au cours de l'examen du projet, par l'expert-consultant*" forman parte de los trabajos preparatorios (lo que nos lleva a considerar como tal, la declaración del Asesor Jurídico de Naciones Unidas a instancia de la demanda del delegado británico), recuerda sin embargo que "*... les accords interprétatifs qui se trouvent refiétés, d'une façon ou d'une autre, dans les travaux préparatoires ne sont pas considérées comme des travaux préparatoires aux fins de l'application de l'article 32; ils font en effet partie du contexte selon l'article 31, qui énonce la règle générale d'interprétation*", en: "L'interprétation... *op. cit.*" p. 84. En el mismo sentido nos parece observar la referencia de Antonio REMIRO BROTONS a los acuerdos e instrumentos contemporáneos a la celebración del tratado: "*Materialmente, estos acuerdos se encuentran entre los trabajos preparatorios, siendo deliberadamente rescatados para la Regla general de interpretación*", y recuerda en ese sentido el reconocimiento de la Comisión de Derecho Internacional, en su Informe de 1996, durante el proceso de redacción de la Convención de Viena de 1969, de "*esas categorías de documentos*" en tanto que pueden ser consideradas como "*parte del contexto a la que se puede recurrir para determinar el sentido corriente de los términos del tratado*", en: *Derecho Internacional Público. 2.... op. cit.*, pp. 311-312. Y también en el sentido apuntado se pronuncia Yves LE BOUTHILLIER, recordando asimismo la opinión de la Comisión de Derecho Internacional respecto a la interpretación de la fórmula "*à l'occasion de la conclusion du traité*", en: "Article 32... *op. cit.*", pp. 1354-1355.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. artículo 31 de la citada Convención. Antonio REMIRO BROTONS señala el "*islote de unanimidad*" que representa la obligación de inspirar la operación interpretativa en el principio de buena fe. En: *Derecho Internacional Público. 2... op. cit.*, p. 307.

En ese sentido, nos parece que la citada declaración podría valorarse como un acuerdo a tener en cuenta en la interpretación del tratado, respondiendo a consideraciones como las de Mustafa K. YASSEEN, cuando declara que: "*C'est qui importe ici, c'est l'accord en tant que tel; peu importe sa forme. ...; ""il peut s'agir d'un accord interprétatif qui précède à la conclusion du traité et sur la base duquel le traité a pu être conclu ou conformément auquel un article particulier a pu être accepté dans une conférence. Pourvu que cet accord ait été maintenu jusqu'à l'adoption du texte, il fait partie du contexte et, quoiqu'il se dégage souvent de l'examen des travaux préparatoires, il est un élément de la règle générale d'interprétation et non pas un moyen complémentaire*", en: "L'interprétation ... *op. cit.*, p. 37. Y en la misma línea Yves LE BOUTHILLIER señala que «*Le travail de l'interprète est de déterminer si certaines positions sont suffisamment semblables pour démontrer une intention commune de la part de plusieurs États*», en: «*Article 32... op. cit.*», p. 1360.

Entre las posturas que restan valor para la interpretación de la Convención a la Declaración incorporada por el Grupo de Trabajo en los *trabajos preparatorios* cabe citar: PÉREZ VERA, Elisa ("*El Convenio... op. cit.*", p. 177); VAN BUEREN, Geraldine (*The International Law... op. cit.*, p. 34); ALSTON, Philip ("*The unborn child and abortion Under the draft Convention on the Rights of the Child*", en: *HRQ*, 1989, p. 12) ; ERIKSSON, M.K. ("*The legal position of the unborn child in International Law*", en: *German Yearbook of International Law*, 1993, p. 36); y TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar; todos citados por esta última en : *El niño...op. cit.*, p. 77 y notas 48 y 49. La autora señala que "*habría sido distinto si dicha cláusula se hubiese incluido en los anexos de la Convención o en un instrumento adoptado por las partes con motivo de la celebración del Convenio, que acompañase a éste*". Una interpretación contraria a las posturas referidas, en tanto que reconocedora de una mayor significación de dicha declaración a efectos de interpretación del tratado al que se vincula, la encontramos en KUPER, J. (*International Law child civilians in armed conflict*. Oxford, Clarendon Press, 1997), citada en la misma fuente antes referida.

Consideramos en ese sentido aplicable al caso las siguientes consideraciones de Mustafá YAS-SEEN, aunque el autor centre su discurso en el marco de las conferencias generales: "*Le président du comité de rédaction peut, en tant que tel, être appelé à préciser le sens d'une disposition telle qu'elle est adoptée par ce comité. Si sa déclaration n'a pas été contredite ou au moins pas sérieusement, et si la disposition ainsi clarifiée est acceptée par un vote à la majorité requise, il est possible de soutenir que cette acceptation s'étend à ladite déclaration, qui peut ainsi être considérée comme la base d'un accord faisant partie du contexte*», en: "L'interprétation... *op. cit.* p. 39. En nuestra opinión, la ulterior reacción de la delegación del Reino Unido no podría considerarse en efecto como contradictoria al acuerdo manifestado por el presidente del Grupo de Trabajo de redacción de la Convención, ya que en ningún caso se opone al contenido del mismo, sino que intenta otorgarle un alcance aún mayor, pero sin oponerse como decimos al comúnmente aceptado.

Vid. YASSEEN, Mustafa Kamil: "L'interprétation... *op. cit.*" p. 85. No podríamos en ese sentido

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

y como apunta Antonio REMIRO BROTONS "... pedir a los trabajos preparatorios lo que no nos pueden dar: superar la oscuridad o ambigüedad de un texto cuando ha sido buscada de propósito por las Partes", en: *Derecho Internacional Público. 2... op. cit.*, p. 315.

No llegaríamos en ese sentido a adoptar una posición subjetivista en la interpretación del tratado que nos llevara a supervalorar los trabajos preparatorios como medio de interpretación respecto al propio texto del tratado. Sobre la cuestión *vid.* REMIRO BROTONS, Antonio: *Derecho Internacional Público. 2... op. cit.*, pp. 307 ss. Por otra parte, cabe recordar la primacía reconocida al texto del tratado para su interpretación - siempre que se trate de un texto claro - por la jurisprudencia internacional y, de manera destacada, por el Tribunal Internacional de Justicia, como detalla Jean-Marc SOREL en: "Article 31", en: CORTEN, Olivier et KLEIN, Pierre (direction): *Les Conventions de Vienne... op. cit.*, pp. 1311 ss.

Sobre los comentarios en relación a las discusiones del Grupo de Trabajo encargado de la redacción de la Convención incorporados en este epígrafe, *vid.* doc. HR/1995/Ser.1/article 1...*cit.* y DIETRICK, Sharon: *The United Nations Convention ... op. cit.* pp. 115 a 119.

Doc. HR /1995/Ser.1/article.1...*cit.* p. 11.

Ibidem.

Íbid. p. 20.

Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.* p. 12.

Por su parte, la delegación de Madagascar declaró que "*If it proves impossible to reach a consensus on the term 'child' (which would be the ideal solution), it will be necessary to seek a broad interpretation of this term or to harmonize the various criteria adopted by States regarding the age of the child*". Doc. HR/1995/Ser.1/article.1...*cit.* p.7.

Mustafa K. YASSEEN señala fórmulas similares a la empleada por el citado artículo 1: "*Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño...*" para ejemplificar las cláusulas inter-pretativas. Como señala este autor, tales cláusulas persiguen, entre otros fines, limitar el alcance de una expresión y permitir reflejar la intención común de las partes, haciendo el tratado más preciso y contribuyendo así a la seguridad de las relaciones convencionales, evitando conflictos de interpretación. *Vid.*: "L'interpretation... *op. cit.*", pp. 34-35. No obstante, en el caso de la Convención, debemos plantearnos si los términos finales de la fórmula empleada en el artículo 1 ("*...salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable...*"), nos permite reconocerle en toda su amplitud estos efectos.

Vid. apartado siguiente de nuestro trabajo sobre el artículo 1 de la Convención.

Esta remisión a otras disposiciones internacionales en la materia nos obliga a mirar hacia los Convenios establecidos en el marco de la Organización Internacional del Trabajo en relación a las edades mínimas de acceso al empleo, cuestión sobre la que nos detendremos posteriormente en este capítulo de nuestro trabajo.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. sobre la cuestión LANSDOWN, Gerison: *La evolución... op. cit.*

En ese sentido se ha afirmado que "*Sería poco realista establecer una única edad uniforme que se aplicaría en todos los países del mundo para todos los eventuales propósitos. Sin embargo, a la luz de los principios y disposiciones de la Convención, esos límites de edad no pueden establecerse contra toda lógica demasiado bajos, o sobre la base de criterios arbitrarios. Los Estados deberán tener en cuenta el interés superior del niño como principal consideración, de conformidad con el artículo 3, y nunca deberán establecer distinciones como determina el artículo 2. Por otra parte, a la luz del artículo 41, la solución más favorable para el niño deberá prevalecer...*". Cfr: HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, UNICEF: *Manual... op. cit.*, p.7.

Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, p. 166.

Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, Isabel: *La protección... op.cit.*, p. 104.

Vid. DÍAZ BARRADO, Cástor: *La Convención... op. cit.*, p.192 y PÉREZ VERA, Elisa: "El Convenio... *op. cit.*", p. 175.

Ver nuestros comentarios al respecto en epígrafe precedente.

Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, *El niño... op. cit.* pp. 155 a 173.

Adoptada en el marco de la Organización para la Unidad Africana, en Addis Abéba, Etiopía, en julio de 1990 y en vigor desde noviembre de 1999. El artículo 2 de este tratado se hace eco de la fórmula empleada por la Convención de 1989 al establecer que "*for tile purposes of this Charter, a child means every human being below the age of 18 years*".

En vigor desde el 1 de Julio de 2000, en su artículo 1. 1 precisa que la Convención se aplica a los niños que no han alcanzado los 18 años. España lo firmó el 5 de diciembre de 1997 pero no lo ha ratificado. Podemos encontrar un análisis doctrinal previo a la adopción de esta convención y en relación a la oportunidad de un instrumento de tal naturaleza en el marco del Consejo de Europa en las obras de Pascale BOUCAUD: *Le Conseil de l'Europe... op. cit.*; y "Pour une Convention Européenne des Droits de l'enfant", en *Revue de l'Institut des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Lyon*, n°2, Avril 1989.

Adoptada el 5 de octubre de 2007 y en vigor desde el 1 de julio de 2010, en su artículo 3 define al niño, a efectos de dicha convención, como toda persona menor de 18 años. España la firmó el 12 de marzo de 2009 y la ratificó el 5 de agosto de 2010.

Vid. Artículo 26 del citado Estatuto: "*La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen*".

Tras recordar expresamente en su preámbulo a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el Convenio n° 182 establece en su artículo 2: "*A los efectos del*

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

presente Convenio, el término niño designa a toda persona menor de 18 años".

Establece el artículo 1 del citado Protocolo que *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades"* y en su artículo 2: *"Los Estados Partes velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años"*. Llama sin embargo la atención a este respecto la no mención expresa a la definición de niño y la referencia a los 18 años en el 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.

No encontramos sin embargo una definición expresa del límite temporal del término "niño" ni referencia a los 18 años en la joven Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 61/106 de 13 de diciembre de 2006. No obstante, la expresa mención a la Convención sobre los Derechos del Niño en el párrafo 4 de su preámbulo, nos lleva a suponer la atención a la definición de niño establecida por esta última en relación a las numerosas menciones específicas sobre los niños que la nueva Convención de 2006 introduce, e incluso respecto a aquellas otras disposiciones generales asimismo aplicables a los niños.

