

# PONENCIA

## LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA\*

Impartida en los **Cursos de Verano de la UNED**

**2009**

**Centro Asociado de la UNED**

**Baza (Granada)**

*EL MENOR DE EDAD: PROBLEMÁTICA ACTUAL DESDE  
UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR*

\*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

[mvargas@der.uned.es](mailto:mvargas@der.uned.es)

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



# LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA\*<sup>1</sup>

Profesora de Derecho internacional privado (UNED)

**RESUMEN.** Este trabajo da cuenta de las principales acciones e instrumentos internacionales dedicados a la protección de los derechos del menor en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Se examina el marco normativo universal en el que la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño ocupa un lugar preeminente. En el marco regional se incardinan las acciones más relevantes del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Finalmente se explica la protección del menor en el modelo constitucional española y las modificaciones normativas tras la aprobación del texto constitucional.

**Palabras clave:** derechos humanos; derechos del niño; protección internacional del menor.

**SUMARIO.** I. INTRODUCCIÓN. II. DIMENSIÓN UNIVERSAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR. 1. Los derechos del niño en el marco general del Derecho internacional de los Derechos humanos. 2. Notas acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. III. DIMENSIÓN REGIONAL EUROPEA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR. 1. El Consejo de Europa. 2. La Unión Europea. III. EL MODELO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Marco constitucional. 2. Normativa interna. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Al hablar sobre la protección de la infancia y de la juventud en general, y sobre los Derechos de los menores en particular, se hace necesario reflexionar sobre los Derechos humanos. Como ha sido señalado, esta cuestión puede plantearse desde el debate sobre la tensión existente entre las declaraciones de los derechos que se proclaman y su

---

<sup>1</sup> \* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación SEJ 2007/67381 – *Derecho civil internacional: pluralidad e interacción de normas internacionales. Problemas de aplicación* (Dr. Miguel Gómez Jene, Investigador principal).

efectiva implantación en normas jurídicas concretas. Lo que, en definitiva, nos lleva a preguntarnos sobre el grado de sensibilización de nuestras sociedades respecto de los problemas del menor y del adolescente.

Es opinión generalizada que a partir de la Segunda Guerra Mundial se ha venido instaurando de forma progresiva un régimen internacional de protección de los Derechos humanos en general. Debido al exterminio masivo y colectivo de seres humanos ejecutado por la barbarie del nazismo, las instituciones internacionales se han esforzado por establecer mecanismos de protección de la dignidad humana frente a acciones arbitrarias e injustas de los Estados<sup>2</sup>.

En concreto, a raíz de la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa, se establecen sistemas internacionales cuyo objetivo primordial es la protección de los Derechos humanos en forma general concretada en numerosas declaraciones, recomendaciones y tratados. La particularidad de este sistema ha sido su carácter progresivo<sup>3</sup>, entendiéndose como tal que el régimen de protección no es un sistema cerrado, sino que por el contrario tiende a expandirse, tanto en el número y contenido de los derechos protegidos como referido a los mecanismos y procedimientos de protección.

En efecto, después de la adopción de los textos generales contenidos en las Declaraciones y Pactos, la comunidad internacional ha venido adoptando medidas de protección para los miembros de los grupos más vulnerables y particularmente de los grupos en situación desventajosa: las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes y sus familias, las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas con discapacidad, las personas mayores, etc. Cabe afirmar, así, que estamos ante un proceso de expansión horizontal del reconocimiento de derechos que va en paralelo con la

---

<sup>2</sup> La idea de que existen derechos del hombre que se afirman más allá de toda ley, orden o autoridad se remonta a la antigüedad clásica. En el plano filosófico la noción original de derechos innatos al ser humano se vincula en general con el estoicismo. En este sentido es clásica la cita de Séneca, “*es un error creer que la esclavitud penetre al hombre entero. La mejor parte de su ser se le escapa, y aun cuando el cuerpo sea el amo, el alma es, por naturaleza, libre y se pertenece a sí misma*”. Véase, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La Protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco-Universidad Panamericana, Guadalajara (México), 1999, pp.25-37.

