

5. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

por CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ
Profesora de Derecho Internacional Público.
Universidad de Sevilla

Introducción

Los derechos del niño siguen ineludiblemente un curso paralelo a los derechos de todas las personas, y muchas de las penalidades y necesidades que padecen los niños y niñas pueden generalizarse al resto de la población. A pesar de ello, una mínima sensibilidad humana exige atender en primer lugar al más indefenso; igualmente es cierto que la consecución del reconocimiento «real» en el día a día de cada país y, de cada comunidad, de los derechos del niño no es posible si paralelamente no hay un avance en el reconocimiento de los derechos de todas las personas. De esta forma la protección de la infancia aparece estrechamente vinculada a la protección de la persona.

Al analizar la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en el ámbito del ordenamiento jurídico español, nuestro método será el siguiente: partiendo del texto de la Convención nos detendremos en las peculiaridades de nuestro ordenamiento respecto a la incorporación de un tratado internacional; posteriormente nos centraremos en la adaptación del ordenamiento español a la Convención de Naciones Unidas, con especial incidencia en el ámbito civil y ámbito penal. Este análisis se complementa con el estudio de la aplicación de la Convención en el marco de la Comunidad Autónoma Andaluza. El planteamiento expuesto nos permite formular una serie de conclusiones valorativas de la protección de la infancia en el ámbito del Estado español.

5.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

5.1.1. La gestación y significado de la Convención

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (en adelante la Convención de Naciones Unidas) es el instrumento por excelencia de la protección de la infancia en el marco de la Organización de Naciones Unidas¹. Su gestación tiene origen² en un proyecto presentado en 1978 por el gobierno de Polonia a la Comisión de Derechos Humanos respecto a una Convención de las Naciones Unidas relativa a los Derechos del Niño. Este primer intento se vio sucedido por once años de trabajo, con la intervención durante los debates de representantes de cuarenta y tres países, así como de los representantes de treinta organizaciones no gubernamentales que integraron las distintas comisiones coordinadas por el representante de Polonia³.

El proyecto de Convención fue presentado, a petición de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y social, en el mes de noviembre de 1989 coincidiendo con el XXX aniversario de la Declaración de Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas. La Convención, después de su adopción por el Asamblea General, quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990.

La Convención tuvo un éxito sin precedentes⁴, fue firmada por sesenta y un países entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990 para los veinte Estados que habían procedido a su ratificación. Para los demás Es-

¹ De forma unánime se considera que la Convención marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

² El antecedente normativo directo de la Convención de 1989 lo encontramos en la *Declaración de los Derechos del Niño*, Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1959.

³ Un análisis de la evolución seguida desde la presentación del proyecto polaco en 1978 hasta la adopción de la Convención en 1989 puede verse en ÁLVAREZ, MARÍA ISABEL: *Los Derechos del Niño*, UPCO, Madrid, 1994, pp. 77 a 79.

⁴ El éxito de la ratificación de la Convención ha sido reconocido de forma unánime en el ámbito doctrinal, entre otros CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas», *La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI*, Miguel Ángel Verdugo y Víctor Soler-Sala (eds.), Ediciones Universidad Salamanca, p. 96; RUIZ-GIMÉNEZ, J.: «La Convención de los derechos del niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)», *La Convención...*, *op. cit.*, p. 90; FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La protección internacional de los derechos del niño*, Justicia de Aragón, 1994, Zaragoza, p. 43.

tados la Convención entrara en vigor treinta días después de que la ratifiquen o se adhieran a ella⁵.

El texto aprobado es «el primer tratado internacional, universal y multilateral que de una manera general, establece los derechos internacionales reconocidos del niño como ser humano». La Convención se dirige a establecer normas universales de protección de la infancia principalmente contra el abandono, la explotación y los malos tratos⁶.

5.1.2. *El contenido normativo de la Convención*

La Convención de Naciones Unidas ha sido mayoritariamente calificada de «Carta Magna a favor de la infancia»⁷; se trata de un texto sencillo que tiene como contenido fundamental el establecimiento de normas universales de protección de la infancia. El esquema de la Convención responde a un texto encabezado por un Preámbulo, seguido por 54 artículos en los cuales se modifican y cristalizan las normas ya existentes e introduce otras nuevas de gran importancia.