Los informes iniciales y periódicos presentados por los Estados Partes ante el Comité pueden consultarse en la página web del Comité, a través del acceso a sus periodos de sesiones: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/sessions.htm>

Vid. doc. CRC/C/58/Rev.1...cit., concretamente su apartado II "Definición del Niño" (Artículo 1). Debe tenerse en cuenta que, a efectos de aligerar el procedimiento de análisis de informes por el Comité y de evitar reiteraciones en la información suministrada por los Estados, precisa el párrafo 8 del Preámbulo del documento referido que: *"Según el párrafo 3 del artículo 44 de la Convención, cuando un Estado Parte ha presentado un informe inicial completo al Comité o le ha proporcionado anteriormente información pormenorizada, no necesita repetir dicha información básica en sus sucesivos informes. No obstante, debe hacer referencia clara a la información transmitida con anterioridad e indicar los cambios ocurridos durante el periodo abarcado por el informe"*.

v.gr. Observaciones finales a los informes de Madagascar y Canadá, durante su 34º periodo de sesiones...*cit.*

v.gr. Observaciones finales a los informes de Bolivia, en relación a los aborígenes, durante su 19º periodo de sesiones, y de Reino Unido y Francia, durante sus 31º (doc. CRC/C/121, 11 diciembre 2002) y 36º (doc. CRC/C/140, 27 septiembre 2004) periodos de sesiones respectivamente. Esta preocupación del Comité por los grupos de niños más vulnerables permite identificar en los distintos supuestos a tales niños, colmando incluso posibles lagunas que respecto a su atención específica pudieran advertirse en la Convención, como así lo señalaba Mohamed BENNOUNA respecto a la ausencia de una mención expresa en el texto convencional *"... de la situation dramatique des enfants victimes du système d'apartheid ... ou de l'occupation étrangère (comme en Palestine..."*, en: "La convention... *op. cit.*", p. 442.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

v.gr. Observaciones finales al segundo informe periódico de Japón, durante su 35º periodo de sesiones...*cit.*

Vid. HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, UNICEF: *Manual... op. cit.*, p. 6. Precisamente, en relación a la información suministrada por los Estados Partes en la Convención ante el Comité, éste ha tenido asimismo que demandar que ella se ajuste a la cifra de los 18 años, considerando inoportuno superarla. En ese sentido, el Comité señaló en su 35º periodo de sesiones...*cit.* y respecto al informe del Reino de los Países Bajos y Aruba, que desglosar las estadísticas hasta los 25 años dificultaba la determinación de la situación de los menores de 18.

Entre otros ejemplos podemos citar las recomendaciones del Comité a los informes de Nicaragua, Senegal o Yemen (periodos de sesiones 9º: doc. CRC/C/43, 9 junio 1995; 10º *cit.* y 11º: doc. CRC/C/50, 22 marzo 1996, respectivamente), solicitando la referida conformidad con la Convención, bien con carácter general, bien respecto a determinadas esferas como el matrimonio o la responsabilidad penal. Asimismo, en relación al informe inicial de Marruecos (13º periodo de sesiones...*cit.*), el Comité señaló su preocupación por la falta de conformidad con el espíritu y propósitos de la Convención que representaba el establecimiento de diversas edades mínimas a distintos efectos, a saber, 20 años para la mayoría civil, 13 para el matrimonio y 12 para el empleo y para la responsabilidad penal. En las Observaciones finales al segundo informe periódico de este país (33º periodo de sesiones...*cit.*), el Comité de los Derechos del Niño destacó las medidas positivas adoptadas en relación a la edad legal del niño para acomodarse a la Convención, entre otras cosas, la elevación a 15 años de la edad mínima de admisión al empleo y la posibilidad apuntada por la delegación marroquí de aumentar la edad mínima de matrimonio de las mujeres a 18 años. Asimismo celebró el establecimiento de los 20 años como edad mínima para el reclutamiento voluntario en las Fuerzas Armadas, pero reiteró su preocupación ante la disparidad de las edades mínimas de matrimonio para los varones (18 años) y las mujeres (15 años).

En esa línea *Vid.* SALADO OSUNA, Ana: "La Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes", en: CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coordinadores), *Los derechos de la infancia y la adolescencia*. Mira editores, Zaragoza, 2000, p. 26. De la misma autora: "Régimen de protección internacional de los derechos del niño", en: CARMONA LUQUE, Mª del Rosario (Coord.): *50 Aniversario...op. cit.*, pp. 137-152.

Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, *El niño... op. cit.*, pp. 170, 162 y 160. La cita incorporada por la autora en esta última referencia corresponde a DUTU, M.: "La protección... *op. cit.*" pp. 85-93.

Podemos señalar en ese sentido la preocupación manifestada por el Comité respecto a la situación de niños de edades comprendidas entre los 16 y los 18 años y a diversos efectos, en las legislaciones internas de algunos Estados. En ese sentido ha demandado al Reino Unido (31º periodo de sesiones... *cit.*) revisar su legislación y políticas sobre prestación de la seguridad social respecto a los niños en esa franja de edad. Asimismo ha manifestado su preocupación en relación a la situación de los solicitantes de asilo y refugiados en dichas

frangas de edad, respecto al procedimiento de expulsión y el goce de los derechos en Alemania (10º periodo de sesiones ...*cit.*), reiterando su preocupación por el hecho de que los niños refugiados de 16 a 18 años de edad no gozasen de los derechos enunciados en la Ley del bienestar del niño, en sus Observaciones finales al segundo informe periódico de dicho Estado Parte (35º periodo de sesiones ...*cit.*). E igualmente se ha pronunciado en ese sentido respecto al régimen de administración de justicia, incluidas las cuestiones de la prisión a perpetuidad e incluso la pena de muerte, en países diversos a los que tendremos ocasión de referirnos más adelante, por ejemplo, China (12º periodo de sesiones, doc. CRC/C/54, 1 julio 1996), Reino Unido y Burkina Faso (31º periodo de sesiones ...*cit.*), Bangladesh (34º periodo de sesiones ...*cit.*), Japón (35º periodo de sesiones...*cit.*), o Países Bajos y Aruba (35º periodo de sesiones ...*cit.*).

Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, p. 173.

Vid. NIKKEN, Pedro: *La protección internacional... op. cit.*, p. 100. El autor declara que basándose en la orientación definida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "*así como en las consecuencias que se desprenden de la naturaleza particular de los tratados sobre derechos humanos, se han adoptado criterios teleológicos de interpretación que podrían confirmar una suerte de método humanitario destinado a determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales*".

En la misma línea antes referida respecto a Pedro NIKKEN, Carlos VILLÁN DURÁN señala que: "*... las reglas clásicas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos Convenios de Viena sobre el derecho de los tratados, se deben completar con el principio interpretativo pro homine cuando se trate de los tratados de derechos humanos, pues éstos deben interpretarse siempre de la manera más favorable al individuo*". En: *Curso... op. cit.*, p. 104.

Hasta la fecha, el Comité de los Derechos del Niño ha celebrado días de debate general sobre los siguientes temas: niños en conflictos armados (1992); explotación económica del niño (1993); el papel de la familia en la promoción de los derechos del niño (1994); la niña (1995); administración de justicia juvenil (1995); los niños y los medios de comunicación (1996); niños con discapacidad (1997); los niños y el virus del VIH/Sida (1998); 10º aniversario de la Convención: Medidas generales de implementación (1999); violencia del Estado contra los niños (2000); violencia contra los niños en la familia y el medio escolar (2001); el sector privado como proveedor de servicios y su papel en la implementación de los derechos del niño (2002); los derechos de los niños indígenas (2003); realización de los derechos del niño en la primera infancia (2004); niños privados del cuidado paternal (2005); el derecho del niño a ser oído (2006); recursos para los derechos del niño: responsabilidad de los Estados (2007) y el derecho del niño a la educación en situaciones de emergencia (2008). Los documentos correspondientes a cada una de ellas pueden consultarse en la página web del Comité de los Derechos del Niño <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion.htm>

Hasta la fecha, el Comité de los Derechos del Niño ha adoptado las siguientes Observaciones Generales: nº 1 (2001): Propósitos de la educación, doc. CRC/C/GC/2001/1,

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

de 17 de abril de 2001; n° 2 (2002): El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la protección y promoción de los derechos del niño, doc. CRC/C/GC/2002/2, de 15 de noviembre de 2002; n° 3 (2003): El VIH/Sida y los derechos del niño, doc. CRC/C/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003; n° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, doc. CRC/C/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003; n° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) doc. CRC/C/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003; n° 6 (2005): Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, doc. CRC/C/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005; n° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia, doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006; n° 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), doc. CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006; N° 9 (2006): Los derechos de los niños con discapacidad, doc. CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007; n° 10 (2007): "Los derechos del niño en la justicia de menores", doc. CRC/C/GC/10, de 25 de abril de 2007; n° 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, doc. CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009; y n° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, doc. CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009. El texto de estas observaciones generales pueden asimismo consultarse en la página web del Comité de los Derechos del Niño, concretamente en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

Siendo un imperativo de la Convención la composición del Comité por "*expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención*" (artículo 43.2), los miembros que lo integran presentan la diversidad de formación y especialización que el citado texto exige. Esta información puede contrastarse consultando los *currículum vite* de los referidos miembros en la web del Comité de los Derechos del Niño, concretamente en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/members.htm>

Vid. debate general sobre "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" y la Observación General n° 7 (2005) sobre el mismo tema, ambos *cit supra*.

Con tal fin justifica el Comité de los Derechos del Niño su demanda para que se abandone "*la opinión tradicional del niño como objeto merecedor de cuidados*" o se modifique la costumbre de tratar a los niños como "*pequeños adultos o adultos inmaduros*" (Observaciones finales a los informes de la República Federativa de Yugoslavia- Serbia y Montenegro y de la República de Corea, respectivamente, en su 11° periodo de sesiones...*cit.*). También se ha pronunciado contra una visión paternalista de los derechos del niño, alejada de la concepción de éste como sujeto de derechos, *v.gr.* Observaciones finales al informe a Irán (24° periodo de sesiones...*cit.*).

v.gr. Observaciones finales a los informes de Francia (36° y 55° periodo de sesiones, ambos *cit.*).

En ese sentido, el Comité ha manifestado su preocupación porque en Chipre (12° periodo de sesiones...*cit.*) se consideren adultos los niños entre los 16 y los 18 años, pidiéndole que

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

gocen de todos los derechos reconocidos en la Convención. Asimismo, se ha preocupado porque en Argentina ninguna ley nacional vigente considere al niño sujeto de derechos, sino que se remontan a normas de 1919, basándose en la doctrina de la "situación irregular", conforme a la cual los niños son objeto de protección judicial (31º periodo de sesiones...*cit.*).

Informe inicial de Brasil (37º periodo de sesiones...*cit.*) respecto a la Constitución de 1988 de dicho Estado.

Destacamos así la satisfacción mostrada por el Comité en las Observaciones finales emitidas al informe inicial de Croacia, por la intención manifestada por este Estado de perseguir judicialmente a las personas que hubieran cometido crímenes contra la población civil, incluidos los niños, en Agosto de 1995, durante y después de la denominada "operación Tormenta", en la región de Trajina (11º periodo de sesiones...*cit.*). No obstante, a pesar de los progresos así presagiados, en las Observaciones finales al segundo informe de este país (37º periodo de sesiones ... *cit.*), el Comité se lamentó, por la falta de una investigación sistemática de los niños afectados por el conflicto armado, y en particular, por la falta de medidas de vigilancia complementarias y de disposiciones de indemnización para esos niños. Asimismo manifestó su preocupación por la impunidad de la que gozan aquellos que hostigan a grupos minoritarios, sobre todo a minorías étnicas, romaníes, serbios y bosnios.

v.gr. Observaciones finales al informe inicial de Nigeria (13º periodo de sesiones...*cit.*) manifestando su preocupación por el uso excesivo de la fuerza por parte de los funcionarios de la administración de justicia, que puede motivar la violación de derechos del niño, incluido el derecho a la vida, y conduce a la impunidad de los perpetradores de esas violaciones. El Comité volvió a manifestar su preocupación a este respecto en sus Observaciones finales al segundo informe del citado Estado Parte en la Convención (38º periodo de sesiones: doc. CRC/C/146, de 19 julio 2005), en el marco de un muy deficiente sistema de administración de justicia.

v.gr. Observaciones finales al tercer informe de Colombia (42º periodo de sesiones...*cit.*), al informe inicial de Bosnia Herzegovina (39º periodo de sesiones...*cit.*) y al segundo informe periódico de Kenya (44º periodo de sesiones...*cit.*).

Podemos referir la preocupación manifestada por el Comité respecto al informe de Indonesia (35º periodo de sesiones...*cit.*), porque rara vez se enjuicia a los autores de violaciones de los derechos de los niños afectados por conflictos armados y durante éste, solicitando al respecto el procesamiento de los que patrocinen, planifiquen, inciten, financien o participen en operaciones militares o paramilitares, utilizando niños soldados o esclavos sexuales o cualquier otra violación.

En ese sentido, el Comité ha pedido en sus Observaciones finales al informe inicial de Angola, la tipificación de la "trata" como delito especial en el Código Penal (37º periodo de sesiones...*cit.*).

Vid. Observaciones finales al informe inicial de Antigua y Barbuda (37º periodo de sesiones...*cit.*).

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. Observaciones finales al segundo informe de Mauritania (51º periodo de sesiones...*cit.*), donde el Comité muestra su inquietud por la falta de aplicación efectiva de la ley que prohíbe la esclavitud y la persistencia de esta práctica, sobre todo respecto a las muchachas dedicadas al servicio doméstico y a los muchachos obligados a mendigar por los *marabouts*, solicitando adoptar todas las medidas necesarias para su erradicación y en particular que los culpables de dichas prácticas rindan cuentas ante la ley.

