

E S T U D I O S

¿TIENEN LOS NIÑOS DERECHOS?

COMENTARIO A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (*)

INTRODUCCIÓN

¿Tienen derechos los niños?

Esta pregunta, aparentemente tan sencilla, puede dar lugar a contestaciones bastante diferentes.

Un jurista, incluso un estudiante de Derecho, contestaría rápidamente y sin ninguna duda que *sí*. A continuación, nos explicaría que el niño es jurídicamente una persona y, por tanto, un titular de derechos y obligaciones; si bien es cierto que en atención a su edad, su capacidad para ejercer estos derechos está generalmente limitada.

Un filósofo del Derecho o un teórico de los derechos humanos se plantearían serias dudas antes de contestar esta pregunta. Una buena parte de ellos nos dirían que, en términos rigurosos, los derechos humanos se concibieron originariamente como la proyección de la autonomía individual y que, por ello, exigen una independencia que no puede predicarse del menor de edad. Algún otro nos dirá que a los menores sólo cabe atribuirles ciertos derechos del hombre, particularmente aquellos que no son expresión de la libertad individual, y que algunos han llamado derechos-deberes, generalmente pensando que esta categoría explica un tipo de derechos humanos de más reciente afirmación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales. Otros contestarán que, efectivamente, los niños tienen derechos, aunque para ello sea necesario redefinir lo que entendemos por «derechos humanos».

Finalmente, cualquier político, y supongo que también los educadores, los psicólogos y todo aquel que muestre atención por los problemas de la infancia,

(*) Universidad Autónoma de Madrid.

contestarían igualmente de modo afirmativo. Pero añadirían a renglón seguido que, sin embargo, los derechos de los niños están insuficientemente protegidos y que es necesario continuar combatiendo por la efectiva realización y la protección de los derechos de los niños. En las fechas en que nos encontramos debería añadir que la reciente aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de una Convención sobre los Derechos del Niño ha de suponer un gran paso adelante en relación con las declaraciones anteriores (la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño, de la ONU, de 20 de noviembre de 1959).

Trataré a continuación de exponer más ampliamente lo que hay, y lo que no hay, tras cada una de estas tres distintas aproximaciones a aquella pregunta inicial.

1. LOS MENORES ANTE EL DERECHO PRIVADO

Es cierto que en el Derecho Romano la personalidad no se atribuía a todas las personas o seres humanos, sino que era la configuración legal de un estatuto privilegiado. La plena capacidad jurídica sólo la tenía aquel que gozaba del *status libertatis* (es decir, era libre y no esclavo), del *status civitatis* (es decir, era ciudadano romano y no extranjero) y del *status familiae* (es decir, era el jefe o cabeza de familia y, por ello, *sui iuris*; y no *alieni iuris*, como los demás miembros de la familia, que estaban sometidos a su potestad).

Nada parecido a aquella concepción queda hoy vigente en los derechos modernos. La personalidad se atribuye en la actualidad a todas las personas, a todos los hombres y, por tanto, en principio, a todos se les considera jurídicamente capaces de tener derechos y obligaciones.

Sin embargo, el derecho moderno distingue la personalidad o capacidad jurídica en general, en cuanto aptitud o posibilidad de tener derechos y obligaciones, de la capacidad de obrar, en cuanto capacidad de ejercer los propios derechos mediante actos jurídicos.

Sobre esta distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar se entiende que mientras que la personalidad o capacidad jurídica es indivisible, la capacidad de obrar es susceptible de limitaciones en atención a la voluntad y la razón que la realización de actos jurídicos requiere; o dicho de otra forma, la capacidad de obrar depende de la capacidad natural del ser humano para obrar con conocimiento y libertad.

La doctrina jurídica, aun cuando afirma que la capacidad jurídica o personalidad es indivisible, se ve obligada a admitir que, en relación con ciertos derechos, la Ley excepcionalmente puede y debe establecer limitaciones. Por ejemplo, suelen decir, el derecho a contraer matrimonio sólo se ostenta a partir de cierta edad, igual que el derecho a otorgar testamento. La doctrina jurídica civilista no suele prestar mucha atención a la mayor parte de los derechos llamados públicos

(como el voto, la participación política, etc.), que también exigen, de acuerdo con la Ley, una determinada edad.