El Preámbulo de la Convención está basado en el de su antecesora la «Declaración de 1959» con referencias a principios *tomados* de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido, una constante en los distintos estudios realizados sobre la Convención que nos ocupa es la relación establecida entre ambos textos internacionales⁸. La específica protección de la infancia obedece a la necesidad de reforzar dicha protección respecto a los más indefensos en la sociedad.

⁵ El artículo 49 del Convención establece que:

«1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión».

⁶ La protección internacional de la infancia se caracteriza por un abundante cuerpo normativo: Véase *Código sobre protección internacional de la infancia*, Textos Legales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, Madrid.

⁷ La calificación de la Convención como «Carta Magna de la protección de la infancia» fue utilizada por la profesora PÉREZ VERA, E.: «El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993-1, p.13; posteriormente esta calificación se ha utilizado entre otros por FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La protección...*, *op. cit.*, p. 32.

⁸ De forma específica sobre este tema véase PICADO, S.: «Los derechos de los niños son derechos humanos», *La Convención...* *op. cit.*, pp. 67-74; GROS ESPIELL, H.: «Los derechos del niño en América Latina», *La Convención...* *op. cit.*, pp. 113-114.

El articulado de la Convención comienza determinando el ámbito de aplicación de los derechos en ella reconocidos, circunscrito a todo menor de dieciocho años. La fijación de esta edad mínima hace que corresponda a las legislaciones de cada uno de los Estados, el tratamiento de todas aquellas circunstancias que de alguna forma produzcan variación en la actuación de un menor de edad; efectivamente no es lo mismo la protección y los especiales cuidados que necesita un niño⁹ hasta los siete u ocho años que la atención que necesita durante la etapa de la pubertad o de la juventud¹⁰.

En este contexto cobra toda su relevancia la afirmación de la profesora Pérez Vera al considerar que: «*En suma, aunque la regla básica en la materia, a partir de la Convención, fija en los dieciocho años la frontera entre niño y adulto, entre minoridad y mayoría, la aplicabilidad de su normativa en cada caso concreto queda sujeto a un proceso de interpretación, presidido por la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación de un principio general del Derecho, sino por expreso imperativo convencional*»¹¹.

Los derechos de los niños, regulados a lo largo de los 53 artículos restantes que conforman la Convención, son susceptibles de ser clasificados en cuatro categorías con clara preeminencia de los derechos civiles junto a derechos sociales, culturales y económicos. Dentro de los derechos civiles del niño es posible distinguir un triple nivel: un nivel primario constituido por los derechos denominados «derechos fundamentales», un nivel secundario formado por los derechos del niño en su relación con los demás y un nivel terciario regulador de los derechos del niño relativos a su ámbito familiar¹².

En el primer nivel se regulan el derecho del niño a la vida (art. 6.º); el derecho a tener un nombre y una nacionalidad (arts. 7.º y 8.º); el derecho a tener un nivel de vida adecuado (art. 27.º); el derecho a no ser privado de su libertad (art. 37.º) y a una administración de la justicia adecuada a su edad (art. 40.º). En el segundo nivel destaca un conjunto de libertades

⁹ A diferencia de lo establecido en la Declaración de 1959 la Convención de 1989 sólo hace referencia a la figura del *nasciturus* en el Preámbulo. Incluso, la referencia en el Preámbulo es indirecta y ambigua al proclamar que el niño necesita protección y asistencia «tanto antes como después del nacimiento». Sin duda alguna, fue la legalización del aborto lo que motivo que se apartara este tema del contenido de la Convención.

¹⁰ ÁLVAREZ, MARÍA ISABEL: *Los Derechos del Niño...*, op. cit., p. 100.

¹¹ PÉREZ VERA, E.: «Garantía internacional de los derechos sociales», *El Convenio sobre los Derechos del Niño*; Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, p. 176.

¹² En opinión de FAYA BARRIOS la Convención de Naciones Unidas regula exclusivamente lo que en la doctrina internacionalista ha venido en denominarse «derechos de primera generación»; FAYA BARRIOS, A. L.: «La protección internacional del menor», *Protección jurídica del menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, 1997, p. 262.

fundamentales novedosas en la protección de los niños, en el que destaca el derecho del niño «que esté en condiciones de formarse un juicio propio» a expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan, teniendo en cuenta «la edad y la madurez del niño» (art. 12); el «derecho a la libertad de expresión» (art. 13); el «derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»¹⁵ (art. 14.º); el «derecho de libertad de asociación» (art. 15); el «derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques legales a su honra o a su reputación» (art. 16); el «derecho a que las informaciones recibidas tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental». En el tercer nivel, por último, se regula la necesidad del ambiente familiar en el crecimiento del niño; así los artículos 5.º, 9.º, 10.º, 18.º, 20.º, 21.º, 38.º, y 39.º tienen este objetivo fundamental.