En sus Observaciones finales al informe inicial de Myanmar (14º periodo de sesiones, doc. CRC/C/62, 3 marzo 1997), el Comité manifestó su preocupación por los malos tratos, violaciones o violencia contra los niños a manos de miembros de las fuerzas armadas, y pidió que se notificasen y fuesen investigados de modo rápido, imparcial, exhaustivo y sistemático, aplicándose las sanciones judiciales apropiadas a los autores y dando amplia publicidad a estas últimas. No obstante, en las Observaciones finales al segundo informe periódico de dicho Estado (36º periodo de sesiones...*cit.*), el Comité advirtió la falta de información respecto a los abusos cometidos por agentes de orden público y personal militar, especialmente teniendo presentes los numerosos informes recibidos de torturas, malos tratos graves y abusos sexuales, incluso violaciones de niños, cometidos por ellos.

Vid. supra apartado 2. C.c.i) del Capítulo I.

Exponente de ello es la Convención para la protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina, adoptada en el marco del Consejo de Europa, en Oviedo, el 4 de abril de 1997 y en vigor desde el 1 de diciembre de 1999. España la firmó el mismo día de su adopción, ratificándola el 1 de septiembre de 1999.

No debemos olvidar que la generación de embriones mediante técnicas de reproducción asistida puede obedecer en principio a la reproducción pero verse sin embargo finalmente destinados tales embriones a la investigación o incluso a su destrucción. *Vid.* en ese sentido artículos 11, 14 y 15 de la ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Vid. supra nota 422.

Entre las escasas intervenciones del Comité en esta materia, podemos señalar su observación al segundo informe periódico de Francia (36º periodo de sesiones...*cit.*), alentando a dicho Estado a proseguir sus esfuerzos para aprobar una legislación en el ámbito de la bioética; o la satisfacción mostrada por las modificaciones realizadas en India, en 2003, a la ley de prohibición de la selección sexual mediante técnicas de diagnóstico previo, de 1994 (35º periodo de sesiones ...).

Sobre la cuestión *vid.* FEUILLET-LIGER Brigitte (direction): *Procréation médicalement assistée. Panorama internacional*, Bruylant, 2008.

Cabe señalar no obstante la diferente interpretación que respecto al derecho del niño a

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

conocer sus orígenes, el principio de la verdad biológica y el derecho al anonimato de los progenitores encontramos en la jurisprudencia española, en relación a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y su comparación con situaciones similares derivadas de la adopción o del nacimiento bajo anonimato de la madre. Así lo pone de manifiesto por ejemplo la sentencia de 17 de junio de 1999 del Tribunal Constitucional (considerando el anonimato de donantes de gametos y embriones conforme a la Constitución) y la sentencia del 21 de septiembre del mismo año del Tribunal Supremo (declarando inconstitucional el nacimiento bajo anonimato de la madre). Sobre la cuestión y en general sobre el principio del anonimato en la regulación de las técnicas de reproducción asistida en España *vid.* SAN JULIÁN, Verónica: "L'anonymat dans la procréation médicalement assistée en Espagne: un principe légal controversé», en: FEUILLET-LIGER Brigitte: *Procréation médicalement assistée ...*pp. 163-178, así como la doctrina española en ella citada.

A pesar de señalar en ocasiones sucesivas la delegación francesa medidas como la adopción de una ley en relación al derecho del niño a conocer sus orígenes (36º periodo de sesiones...*cit.*) o el papel a esos efectos del Consejo Nacional para el Acceso a los Orígenes Personales (51º periodo de sesiones, doc.....), el Comité ha continuado reiterando su preocupación porque este Estado no respete plenamente el artículo 7 de la Convención, permitiendo que la madre pueda ocultar si lo desea su identidad y contravenir el derecho del niño a conocer sus orígenes En líneas similares se manifiesta respecto a los partos anónimos en Luxemburgo (incritos como "x") reiterando asimismo su recomendación de que éste Estado Parte retire la reserva emitida al art. 7 de la Convención, que considera incompatible con su objeto y fin por innecesaria (38º periodo de sesiones... *cit.*).

Vid. Observaciones finales a Armenia (35º periodo de sesiones ...*cit.*). Cabe señalar a estos efectos, la declaración con la que Checoslovaquia acompañó su instrumento de ratificación de la Convención, en la que manifestaba la no contradicción de los casos de adopción irrevocable, basados en el anonimato, y la regulación de las técnicas de reproducción asistida, con el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención.

En ese sentido y en el caso de España, el artículo 1.2 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida *cit. supra* establece: "A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde". Y ese límite de 14 días de desarrollo *in vitro* es uno de los requisitos que el artículo 14.b. de dicha ley establece para la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En el caso del Derecho español, *vid.* Capítulo V del Código Civil: De los derechos y deberes de los cónyuges.

v.gr.: 14 años o menos, conforme a la ley islámica en Brunei Darussalam (34º periodo de sesiones... *cit.*); o desde los 12 años en el caso de las niñas en Paraguay (7º periodo de sesiones, doc. CRC/C/34, 8 noviembre 1994). Cabe señalar que esta cuestión no fue objeto de atención por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones finales del segundo informe periódico de dicho Estado (28º periodo de sesiones...*cit.*), debiendo considerar al

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

respecto la información previamente suministrada por éste en el citado informe, en el sentido de que la ley civil dispone que pueden contraer matrimonio los jóvenes de ambos sexos desde los 16 años de edad con consentimiento de los padres o con venia supletoria judicial.

Este argumento ha sido frecuentemente argüido por algunos Estados Partes en la Convención y rechazado por el Comité de los Derechos del Niño, quien ha insistido en la necesidad de atender al desarrollo global de la persona para la correcta asunción del compromiso matrimonial y no simplemente al desarrollo biológico, *v.gr.* niñas desde los 14 años con el consentimiento de los padres en el caso de Madagascar, (7º periodo de sesiones...*cit.*); o desde los 10 años en Sudán (31º periodo de sesiones...*cit.*).

En ese sentido se atiende con mayor preocupación a aquellos matrimonios que afectan a las niñas desde los 15 años hasta límites inferiores. *Vid.* sobre la cuestión UNICEF, "*Early marriage. Child spouses*", Innocenti Digest, nº 7- March, 2001, Innocenti Research Centre, Florencia (Italia).

v.gr. casos de Sudán (*vid.* referencia *supra*); Marruecos (13º periodo de sesiones...*cit.*); Costa Rica (4º periodo de sesiones...*cit.*); India (34º periodo de sesiones...*cit.*) o Bangladesh (35º periodo de sesiones...*cit.*).

El Comité ha advertido en el análisis del informe inicial del Líbano (12º periodo de sesiones...*cit.*), la variación de la edad mínima para el matrimonio según las costumbres de cada comunidad religiosa, manifestando su preocupación por los matrimonios precoces y consanguíneos; también ha denunciado los matrimonios precoces como una práctica tradicional nociva a cuya urgente erradicación insta, en el caso de Pakistán (34º periodo de sesiones...*cit.*); ha denunciado los matrimonios de niños en Bangladesh (*vid. supra*); y se ha preocupado por el elevado número de matrimonios precoces y forzados de niñas en la India (*vid. supra*), donde denuncia igualmente prácticas tradicionales relacionadas con la dote y con la prostitución ritual o "*devadasi*".

v.gr. Argentina (31º periodo de sesiones...*cit.*); Polonia (8º periodo de sesiones, doc. CRC/C/38, 20 febrero 1995). *Vid supra* referencias sobre España en nota 406.

Otra situación señalada es la viudedad niñas casadas prematuramente y los estados de desprotección económica que les genera o la obligación de volver a casarse con otro miembro de la familia del marido difunto. *Vid.* UNICEF, "*Early marriage...op. cit.*", p.9

Actualmente la cuestión es objeto de análisis en el marco del mandato de la Relatora Especial sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, incluidas sus causas y sus consecuencias, Sra. Gulnara SHAHINIAN, nombrada por el Comité de Derechos Humanos en su Resolución 6/14, de 28 de septiembre de 2007 por un periodo de tres años. Sus informes pueden consultarse en la web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, entre ellos, el relativo a la servidumbre doméstica (doc. A/HRC/15/20, de 29 de julio de 2008), en el que vincula esta cuestión, entre otros asuntos, con el matrimonio forzado de niños. Esta relatora Especial viene a sustituir con este mandato al que anteriormente detentase el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Esclavitud. Sobre las actuaciones de este último en la cuestión que ahora nos interesa nos ocupamos brevemente en nuestro trabajo: "La protección del niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual", en: CARMONA LUQUE, M^a del Rosario (Coord.): *50 Aniversario...op. cit.*, pp. 33-60.

Bajo el título de "*Carta Internacional de Derechos Humanos*" se integran los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos Primero y Segundo, sobre comunicaciones individuales y la abolición de la pena de muerte respectivamente. *Vid.* entre otros VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso... op. cit.* pp. 210-213.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama en su artículo 16 que "*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...*".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 2 de su artículo 23: "*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*".

Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1763 A (XVII), de 7 de Noviembre de 1962 y en vigor desde el 9 de Diciembre de 1964. En su artículo 2 establece: "*Los Estados Partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causa justificada y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad*". España es Parte en esta Convención (Instrumento de ratificación: BOE, n^o 128, de 29 de mayo de 1969).

Vid. art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 6.3 de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1967 y art. 16.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por mediante resolución 34/180 de Asamblea General, de 18 de diciembre de 1979.

En ese sentido, el ya citado artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, precisa en sus párrafos 1 y 2 que "... [Los hombre y las mujeres]...*disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*", "*Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio*". Y en la misma línea se pronuncia el también referido artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus párrafos 3 y 4: "*El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*", "*Los Estados Partes... tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*".

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, p. 266. La autora señala su acuerdo con la opinión de Geraldine VAN BUEREN (*The International Law... op. cit.*, p. 94) que vincula efectivamente el establecimiento de esta disposición con la incidencia brutal de la enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

Vid. Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Tras incluir entre las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud señaladas en su artículo 1, aquella por la que *"Una mujer, sin que le 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"*, dispone en su art. 2, entre otras medidas y con objeto de poner fin a tales instituciones y prácticas, el compromiso de los Estados Partes de *"prescribir ... edades mínimas apropiadas para el matrimonio ..."*. Asimismo hay que resaltar la interpretación extensiva del concepto esclavitud por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud de Naciones Unidas, que le llevó a identificar como forma equivalente a la esclavitud *"la situación de dependencia de... la niña por razón del matrimonio... en particular la transmisión al futuro marido o a su familia a título oneroso o a través de regímenes dotaes abusivos"*. *Vid.* ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "Artículo 4", en: A.A.V.V., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario... op. cit.* pp. 141 ss. Sobre el mandato del citado Grupo de Trabajo y su continuidad por la Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, *vid supra* nota 526.

Vid. Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*cit supra*), especialmente artículos 5 y 16, resaltando el apartado 2 de este último: *"No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial"*.

La estrecha vinculación del matrimonio precoz con las niñas explica que haya sido integrado, desde el ámbito de las Naciones Unidas, entre las calificadas como "prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño". En ese sentido, el Plan de Acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales que afectan a la salud de la mujer y el niño, elaborado por el Segundo Seminario Regional de las Naciones Unidas sobre prácticas tradicionales que afectan a la salud de la mujer y el niño - celebrado en Colombo (Sri Lanka), del 4-8 Julio 1994 - ya instaba a los gobiernos a adoptar con urgencia medidas legislativas que establecieran una edad mínima para el matrimonio de los jóvenes y de las jóvenes. (Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/10/Add.1 y Corr.1).

En cualquier caso, resultan fácilmente imaginable las dificultades que hubiera encontrado el intento de establecer en la Convención una limitación expresa respecto a la edad mínima para prestar el consentimiento al matrimonio que señalara además los 18 años, y que derivarían fundamentalmente de las concepciones culturales y regulaciones internas al respecto. Más posibilidades podría haberse augurado sin embargo a una fórmula abierta en cuanto a la determinación de la edad precisa, como encontramos en otras materias abordadas desde este tratado, como el acceso al empleo o la escolarización obligatoria.