<sup>3</sup> *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, págs. 20 y ss.

extensión conceptual de su contenido<sup>4</sup>. A lo que cabe agregar una tendencia a la *sectorialización* del sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, por una parte, la protección de la persona humana en su dimensión individual y en el ámbito de los derechos económicos, políticos, sociales, culturales y civiles ha sido el primer conjunto de aspectos objeto de reconocimiento y positivación a nivel internacional; y, por otra parte, la protección de la familia como grupo fundamental de la sociedad, ha recibido un tratamiento menos intenso y, acaso, fraccionado. Es en este marco de la familia en donde ha de ser tratado el problema de la protección internacional de los derechos del niño *in genere*.

Tomando en cuenta lo anterior, abordaremos en primer término la evolución de la protección de los derechos del niño en el marco universal de protección de los Derechos humanos para posteriormente destacar la dimensión regional europea. Por razones de espacio y tiempo no podrán abordarse otros marcos de protección especializada, en particular el prisma del Derecho internacional privado y la acción protectora de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en materia de menores<sup>5</sup>.

## **II. DIMENSIÓN UNIVERSAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR.**

### **1. Los derechos del niño en el marco general del Derecho internacional de los derechos humanos.**

Si hasta épocas muy recientes el especial cuidado y protección que requería el niño y los jóvenes en general se vinculaba a su falta de madurez, progresivamente y por obra de las Declaraciones y Convenciones internacionales, si posición en el mundo jurídico se

---

<sup>4</sup> A. BLANC ALTEMIR, "Derechos Humanos: tendencias actuales. La expansión del sistema y los nuevos ámbitos de protección", en *Cuadernos Jurídicos* 2, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, noviembre 1992, págs. 46-47.

<sup>5</sup> La literatura científica es abundantísima. Con carácter general véase, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La Protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco-Universidad Panamericana, Guadalajara (México), 1999, pp. 70-92 y bibliografía citada.

va a situar en el plano de la titularidad de los derechos pasando a ser considerado como sujeto activo de los derechos fundamentales propios de toda persona humana<sup>6</sup>.

El desarrollo progresivo de la legislación sobre protección internacional del menor se concreta en el seno de la Sociedad de Naciones y posteriormente en la Organización de las Naciones Unidas. Y decimos que es progresivo porque el tratamiento que se da al menor va en escala, pasando de ser considerado como una persona *sobre la cual se tienen derechos*, a ser *el verdadero titular de los derechos*, los mismos derechos que tiene cualquier otro ser humano. La particularidad de este nuevo postulado “dogmático” estriba en la minoría de edad, hecho que condiciona el que junto al grupo de los llamados derechos esenciales, se sitúen otros en idéntico rango pero de carácter especial y privativo del niño, cuyo ejercicio queda modulado por la intervención del Estado y por el ejercicio de la patria potestad.

Son dos las Declaraciones que han influido notablemente en este cambio: la *Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, de 24 de septiembre de 1924* y la *Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959*. Ambas Declaraciones constituyen los antecedentes inmediatos y más importantes de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada también por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989<sup>7</sup>.

En 1924 la Sociedad de Naciones elaboró y difundió la *Declaración de los Derechos del Niño*, con intención de avanzar hacia normas más vinculantes. El hundimiento de aquella Organización frustró infelizmente este objetivo. La creciente información recibida en el seno de las Naciones Unidas sobre la situación inhumana y grave en que se encontraba la infancia, hizo que un gran número de países moviera a la Asamblea General para que exigiera la preparación de un decálogo de principios básicos que

---

<sup>6</sup> Sobre los orígenes de la protección internacional del menor, véase E. FOSAR BENLLOC, “El Derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas”, *Documentación Jurídica*, 41, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 117-118.