El conjunto de derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas están complementados en su interpretación, aplicación y garantía de efectividad por una serie de principios normativos básicos proclamados igualmente en la Convención, así principios como la no discriminación y el principio del interés superior del niño¹⁶.

El principio de no discriminación se consagra en el artículo 2 de la Convención tras una enumeración minuciosa de todas las causas que pueden violar el principio de igualdad; se detallan razones como el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del menor, de sus padres o de sus tutores.

Sin duda alguna, el principio inspirador del espíritu de la Convención es el «interés superior del niño» consagrado en el artículo 3¹⁵. De esta forma, todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del niño, correspondiendo al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

¹⁵ El derecho a la libertad, conciencia y religión de los niños es objeto de un interesante estudio por parte de JIMÉNEZ LÓPEZ, J.: «Derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión de los menores de edad», *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 197-211.

¹⁶ Estos principios son en palabras del Sr. Ruiz-Giménez el principio de «protección universal», el principio del interés superior del niño, el principio de subsidiariedad y los principios procesales de vigilancia, educación y exigencia de responsabilidades y sanciones contra los Estados, por acción u omisión, a través del Comité de los Derechos del Niño, y de los órganos rectores de las Naciones Unidas. «La Convención de los derechos del niño...», *op. cit.*, p. 88.

¹⁵ El principio del interés superior se refleja en varios preceptos de la Convención si bien su formulación más amplia e importante se encuentra en el artículo 3.

El principio del interés superior del niño presenta en su análisis una doble perspectiva: desde la positiva, dicho principio incluye todo el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño; desde la negativa, es un principio vago, general y abierto que puede ser manipulado. Es un principio indeterminado¹⁶ cuya doble perspectiva ha sido objeto de abundantes estudios doctrinales; significativamente los países desarrollados inciden más en el aspecto positivo del concepto, frente a los países en vías de desarrollo que muestran un cierto recelo ante dicho concepto por la arbitrariedad que puede presentar.

El esquema de la Convención anteriormente expuesto estaría carente de contenido si no se reflejase en obligaciones expresas respecto a los Estados Partes. Este punto, sin embargo, supone una de las más graves debilidades de la Convención ante la vaguedad de la mayoría de las disposiciones de la Convención que pueden ser calificadas en opinión del profesor Carrillo Salcedo de «obligaciones de buena voluntad»¹⁷. En este sentido, son especialmente significativos los artículos 23 y 24 los cuales prácticamente no comprometen a nada jurídicamente.

De esta forma, el cumplimiento de la Convención por los Estados firmantes se muestra como una tarea fácil ante las escasas exigencias de la misma y, especialmente ante la carencia de un mecanismo de control efectivo de posibles incumplimientos¹⁸. Esta afirmación debe ser matizada según se trate de un Estado desarrollado o de un Estado en vías de desarrollo; los problemas de la infancia con una base común, pero con diferencias en un tipo de Estado u otro, determinarán la respuesta de éstos a la Convención. Especial objeto de análisis por nuestra parte es el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la Convención en el ámbito del ordenamiento jurídico español.

5.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como tratado internacional en el marco del ordenamiento jurídico español

El ordenamiento jurídico español sigue un sistema especial de aplicación de los Tratados internacionales en el que se distingue como etapas

¹⁶ FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La protección internacional...* *op. cit.*, p. 42; FERNÁNDEZ CASADO, M. D.: «Una aproximación al interés superior del niño», *Protección jurídica...* *op. cit.*, p. 247; ALBERT MUÑOZ, M. A.: «Especialidades de los procesos en los que interviene el menor», *Protección jurídica...* *op. cit.*, pp. 170-171; ALSTON PH.: «The best interests of the child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values», *La Convención...* *op. cit.*, pp. 253-289.

¹⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Procedimientos para la protección...», *op. cit.*, p. 96.

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *supra*, p. 97.

distintas la recepción de la norma internacional, la jerarquía de ésta respecto a la norma interna y su aplicación por parte de los Tribunales españoles. La recepción se encuentra regulada en el artículo 96 de la Constitución al establecer, en el primer inciso de su apartado, que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno».