Si bien en algunos casos el Comité no llega a especificar los 18 años en sus recomendaciones a estos efectos, sino que insta al establecimiento de "*una edad mínima para contraer matrimonio en conformidad con la Convención*"- v.gr. Bolivia (3º periodo de sesiones, doc. CRC/C/16, 2 mars 1993), Jordania (6º periodo de sesiones...*cit.*), Polonia (8º periodo de sesiones...*cit.*) o Indonesia (35º periodo de sesiones...*cit.*).

v.gr.: Ucrania (31º periodo de sesiones ...*cit.*) y Papúa-Nueva Guinea (35º periodo de sesiones ... *cit.*). Hay que señalar que Francia comunicó al Comité de los Derechos del Niño durante el análisis de sus informes periódicos tercero y cuarto combinados, la adopción de una ley en 2006 que elevaba a 18 años la edad mínima de acceso al matrimonio también para las muchachas (51º periodo de sesiones... *cit.*), después de haber sido instado a ello por el Comité en las Observaciones finales emitidas a sus anteriores informes (6º periodo de sesiones, doc. CRC/C/29, 16 mayo 1994; y 36º periodo de sesiones ... *cit.*) También Rumanía anunció una ley de 2007 en el mismo sentido y durante el mismo periodo de sesiones señalado respecto a Francia.

v.gr.: Paraguay: 12 años (7º periodo de sesiones...*cit.*) y Brunei Darussalam: 14 años o menos según Ley islámica (34º periodo de sesiones...*cit.*).

v.gr. Madagascar (7º periodo de sesiones...*cit.*).

v.gr. Tradiciones como la "*lobola*" (precio de la novia) y "*ngozi*" (entregar a una niña como compensación por un homicidio y discriminación basada en la raza) en Zimbabwe (12º periodo de sesiones ...*cit.*); Edad más baja de niñas en un contexto de tradiciones perjudiciales como el mantenimiento del sistema de castas y de ciertas tradiciones (deuki, kumari y devis), y alto porcentaje de venta y trata sobre todo de niñas y prostitución infantil, en Nepal (12º periodo de sesiones...*cit.*); matrimonios precoces y mutilación genital femenina, en Nigeria (13º periodo de sesiones...*cit.*); en el caso de Sudán (31º periodo de sesiones...*cit.*), aunque el Comité acoge con beneplácito la creación de un Comité Nacional para mejorar los derechos de la mujer y luchar contra mutilación genital y matrimonios precoces, continúa su preocupación por estas prácticas. *Vid.* también nuestras referencias *supra* a los casos de Bangladesh, India y Pakistán.

v.gr. Observaciones finales al informe de Burkina Faso (31º periodo de sesiones), en el que el Comité advierte el carácter corriente de estos matrimonios precoces a pesar de su contradicción con la edad mínima establecida en el Código de las personas y la familia, cuyo respeto propugna.

Durante el análisis del informe inicial de la República de Corea (11º periodo de sesiones...*cit.*) el Comité manifestó su preocupación por la edad mínima de acceso al matrimonio para las niñas, en un contexto con elevado número de familias cuya cabeza es un niño; y en el análisis de su segundo informe periódico (32º periodo de sesiones...*cit.*) volvió a mostrar su preocupación por la diferencia de edad entre muchachos (18) y muchachas (16) a este fin, instando a la elevación de ésta última hasta equipararse a los 18 años.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

v.gr. Zimbabwe (12º periodo de sesiones...*cit.*), donde se advierte por el Comité el aumento de familias a cargo de un menor, en parte a consecuencia del Sida, demandando para ellos protección y asistencia.

v.gr. China (12º periodo de sesiones...*cit.*), respecto a la que el Comité advierte que las medidas inadecuadas en el campo de la seguridad social han desembocado en la dependencia excesiva de los padres respecto a los hijos para que los cuiden y atiendan el día de mañana, lo que quizás haya contribuido a la perpetuación de prácticas como la preferencia de los hijos varones. Durante el análisis del segundo informe periódico de dicho Estado (40º periodo de sesiones...*cit.*), el Comité reiteró su preocupación por la persistencia de prácticas como el aborto selectivo y el infanticidio, así como el abandono de menores, sobre todo de niñas y niños con discapacidades, como consecuencia de las políticas de planificación de la familia y las actitudes sociales vigentes.

En ese sentido manifestaba el Comité su preocupación por la situación de Nicaragua (Observaciones finales a su informe inicial durante el 9º periodo de sesiones...*cit.*), al considerar que el desfase entre el fin de la escolaridad obligatoria (12 años) y el acceso legal al empleo (14 años) deja una franja de edad en la que los niños quedan expuestos a la explotación económica.

Sobre el derecho a la educación, *vid.* MILLÁN MORO, Lucía: "El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: A.A.V.V., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional Público. Homenaje al profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO*. Tomos I y II. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga. Sevilla, 2005, pp. 921-942.

Vid. Observación General nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "El derecho a la educación (artículo 13)", 21º periodo de sesiones (1999), párrafo 1: "*la educación es un derecho humano intrínseco*", doc. HRI/GEN/1/Rev.8... *cit.* p. 80 y VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law... op. cit.*, p. 233.

Vid. VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law... op. cit.*, p 232 y BOUCAUD, Pascale: "Peut-on parler... *op. cit.*" pp. 94-95.

Así lo destaca especialmente el UNICEF en su informe sobre el *Estado Mundial de la Infancia 2004: Las niñas, la educación y el desarrollo*, pp. 17 a 20, en el que aborda ampliamente la cuestión de la educación en los niños, y especialmente en relación a las niñas. Entre las ventajas a largo plazo señala aquellas que afectan a la próxima generación. Así, resulta mucho más probable que los hijos de las mujeres que han recibido una educación vayan a la escuela; destaca que la alfabetización y los conocimientos lingüísticos adquiridos por las niñas mejoran su propia salud y la de sus hijos e incluso nietos; las niñas que van a la escuela son más proclives a mantenerse sanas y protegerse contra las enfermedades; los hijos de las mujeres con un mayor nivel educativo tienden a estar mejor criados y enfermar menos; por cada año educacional de la madre se reduce la tasa de mortalidad de menores de 5 años entre un 5% y un 10%, etc. Asimismo, la ya citada Observación General nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (doc. HRI/GEN/1/Rev.8...*cit.*, pár.1) señala entre

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

las ventajas de la educación, su *"papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico"*.

En relación a los objetivos del derecho a la educación del niño merece especial atención los artículos 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño y el Comentario General n° 1 del Comité sobre los Derechos del Niño: "Propósitos de la educación" ...*cit.*

En ese sentido se manifestaba la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina TOMASEVKI, en su Informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos en su 60° periodo de sesiones: *"Los niños no pueden esperar hasta que crezcan y de ahí su derecho prioritario a la educación en la normativa internacional de los derechos humanos. Las consecuencias de negarles la educación en su periodo de crecimiento no se pueden reparar retroactivamente"*, Vid. doc. E/CN.4/2004/45, pár. 8. La Relatora Especial señalada terminó su mandato en 2004, desempeñándolo a partir de entonces el Sr. Vernor MUÑOZ VILLALOBOS.

Un interesante análisis de esta cuestión puede encontrarse en el Informe del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Sr. Vernor MUÑOZ VILLALOBOS: *"El derecho a la educación en situaciones de emergencia"*, doc. A/HRC/8/10, 20 de mayo de 2008, presentado en el 8° periodo del Comité de Derechos Humanos. En dicho documento se identifican bajo el término emergencia, aquellas situaciones que se derivan de los conflictos armados y de los desastres naturales, advirtiéndose que la mitad de los niños que no reciben educación se encuentran en países en situación de conflicto armado o que los han sufrido recientemente. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, con ocasión del día de debate general sobre el derecho del niño a la educación en las situaciones de emergencia, celebrado durante su 49° periodo de sesiones, definió aquellas como *"all situations in which man-made or natural disasters destroy, within a short period of time, the usual conditions of life, care and education facilities for children and therefore disrupt, deny, hinder progress or delay the realisation of the right to education. Such situations can be caused by, inter alia, armed conflicts - both international, including military occupation, and non international, post-conflict situations, and all types of natural disasters"*. El texto que glosa este día de debate general puede consultarse en la página web del Comité.

Una circunstancia que puede dificultar la atención a la educación del niño es la de su privación de libertad y respecto a ello se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño para reclamar su atención por los Estados, incluso en los periodos de privación preventiva. Puede consultarse como ejemplo las Observaciones finales en este sentido al tercer y cuarto informes refundidos de Rumanía, en su 51° periodo de sesiones ...*cit.*

Observación General n° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, párrafo 4: *"la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana"*.

En su Observación General n°1 sobre los objetivos de la educación... *op. cit.*, el Comité de los

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Derechos del Niño declara que *"el derecho del niño a la educación no sólo se refiere al acceso a esta última, es decir, no se limita a su escolarización oficial, sino que también afecta a su contenido"*. Y añade que el objetivo de esa educación es *"habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo"*, *Ibidem*. párrafos 2 y 3.

Vid. VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law... op. cit.*, p. 233, destaca en este sentido la distinción establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre *"droit à l'instruction"* y *"droit à l'éducation"*, en el asunto *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* (sentencia de 25 de febrero de 1982, Série A, nº 48).

Vid. Observación General nº 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pár. 6: *"Ni los padres, ni los tutores ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria"*. Ello no debe confundir, sin embargo, respecto al reconocimiento internacional del derecho de los padres o tutores a escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas y de hacer que reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus convicciones. *Vid.* también: arts. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 5.1.b. de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Los posibles límites o condicionantes de estos derechos en función del respeto de normas mínimas establecidas al efecto por los Estados y del interés superior del niño pueden analizarse desde los propios textos internacionales que los proclaman como desde la interesante doctrina de sus órganos de control.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala no obstante, en su Observación General nº 13, párrafo 6, que: *"Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad"*.

La distinción del derecho al acceso a la educación como un aspecto concreto del derecho a la educación no debe llevarnos a confundir en ningún caso ambos conceptos. Lo contrario nos reconduciría a la crítica manifestada por la Relatora Especial sobre el Derecho de la Educación, Katarina TOMASEVSKI quien tras señalar que *"uno de los principales motivos para incluir el derecho a la educación entre los derechos humanos era que su realización no dependiese del mercado libre, donde el derecho a la educación se ha sustituido por el 'acceso' a la educación"*, constata que *"las dificultades para mantener este principio han determinado un cambio en el vocabulario; el derecho a la educación se ha sustituido por el 'acceso' a la educación"*, en: E/CN.4/2004/45...*cit.*, pár. 6.

Art. 26.1.

Art. 13.2.

Adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en 1960, Art 4.a. Asimismo podemos citar la Resolución

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

2004/25 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pár. 7.h.

Art. 28 y 29. La Convención sobre los Derechos del Niño reproduce los esquemas ya existentes en este sentido. Durante los trabajos de redacción de la Convención algunas delegaciones de Estados y órganos de Naciones Unidas presentes en ellos expresaron su preocupación por no descender el nivel de exigencia ya reconocido en el marco internacional de los derechos humanos, aunque también quedó de manifiesto la oposición de otros a superarlo, en este caso alegando dificultades ligadas al nivel de desarrollo de los países y el entorpecimiento para poder responder a esas exigencias. Debemos señalar asimismo la postura de aquellos que proponían servirse de la nueva Convención para elevar los niveles hasta entonces imperantes en el marco internacional. Doc. HR/1995/Ser.1/ *Legislative History... cit.* article.28.

v.gr. Observación General nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, pár. 51: "... las obligaciones de los Estados Partes respecto a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental no son idénticas".

Confirmando la proclamación que en este sentido establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.2) y que con similares términos manifiestan otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26.1), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su Observación General nº 13, *op. cit.* pár. 10, que "*la enseñanza primaria tiene dos rasgos distintivos: es 'obligatoria' y 'asequible a todos gratuitamente'*".

En esa línea Geraldine VAN BUEREN señala que "*although the right to education extend to both adults and children, the principle of compulsory education is only applicable to children*", en: *The International Law... op. cit.*, p. 237.

v.gr. Marco de Acción de Dakar, aprobado en el Foro Mundial sobre la Educación, de 2000; la Declaración Mundial sobre Educación para todos (Jomtien -Tailandia), 1990; Programa de Educación para todos (EPT); Objetivos de desarrollo establecidos en la Declaración del Milenio, en la Cumbre celebrada en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, en 2000; Proclamación por la Asamblea General del Decenio de las Naciones Unidas de la Alfabetización, en 2003; etc.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma en su Observación General nº 13, pár. 9, que "*si bien la enseñanza primaria no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas*".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado en esa línea de "*deber inmediato*" la obligación de todo Estado Parte en el Pacto Internacional cuya aplicación supervisa de proporcionar la instrucción primaria. *Vid.* Obligación General nº 13, pár. 51. Dicha obligación, conforme a las exigencias de gratuidad y obligatoriedad establecidas, es asimismo declarada de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en la Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*", pár.5.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

En ese sentido señala VAN BUEREN, Geraldine que *"it is in the best interests of the child that children are not entitled to refuse education below a specified level"*. Si bien añade: *"Although there is a duty on the State to provide education up to a specific level, there is not any corresponding enforceable international duty on the child to receive an education"*. *The International Law... op. cit.*, p. 237.

A pesar de ello, la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación denunció en su informe presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cobro de derechos de matrícula en la enseñanza primaria en 91 países, siendo una práctica particularmente extendida en África y en Asia. *op. cit.*, pp. 2 y 15.

En ese sentido, par. 6 y 7 de la Observación General n° 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14), adoptada en su 20° periodo de sesiones (1999).