<sup>7</sup> Todo ello en conexión con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y con los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos* y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 16 de diciembre de 1966. Para una apretada pero completa aproximación a esta Convención véase, E. PÉREZ VERA, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, en *Garantía Internacional...*, *op. cit.* págs. 174 -185; P.-P MIRALLES SANGRO, “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, en *Actualidad Civil*, 1990, 3, pág. 529 y sig.

condujo a la *Declaración de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959*. Esta Declaración produjo un incentivo en el desarrollo normativo convencional orientado a conseguir la formulación de un Convenio o de un Pacto internacional de carácter imperativo para los Estados y del cual pudieran derivarse medidas de fiscalización y, en su caso, sancionadoras de las infracciones comprobadas.

Con motivo del Año Internacional del Niño, en 1979, Polonia propuso a la Organización de las Naciones Unidas un texto sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, que no fue aprobado. Si bien se estableció un grupo de trabajo para la redacción de un nuevo texto, abierto a todos los Estados. Diez años después, el 20 de noviembre de 1989 y coincidiendo con la fecha de aprobación de la anterior Declaración (treinta años antes), fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. Antes de pasar al estudio de esta Convención conviene recordar, de modo sucinto los instrumentos de protección más relevantes en que los menores ven tutelados y amparados sus derechos en cuanto seres humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*. Tras la II Guerra Mundial, y creada la nueva Organización de las Naciones Unidas, la crucial *Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)* no solo sentó los principios de igualdad y no discriminación para todas las personas, y para los niños y niñas que personas son, sino también estableció el reconocimiento de la personalidad jurídica para todo ser humano, subrayando además que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; añadiendo que, "la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños nacidos del matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social"*.

Este texto jurídico, de naturaleza declarativa y programática, enuncia los derechos y libertades que constituyen el "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" y establece el catálogo de base a partir del cual desarrollar normativamente, a escala universal, el Derecho internacional de los derechos humanos. Las referencias al menor son muy contadas: el derecho a contraer matrimonio y fundar

una familia, ejercitable a partir de la edad núbil (edad que no se determina); el derecho a insertarse en el seno de una familia y a obtener un nivel adecuado de vida; la necesidad de la protección social de la infancia; y, el derecho a la educación gratuita y obligatoria en el nivel elemental.

Los *Pactos Internacionales de 1966*. Los dos Pactos de 1966 -*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ambos de 16 de diciembre de 1966 traducen en obligaciones jurídicas internacionales los enunciados de la DUDH de 1948. Sus referencias a la protección del menor son algo más amplias que en la Convención.

Por lo que respecta al PIDESC, la protección de la familia, de las madres y de los niños se consagra en su Tercera parte. En concreto se establece la lucha contra la explotación económica y social (art. 10 parr. 1 y 3); se solicita a los Estados que determinen una edad mínima de acceso al trabajo; se indica la especial protección que merecen los menores dentro del derecho a la salud (art. 12); y, el derecho a la educación articulado dentro de los parámetros de la DUDH (arts. 13 y 14).

EL relación al PIDCP, los aspectos más destacables se refieren a medidas especiales que deben adoptarse en materia de procedimientos penales o de juicios en los que se afecten intereses de menores. Se prohíbe la pena de muerte por delitos cometidos menores de 18 años (art. 6.4); la necesidad de separar a los adultos de los menores en los centros de detención y las prisiones así como que el régimen penitenciario ofrezca un tratamiento adecuado a la edad del delincuente (art. 10.2); la especialidad de la justicia penal de menores (art. 14.4). Desde otra perspectiva, se exige a los Estados que respeten la libertad de los padres en orden a garantizar que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones (art. 18.4); se reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia si la persona "tiene edad para ello" y la obligación del Estado de protección a los menores en caso de disolución del matrimonio (art. 23); y se reitera el derecho del menor a adquirir una nacionalidad (art. 24).