Este precepto constitucionaliza la cuestión¹⁹, a la vez que matiza las exigencias que ya exigía el artículo 1.5 del Código Civil, a cuyo tenor «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

La publicación de los tratados en el *Boletín Oficial del Estado* tendrá un triple sentido. Primero, cerrará el proceso de celebración del tratado; segundo, incorporará las disposiciones del tratado al ordenamiento jurídico español, tercero, permitirá el conocimiento de esas disposiciones tanto por los poderes del Estado como por los particulares, permitiendo la aplicación de las mismas a todos los niveles.

En este orden de cosas España firmó la Convención de Naciones Unidas el 26 de enero de 1990 y depositó su instrumento de ratificación el 6 de diciembre del mismo año. La Convención que fue publicada en el B.O.E número 313, de 31 de diciembre de 1990, esta vigente para España desde el 5 de enero de 1991.

Por lo que respecta a la jerarquía de las normas convencionales internacionales una vez que forman parte de nuestro ordenamiento la situación es ambigua por determinadas técnicas de redacción; Así según se desprende del artículo 96 de la Constitución ninguna disposición interna puede modificar las disposiciones contenidas en los tratados, de donde cabe afirmar la primacía fijada por la Constitución de las normas convencionales sobre cualquier disposición interna anterior o posterior a los mismos.

La Convención de Naciones Unidas se sitúa, ante el planteamiento expuesto anteriormente, como una norma jerárquicamente superior ante la frágil y dispersa normativa que antes de la entrada en vigor de la Convención caracterizaban la protección de la infancia en el ordenamiento español²⁰.

Integrada una norma internacional en el ordenamiento interno, ésta vinculará tanto a la administración como al poder judicial y, en los casos

¹⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, 4.ª ed., 1998, p. 296.

²⁰ Antes de la Constitución española resulta significativa la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, sobre Adopción.

aplicables a los particulares. En este sentido debe diferenciarse entre normas *self-executing* y normas *non self-executing*. Las primeras son aquellas que resultan aplicables en el ordenamiento interno de forma directa. Por el contrario las segundas necesitan para su aplicación efectiva de medidas legislativas internas que la desarrollen; su efectividad está condicionada por la adopción de medidas legislativas internas que las desarrollen.

La distinción entre ambos tipos de normas no resulta siempre clara; la Convención se sitúa en la serie de tratados internacionales que necesitan de la adopción de medidas legislativas para su aplicación práctica. La respuesta a esta necesidad ha venido de la mano de la adopción de una serie de leyes que tienen su marco de referencia en la Convención de Naciones Unidas.

5.3. La adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

La figura del menor de su edad y su protección, no es aludida expresa y directamente en la Constitución Española que, sin embargo, la menciona reiteradamente en el artículo 20.4, artículo 27.3, artículo 39 y artículo 48. Así, el artículo 20.4 de la Constitución, que establece como límite a la libertad de creación, expresión, información y de cátedra, *«la protección de la juventud y de la infancia»*; igualmente el artículo 27.3 al regular el derecho de los padres *«a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*; el artículo 48 establece la exigencia a los poderes públicos de promover *las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*.

Por su parte el artículo 39 de la Constitución establece la protección de menores como un principio rector de la política social y económica al regular en su apartado 2 que *«los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos»*; a continuación el artículo 39.3 manifiesta que *«los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos...durante su minoría de edad»* y en los demás casos en que legalmente proceda. Esta protección del menor a nivel constitucional se refuerza con el párrafo 4 del artículo 39 al establecer que *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*.

La respuesta a la protección de la infancia en el marco constitucional español ha venido de la mano de la adopción de numerosas normas cu-

yos destinatarios son los menores ²¹. En este marco ²² destaca la regulación del menor en el ámbito civil y en el ámbito penal mediante la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor ²³ y la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores respectivamente.

5.3.1. *El ámbito civil: la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*

La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas obligó a poner en consonancia nuestra legislación interna con lo prescrito en ella. A ello respondió la adopción de la Ley 1/1996 ²⁴.

El ámbito de aplicación de esta Ley son los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad ²⁵; se quiere adecuar así el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas ²⁶.

²¹ Las reformas que han afectado a la protección de los niños se han producido mayoritariamente con posterioridad a la Constitución Española de 1978; con anterioridad a nuestro texto constitucional hay que señalar la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, sobre Adopción.