Respecto a la capacidad de obrar, se admiten lógicamente muchas restricciones, bien temporales o bien permanentes, en cuyo caso la presunta falta de libre voluntad o de razón suficiente del sujeto se resuelve mediante la interposición de un representante que actúe o ejerza los derechos en nombre del incapaz. Estas incapacidades se distinguen también de lo que se llaman limitaciones de la capacidad de obrar, en cuyo caso el sujeto puede actuar, pero con la autorización o concurrencia de otra persona (el padre, el tutor, el juez, etc.).

El artículo 32 del Código Civil, antes de su reforma en 1983, consideraba la minoría de edad, junto a la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil como «restricciones de la personalidad jurídica» y declaraba que «los que se hallaren en algunos de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando estas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». Este párrafo siempre fue criticado por su redacción; aun cuando se entendiera generalmente que regulaba las restricciones de la capacidad de obrar (no de la personalidad) más generales y para las cuales el Código Civil preveía un tipo de representación institucional, como la patria potestad o la tutela.

La minoría de edad, por tanto, viene a limitar *parcialmente* la propia capacidad jurídica, privando al menor de la titularidad de ciertos derechos que, se supone, no son adecuados a sus intereses o necesidades, y viene a limitar *genéricamente* la capacidad de obrar del menor.

Es conocido que el derecho antiguo establecía la mayoría de edad más o menos en relación con la aparición de la pubertad, mientras que en la Edad Moderna se tendió a elevar la mayoría de edad. Particularmente, la influencia del Código de Napoleón generalizó en los países europeos y americanos la edad de 21 años. En España, el Fuero Real la había situado en los 20 años y el Fuero Viejo de Castilla, en los 16, pero las Partidas generalizaron los 25 años (con origen en el Derecho Romano), hasta que el Código Civil la situó en los 23 años. En 1943 se rebajó a los 21, concordando así el Código Civil con el Código de Comercio, que había admitido los 21 años como edad que capacitaba para ejercer el comercio.

La corriente generalizada en los países occidentales en las últimas décadas había ido situando la mayoría de edad en los 18 años; por lo que en la elaboración de la Constitución se recogía en el artículo 11 del Anteproyecto que «los españoles adquieren la plenitud de derechos políticos cumplidos los 18 años».

Sin embargo, finalmente, se aceptó una enmienda que generalizaba el precepto (que hubiera dado lugar a una mayoría de edad civil y a una mayoría de edad política diferentes), quedando regulada por el artículo 12 en los siguientes términos: «los españoles son mayores de edad a los 18 años». No, obstante, la mayoría de edad había ya quedado establecida en los 18 años antes de la entrada en vigor de la Constitución mediante el Real Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978, que

modificaba el Código Civil (1). Actualmente el Código Civil, desde la reforma de 1981, establece en su artículo 315, de conformidad con el artículo 12 de la Constitución, que la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos.

Nos encontramos, por tanto, con que jurídicamente la minoría de edad es la condición de las personas antes de cumplir los 18 años. Pero ni el artículo 12 de la Constitución ni el Código Civil, una vez desaparecido el antiguo artículo 32, establecen genéricamente una incapacidad, ni en el ámbito público ni en el privado. Sin embargo, aun habiendo sido suprimido el artículo 32, el Código Civil mantiene que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre; potestad que comprende (CC, artículo 154):

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.
- Corregirles razonable y moderadamente.

Lo cual supone que estas facultades de la potestad de los padres implican como contrapartida las respectivas restricciones a la capacidad de ejercer derechos de los hijos (libertad de domicilio, administración de bienes, etc.). El Código establece además las *obligaciones* de los hijos (CC, artículo 155) de obedecer a sus padres mientras estén bajo su potestad y de respetarlos siempre y contribuir equitativamente al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con la familia.