Junto al sistema centralizado de las Naciones Unidas algunos organismos especializados como la OIT, la UNESCO y la UNICEF, así como el Alto Comisionado de las Naciones

Unidas para los Refugiados (ACNUR) juegan un papel importante en la protección de los derechos del niño<sup>8</sup>.

A modo de conclusión provisional es posible afirmar que la protección de los menores se enmarca en una importante red de instrumentos internacionales que garantizan y protegen los Derechos humanos en general y particularmente en el grupo de personas cuya condición de vulnerabilidad hace precisa una garantía reforzada. A ello ha venido a dar cumplimiento el Convenio sobre los derechos del niño que a continuación se expone.

## **2. Notas acerca de la *Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.***

Aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, la Convención culminó un largo proceso negociador de diez años de actividad y trabajo. Su entrada en vigor tuvo lugar un mes después de haber sido ratificada por el vigésimo Estado, adquiriendo a partir de esa fecha el carácter de Ley internacional para los primeros veinte Estados ratificantes. Para los demás Estados la Convención entra en vigor treinta días después de que procedan a su ratificación o adhesión, en virtud de lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 29<sup>9</sup>.

La importancia de esta Convención radica en que desarrolla de forma particularizada la protección internacional de los derechos del menor (es la Carta Magna de los derechos del menor) siendo uno de los tratados internacionales con mayor número de Estados vinculados al mismo. Resulta conveniente retener que la CDN establece las obligaciones jurídicas que deben asumir los Estados a los efectos de dar respuesta a los problemas específicos que supone el ejercicio por parte de los menores de sus derechos y libertades, considerando la especial protección que precisa dada su situación vulnerable.

---

<sup>8</sup> N. FERNÁNDEZ SOLA, “La protection internationale des droits des enfants”, en VV.AA., *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Institute Internationale d’Etudes des Droits de l’Homme, 1995, págs. 115-123.

<sup>9</sup> En vigor para España: 5 de enero de 1991 (BOE, 31-XII-1990).



En cuanto a los sujetos protegidos son los menores. La Convención establece la edad en dieciocho años; sin embargo, se acepta, en aplicación de su estatuto personal, que el menor de 18 haya dejado de serlo, en cuyo caso no le alcanzaría las previsiones del Convenio como menor de edad<sup>10</sup>.

Es importante señalar que el CDN distingue y diferencia las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados relativas a los derechos civiles y políticos de las referidas a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 4). En efecto, mientras en la primera categoría los Estados asumen una obligación de resultado directa (dar efectividad a los derechos reconocidos), en segunda categoría, los Estados asumen una obligación de resultado progresiva (hasta el máximo de los recursos de que dispongan) sin perjuicio de que conforme a los criterios interpretativos del PIDESC cada Estado deba garantizar a las personas bajo su jurisdicción los mínimos de subsistencia indispensables para una vida digna.

El interés superior del menor es el criterio preferencial de garantía efectiva de los derechos y libertades del mismo (art. 3). Así, las medidas que adopten las autoridades públicas respecto de los menores deberán basarse en la consideración preferente de dicho interés. Desde el punto de vista del contenido de los derechos reconocidos conviene retener los siguientes aspectos:

- Justicia de menores: se desarrolla en los artículos 37 y 40 ampliando las previsiones del PIDCP y asumiendo los principios formulados en las Reglas de Beijing.
- Derechos destinados a dotar y preservar la identidad del menor: los artículos 7 y 8 derechos desarrollan el derecho del menor a un nombre y a la nacionalidad como elementos primordiales de su identidad, así como a la inscripción después de su nacimiento en un registro.
- Principio de no separación del menor de sus padres salvo que lo exija el propio interés superior del menor: con base en el artículo 9 se articula la obligación de los Estados de atender "de manera positiva, humanitaria y expeditiva" toda solicitud de

---

<sup>10</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989", en *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1992) 2, pág. 466.

entrada o salida del propio territorio destinada a posibilitar la reagrupación familiar (art. 10), la determinación de las obligaciones de los padres respecto a los hijos (art. 18), o la protección y asistencia especiales del Estado de los menores privados de su medio familiar (art. 20) -incluidas medidas tales como la colocación en hogares de guarda o la propia adopción.