²² En el ámbito de las obligaciones establecidas por la Convención de Naciones Unidas, la presentación de informes por el gobierno español ante el Comité de los Derechos del Niño ha sido objeto de valoración positiva. Si bien no existen problemas de índole jurídico se observa una baja sensibilización de buena parte de la opinión pública y un escaso interés de los medios de comunicación por el tema.

²³ Los antecedentes normativos a esta norma se encuentran en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen económico del matrimonio; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; Ley 21/1977, de 11 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Esta última Ley ha sido la que hasta el momento de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, introdujo cambios más sustanciales dentro del ámbito de la protección de menores.

²⁴ La Exposición de Motivos de la Ley señala que: *«La presente Ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil»*.

²⁵ Los textos en los que se haga referencia a «los menores de edad» en el ámbito del ordenamiento español hay que entenderlos aplicables a los menores de 18 años, pues en virtud del artículo 315, apartado 1 del Código Civil: *«La mayoría de edad empieza a los dieciocho cumplidos»*; igualmente el artículo 12 de nuestro texto constitucional señala que: *«Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»*.

²⁶ Ha de interpretarse que el emancipado y el habilitado de edad están fuera del ámbito de aplicación de la Ley, ya que se extingue la patria potestad o tutela para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 321 y 323 del Código Civil); de esta forma alcanzar la mayoría de edad debe de equivaler a esa autonomía del menor, y en consecuencia comprenderá al mayor de dieciséis años que con consentimiento de sus padres viviere independiente de éstos (art. 319 del Código Civil).

La Ley está estructurada en dos títulos diferenciados: en el primero de ellos se define un cuadro básico de derechos del menor²⁷, estableciéndose igualmente los principios rectores de la acción administrativa en el campo de la infancia; en el segundo se actualiza la normativa vigente en materia de instituciones de protección a menores, a fin de cubrir las lagunas detectadas y adaptar aquélla a la nueva realidad. El texto de la Ley se completa con tres disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y veinticuatro disposiciones finales donde se incluyen las necesarias modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la regulación de los derechos del menor (Capítulo I del Título I), partiendo de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico podría pensarse que no es un capítulo necesario por cuanto los derechos en él regulados ya están recogidos en la Constitución o en la Convención de Naciones Unidas²⁸; sin embargo, se han recogido en la Ley aquellos derechos fundamentales respecto de los que se ha entendido necesaria alguna matización derivada precisamente del hecho de ser menores los titulares de tal derecho²⁹. Se ha prescindido entre otros de derechos como el derecho a la vida, a la educación, y a la sanidad, por entender que las leyes generales reguladoras de cada materia abordan suficientemente la cuestión³⁰.

Así, el interés superior del menor se recoge en el artículo 2 de la Ley como principio inspirador de cualquier medida que se adopte y que le concierna³¹; el artículo 4 recoge el derecho fundamental al honor, a la in-

²⁷ El profesor Gullón en una crítica a la Ley que nos ocupa considera que «Más bien parece una ley de principios necesitada de desarrollos puntuales». Gullón, «Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor», *La Ley*, 8 de febrero de 1996, p. 1.

²⁸ La Exposición de Motivos de la Ley señala de forma reiterada que «el Título I comienza enunciando un reconocimiento general de derechos contenidos en los Tratados Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación a las personas menores de edad» (la cursiva es personal). A este espíritu responde el artículo 3 de la Ley al establecer respecto a su interpretación, la referencia directa a la Convención.

²⁹ La Exposición de Motivos de la Ley señala que «del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad los menores merecen» (el subrayado es personal). Igualmente en el ámbito doctrinal se considera que «la codificación de los derechos del menor deja claro que la comunidad internacional había asumido... que la universalidad de los derechos fundamentales no evita la adopción de medidas específicas para la protección de un grupo de individuos». FAYA BARRIOS, A. L.: *La protección internacional* ..., *op. cit.*, p. 261.

³⁰ Esta ausencia de determinados derechos es valorada negativamente por parte de la doctrina, así LINACERO DE LA FUENTE, M.: «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, n.º 48, p. 1599.

³¹ La consagración del interés superior del niño en el artículo 3 tiene su antecedente inmediato en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; igual-

timidad personal y familiar, contemplados en el artículo 16 de la Convención junto con el secreto de la correspondencia y la inviolabilidad del domicilio; el artículo 5 contempla el derecho a la información, de forma similar a la Convención se exaltan los valores de igualdad y solidaridad en la información al menor, soslayando la violencia, explotación y trato degradante o sexista; el artículo 6 regula la libertad de pensamiento de los menores de edad, con el límite en el desarrollo integral del menor y sobre todo en el ejercicio del resto de los derechos; el artículo 7 incluye como novedad los derechos de participación, asociación y reunión de los menores; el artículo 8 regula el derecho a la libertad de expresión; el artículo 9 regula el derecho a ser oído.