Vid. comentarios al respecto en UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2004... op. cit.*

Sobre el dilema de priorizar la extensión del sistema educativo de los países o mejorar su calidad, resulta muy ilustrativo el supuesto comentado por Klaus SAMSON sobre las posturas adoptadas por expertos procedentes de países industrializados y otros de la India y Egipto en el seno de una reunión del Comité de expertos de la O.I.T./UNESCO, en 1970. Destacó este autor la preferencia de los primeros por hacer valer el principio de igualdad de oportunidades, en razón de su valor fundamental, y el argumento contrario de los segundos, al señalar que para una gran parte de los niños de sus países la calidad de la enseñanza era tan mala, en razón de sus insuficiencias, que provocaba un despilfarro de los recursos destinados a la educación y el abandono de la escuela por los alumnos sin haber recibido una preparación útil ni para la vida ni para la actividad económica. *Vid.*: "Le 'noyau intangible des droits de l'homme' notion utile ou illusion simpliste?", en: MEYER-BISCH, Patrice (éd): *Le noyau intangible... op. cit.* p. 46.

Además de las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño con ocasión del análisis de los informes de los Estados Partes, pueden asimismo consultarse sobre esta cuestión sus Observaciones Generales n° 1 (2001) "Propósitos de la educación", n° 3 (2003) "El VIH/Sida y los derechos del niño", n° 9 (2006) "Los derechos de los niños con discapacidad", y n° 11 (2009) "Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención", todas *cit supra*.

UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2004,... op. cit.*, p.5.

Sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, *vid supra* notas 200 y 201.

Resulta a esos efectos ilustrativo los datos contenidos en el informe publicado por Naciones Unidas en junio de 2010 sobre los referidos Objetivos de Desarrollo del Milenio (*vid* nota 201), entre los que se señala que aunque la matriculación en educación primaria ha continuado aumentando, llegando incluso al 89% en los países en vías de desarrollo, el ritmo de ese

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

avance no es suficiente para asegurar que todos los niños y niñas completen los cursos de enseñanza primaria para el año 2015, indicándose como un importante obstáculo para ello el abandono escolar. Asimismo y como muestra de la posición acordada de cara al futuro para el efectivo logro de éste y de los demás objetivos de desarrollo del milenio, *vid* el documento final adoptado en la nueva Cumbre mundial celebrada en Nueva York, del 20 al 22 de septiembre de 2010, doc. (A/65/L.1): *Cumplir la promesa ...cit.*

Vid. al respecto el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, relativo a las situaciones de emergencia *cit. supra* nota 554.

En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 14, la obligación "*inequívoca*" de sus Estados Partes de elaborar y adoptar un plan de acción para ello, en un plazo razonable de años.

Vid. Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,... *op. cit.* pár. 10 y 13.

Observación General nº 1 (2001) del Comité de los Derechos del Niño: "Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación...*op. cit.*".

Ibidem. pár. 28.

Vid. párrafo 56 de la Observación General nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... *cit.* En esta línea merece destacarse la "Iniciativa Acelerada de la Educación para Todos", puesta en marcha en el año 2002 y que representa una alianza mundial de países donantes y en desarrollo y cuyo objetivo es acelerar el avance de los países de bajos ingresos en la conquista de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para la educación primaria universal. Encabezada por el Banco Mundial, cuenta con el apoyo de organizaciones internacionales como la UNESCO y el UNICEF, los bancos de desarrollo regional, así como la mayoría de los donantes bilaterales. *Vid.* UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2004... op. cit.*, p. 39.l.

En ese sentido se ha afirmado con acierto que "*internacionalmente, la universalidad del derecho a la educación se basa en la cooperación internacional para igualar las oportunidades de ejercer ese derecho mediante la aportación de recursos complementarios a los países, las comunidades y las familias pobres*". *Vid. Informe Relatora Especial sobre el derecho a la educación... op. cit.* Asimismo: "*To enable all States Parties to improve their capabilities and skills, states Parties are under a duty to promote and encourage international cooperation in educational matters, particularly taking into account the needs of developing State is a party to the Convention*", en: VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law... op. cit.*, p. 255.

La Relatora Especial sobre el derecho a la educación calificó de "*especialmente preocupante*" la tendencia al silencio sobre la duración de la escolarización en los sistemas educativos de todo el mundo, señalando que "*la enseñanza primaria puede llegar a definirse como una escolarización de sólo tres años*". *Informe Relatora Especial sobre el derecho a la educación... op. cit.*, pár.14.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. Res. 2004/25 de la Comisión de Derechos Humanos, "El derecho a la educación", pár. 7. h: "Insta a todos los Estados a que... adopten todas las medidas necesarias para reducir la diferencia entre la edad a que se termina la escuela y la edad mínima para el empleo, en particular, de ser preciso, aumentando la edad mínima para el empleo o la edad a que se termina la escuela y garanticen el acceso a la enseñanza elemental gratuita, y siempre que sea posible y oportuno, a la formación profesional para todos los niños liberados de las peores formas de trabajo infantil".

Vid. entre otras las Observaciones finales a los informes de Bielorrusia (5º periodo de sesiones, doc. CRC/C/24, 8 mars 1994), Nicaragua y Túnez (9º periodo de sesiones, doc. CRC/C/43, 9 junio 1995), Ucrania y Senegal (10º periodo de sesiones...cit.), República de Corea (11º periodo de sesiones... cit.), Burkina Faso (31º periodo de sesiones...cit.), Ruanda (36º periodo de sesiones...cit.), o Sierra Leona (48º periodo de sesiones, doc. CRC/C/48/3, 16 noviembre 2009.

Vid. ILO, Child labour. Targeting the intolerable, International Labour Conference, 86th Session, 1998. International Labour Office, Geneva, 1996, p.35.

Ibidem.

Vid. Observaciones finales al segundo informe de Indonesia (35º periodo de sesiones...cit.).

Junto a la abolición efectiva del trabajo infantil, la Declaración incluye los principios de la eliminación del trabajo forzoso y de la discriminación, la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva.

Muestra de esta íntima conexión entre ambas cuestiones nos la ofrece el estudio del Programa IPEC (Programa Internacional para la eliminación del trabajo infantil) de la O.I.T., sobre los costos y beneficios de la erradicación del trabajo infantil en los Estados en desarrollo y en transición.

Adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1973 y en vigor desde el 19 de junio de 1976. España lo ratificó el 16 de mayo de 1977. (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977; B.O.E. 8.5.1978)

Adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999 y en vigor desde el 19 de noviembre de 2000. España lo ratificó el 2 de abril de 2001. (Instrumento de ratificación de 14 de marzo de 2001; B.O.E. 17.5.2001)

"El Convenio nº 138 se incluyó dentro de la relación de los siete convenios considerados "fundamentales" por la O.I.T. y respecto a los cuales esta Organización lanzó una campaña de ratificación en seguimiento de la Cumbre para el Desarrollo Social de 1995. Junto a él se encontraban los Convenios nº 29 y 105, sobre trabajos forzados; nº 87 y 98 sobre libertad de asociación y negociación colectiva y los nº 100 y 111, sobre no discriminación.

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Vid. Párrafos 4 y 5 del citado Convenio nº 138 de la O.I.T. Los instrumentos anteriores aludidos y expresamente mencionados en este convenio son: el convenio sobre la edad mínima en la industria, de 1919; en el trabajo marítimo, de 1920 y revisado en 1937; en la agricultura, de 1921; respecto a pañoleros y fogoneros, de 1921; en trabajos no industriales, de 1932 y revisado de 1937; de pescadores, de 1959; y sobre trabajo subterráneo, de 1965.

Vid. Artículo 1 del citado Convenio nº 138 de la O.I.T.

A este respecto, recomienda la fijación de la misma edad mínima para todos los sectores de actividad económica; señala el objetivo de elevar progresivamente a 16 años la edad de admisión al empleo o trabajo; insta a adoptar medidas urgentes para elevarla a 15 cuando la edad mínima prevista en el Convenio nº 138 fuera menor y a 18 años en los casos en los que la admisión a empleos o trabajos que pudieran resultar peligrosos para la salud, seguridad o moralidad de los menores se permitiese antes de esa cifra. (Pár. II.6; II.7.1) y 2) y III.9). Las Recomendaciones y demás normas adoptadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo pueden consultarse en su página web: <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

En ese sentido se proclama desde el segundo párrafo de su preámbulo "*la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional*".

Vid. art. 3 del Convenio nº 182 de la O.I.T. Sobre las formas de trabajo infantil susceptibles de considerarse actualmente esclavitud pueden consultarse los informes de la Relatora Especial sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, *cit. supra*, nota 525, esta Relatora Especial sustituye en su mandato al Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud de Naciones Unidas que se ocupó asimismo de la cuestión que ahora señalamos. Y sobre el tratamiento del trabajo infantil en el Derecho Internacional *vid.* BONET PÉREZ, Jordi: "Explotación laboral infantil", en: ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER DELAYGUA, Joaquim-J. (Dir): *La protección ... op. cit.*, pp. 215-238; DOMINGUEZ MATÉS, Rosario: "La Convención sobre los Derechos del Niño y los esfuerzos de la comunidad internacional organizada en pro de la erradicación de la explotación laboral infantil", en: A.A.V.V.: *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario... op. cit.* pp. 299-329; y DEL VAL ARNAL, Jesús: "El trabajo infantil: un viejo problema sin solución en el Derecho Internacional", en: CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coordinadores), *Los derechos de la infancia... op. cit.* pp. 245-262.

El Convenio nº 138 de la O.I.T. y su complementaria Recomendación R146 recurrían sin embargo a términos diversos como niños, menores, adolescentes, etc.

Vid. párrafo 4 de su Preámbulo.

Ejemplos de invitación de ratificación del Convenio nº 138 pueden ser las Observaciones finales a los informes de Nueva Zelanda, Canadá y Bangladesh (34º periodo de sesiones...*cit.*) o a los informes iniciales de Reino Unido y Dinamarca (8º periodo de sesiones...*cit.*), respecto a éste último, por la variedad de edades mínimas en él establecidas para acceder al trabajo, según los sectores, no acordes con las normas internacionales en la materia. Actualmente

podemos comprobar la efectiva ratificación del citado convenio por Dinamarca (fecha de ratificación: 13 noviembre 1997) y por el Reino Unido (fecha de ratificación: 7 de junio de 2000), aunque no podemos decir lo mismo de los otros tres Estados citados. Respecto a la oportunidad de ratificar el Convenio n° 182, el Comité se ha dirigido en sus Observaciones finales por ejemplo a Pakistán (34° periodo de sesiones...*cit.*) y a Nepal (12° periodo de sesiones... *cit.*), donde advirtió que los menores de edad se encuentran obligados en sectores no estructurados: servicio doméstico, actividades agrícolas y entorno familiar. Ambos Estados son hoy día Partes en el citado convenio (Pakistán desde el 11 de octubre de 2001 y Nepal desde el 3 de enero de 2002). La invitación a hacerse Partes de ambas convenciones de la O.I.T. podemos advertirlo por ejemplo en las Observaciones finales al informe inicial de Turkmenistán y el segundo informe periódico de Uzbekistán (42° periodo de sesiones...*cit.*), habiendo sido por el momento únicamente ratificado el Convenio n° 182 por este último país (fecha: 24 de junio 2008). Y la referencia expresa a las normas de la O.I.T. para adecuar a ellas las legislaciones internas de los Estados Partes en la Convención, la encontramos por ejemplo en las Observaciones finales a los informes de Namibia (5° periodo de sesiones...*cit.*) y de Honduras (7° periodo de sesiones...*cit.*), pudiendo celebrar posteriormente, en su 44° periodo de sesiones...*cit.*, la ratificación del Convenio n° 182 de la O.I.T. por este último país y habiendo ratificado por su parte Namibia los Convenios n° 138 y 182 (ambos en fecha de 15 de noviembre de 2000).

v.gr. Observaciones finales al segundo informe periódico de Malí (44° periodo de sesiones...*cit.*). Por otra parte, y tras celebrar la ratificación de los convenios 138 y 182 de la O.I.T. por Colombia, el Comité expresa su preocupación por la gran cantidad de niños víctimas de la explotación económica (1'5 millones, según estimaciones oficiales) y en particular, en trabajos peligrosos o degradantes como faenas agrícolas en plantaciones de coca o trabajos de minería (42° periodo de sesiones...*cit.*).

v.gr. Preocupaciones en ese sentido señaladas por el Comité en sus Observaciones finales al informe de Indonesia (35° periodo de sesiones...*cit.*), tras advertir el trabajo de menores de 15 años en el sector informal: plataformas de pesca, fábricas, empleados domésticos, plantaciones, industria del calzado, alimentación, fábrica de juguetes, explotación minera o cantera y trabajo en las calles, a pesar de ser este Estado Parte en las Convenciones 138 y 182 de la O.I.T. El Comité recomienda a estos efectos, continuar intentando suprimir el trabajo de los niños. En esa línea se manifiesta también el Comité en sus Observaciones finales al segundo informe periódico de Surinam (44° periodo de sesiones...*cit.*), al observar con preocupación que a pesar de la ratificación del Convenio n° 182 de la O.I.T., existe en ese Estado trabajo infantil que presenta un sesgo étnico (niños cimarrones) y de género (varones), en particular en lo que respecta a las peores formas de trabajo infantil. Entre otras medidas para afrontar esta situación, el Comité recomienda al Estado Parte solicitar asistencia técnica del programa IPEC de la O.I.T.