La Convención insta a los Estados Partes a tomar medidas para luchar, individual y conjuntamente, contra los traslados ilícitos hacia el extranjero y la retención ilícita de menores en el extranjero (art. 11); en particular, se establecen unas normas jurídicas básicas sobre la adopción internacional (art. 21).

- Necesidad de tener en cuenta las opiniones del menor: de especial importancia en procedimientos judiciales y administrativos, se establece en el artículo 12 como manifestación del derecho a la libertad de expresión señalando que para su ejercicio habrá de tenerse en cuenta la edad y madurez del menor.
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor: que regula el artículo 14 e intenta equilibrarlo con el respeto al derecho y deber de padres o tutores de "guiar al niño" en su ejercicio.
- Protección el menor contra toda forma de perjuicio o abuso: la CDN insta a los Estados Partes a adoptar medidas de protección respecto a los menores (art. 19). Entre las disposiciones que desarrollan este aspecto cabe señalar la protección contra la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (art. 37 a) y la protección contra toda forma de explotación (art. 36). El artículo 39 complementa este precepto instando a los Estados a la adopción de medidas destinadas a la recuperación y reintegración social de los menores afectados por cualquier perjuicio o abuso de la naturaleza descrita.
- Lucha contra explotación económica del menor: el artículo 32 exige no sólo evitar que los menores puedan desempeñar trabajos peligrosos, (que perturben su educación o sean nocivos para su salud o desarrollo) sino también obliga a establecer una edad mínima de trabajo, reglamentar apropiadamente los horarios y

condiciones de trabajo y sancionar penal o administrativamente las conductas que vulneren estos principios normativos.

Junto a este artículo 32 hay que tener presentes las obligaciones derivadas de los Convenios de la OIT aplicables al problema del trabajo infantil. Por ejemplo, respecto al trabajo forzoso, el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso y obligatorio (1930) y el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957); respecto al trabajo infantil, el Convenio 138 sobre la edad mínima (1973), así como el Convenio 182 sobre la prohibición de las formas más intolerables de trabajo infantil y la acción inmediata para su erradicación (2000).

- Protección contra la explotación y el abuso sexual de menores: el artículo 34 insta a los Estados a tomar medidas contra la explotación del menor en la prostitución, prácticas sexuales ilegales y la pornografía. Asimismo, los Estados Partes han de tomar medidas contra el secuestro, venta y trata de niños (art. 35), cuestión que se incardina con la protección frente a la explotación laboral y con los objetivos de los Convenios de la Haya sobre secuestro internacional y adopción internacional.
- Protección frente a diferentes formas de injerencia o utilización mediática así como ataques a su honra y reputación son objeto del artículo 16 mientras que el artículo 17 de la Convención pide al Estado que aliente entre los medios de comunicación social la responsabilidad frente a los menores, de forma que sus contenidos se adecuen a las necesidades de los menores y, sobre todo, que eviten la difusión de informaciones y materiales que perjudiquen a su bienestar.

Para hacer efectiva la Convención se ha intentado combinar la cooperación técnica con la adopción de nuevas obligaciones jurídicas internacionales<sup>11</sup> pudiéndose exigir en su caso responsabilidad internacional a aquel Estado que no haya atendido o no respete

---

<sup>11</sup> Repárese en los Programas de Acción de la ONU sobre la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (1992) y sobre la Eliminación de la Explotación y el Trabajo Infantil (1993); y, en el marco de la OIT, el Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil y los Protocolos facultativos convenios destinados a complementar la Convención sobre los Derechos del Niño (el relativo a la Participación de los Menores en los Conflictos Armados y el relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía).

tales compromisos<sup>12</sup>. El sistema protector de la Convención en este nivel supranacional actúa en dos vertientes: el Comité de Derechos del Niño, en el seno de las Naciones Unidas y la cooperación con el Comité de los organismos especializados de las Naciones Unidas en estas materias (UNESCO, UNICEF, OMS).