El Capítulo II del Título I arbitra una serie de medidas para facilitar el ejercicio de los derechos por parte de los menores e incluye los principios rectores a que debe someterse toda actuación administrativa.

El Título II trata de desarrollar y actualizar el sistema de protección a los menores que se ha ido implantado a partir de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³².

La valoración de la Ley³³ respecto a su adecuación a la Convención de Naciones Unidas es positiva, no tanto por lo alcanzado por la Ley sino por lo escaso de las exigencias de la Convención.

5.3.2. *El ámbito penal: la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero*

La reciente promulgación de la Ley Orgánica 5/2000³⁴ reguladora de la responsabilidad penal de los menores obedece, entre otros, al triple

mente dicho principio aparece recogido en el Código Civil dentro del Libro I en diversas ocasiones. Así, la «patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos» (art. °.154), o las menciones al mismo contenidas en el art. 156. último párr., 159 y 161).

³² Una análisis de las modificaciones que la LO 96 ha introducido en materia de adopción puede verse en VARGAS CABRERA, B.: «Régimen jurídico-sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores. A la luz de la Ley Orgánica 1/96», *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 85-103.

³³ La adopción de la Ley Orgánica 1/1996 ha sido objeto de abundantes estudios doctrinales. La distinta valoración de la Ley ha fundamentado tanto las más graves críticas, como su aceptación positiva sin ningún tipo de reserva; así respectivamente, GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *Revista Jurídica Española, la Ley*, 1996, p. 1691; LEAL PÉREZ-OLAGUE, M. L.: «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Revista Jurídica Española, La Ley*, 1996-2, p.1310. Una postura intermedia a la manifestada por los autores mencionados es la planteada por CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: «La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores», *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ Esta Ley Orgánica entrará en vigor, según dispone su Disposición Final Séptima, al año de su publicación en el B.O.E.

mandato establecido en el artículo 40 de la Convención inspirador de un procedimiento puramente corrector, no incriminatorio que debe regir cualquier reforma legislativa en el ámbito de los ordenamientos internos de los Estados Partes.

Junto a este mandato internacional la adopción de la Ley Orgánica 5/2000 se adopta como respuesta a distintas carencias planteadas en el ámbito del ordenamiento jurídico español: en primer lugar, la elevación a dieciocho años de la edad penal en virtud de la modificación introducida por el artículo 19 del Código penal, plantea la necesidad de una Ley Penal Juvenil, en la medida en que el citado precepto remite a la referida legislación especial; aún más, cuando la entrada en vigor de los artículos 19 y 69 del actual Código penal depende de la entrada en vigor a su vez de la nueva Ley Penal Juvenil. Igualmente la Disposición Transitoria Duodécima de nuestro Código Penal prevé un procedimiento especial en asunto de menores hasta la aprobación de una ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.

En segundo lugar, la necesidad de reforma de la protección del menor en el ámbito penal está justificada en el plano procesal por la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero. Esta Sentencia hizo prevalecer el principio acusatorio frente al principio inquisidor presente en el antiguo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores⁵⁵.

Por último, en tercer lugar, esta reforma es respuesta a la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994. Esta moción tenía como contenido medidas para mejorar el marco jurídico vigente de la protección del menor y, criterios para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces en la ejecución de las funciones encomendadas⁵⁶.

Esta situación de dispersión y fragilidad⁵⁷ en materia de protección penal del menor ha tenido como resultado la aprobación de la Ley que nos ocupa como un texto único que abarca y regula de forma coherente y completa las fases de disuasión, aplicación y ejecución que constituyen el Derecho penal de los menores; en palabras de MORALES ROMERO, «...responder al joven o menor que delinque con el mismo Derecho

⁵⁵ La declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores tuvo como consecuencia inmediata la aprobación de la Ley Orgánica 4/92, relativa a cuestiones de competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores.

⁵⁶ El texto íntegro de esta moción puede consultarse en la *Memoria Explicativa del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil y del Menor de 1995*, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 3-5.