Este esquema general de sometimiento a la potestad de los padres permite a los autores sostener consecuentemente que aunque «la condición y la capacidad general de los menores no está establecida con claridad en el Código (...), es indudable, sin embargo, que la regla general es la incapacidad de los menores» (2). La doctrina, por ello, suele describir como excepción los casos en los que el menor tiene, de acuerdo con la Ley, una capacidad más o menos amplia para realizar determinados actos jurídicos.

La conclusión es, por tanto, clara. El jurista, incluso el estudiante de Derecho, contesta a nuestra pregunta inicial que el niño *tiene derechos* (prácticamente todos los derechos), aunque es genéricamente incapaz de obrar, es decir, de ejercitarlos. Y efectivamente, así es; si bien el punto de vista ideológico del Derecho Civil moderno es el del hombre como titular de derechos patrimoniales y la consideración del derecho subjetivo bajo la categoría del derecho de propiedad (CC, ar-

(1) El Real Decreto Ley 33/1978 de 16 de noviembre tuvo como finalidad y efecto que los mayores de 18 años pudieran participar en el referéndum constitucional, pero además extendía «la mayoría de edad a los 18 años a todos los preceptos del ordenamiento jurídico en relación con el ejercicio de cualesquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de cualquier naturaleza». Hay que destacar que no es en absoluto normal que las Constituciones regulen la mayoría de edad en términos generales. La discusión constitucional versó sobre si se regularía la mayoría de edad a efectos políticos o a todos los efectos.

(2) Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 1, volumen II (edición actualizada por José L. de los Mozos). Madrid, Reus, 1984, p. 180.

título 348). No es de extrañar que el Código Civil dedique una frase a la educación (antes decía que los padres tenían el «deber de educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna» y ahora dice que deben «educarlos y procurarles una formación integral») y dedique bastantes artículos a regular la administración de los bienes de los hijos de forma completa y detallada o, por poner otros ejemplos, a que el tutor necesite autorización judicial para enajenar o gravar bienes, renunciar a derechos, someterlos a arbitraje, partir herencias, dividir cosas comunes, hacer gastos extraordinarios, entablar demandas, etc., e igualmente para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación especial. Pero no necesita autorización judicial para decidir el tipo de educación del tutelado, el lugar de su residencia, su veraneo, su formación religiosa, etc. O lo que es lo mismo, el objeto principal de protección jurídica es el patrimonio. En el fondo de la ideología liberal individualista de la codificación *late claramente la preocupación no de que un niño pueda ser propietario, sino de que los propietarios, al menos durante algún tiempo, tengan que ser niños.*

2. LOS MENORES ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Mientras que el Derecho Privado, nacido de los ideales revolucionarios, dejaba casi perfectamente garantizados la plena capacidad jurídico-privada del propietario-niño, la general incapacidad de obrar del propietario-niño y los sistemas de representación mediante la patria potestad, la tutela, la curatela y, en su caso, la intervención judicial para el ejercicio de los derechos del propietario-niño, los llamados derechos públicos subjetivos siguieron un desarrollo notablemente más limitado y discriminatorio. La consideración inicial de los derechos humanos fundamentales como derechos públicos subjetivos tomaba como presupuesto la autonomía o soberanía individual, manifestación de la libertad y la igualdad originarias del hombre; pero el hombre considerado como un ser racional y plenamente autónomo. Por ello, las posiciones liberales más clásicas hacían compatible la afirmación de los derechos humanos basados en la libre e igual condición de los hombres con la marginación de determinados colectivos humanos, como las mujeres, los menores e incluso los trabajadores (3).

En el Derecho Público, donde se fueron desarrollando paulatina y conflictivamente los derechos políticos y civiles, quedaba como valor entendido que los menores de edad carecían de la autonomía necesaria para ser considerados titulares

(3) En este sentido, consúltese Prieto, L. «Los derechos fundamentales y el menor de edad», en *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1983, p. 184), donde se cita a Benjamin Constant. No es necesario recordar, para sostener la afirmación, la conflictiva evolución de problemas como el del sufragio universal.