Como se puede apreciar, la Convención no establece mecanismos precisos para el ejercicio de los derechos reconocidos habida cuenta de que dichos mecanismos deben de ser fijados por cada Estado Parte en el ámbito de su soberanía jurisdiccional.

A modo de conclusión provisional cabe afirmar que la Convención de los derechos del niño se ha erigido en un verdadero estatuto del menor sancionando el principio del interés superior del niño y realizando la dimensión del menor como sujeto de derechos. A diferencia de otros textos internacionales sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos del menor y sanciona la ineludible acción estatal positiva de garantizar la eficacia de su protección y de sus derechos.

### **III. DIMENSIÓN REGIONAL EUROPEA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR.**

#### **1. El Consejo de Europa.**

Creado el 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa tiene por objetivo favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común, organizado alrededor del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de otros textos de referencia sobre la protección del individuo. La preocupación por los derechos y libertades del menor y la lucha contra la explotación de los menores constituyen una de las principales preocupaciones del Consejo de Europa como ponen de relieve las Recomendaciones de su Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> E. PÉREZ VERA, "Algunas consideraciones sobre el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General", en 26 Aniversario de la Organización de las Naciones Unidas, *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. 105, vol. V, Granada, 1972-1973, págs. 37-55.

<sup>13</sup> Entre otras: Resolución del Comité de Ministros 33 (1977) sobre la ubicación de niño, Recomendación 874 (1979) relativa a una Carta Europea de Derechos del Niño, Recomendación 3 (1981) relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, Recomendación 4 (1984) sobre responsabilidades parentales, Recomendación 6 (1987) sobre las familias, Recomendación 1071 relativa

En el plano normativo convencional hay que destacar en primer lugar el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 (CEDH)<sup>14</sup>. El CEDH que reconoce con carácter general una serie de derechos y libertades contiene algunas referencias al menor como titular de esos derechos y libertades. Así, la excepción al derecho a la libertad y seguridad derivada de la posibilidad de internamiento de menores con fines educativos o como consecuencia de su detención (art. 5.1 d); el interés del menor como excepción legítima al principio de publicidad de las audiencias públicas (art. 6.1); el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia a partir de la edad núbil (art. 12); y, el derecho a la instrucción (art. 2 Protocolo Adicional 1.

No obstante, la principal aportación del CEDH viene dada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El Tribunal ha realizado una interpretación extensiva del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio así como de las obligaciones de los Estados. Entre la jurisprudencia que incide en los derechos de los menores, destaca la relativa al derecho a la instrucción, al acceso a la justicia de menores, a los límites del derecho a la libertad de expresión y, en especial, la relativa al derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH en relación con la inmigración y los menores en supuestos de expulsión y de reagrupación familiar<sup>15</sup>.

Conviene insistir en que las políticas del Consejo de Europa relativas a la protección internacional de los menores las políticas reposan en las "cuatro P": protección de la infancia, prevención de la violencia, persecución de los autores de hechos violentos y participación de los niños. Centrándonos en los instrumentos convencionales sólo indicaremos los más importantes dedicando unas líneas a los convenios de "última

---

a la protección de la infancia, Recomendación 1121 (1990) relativa a los derechos del niño, Recomendación 869 (1979) relativa al pago del Estado de anticipos sobre alimentos debidos a niños, Recomendación 1443 (2000) relativa al respeto a los derechos del menor en la adopción internacional.

<sup>14</sup> A. TRUYOL SIERRA, *La Sociedad Internacional*, Madrid, 3ª edición, 1981. Del mismo autor, "Gènese et structure de la société internationale", *R. des C.*, T. 96, 1959.I, págs. 553-664; y "L'expansion de la société internationale aux XIXe et XX e siècles", *R. des C.*, T. 116, 1965-III, págs., 89-180.