⁵⁷ Esta necesidad igualmente se puso de manifiesto en el ámbito doctrinal. CARMONA SALGADO, C.: «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», *Protección jurídica...*, op. cit., p. 135; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Derechos y garantías de los menores en el proceso judicial», *La Convención...*, op. cit., p. 123.

Penal, es tratarle como a un adulto, olvidando que no lo es. El joven o el menor que delinquen requieren algo distinto, cualitativamente diferente, del Derecho penal: no un poco menos de lo mismo, no una pena atenuada. La respuesta ha de ser otra»³⁸.

La estructura de la Ley obedece a un Título Preliminar, ocho Títulos distintos y un conjunto de Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales. El contenido sustantivo de dichos Títulos responde a una serie de Disposiciones Generales, normas relativas al Enjuiciamiento del Menor, y normas respecto a la ejecución de penas y medidas.

La acotación de este trabajo nos lleva al análisis exclusivo de aquellos puntos de la Ley que tienen una relación estrecha con la Convención de Naciones Unidas³⁹, así el Título Preliminar y el Título Primero de la Ley Orgánica dedicados al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

El artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas delimita su ámbito «*ratione personae*» a los menores de 18 años; por su parte, la Ley 5/2000 establece tres categorías de menores, estructurados en dos grupos en atención a la edad que posean: menor es toda aquella persona que no haya cumplido los dieciocho años; jóvenes son los mayores de dieciocho y menores de veintiún años.

La primera categoría son los *niños*, si bien ese término no aparece en ningún momento a lo largo de la Ley 1/2000, que no hayan cumplido los catorce años; en virtud del artículo 3 de esta Ley no incurrirán en responsabilidad⁴⁰, quedando al amparo del régimen establecido en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero. La segunda categoría, esta constituida por los *mayores de catorce años y menores de dieciocho* responsables de la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales; este grupo es el verdadero ámbito de aplicación de la nueva Ley Penal. La tercera categoría es la compuesta por los *mayores de dieciocho y menores de veintiún años* que quedan sujetos a la aplicación de la Ley que nos ocupa siempre que se den las condiciones expresamente establecidas en su artículo 4, párrafo 2.

El resto de las disposiciones de la Ley 5/2000 responde a un sistema regulador de la satisfacción de las necesidades preventivas con el respeto de los derechos y garantías individuales, éstos expresamente reconocidos en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas; de forma sin-

³⁸ MORALES ROMERO, J. E.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre menores», *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p.166.

³⁹ La Ley Orgánica 5/2000 es analizada en la presente obra colectiva por la Dra. Juana Carpio.

⁴⁰ Respecto a la exclusión de responsabilidad penal de los menores véase, PORTILA CONTRERAS, G.: «Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor», *Protección jurídica, op. cit.*, p. 103.

gular el artículo 46 de la Ley subraya de forma enumerativa la serie de derechos que deben garantizarse al menor incurso en un proceso penal con especial incidencia.

5.4. La respuesta a la Convención de las Naciones Unidas en el marco de la Comunidad Autónoma Andaluza

La protección de la infancia en nuestro orden constitucional tiene un segundo grado de concreción en lo que respecta a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección de los menores de edad. En este sentido, la lectura conjunta de los artículos 149.1, 148.1 y la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre permite establecer que las Comunidades Autónomas poseen competencias para legislar a través de sus Parlamentos sobre asistencia social o servicios sociales en general y, concretamente sobre protección del menor⁴¹.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza lo establecido en los apartados 22 y 23 del artículo 13 del su Estatuto de Autonomía ha permitido la aprobación de la Ley 1/1998, de 20 de abril⁴², de los derechos y la atención al menor⁴³. Especialmente significativo en su articulado resulta el artículo 2 que establece la referencia a la Convención de Naciones Unidas y demás acuerdos internacionales ratificados por España. En este sentido, se proscribe cualquier discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia, enfermedad, religión, lengua, cultura,

⁴¹ GIRÓN LÓPEZ, C.: «Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores», *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 29-45; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: «La competencia legislativa...», *op. cit.*, pp. 1-14.

⁴² Ley publicada en B.O.E. número 150, de 24 de junio.

⁴³ En el resto de las Comunidades Autónomas cabe citar la *Ley 10/1989, de 14 de diciembre de Protección de Menores, de la Comunidad Autónoma de Aragón*; *Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores desamparados y de la Adopción, de la Comunidad Autónoma de Cataluña*; *Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura*; *Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, de la Comunidad Autónoma Valenciana*; *Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*; *Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*; *Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares*; *Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid*; *Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias*. Un análisis del contenido de las distintas Leyes mencionadas puede verse en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Centro Universitario Ramón Carande, Dykinson, 1998.

opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social.