Una regulación proteccionista de los menores se desarrolló paulatinamente en el Derecho Laboral y en el Derecho Penal; en el Derecho Laboral, además, con un importante desarrollo de Convenios y recomendaciones internacionales. Sin embargo, no me ocupo ahora de ellos, dado que el objeto principal de este estudio es contraponer la diferente consideración generalizada del niño como titular de derechos patrimoniales y excluido de la titularidad de derechos fundamentales.

de la libertad de expresión, la libertad de asociación o reunión, el derecho de sufragio, etc.

Esta consideración inicial, e históricamente explicable, debe hacernos comprender que un filósofo del Derecho se planteara serias dudas ante nuestra inocente pregunta o, más aún, que una gran parte del pensamiento filosófico-jurídico hubiera contestado sin mayor problema negativamente. Por ejemplo, un autor tan cualificado y nada sospechoso de conservadurismo como Hart, en su trabajo *¿Hay derechos naturales?*, afirma que adscribir derechos a los niños o a los animales es hacer un uso forzado de la expresión «derecho subjetivo» (4). O, entre nosotros, el Profesor Luis Prieto, tampoco sospechoso de conservadurismo, se ve obligado a afirmar que «el uso ambiguo o retórico de un concepto prestigioso (el de derechos humanos) ha provocado (...) la aparición de una teoría particular o específica de los derechos humanos del menor que tiene muy poco en común con el significado que dicha expresión tiene tanto en el lenguaje corriente como en el técnico-jurídico» (5). Valgan estas dos referencias para un modo de pensar absolutamente mayoritario que concibe en cualquier caso los derechos humanos como expresión de la libre e igual condición de los seres humanos adultos (6) y, por ello, como el ámbito de ejercer libremente su voluntad o de satisfacer libremente sus intereses. No hay que extrañarse, en consecuencia, de que en 1976 el Profesor MacCormick, de Edimburgo, publicase un trabajo con el título *Los derechos de los niños: Una prueba para las teorías de los Derechos* (7).

Frente al punto de vista dominante de que los derechos humanos corresponden al «ser humano adulto capaz de elección» y de que sólo de modo impropio puede hablarse de «derechos de los niños», se han hecho algunos esfuerzos teóricos en sentido contrario. Es interesante, por ejemplo, el de Melden, quien afirma los derechos de los niños (incluso lactantes) partiendo de un punto de vista voluntarista e individualista, común en las ideas dominantes (8).

Melden constata las dificultades teóricas convencionales, para afirmar rotundamente los derechos de los niños y de los incapaces, y tras un complejo y detallado análisis defiende una postura positiva en términos que me recuerdan lo

(4) Hart, H. L. A. «¿Hay derechos naturales?», en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 74-75 (orig.: «Are there any natural rights?», *Philosophical Review*, 64): «Si en el uso común se habla de los derechos de los animales o de los niños de corta edad, se hace una aplicación innecesaria de la palabra «derecho» (*a right*), que servirá para confundir la situación con otras situaciones morales diferentes en las cuales la palabra «derecho» (*a right*) tiene una fuerza específica y no puede ser distinguida por las otras expresiones morales que he mencionado» (se refiere a expresiones como «es incorrecto», «no se debe», etc.).

(5) Prieto, L. «Los derechos fundamentales y ...», *op. cit.*, p. 203.

(6) Hart, H. L. A. «¿Hay derechos naturales?», *op. cit.* p. 65. Establece su teoría, desde un principio, en relación con «todo ser humano adulto, capaz de elección».

(7) MacCormick, N. «Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights». *Archiv für Rechts und Sozial Philosophie*, 62, 1976, pp. 305-317. En el mismo número de la Revista, y en polémica con MacCormick, puede verse Floud, J. E. «A Right to Education: A Test-Case for a Theory of Children's Rights», pp. 319-327.