<sup>15</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de ley aplicable*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp.

generación" que luchan contra la explotación y abusos sexuales, el incesto, la pornografía, la prostitución o la trata de seres humanos y la violencia sexual entre menores.

*Textos convencionales:* el Convenio en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967; la Carta Social Europea, hecha en Turín el 8 de octubre de 1961; el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980; el Convenio sobre el ejercicio de los derechos del niño, hecho en Estrasburgo el 5 de enero de 1996; el Convenio sobre *Cibercriminalidad*, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001; el Convenio sobre la acción contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; y, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote, el 25 de octubre de 2007<sup>16</sup>.

El *Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual* contiene una serie de medidas como programas de formación, concienciación y trabajo en las aulas para que los niños aprendan cómo protegerse; promueve la cooperación del sector privado, en particular los proveedores de acceso a Internet y las compañías del sector turístico, con el objeto de disuadir a los potenciales agresores e informar y proteger a las víctimas potenciales y solicita el desarrollo de servicios y programas preventivos dirigidos a los agresores potenciales. De otro lado, contiene medidas para proteger a las víctimas y sus familias, como la creación de servicios de ayuda por teléfono o por Internet, y la asistencia psicológica, médica y legal. También establece procedimientos judiciales adaptados a los niños para proteger su seguridad, privacidad, identidad e imágenes e incluye una serie de medidas para perseguir a los agresores, considerando delitos penales los abusos sexuales, la prostitución y pornografía infantil, la corrupción de menores, o el llamado *ciberacoso* infantil.

El *Convenio sobre cibercriminalidad*, considerado como el primer tratado internacional que abordó el crimen en Internet, penaliza la producción, la oferta, la distribución y la posesión de imágenes de menores víctimas de abusos sexuales por medio de

---

<sup>16</sup> En Internet: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=FRE>. Puede consultarse estado de ratificaciones y vigencia para España.

ordenadores y habilita los medios para que la policía colabore a nivel internacional para combatir estas actividades criminales.

Finalmente, el *Convenio sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos* recoge que todo tipo de trata de seres humanos es una violación de los derechos humanos y exige que los Estados protejan a las víctimas (hombres, mujeres y niños). También se refiere a todo tipo de explotación, tanto sexual como laboral, y contiene un dispositivo específico para los menores que tiene en cuenta su vulnerabilidad y la necesidad de protección y ayuda especiales.

A modo de conclusión provisional cabe afirmar que la labor del Consejo de Europa en la protección y promoción de los derechos del menor se inscribe en la línea de protección a la familia que esta Organización lleva a cabo desde hace más de sesenta años en el marco de los Derechos humanos, siendo su piedra angular el CEDH y la interpretación de la jurisprudencia del TEDH (son olvidar la importante acción de la Comisión).

## **2. La Unión Europea.**

Como es sabido, la protección del menor no estuvo presente entre los objetivos de la integración europea, orientados en un primer momento y de forma exclusiva a lograr la integración económica. Sin embargo, la Unión Europea ha superado con creces este inicial objetivo económico comprometiéndose a respetar en sus acciones los derechos fundamentales. La protección de la familia comienza detectarse ya en los años ochenta y en relación a la protección del menor puede decirse en la actualidad aunque su política no esté orientada a de forma directa a la protección de los niños sin embargo existen diversos instrumentos jurídicos, de diverso alcance que promueven el interés del menor de forma particularmente visible.