Igualmente la indeterminación expresa en la delimitación del ámbito *ratione materiae* y *ratione personae* de la Ley andaluza permite deducir el espíritu de universalismo de la Ley, ratificado en palabras del profesor Rodríguez Benot a través de la invocación que su Exposición de Motivos hace a los instrumentos internacionales reguladores de los derechos de los menores⁴⁴.

La adopción de esta Ley supone la concreción de los distintos principios orientadores de la protección de los menores, principios inspiradores del texto de la Convención de Naciones Unidas, de nuestro texto constitucional y de las distintas Leyes adoptadas en el ámbito del ordenamiento jurídico español. Estos principios, bajo distintas expresiones y denominaciones, responden a los conceptos de universalidad, solidaridad y cooperación omnipresentes en la letra y el espíritu de las normas internacionales, nacionales y autonómicas⁴⁵.

Conclusiones

Las normas sobre los niños se agruparon en un único instrumento jurídico en 1989, con la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Este texto, aprobado por la comunidad internacional⁴⁶, describe de forma inequívoca los derechos que corresponden a todos los niños y niñas, independientemente de toda circunstancia. El régimen de derechos establecidos en la Convención son los derechos de todos los niños de todo el mundo.

Las valoraciones vertidas sobre este texto no son unánimes, mientras para uno se consiguió el texto de máximo valor en la protección de un grupo vulnerable dentro de cualquier sociedad; para otros lo alcanzado a través de dicha Convención puede resultar vago, abstracto e insuficiente ante el destinatario tan particular que tiene. Ambas posturas quizás no son tan irreconciliables: La Convención sobre los Derechos del Niño refleja una nueva perspectiva en torno al niño. Los niños no son propiedad

⁴⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A.: «La protección de los menores extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía», *La protección del menor en Andalucía*, RODRÍGUEZ BENOT, A., y HORNERO MÉNDEZ, C. (eds.): Comares, Granada, 2000, p.129.

⁴⁵ RODRÍGUEZ BENOT, A.: *supra*, p. 157.

⁴⁶ En el momento de cierre de este trabajo la Convención ha sido ratificada por 191 países; solamente dos países no la han ratificado. Estados Unidos es por el momento el único país industrializado del mundo y uno de los dos Estados Miembros de las Naciones Unidas que todavía no han adquirido este compromiso jurídico para con los niños. El otro país es Somalia, sin duda alguna por las peculiaridades internas por las que atraviesa.

de sus padres ni tampoco son los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y los destinatarios de sus propios derechos.

Igualmente al ratificar la Convención los Estados tienen que armonizar su legislación nacional con las provisiones del tratado, excepto en los casos en que las normas nacionales ofrezcan una protección superior. Las normas en materia de derechos de la infancia no son ya una mera aspiración, sino una obligación nacional de los Estados. Tras la ratificación, los Estados se responsabilizan pública e internacionalmente de sus acciones mediante la presentación de informes sobre la aplicación de la Convención.

Fácil y erróneamente se asume que los derechos de los niños nacidos en los países ricos están plenamente garantizados y, en excepcionales ocasiones son objeto de violación. Esta consideración queda desvirtuada ante la realidad de cómo en distintos grados, por lo menos algunos niños en todas las naciones deben afrontar situaciones de pobreza y violencia atentatorias del necesario desarrollo integral del niño como principio inspirador de la Convención. La toma de conciencia de esta situación por parte del ordenamiento español ha propiciado la adopción de diversas normas a nivel nacional y autonómico. Estas normas, no por reiteradas son menos necesarias en la sociedad española, detundante del máximo grado de protección de grupos especialmente vulnerables como sin duda son los menores.

De pleno acuerdo con la Sr^a Bellamy, *«La Convención no es solamente un documento visionario. Todos los días comprobamos que se trata de un acuerdo que da resultados —y su utilidad puede comprobarse en el uso cotidiano que se hace del mismo en país tras otro, en las políticas, en la práctica y en la Ley»*⁴⁷.

⁴⁷ BELLAMY, C.: *Directora Ejecutiva del UNICEF. Declaración a la Junta Ejecutiva del UNICEF, septiembre de 1998.*