(8) Melden, A. I., *Los derechos y las personas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1977 (orig.: *Rights and Persons*, Oxford, Basil Blackwell, 1977).

que acabo de decir sobre el propietario-niño. Es decir, se apoya en que no hay un concepto sustantivo de niño o infante, sino el de «un ser humano en su infancia», y de ello concluye que «la concepción de un infante se vincula de un modo (tan) esencial con la vida de un ser humano, respecto de la cual la infancia es sólo una etapa». Por ello, «en virtud del futuro, en el caso de los infantes, así como en virtud del pasado, en el caso de aquellos que ahora están incapacitados por una prolongada falta de conciencia o estado de coma (...), los consideramos como personas» (9).

Otro camino distinto siguió MacCormick en el trabajo citado. Diríamos que en lugar de forzar la aplicación de la teoría a la realidad (asumiento como realidad que nadie se atreviera a negar que un niño, por ejemplo, tiene derecho a la vida o a la educación), se planteó el cambio de la teoría, desarrollando las diferencias (clásicas en la teoría moderna de los derechos) entre las teorías de la voluntad y las teorías del interés, y se redefinió en términos no voluntaristas la idea de *derecho subjetivo* (10). Partiendo de MacCormick, en un trabajo del año 1982 expliqué los derechos humanos en términos de necesidad. Decía entonces que «tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; concretamente, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso». Esta idea supone que los derechos siempre implican deberes ajenos para satisfacerlos, que los derechos son axiológicamente anteriores a los deberes y que la afirmación de un derecho exige, entre otras cosas que alguien tenga *posibilidades* de satisfacer ese derecho (esa necesidad).

Soy consciente de que una definición de los derechos de este signo es fácilmente impugnabile, por aparente antiliberalismo, al sustituir la idea dominante de que lo justo es «dar a cada uno lo suyo» (*ius suum cuique tribuendi*) por la de que lo justo es «dar a cada uno según sus necesidades», exigiendo de los demás «según sus posibilidades». Pero ya entonces dije que esta afirmación, de claras resonancias marxistas, no se contradecía con mi convicción de que entre las primeras necesidades del hombre está la de «vivir como un hombre libre» (11).

Desde este punto de vista no es necesario forzar la teoría para afirmar que los niños tienen derechos, o incluso que sólo paulatinamente ciertos derechos, como la libertad o la participación, se van desarrollando, siendo previos en las primeras fases de la infancia otros derechos como la vida, la salud o la educación. Tampoco hay que forzar la teoría para afirmar que el niño tiene derechos, aunque no pueda

(9) Melden, A. I. *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 411-412.

(10) MacCormick, N. «Children's Rights...» *op. cit.*, p. 311: «To ascribe to all members of a class C a right to treatment T is to presuppose that T is, in all normal circumstances, a good for every member of C and that T is a good of such importance that it would be wrong to deny it to or withhold it from any member of C.»

(11) Hierro, L. L. *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*. Sistema n.º 46. Madrid, 1982, p. 61.

hacerlos valer por sí mismo y aunque en su mayor parte sean derechos obligatorios cuyo disfrute no es renunciable por el niño ni por nadie en su nombre (12). Tampoco esta idea debe resultar extraña, pues el adulto igualmente tiene derechos obligatorios (es decir, a cuyo ejercicio no puede renunciar), y no sólo en el ámbito económico-social, como suele decirse; por ejemplo, cabe citar la igualdad ante la Ley, o el derecho de defensa.

Desde este enfoque podemos sostener que los niños tienen derechos y que, por ello, alguien ha de asumir obligaciones respecto a los niños. Y esto es una afirmación moral más fuerte que el aseverar simplemente que es bueno tratar a los niños (como a los animales o a las plantas) de determinada forma y no de otra.

Si, como creo, la preocupación subyacente al Derecho Privado liberal era la de que los propietarios inevitablemente fueran niños durante algún tiempo, *nuestra preocupación estriba en que los seres humanos son inevitablemente niños durante algún tiempo*. No podemos establecer los derechos de los niños como si se tratara de un grupo marginal de la sociedad humana. Se trata, por el contrario, de *tomarse en serio que los niños son seres humanos*.