Asimismo significativa a estos efectos resulta la reserva con la que India acompañó su ratificación de la Convención: *Declaration: "While fully subscribing to the objectives and purposes of the Convention, realising that certain of the rights of child, namely those pertaining to the economic, social and cultural rights can only be progressively implemented in the developing countries, subject to the extent of available resources and within the framework of*

international co-operation; recognising that the child has to be protected from exploitation of all forms including economic exploitation; noting that for several reasons children of different ages do work in India; having prescribed minimum ages for employment in hazardous occupations and in certain other areas; having made regulatory provisions regarding hours and conditions of employment; and being aware that it is not practical immediately to prescribe minimum ages for admission to each and every area of employment in India - the Government of India undertakes to take measures to progressively implement the provisions of article 32, particularly paragraph 2 (a), in accordance with its national legislation and relevant international instruments to which it is a State Party". El Comité de los Derechos del Niño ha instado a la retirada de esta reserva al considerarla innecesaria "*habida cuenta de los esfuerzos que está haciendo Estado Parte para combatir el trabajo infantil*" (23º periodo de sesiones, doc. CRC/C/90, 7 diciembre 1999). No obstante estas palabras, el Comité ha manifestado su preocupación por el gran número de niños involucrados en el trabajo infantil, incluso en condiciones de servidumbre, especialmente en el sector no estructurado, empresas familiares, como empleados domésticos y en la agricultura, y porque las normas sobre la edad mínima para trabajar raramente se cumplen (23º y 35º periodos de sesiones ...*cit*).

Vid. comentarios al respecto en TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño...op. cit.* pp. 199-202.

v.gr. Observaciones finales a los informes de Pakistán y Bangladesh (34º periodo de sesiones... *cit*); Guatemala (12º periodo de sesiones... *cit*) o Seychelles (31º periodo de sesiones... *cit*).

v.gr. Observaciones finales a los informes de Bolivia (19º periodo de sesiones...*op. cit*) y Madagascar (34º periodo de sesiones... *cit*). En el caso del Líbano, el Comité recomendó aumentar la edad mínima fijada en 8 años, a los 14 o 15 (12º periodo de sesiones... *cit*).

v.gr. Observaciones finales al segundo informe periódico de Argentina, en las que el Comité denunció el número cada vez mayor de menores de 14 años explotados económicamente y recomendó aumentar la edad mínima de acceso al trabajo a 15 años y evitar o erradicar el trabajo infantil en cooperación con el programa IPEC de la O.I.T. y con el UNICEF (31º periodo de sesiones...*op. cit*). En las Observaciones finales a su tercer y cuarto informes combinados, aunque el Comité celebró el establecimiento de la obligatoriedad de la enseñanza preescolar y secundaria manifestó de nuevo su preocupación por el elevado porcentaje de adolescentes objeto de explotación económica, en particular en las zonas rurales, y lo asoció con los problemas de escolaridad (54º periodo de sesiones, doc. a consultar en página web del Comité *cit*).

En sus Observaciones finales al informe inicial de Túnez (*cit.supra*), el Comité consideró que la discrepancia entre ambas edades podía alentar el abandono escolar; y en el caso del informe inicial de Nicaragua (*cit.supra*) consideró que la edad límite de 12 años para finalizar los estudios y de 14 años para acceder al trabajo, dejaba a los niños situados en esa franja intermedia de edad expuestos a la explotación infantil.

v.gr. Observaciones finales a Nueva Zelanda (34º periodo de sesiones... *cit*).

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

v.gr. Observaciones finales a Armenia e India (35º periodo de sesiones... *cit*).

En el caso del Reino Unido de Gran Bretaña, el Comité solicitó su revisión para los trabajadores de 16 a 18 años (31º periodo de sesiones... *cit*).

v.gr. Observaciones finales al informe del Reino Unido (*cit. supra*).

Vid. UNICEF: *Estado Mundial de la infancia 2005: La infancia amenazada*, pp. 38-65. En este informe se señala que "desde 1990, los conflictos han costado directamente las vidas de 3,6 millones de personas; trágicamente, más de un 45% de estos muertos eran niños y niñas. Cientos de miles de menores de edad están atrapados en conflictos armados como soldados, se ven obligados a convertirse en refugiados o en personas internamente desplazadas, sufren a causa de la violencia sexual, los malos tratos y la explotación, o son víctimas de los restos de explosivos de guerra", p.10. Por su parte, Geraldine VAN BUEREN indica: "In the past ten years alone international armed conflicts have led to 1.5 million child deaths, 4 million children disabled as a result of war wounds and 5 million children living in refugee camps to escape conflicts", en: *The International Law... op. cit.*, p. 328. En el marco de las Naciones Unidas cobra especial interés la consulta del informe que fuese elaborado en 1996 por la experta nombrada por el Secretario General de las Naciones Unidas, Graça MACHEL: "Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños", presentado en virtud de la resolución 48/157 de 26 de agosto de 1996 (doc. A/51/306) y el "Examen estratégico 10 años después del Informe Machel. La infancia y los conflictos en un mundo en transformación", abril 2009, de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, Radica COOMARASWAMY y el UNICEF. (Las informaciones señaladas y otras relativas a la acción llevada a cabo desde Naciones Unidas sobre esta materia puede consultarse en la web de la Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados: <http://www.un.org/children/conflict/spanish/index.htm>

En ese sentido señala Graça MACHEL: *Repercusiones... op. cit.*, pár. 30: "La guerra viola todos los derechos del niño: el derecho a la vida, el derecho a estar con su familia y con su comunidad, el derecho a la salud, el derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a ser formado y protegido".

Entre la amplia referencia doctrinal sobre este asunto pueden consultarse las obras de ABRIL STOFFELS, Ruth: *La protección de los niños en los conflictos armados*, Tirant monografías, 450, Tirant lo blanch-Cruz Roja Española: Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Valencia, 2007; GÓMEZ ISA, Felipe: "La participación ..." *op. cit.* y "Protección jurídica internacional ..." *op. cit.*; HERNÁNDEZ PRADAS, Sonia: *El niño en los conflictos...op. cit.*; SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, Laura: "El problema de los niños soldados", en: CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coordinadores), *Los derechos de la infancia... op. cit.* pp. 219-244, y de la misma autora, el apartado correspondiente a la protección de los niños en: "La protección de la población civil en los conflictos armados", en: *Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, volumen III, Universidad del País Vasco, pp. 201-229. Asimismo ANG, Fiona: *Article 38: Children in armed conflicts*, A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS and M. VERHEYDE (Eds.): A

commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

Tras señalar el considerable aumento que presenta la proporción de víctimas civiles en los conflictos armados (aproximadamente 5% en la I Guerra Mundial, 50% en la II Guerra Mundial, 80% en la guerra de Vietnam) Geraldine VAN BUEREN concluye señalando que "*Out of the million killed in the 150 armed conflicts between 1945 and 1982, the majority of deaths have been women and children*", en: *The International Law... op. cit.*, p. 328. UNICEF estima a este respecto que "un 90% de las muertes relacionadas con conflictos en todo el mundo desde 1990 han sido civiles y un 80% de las víctimas han sido mujeres y niños", en: *Estado Mundial de la infancia 2005... op. cit.*, p. 40. Por otra parte, en relación a los daños ocasionados por las minas antipersonales y atendiendo a datos del Comité Internacional de la Cruz Roja (*L'épidémie mondiale des blessures dues aux mines antipersonal: l'approche médicale du CICR*, Ginebra, 1995), se ha señalado que, en la década de 1985 a 1995, el 31,3% del número total de víctimas terrestres habían sido niños, siendo el 19'8 % menores de 15 años. Además, las mutilaciones producidas por estas minas cobran mayor dramatismo respecto a los niños, ya que las prótesis deben cambiarse durante el periodo de desarrollo o crecimiento una o dos veces al año (aumentando en los adultos a un periodo de 4 o 5 años). Ello supone que un niño mutilado a los 10 años deberá cambiar de 20 a 25 veces la prótesis en el curso de una vida media, lo que significa un total de 3.000 dólares. Si se tiene en cuenta que en los países mayormente afectados por estos sucesos, la renta *per capita* suele ser muy reducida (de una media mensual de 15 a 20 dólares) y el trabajo el único medio de ingreso, resulta fácilmente imaginable las dificultades e incluso la imposibilidad de disponer de esa asistencia para los mutilados de los países en desarrollo. *Vid.* DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: "En torno a las minas antipersonales y sus víctimas", en: A.A.V.V., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional Público. Homenaje... op. cit.*, pp. 497-498 y del mismo autor: "El Derecho Internacional Humanitario y su relación con las minas antipersonal y las municiones de racimo", en: BADÍA MARTÍ, Anna M^a, PIGRAU SOLÉ, Antoni, OLESTI RAYO, Andreu (Coords.), *El Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 147-157.

UNICEF señala que "*durante los 14 años que siguieron al fin de la guerra fría, desde 1990 hasta 2003, estallaron 59 conflictos armados diferentes en 48 lugares, y solamente cuatro pueden calificarse como una guerra entre países*". Además destaca el aumento de los conflictos de origen étnico, cuyas raíces de odio y resentimiento hacen vulnerables a todos los miembros del grupo "*desdeñado*" y no sólo los combatientes que la representan. En: *Estado Mundial de la infancia 2005 .., op. cit.*, pp. 39-40.

UNICEF señala que "*de los 20 países más pobres del mundo, 16 han sufrido una guerra civil en los últimos 15 años*". En: *Estado Mundial de la infancia 2005 .., op. cit.*, pp. 40-41. A este respecto, nos parece oportuno el comentario de Geraldine VAN BUEREN: "*Although the majority of conflicts occur in developing States, they are fought with armaments supplied by the industrialised states. 75% of the world trade in arms is directed towards developing states, and a quarter of the accumulated developing states' debt is due to weapons import*". En: *The International Law... op. cit.*, p. 328.

Las dificultades de aplicar la norma internacional en estos supuestos ha sido destacada en

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

atención a las condiciones que el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, establece en su artículo 1 para delimitar su ámbito de aplicación material. Especialmente se ha referido el requisito de que se trate de un conflicto armado, desarrollado en el territorio de Estado Parte en él y "entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados...", al considerar que "no es aplicable a la mayoría de las guerras civiles actuales", al ser pocos los gobiernos "dispuestos a reconocer que cualesquiera luchas que ocurran dentro de sus fronteras constituyen un conflicto armado". Vid. TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, p.233.

En ese sentido se pronuncia G. VAN BUEREN: "*To protect children in armed conflicts effectively, international law must be able to respond to the changing nature of these conflicts*", en: *The International Law... op. cit.* p. 328.

Vid. arts. 14, 17, 23, 24, 25, 26, 38, 49, 50, 51, 68, 76, 81, 82, 89, 94 y 132 del citado Convenio.

Así, conforme al segundo párrafo del artículo 50 de este Convenio, "... [la Potencia ocupante]... Tomará cuantas medidas sean necesarias para facilitar la identificación de los niños y registrar su filiación. En ningún caso podrá modificar su estatuto personal ni alistarlos en formaciones u organizaciones de ella dependientes".

Vid. GÓMEZ ISA, Felipe: "*La participación... op. cit.*", p. 35. Este autor señala la opinión de Matthew HAPPOLD, para quien "*una razón más profunda ... es que la cuestión de regular la participación de los niños en las hostilidades era un asunto que caía dentro de la jurisdicción doméstica de cada Estado, ya que en definitiva suponía entrar a regular las normas de reclutamiento y la participación de sus propios nacionales en sus fuerzas armadas, y en esta época el Derecho Internacional todavía no había avanzado lo suficiente en la protección de los derechos frente a los Estados*".

Vid. HERNÁNDEZ PRADAS, Sonia: *El niño en los conflictos... op. cit.*, pp. 369 ss.

Ambos Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949, I y II, fueron adoptados por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, en Ginebra, el 8 de Junio de 1977, teniendo como base los dos proyectos de Protocolos adicionales preparados por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Los Protocolos entraron en vigor el 7 de Diciembre de 1978. Vid. *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Resoluciones de la Conferencia Diplomática. Pasajes del Acta Final de la Conferencia Diplomática*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1977.

Vid. referencias doctrinales en las obras señaladas *supra*.