Luis Prieto ha dicho que no deberíamos dedicarnos a «buscar un concepto especial o retórico de derechos humanos que permita hablar de *los derechos humanos del menor*» (13). Lo que yo creo es que un concepto general de los derechos humanos formulados en términos de necesidad, y no en términos liberal-individualistas, permite, sin especialidad ni retórica alguna, hablar de los derechos humanos del menor. Por lo demás, estoy de acuerdo con él en el paso siguiente: «Parece más útil y conveniente procurar investigar los supuestos en los que se justifica la exclusión del menor del ejercicio de determinados derechos o su limitación y constatar aquellos otros supuestos en los que la protección aparece reforzada en atención a la minoría de edad» (14).

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES: UNA NUEVA CONVENCIÓN

Señalaba al principio que otra respuesta decididamente afirmativa, aunque lo fuera desde puntos de vista muy distintos, sería la de las personas comprometidas con la protección y promoción de la infancia. Ellos saben que, como consecuencia del impacto de la Primera Guerra Mundial, la V Asamblea General de la Liga de las Naciones aprobó en 1924 la llamada Declaración de Ginebra; declaración que contenía cinco principios muy genéricos:

(12) Hierro, L. L. *¿Derechos humanos...?*, *op. cit.*, sobre la diferencia entre derechos discrecionales y derechos obligatorios (pp. 57-58). Una aplicación de la misma teoría a los derechos de los enfermos psíquicos ámbito en el que el derecho al tratamiento se plantea en términos análogos a los del derecho a la educación puede verse en Hierro, L. L. «Psiquiatría y Derechos Humanos», *Psicopatología*, 2 (4), Madrid, 1982, pp. 323-330.

(13) Prieto, L. «Los derechos fundamentales y...» *op. cit.*, p. 188.

(14) *Ibidem*, p. 188.

1. El derecho a un desarrollo moral, físico y mental.
2. La alimentación de los niños hambrientos.
3. El cuidado de los niños enfermos.
4. La resocialización de los niños marginados.
5. El cuidado de los niños abandonados o huérfanos.

Como principios generales establecía también:

- la preferencia asistencial en caso de desastre
- la prohibición de explotación
- la educación conforme a sus cualidades.

El efecto de la Segunda Guerra Mundial y el desarrollo de las Naciones Unidas condujeron luego a una Segunda Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que desarrollaba un poco más el contenido de la anterior, en diez principios:

- la igualdad
- el superior interés del niño
- la identidad y la nacionalidad
- la salud y la seguridad social
- el especial tratamiento de los impedidos o disminuidos
- el desarrollo pleno y armonioso en el ámbito familiar
- la educación
- la preferencia en caso de desastre
- la prohibición de la explotación
- la protección contra la discriminación

El 20 de noviembre de 1989, coincidiendo precisamente con el 40 aniversario de la declaración, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una nueva Convención sobre los Derechos del Niño, cuya iniciativa tuvo Polonia en 1978 y que hasta este momento (noviembre de 1989) ha obtenido la ratificación de Ecuador, Vietnam y Ghana. Es cierto que una Convención tiene más valor vinculante, en cuanto tratado internacional de carácter multilateral, que las Declaraciones (15). «La Convención será jurídicamente vinculante para los Estados que la ratifiquen», dice Lopatka; aunque todos conocemos la relativa fuerza obligatoria de los tratados internacionales (más todavía cuando se trata de estos temas).

(15) Sobre el valor jurídico de la Convención y su significado he consultado el trabajo de Adam Lopatka *Why is the International Convention on the Rights of the Child indispensable?*, trabajo cuya publicación no me consta y al que he podido tener acceso en un *dossier* facilitado por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales, a cuyo titular, D. Juan Carlos Mato, le expreso mi agradecimiento.

Aun con este distanciamiento crítico, no podemos infravalorar el avance que supone no sólo en su fuerza jurídica, sino también en su propio contenido, que intentará sistematizar para establecer cuáles son los derechos hoy atribuibles a los niños.

La Convención entiende por niño (artículo 1) «todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». El Proyecto dedica los artículos 2 a 41 a la declaración de los diversos derechos; los artículos 42 a 45, a regular la propia eficacia de la Convención y a establecer un Comité de los Derechos del Niño con funciones de vigilancia e información, y los artículos 46 a 54, a regular la ratificación y la modificación de la propia Convención.