No obstante, en el marco del Derecho Internacional Humanitario se han señalado diversas edades en relación a los niños y los diferentes ámbitos o esferas de protección dispensados respecto a ellos. En ese sentido *vid.* recapitulación de las mismas, señalando diversos

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

momentos de la existencia del niño a esos efectos: antes del nacimiento, menores de 7 años, menores de 12 años, menores de 15 años y menores de 18 años, en: HERNÁNDEZ PRADAS, Sonia: *El niño en los conflictos... op. cit*, pp. 146 ss.

Como señala Pilar TRINIDAD NÚÑEZ, el Protocolo II ya no se refiere a "*todas medidas posibles*" -habiendo considerado previamente la autora la oportunidad de haber sustituido esta expresión en el Protocolo I por la de "*todas las medidas necesarias*"-, además se prohíbe expresamente el reclutamiento tanto en las fuerzas armadas como en grupos armados y prohíbe cualquier tipo de participación, al no distinguir entre participación directa e indirecta. *Vid. El niño... op. cit.*, pp. 232-233.

En ese sentido podemos destacar la crítica al artículo 38 de la Convención de Araceli MANGAS MARTÍN, en: "La protección internacional de los derechos del niño", en: Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja, nº 4- Diciembre 1998. Suplemento, pp. 7-15. La autora señala a estos efectos: "*Es lamentable que en la situación más peligrosa para la vida misma de la infancia, cual es la guerra, el convenio haya rebajado o semidiluido las protecciones que los Convenios específicos sobre el derecho humanitario habían logrado para los niños*". Y posteriormente añade: "*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*".

En las discusiones del Grupo de Trabajo encargado de la redacción de este artículo y ante el enfrentamiento de posturas que paralizaba el proceso de su adopción, la delegación de Rusia propuso reproducir el contenido del artículo 77.2 del Protocolo I de 1977. No obstante, y aunque finalmente el texto adoptado en la Convención responde a ello, esta postura se criticó por ser más restrictiva la protección así dispensada que la ya existente en el marco del Derecho Internacional Humanitario, conforme al artículo 4.3.a) del Protocolo III de 1977. *Vid.* discusiones y posiciones diversas respecto a la cuestión en doc. HR/1995/Ser.1/article.38.

Esta limitación de la Convención resulta especialmente lamentable, teniendo en cuenta las graves consecuencias que este tipo de participación representa para el niño en los conflictos armados y la dificultad de distinguir en algunos casos los límites entre la participación directa e indirecta de los niños en combate, *v.gr.* detección de minas; utilización como mensajeros, lo que termina levantando sospechas respecto a cualquier niño; etc.

Vid. Capítulo I, epígrafe 2.E.

En 1988, durante la discusión de la redacción del actual artículo 38 de la Convención, la delegación de Suiza llamó la atención sobre la Resolución 41/120 de la Asamblea General y su mandato de atender y asegurar el marco jurídico internacional ya existente "*when developing new international human rights standard*". Refiriéndose concretamente al tenor otorgado al proyecto de artículo que entonces se debatía, declaró que su texto "*undermine existing standard of international humanitarian law, in particular, the Geneva Conventions of 1949 and the two Additional Protocols thereto, and resolution IX adopted by the 25th International Conference of the Red Cross (23-32 October 1986) had stressed that the protection accorded by the new convention on the rights of the child should be at least the same*".

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

as that accorded by the Geneva Convention and the two Additional Protocols". Vid. doc. HR/1995/ Ser.1/ Legislative history... op. cit., article.38 (Children in armed conflicts), p. 25, pár. 72.

Bajo la numeración VIII, Polonia presentó un proyecto de artículo con el siguiente tenor: "*The child shall in all circumstances be among the first to receive protection and relief*". La evidente imprecisión de este texto provocó numerosas intervenciones de las delegaciones presentes en los trabajos de redacción de la Convención. Entre ellas destacamos las inmediatas solicitudes de mayor precisión por parte de Austria y de concretas invocaciones a la protección de los niños en los conflictos armados y la atención a los instrumentos de Ginebra sobre la cuestión por parte del CICR. A ellas siguieron otras muchas como las de los Cuáqueros, Argelia, la República Islámica de Irán, el Grupo *ad hoc* de ONG, la propuesta conjunta de Holanda, Bélgica, Suecia, Finlandia, Perú y Senegal, etc. *Ibidem*.

En ese sentido señala Philip E. VEERMAN: "*unfortunately the interest of some States supporting guerrilla movements and counter-revolutionary movements must also have been instrumental*", en: *The rights of the child... op. cit.*, p. 207. Tampoco resulta inocente a este respecto la importancia que el mercado internacional de armamento representa para muchos países desarrollados. *Vid.* comentario de Geraldine VAN BUEREN al respecto en nuestra nota 624. En relación a esta cuestión merece destacarse asimismo la información suministrada por Graça MACHEL en su Informe sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños,...*op. cit.*, pár.27: "*Se ha hecho más fácil reclutar a niños como soldados debido a la proliferación de armas ligeras de bajo costo ... tan livianos que hasta los párvulos pueden acarrearlos y tan sencillos que un niño de 10 años puede desarmarlos y volverlos a armar. El comercio internacional de armamentos ha creado fusiles de ataque baratos y de fácil adquisición, de modo que las comunidades más pobres tienen ahora acceso a ciertas armas mortíferas capaces de transformar cualquier conflicto local en una masacre sangrienta*". Asimismo, en relación al mercado de minas antipersonales, Manuel DÍEZ DE VELASCO señalaba que en 1997 llegaron a producirse unas 50.000 minas semanalmente, vendiéndose al módico precio de 2 euros la unidad y resultando así asequibles para los que considera eufemísticamente llamados países "en desarrollo". Siendo por el contrario la mayoría de los suministradores de tales armas países del mundo industrializado, el autor condena enérgicamente la colaboración de estos últimos, por acción u omisión, "*al infradesarrollo, la pobreza, la barbarie y al pisoteo en una buena parte de nuestro planeta Tierra de un derecho tan fundamental como es la vida y la integridad física*". *Vid.*: "En torno a las minas antipersonales y sus víctimas"...*op. cit.*, p. 498.

Vid. al respecto doc. HR/1995/Ser.1/article.38 (*Children in armed conflicts*). *Legislative history... op. cit.*; TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *El niño... op. cit.*, pp. 234-240; y DETRICK, Sharon: *A commentary... op. cit.*, pp. 645-665.

Vid. en ese sentido las declaraciones del representante de los Estados Unidos de América: "*He ... stated that his Government felt that it was more important for the Convention to enforce existing standard rather than to create new ones wich would not be observed*", en : doc. HR/1995/Ser.1/article.38 (*Children in armed conflicts*). *Legislative history... op. cit.*, p. 34.

Ibidem.

El texto de la Declaración emitida por España responde al siguiente tenor: "*España, deseando hacerse solidaria con los Estados y organizaciones humanitarias que han manifestado su disconformidad con el contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención, quiere expresar asimismo su disconformidad con el límite fijado en ellos y manifestar que el mismo le parece insuficiente, al permitir el reclutamiento y participación en conflictos armados de niños y niñas a partir de los 15 años*".

Tanto el contenido de las reservas y declaraciones emitidas a la Convención como el estado de ratificación de su Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados, puede consultarse en la página web del Comité de los Derechos del Niño, ya indicada en nuestro trabajo: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>.

Vid. nota 492.

Cit. supra, nota 619.

Vid. comentarios al respecto en GÓMEZ ISA, Felipe: "Protección jurídica ...*op. cit.* pp. 154-157. Entre las referencias citadas el autor señala el Congreso sobre *Los niños de la guerra* celebrado en Estocolmo en 1991, bajo los auspicios de sección sueca de la Cruz Roja y el Instituto Raoul Wallenberg de la Universidad de Lund, en el que una de las conclusiones más importantes fue que "*para tratar de evitar la participación de los niños en los conflictos había que elevar asimismo la edad mínima de reclutamiento en las Fuerzas Armadas de un país a los 18 años, así como no permitir el alistamiento voluntario por debajo de esa edad*". Asimismo refiere, entre otras, la preocupación por la cuestión en la Conferencia Mundial de Viena sobre derechos humanos, de 1993.

Sobre este protocolo *vid.* epígrafe 2 D) del Capítulo I de este trabajo.

Vid. supra notas 472, 475 y 476.

Vid. artículo 8.2.xxvi del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Así puede comprobarse por ejemplo en los asuntos sobre la situación en la República democrática del Congo: *Affaire Le Procureur c/Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06) (procedimiento actualmente suspendido) y sobre la situación en Uganda: *Affaire Le Procureur c/ Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen* (todos actualmente en fuga). Los asuntos ante la Corte Penal Internacional y su situación actual puede consultarse en su página web: <http://www.icc-cpi.int>

Vid. ABRIL STOFFELS, Ruth: *La protección...* *op. cit.*, pp. 49-51. La autora se hace eco de los pronunciamientos de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Penal para Sierra Leona en su discurso. Así, destaca por una parte la especial atención al crimen del reclutamiento de niños desde la apertura de la primera investigación de la Corte Penal Internacional en República Democrática del Congo, en junio de 2004. Y por otra, la decisión de la Sala de

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Apelaciones del Tribunal Penal para Sierra Leona, de 31 de mayo de 2004, en la que, basándose en su prohibición en varios textos internacionales y la amplia aceptación de los mismos, así como en multitud de normas estatales y documentos de organismos internacionales, se determinó que la sanción penal para este tipo de comportamientos ya era Derecho consuetudinario y por lo tanto punible en la fecha límite de competencia de este tribunal, esto es, 1996. No obstante señala la opinión disidente del juez G. Robertson, en el sentido de que la fecha para empezar a considerar el señalado carácter consuetudinario de esta disposición debía fijarse en 1998, esto es, tras la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que representa el acto de la cristalización de esta costumbre.

Vid. Artículo 3 del Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

Vid. ABRIL STOFFELS, Ruth: *La protección...*, pp. 48-49.

Vid. artículos 1, 2 y 4 del citado Protocolo. Sobre este instrumento puede consultarse: SHEPARD, A.: "Child soldiers: Is the Optional Protocol evidence o an emerging "Straight-18" Consensus?", en: *The International Journal of Children's Rights*, 8, 2000, pp. 37-70 y GÓMEZ ISA, Felipe: "Protección jurídica ...*op. cit.*", pp. 154-172.

Conforme al artículo 3.1 del Protocolo, "*Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus Fuerzas Armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial*".

Así se reconoce en el párrafo 16 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, al proclamarse: "*Conscientes de la necesidad de tener en cuenta las causas económicas, sociales y políticas que motivan la participación de los niños en conflictos armados*".

v. gr. Observaciones finales al informe de Sudán (31º periodo de sesiones... *cit.*), en las que el Comité muestra su preocupación por la utilización de niños como soldados tanto por parte del Gobierno como de la oposición.

Sobre la doctrina del Comité respecto a las cuestiones señaladas puede consultarse ANG, Fiona: *Article 38...*, especialmente pp. 36 ss.

v. gr. Observaciones finales al informe inicial de Croacia respecto al Protocolo Facultativo de la Convención sobre la participación de niños en conflictos armados (doc. CRC/C/OPAC/HRV/CO/1, adoptado en su 46º periodo de sesiones).

v. gr. Observaciones finales al informe inicial de Chile respecto al Protocolo Facultativo de la Convención sobre la participación de niños en conflictos armados (doc. CRC/C/OPAC/CHL/CO/1, adoptado en su 47º periodo de sesiones).

v. gr. entre otras, las Observaciones finales al segundo informe periódico del Reino Unido (31º

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

periodo de sesiones... *cit.*) y al informe de Nueva Zelanda (34º periodo de sesiones... *cit.*), en las que el Comité recomienda prohibir explícitamente el servicio activo, dentro y fuera de ese Estado. Sobre el reclutamiento de menores en el Reino Unido, *vid.* ANGUITA OLMEDA, Concepción y VARGAS QUIÑONES, Yaritza N.: "La indefensión de los niños soldados: los casos de Estados Unidos y Reino Unido", en: ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER DELAYGUA, Joaquim-J. (Dir): *La protección ... op. cit.*, pp. 206-208.

En ese sentido ha manifestado su preocupación en relación a las madrasas o escuelas islámicas en Pakistán (31º periodo de sesiones ...*cit.*).

v.gr. Observaciones finales del Comité al segundo informe periódico del Reino Unido (*vid.* nota 664 *supra*) al no haber ratificado en esos momentos (septiembre de 2002) ese Estado el Protocolo Facultativo en cuestión. Posteriormente dicha ratificación se llevaría a efecto el 24 de Junio de 2003.