Como suele ocurrir en las Declaraciones Internacionales, no se sigue un determinado esquema teórico; por lo que permite reordenar su contenido, conforme a un esquema sencillo y generalmente admitido, en tres bloques correspondientes a los valores de *igualdad, libertad y seguridad*. Como dice Eusebio Fernández, «de la idea de dignidad humana se derivan unos valores que han de fundamentar los distintos derechos humanos. Estos valores son la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad. El valor *seguridad-autonomía* fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica, el valor *libertad* fundamenta los derechos cívico-políticos y, finalmente, el valor *igualdad* fundamenta los derechos económico-sociales y culturales» (16).

3.1. Los niños y la seguridad

Entendiendo la seguridad como aseguramiento de la personalidad, podemos incluir en este primer núcleo de derechos el derecho a la vida (art. 6) y el derecho a la protección y el cuidado («*the right to care and nurture*»), tradicionalmente elaborado por la doctrina como derecho básico de los niños, que recae sobre los padres, los tutores o, subsidiariamente, las Instituciones Públicas (arts. 3, 18 y 27); lo que lleva consigo un derecho del niño al ambiente familiar (arts. 5, 10 y 20), aunque con respecto a otros tipos de organización familiar, conforme a la costumbre (art. 5), y una especial consideración de la adopción como institución especial sustitutiva de la familia natural (art. 21).

El derecho a la integridad física, particularmente contra la violencia, el maltrato o la explotación, es recogido en el art. 19; estableciéndose también una obligación subsidiaria de carácter institucional y una protección judicial.

La seguridad personal supone, asimismo el derecho del niño a una identidad y, por tanto, a un nombre, a una nacionalidad y a un *status* familiar (arts. 7 y 8), así

(16) Fernández, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Debate, 1984, p. 120. Hay que matizar que no se trata, con esta clasificación axiológica, de establecer «compartimentos estancos» (p. 124). Un esquema similar utilicé yo mismo en relación con los enfermos mentales en «Psiquiatría...» *op. cit.*, (pp. 326 y 327).

como también ciertos derechos a la intimidad, protegidos por la prohibición de intervenir arbitrariamente en la vida privada, el domicilio, la correspondencia o de atentar a la honra o reputación (art. 16).

La seguridad, en su sentido jurídico más tradicional, se recoge igualmente en el artículo 11, en calidad de protección contra el secuestro y el tráfico ilícito, y en los artículos 37 y 40, como seguridad jurídica, es decir, como aplicación a los niños del derecho a la legalidad de las penas, la prohibición de la tortura y las penas crueles e inhumanas, la prohibición de la pena capital y de la prisión perpetua. Se incluye la presunción de inocencia, la información de la acusación, la independencia e imparcialidad del órgano sancionador, la no obligación de declararse culpable y, junto a esta generalización de los principios civilizados del Derecho Penal para los niños (*lo que supone una total ruptura con el paternalismo vigente todavía en esta materia en nuestro país, y en tantos otros*), se incluye también la posibilidad de establecer una edad mínima, anteriormente a la cual se supone que no hay responsabilidad penal, una justicia especializada de menores y alternativas a la pena de internamiento (art. 40, apartados 3 y 4).

3.2. *Los niños y la libertad*

Es en este aspecto en el que la Convención aporta más novedades (frente a la inercia tradicional que hemos visto manifestarse en la teoría), al reconocer el derecho de los niños a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 14) —aunque permitiendo una competencia de los padres o tutores en dirigir al niño a lo largo de su evolución—; la libertad cultural, lingüística y religiosa —en relación con la pertenencia del niño a minorías de carácter étnico, lingüístico o religioso— (art. 30); la libertad de expresión y, consecuentemente, de recibir y difundir información (arts. 1 y 17) —aunque protegiendo al niño contra la información perjudicial—; la libertad de asociación y reunión (art. 15) y un cierto derecho a la participación en los asuntos que le afecten (art. 12 y, en relación con la vida cultural y artística, art. 31).