Además del caso de España, ya mencionado en nuestro trabajo, el Comité ha manifestado en sus Observaciones finales a los informes de Estados Partes en la Convención y en su Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en conflictos armados, su satisfacción por las declaraciones que en la misma línea realizaran Paraguay (7º periodo de sesiones... *cit.*), Argentina (8º periodo de sesiones... *cit.*), Alemania (10º periodo de sesiones) o Uruguay (13º periodo de sesiones), entre otros.

v.gr. Ruanda (36º periodo de sesiones... *cit.*): El Comité mostró su preocupación porque personas menores de 18 años cuando supuestamente cometieron los crímenes, no habían sido juzgadas todavía, se encontraban detenidas en pésimas condiciones durante periodos prolongados y aún estaban en prisión preventiva; pidiendo que adoptasen todas las medidas necesarias para resolver en seis meses los procesos pendientes.

El título "juvenil" para referirnos al sistema de la administración de justicia de las personas menores de edad, responde a la mejor adecuación al espíritu de la Convención que el tradicionalmente empleado de "menores". Así parece querer destacarlo en pronunciamientos recientes el propio Comité de los Derechos del Niño cuando ha pedido expresamente proceder en ese sentido en los documentos oficiales de sus sesiones (*vid.* en ese sentido nota insertada en párrafo 7 de sus Observaciones finales a los informes tercero y cuarto combinados de Pakistán, doc. CRC/C/PAK/CO-3-4, analizado en su 52º periodo de sesiones (doc. a consultar en página web del Comité *cit.*), si bien el propio Comité ha empleado el término "menor" en ocasiones anteriores, como advertimos en el mismo título de su Observación General nº 10: "*Los derechos del niño en la justicia de menores*" *cit.* En cualquier caso y siendo habitual y tradicional el empleo del término "menores" en el ámbito de la administración de justicia, lo utilizaremos en nuestro discurso cuando así se haga valer en los instrumentos o documentos referidos.

Vid. Capítulo I, epígrafe 2. E).

Recomendadas para su adopción por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento de delincuentes, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

de septiembre de 1985 y adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

Aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Disposición 2.2.a).

Disposición 4.1.

Disposición II.11.a). Como nos pone de manifiesto esta disposición, el recurso a diversos términos para referirse al niño es muy variado en estas Reglas, como también lo es en las Reglas de Beijing (menor, niño, joven, etc).

Y en ese sentido lo precisan los propios comentarios incorporados a estas reglas.

Aunque solo las Reglas de Beijing contengan este adjetivo en su título -y confirmen asimismo tal carácter en su comentario a la disposición 2: "Alcance de las reglas y definiciones utilizadas"- las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad precisan en el apartado 4 de su Anexo I que su objeto es "*establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas,...*".

Vid. Observación General N°17 del Comité de Derechos Humanos: Artículo 24 - Derechos del niño, adoptada en su 35° período de sesiones (1989), doc. HRI/GEN/1/Rev.8... *cit.* Si bien resulta obvia la ausencia de valor jurídico vinculante de este tipo de instrumento jurídico, su vinculación a un tratado internacional, a cuya interpretación colabora, nos ha llevado a su inclusión en este contexto.

Ibidem, párrafo 4.

Vid. artículo 26 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Vid. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, José Luis: *Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional*", en: Colección Escuela Diplomática, n° 4, p. 151.

Entre otros posibles ejemplos, podemos advertir el establecimiento de edades mínimas de responsabilidad penal a los 7 años en Singapur, Pakistán, Bangladesh, Brunei Darussalam (conforme a los informes analizados en el 34° periodo de sesiones del Comité... *cit.*), Eslovenia (35° periodo de sesiones... *cit.*) o Nigeria (12° periodo de sesiones... *cit.*) en donde el Comité advirtió incluso la posibilidad de llevar ante los tribunales a niños de menor edad; a los 8 años en India, Indonesia (informes en ambos casos analizados en el 35° periodo de sesiones del Comité) o en el Reino Unido de Gran Bretaña (31° periodo de sesiones... *cit.*); a los 9 años en Filipinas (39° periodo de sesiones); a los 10 años en Guayana (35° periodo de sesiones... *cit.*), etc. En todos ellos el Comité ha demandado la elevación considerable de esas edades mínimas. En algunos casos, como el de las islas Seychelles (31° periodo de sesiones... *cit.*), el Comité mostró su preocupación por el hecho de que a pesar de que la edad

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

mínima de responsabilidad penal se fijara en 12 años, se produjesen enjuiciamientos desde los 8 años en algunas circunstancias.

Op. cit. Con anterioridad a la fecha de adopción de esta Observación General, el Comité dedicó un día de debate general a "la administración de justicia de menores", concretamente, el 13 de Noviembre de 1995.

La Observación General nº 10 establece expresamente en sus párrafos 32 y 33 que *"el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola. Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años"*.

Así lo hizo por ejemplo en el análisis y emisión de Observaciones finales al informe de Japón (34º periodo de sesiones... *cit.*) al advertir la reducción de dicha edad mínima de 16 a 14 años. Esta preocupación se agrava al advertir el Comité el número creciente de menores de edad que eran juzgados en dicho Estado como adultos, incluso en relación a la cadena perpetua.

En ese sentido se manifestó el Comité por ejemplo respecto al informe de Polonia (31º periodo de sesiones... *cit.*) al manifestar su preocupación por la no definición clara de la edad mínima de responsabilidad penal y la posibilidad de que se pudiera condenar a niños de 10 años a medidas educativas. Atendiendo a una ley interna que considera menor al sujeto entre 13 y 17 años, el Comité solicitó finalmente la fijación de la edad mínima en 13 años y la no condena de menores de esa edad a medidas correccionales y educativas.

Vid. por ejemplo, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a los informes de Burkina Faso (31º periodo de sesiones... *cit.*) o Madagascar (34º periodo de sesiones... *cit.*).

v.gr. Observaciones finales a los informes de Japón (34º periodo de sesiones... *cit.*), Guayana (35º periodo de sesiones... *cit.*), manifestando el Comité su preocupación respecto a la posibilidad de enjuiciar como adultos a los mayores de 17 años; Jordania (6º periodo de sesiones... *cit.*), donde a pesar de fijarse la edad de responsabilidad penal a los 18 años, el Comité advierte la posibilidad de procedimientos penales desde los 7 años.

v.gr. Observaciones finales al Reino Unido de Gran Bretaña (31º periodo de sesiones... *cit.*) respecto al cual el Comité advierte diversos puntos de grave preocupación en relación al sistema de administración de justicia. Así, además de la posibilidad de juzgar a niños en tribunales de adultos en determinadas circunstancias, jóvenes de 17 años son considerados adultos a efectos de prisión preventiva, no protección de la vida privada y publicación de nombres en casos de delitos graves. Asimismo se advierte el empeoramiento que desde que este Estado presentara su informe inicial se produce en el sistema de administración de justicia juvenil, estableciéndose la edad mínima de responsabilidad penal en 8 años en Escocia y 10 en el resto del Estado; procediendo a la abolición del *doli incapaz* y a la privación de libertad de 12 a 14 años; aumentando el número de niños con edades más bajas detenidos en situación preventiva por delitos menores y con condenas largas; y no dispensando

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

protección ni ayuda adecuada a instituciones para delincuentes juveniles, de 15 a 17 años..

En ese sentido, el Comité pidió al gobierno de Ucrania en sus Observaciones finales al informe de ese Estado (31º periodo de sesiones... *cit.*), revisar la clasificación de los delitos graves para reducir al mínimo el alcance de la responsabilidad penal entre los 14 y los 16 años.

v.gr. Observaciones finales al informe inicial de Perú (4º periodo de sesiones... *cit.*) en relación a la ausencia de garantías judiciales para los niños entre 15 y 18 años sospechosos de actividades terroristas.

v.gr. Observaciones finales al informe del Reino Unido (31º periodo de sesiones... *cit.*).

Vid. Observación General nº 10 del Comité de los Derechos del Niño... *cit.*

v.gr. Observaciones finales al informe de Sudán (31º periodo de sesiones... *cit.*) y al informe de Pakistán (52º periodo de sesiones ... *cit.*).

Vid. SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte... op. cit.* p. 111.

Podemos referir como ejemplos su reconocimiento como norma consuetudinaria de Derecho Internacional por la Subcomisión de promoción y protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas en *The Death Penalty in relation to juvenile offenders* (UN Doc.E/CN.4/Sub.2/RES/2000/17/2000) par.6; y asimismo como norma de *ius cogens* por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Dominguez c. United States of America* (Case 12.285), Merits, Report Nº 62/02, 22 octubre 2002, par. 85). Referencias comentadas por William SCHABAS en SCHABAS, William and SAX, Helmut: *Article 37: Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty* en: A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS and M. VERHEYDE (Eds.). *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 5 y 6.

Doc. HRI/GEN/1/Rev.7... *cit.*

Vid. comentarios al respecto de William SCHABAS, *Article 37...op. cit.* pp. 5-6. Aunque no entramos en su estudio en el marco de este trabajo, cabe señalar la jurisprudencia generada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la prohibición de la pena de muerte respecto a los menores de 18 años establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

A pesar de la postura contraria de los Estados Unidos de América durante la discusión de esta cuestión en el proceso de redacción de la Convención, William SCHABAS deriva de ello una interpretación favorable a la consolidación de la prohibición de la pena de muerte y la prisión sin posibilidad de excarcelación respecto a los menores de 18 años como normas consuetudinarias emergentes del Derecho Internacional. En efecto, señala este autor que si bien durante la redacción del proyecto de Convención los Estados Unidos de América

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

advirtieron al menos en dos ocasiones que se reservaban el derecho a emitir reservas al artículo 37.a) de la Convención, tales reservas no fueron finalmente emitidas en el momento en el de que dicho Estado firmó la Convención (ya hemos señalado que no ha procedido aún a su ratificación), contribuyendo con ello al argumento por el que no puede considerársele un objeto persistente respecto a la formación de las costumbres referidas. *Vid.: Article 37... op. cit.*, p.11.

v.gr. Observaciones finales a los informes de Bélgica (9º periodo de sesiones... *cit.*), si bien respecto a este último Estado, el Comité celebró la información recibida después del examen del informe inicial según la cual se abolió la pena de muerte en 1996 (30º periodo de sesiones), Burkina Faso (31º periodo de sesiones... *cit.*), Pakistán y Bangladesh (34º periodo de sesiones... *cit.*), Nigeria e Irán (38º periodo de sesiones... *cit.*), respecto a este último Estado, el Comité tuvo que lamentar la continuación de ejecuciones de menores de 18 años, incluso una de ellas el mismo día en el que se examinó este informe, a pesar de la declaración de la delegación del Estado Parte de que tales ejecuciones se habían paralizado atendiendo a un proyecto de ley pendiente de examen ante el parlamento, Arabia Saudí (41º periodo de sesiones... *cit.*).

i.e Observaciones finales a los informes de Filipinas (39º periodo de sesiones... *cit.*), Malasia (44º periodo de sesiones... *cit.*) o Pakistán (52º periodo de sesiones... *cit.*).

Artículo 77.5 del Protocolo Adicional I: "No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fueren menores de 18 años". Artículo 6.4 del Protocolo Adicional II: "No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieran menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad". Sobre estas cuestiones *vid.:* SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte... op.cit.* pp. 73-74.

Vid. SALADO OSUNA, Ana: "La Convención de 1989: el concepto de niño", en: A.A.V.V.: *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario... op. cit.*

Vid. SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte... op. cit.*, pp. 74-76 y 109-112.

Citado en: SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte... op. cit.*, p.111.

Vid. SALADO OSUNA, Ana: *La Convención de 1989... op. cit.* y SCHABAS, William: *Article 37...op. cit.*, p.10.

v.gr. Observaciones finales a los informes de Japón (34º periodo de sesiones), Sudán o Burkina Faso (31º periodo de sesiones... *cit.*).

Vid. epígrafe 2. C), d), del Capítulo I del presente trabajo.

Sobre la cuestión *Vid.* LANSDOWN, Gerison: *La evolución...op. cit.*

(c) Copyright 2014, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

En ese sentido se ha señalado que "*aunque el modelo de límites de edad fijos y prescriptivos proporciona el marco más claro y sencillo, su rigidez no obedece al principio según el cual se debe respetar el derecho del niño a participar en la toma de decisiones en consonancia con la evolución de sus facultades*". Vid. LANSDOWN, Gerison: *La evolución...op. cit.*, p. 72.

Ibidem p. 9.

Un análisis de supuestos de posible confrontación entre el ejercicio de la patria potestad y los intereses del menor en la esfera personal - concretamente en el supuesto de opción religiosa distinta a la de los progenitores - puede consultarse en: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz: "Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor", en: CARMONA LUQUE, M^a del Rosario (Coord.): *50 Aniversario... op. cit.* pp. 67-75.

v.gr. Observaciones finales al informe de Suecia (3^o periodo de sesiones... *cit.*).