La declaración de que el niño goza de estas libertades, incluso con la gradación que se introduce, representa un decidido paso adelante respecto a lo que constituye la tradición vigente en los países políticamente desarrollados y también un triunfo del punto de vista teórico de que, efectivamente, los niños tienen derechos.

3.3. *Los niños y la igualdad*

La igualdad como exigencia formal (es decir, no discriminación por raza, color, sexo, etc.) viene reconocida en el artículo 2, con la peculiaridad extensiva de que tampoco el niño sea discriminado por causa o condición de sus padres o tutores; en tanto que igualdad material, se reconoce el derecho a la salud y a la se-

guridad social (arts. 24 y 27), al bienestar y al desarrollo integral de la persona (art. 27), a la educación y, concretamente, a la igualdad de oportunidades en la educación (art. 28 y 29) y al descanso y esparcimiento (art. 31). Un tratamiento especial se da a los menores impedidos mental o físicamente en los arts. 23 y 25. Asimismo, se obliga a los Estados a promover la recuperación física y psicológica y la integración social de los niños víctimas de abandono, explotación, maltrato o conflicto armado (art. 39).

3.4. *Los niños y la discriminación inversa*

La discriminación inversa es, a pesar de su complejo desarrollo teórico y práctico en las últimas décadas, el principio que legitima el tratamiento privilegiado de situaciones arbitraria o injustamente discriminadas. La Convención se refiere a lo que en algunas ocasiones podríamos considerar discriminación inversa. Un ejemplo puede ser la recomendación de que los menores de 15 años no participen en las hostilidades armadas (art. 38) o la recomendación de una edad mínima para trabajar (art. 32).

Pero lo que merece la pena ser destacado es que hay en el Proyecto de Convención la afirmación de un principio general de discriminación inversa en favor del niño, que recoge el artículo 3 y aparece en otros artículos. Se trata del principio del «interés superior del niño» que convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos. Significa esto, a mi entender, que el principio humanitario primitivo en favor de los niños, que ya contenía la Declaración de Ginebra para casos de desastre, se convierte ahora en principio inspirador y jerarquizador del reconocimiento jurídico de los derechos de los niños.

4. CONCLUSIÓN

Si se ratifica, como cabe esperar, esta Convención, tras sus 11 años de gestación, se habrá dado un gran paso. Al sistematizar su contenido, he omitido naturalmente algunos aspectos concretos o matices. Pero se puede afirmar con seguridad que es un texto suficientemente completo y claramente innovador.

Es sabido que su aprobación exige luego un lento y complicado proceso de ratificación —ya que la Convención sólo entrará en vigor el trigésimo día siguiente al del depósito del vigésimo Instrumento de Ratificación (art. 49)—, que la capacidad de coerción de los tratados internacionales es sumamente débil y que la efectiva aplicación por los Estados será todavía más lenta y compleja.

En países de alto grado de consolidación democrática y desarrollo económico-social (entre los que hoy cabe incluir a España) la Convención servirá de impulso

para modernizar los aspectos más inertes, como el Derecho Penal de Menores (17); ya que aspectos como la seguridad y la igualdad formal están plenamente consagrados y los aspectos exigidos por la igualdad material y la especial protección de los marginados por abandono familiar o social son un desafío, vigente y asumido, para nuestras Administraciones Públicas.

Esta visión relativamente optimista y esperanzada se ensombrece al mirar hacia el amplio panorama del subdesarrollo económico, la tiranía política o la conflictividad armada, en el que los niños siguen siendo una humanidad especialmente doliente, porque son especialmente inocentes; y entonces no queda más remedio que pensar, con un punto de escepticismo y mucha más humildad, si nuestros esfuerzos teóricos y técnico-jurídicos servirán para algo, y reavivar la convicción ética que nos movía en 1968 cuando escribíamos en las paredes: «Todos los niños son los niños de todos».

(17) Un análisis general sobre los derechos fundamentales del menor en España, con particular énfasis en la seguridad jurídica en el orden penal, puede verse en Prieto, L. «Los derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 188 y ss.