Así, es posible distinguir instrumentos normativos que ponen de relieve la función promocional de los Estados miembros en relación con los derechos de los niños así como las exigencias de la cooperación internacional en situaciones internacionales que afectan a los menores. Entre otras, cabe señalar las siguientes:

Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre sustracción internacional de menores; Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 1990, referente a la Convención de los Derechos del Niño; Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 1991, sobre los problemas de los Niños en la Comunidad Europea; Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño; Resolución del Parlamento europeo sobre secuestro de niños de 9 de marzo de 1992; Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1996 sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros; Resolución del Parlamento Europeo sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados Miembros en materia de adopción de menores de 12 de diciembre de 1996, Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en el Consejo Europeo de Niza el 7 diciembre de 2000; y, Resolución del Parlamento Europeo de 3 de marzo de 2001 sobre la sustracción de menores.

Mención especial requiere la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo valor jurídico es incuestionable. Si en un principio se trató como un texto meramente declarativo ya que, según el Preámbulo, la Carta reafirma derechos reconocidos en las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y las obligaciones jurídicas internacionales asumidas comúnmente por dichos Estados, es importante advertir no sólo que la Carta implica un importante reconocimiento del valor e importancia del respeto de derechos y libertades fundamentales en el marco de la acción dirigida a asumir los objetivos de la Unión Europea (ex art. 6 TUE: la Unión Europea "se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho") sino también que el nuevo Tratado de Lisboa ya reconoce en su articulado el valor jurídico de la Carta como derecho comunitario y su vinculación en cuanto a su interpretación al CEDH con el alcance que del mismo ha hecho el TEDH.

La Carta hace referencia genérica a la protección del menor al enunciar: el derecho a la vida familiar (art. 7), así como a la protección de la familia, incluyendo la necesidad de



conciliar la vida familiar y la vida laboral (art. 33); el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales (art. 9); el derecho a la educación (art. 14). La especial condición del menor es tomada en cuenta cuando se enuncian los derechos del menor (art. 24)<sup>17</sup>, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32) estableciéndose como edad mínima de acceso al trabajo, salvo excepciones limitadas, aquella en que termine la escolarización obligatoria.

En el marco del DIPr., y como consecuencia de la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil, la Comunidad emprendió el Proyecto de Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil cuyo ámbito de actuación incluye cuestiones relacionadas con la protección del menor; por ejemplo facilitar la ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de visita a fin de mejorar el ejercicio transfronterizo de dichos derechos, elaborar una solución comunitaria específica en los supuestos de sustracción internacional de menores contenido en el Reglamento 2201/2003.

### **III. EL MODELO ESTATAL DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

#### **1. Marco constitucional.**

La Constitución española de 1978, siguiendo el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de otras Constituciones de nuestro entorno jurídico, establece la obligación de intervención de los poderes públicos en la protección y garantía de los derechos de los niños (*publificación*), lo que se comprende bien si convenimos como hemos apuntado al comienzo de esta exposición en la atención nuclear que el Derecho de familia del siglo XX otorga a los menores (*puerocentrismo*).

---

<sup>17</sup> **Art. 24.** 1º. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que le afecten, en función de su edad y su madurez; 2º. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial; 3º. Todo menor tiene derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrario a sus intereses.

Conviene recordar a este respecto el art. 9.2 CE que sanciona de manera general la función promocional del Estado en la realización de los derechos de los individuos. Otros preceptos del Título I desarrollan dicha función de manera específica. Así, los poderes públicos están obligados en general a intervenir activamente no sólo para proteger, sino también para promover determinados valores y objetivos entre los que se encuentra "la protección del menor". Este principio plasma en el artículo 39.4 que consagra la incidencia de la protección prevista en los acuerdos internacionales al señalar que los niños gozarán de la protección prevista en ellos (los acuerdos internacionales que velan por sus derechos).

Aunque algún sector doctrinal ha entendido como innecesaria esta remisión dado el tenor del artículo 96 CE en relación con el artículo 1.5 del Código civil y de acuerdo con la previsión general de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), no es menos cierto que el artículo 39. 4 CE expresa no sólo el valor que el constituyente otorga al derecho internacional de los derechos humanos e cuanto a la protección del niño en nuestro ordenamiento jurídico sino también y de modo muy destacado dado su encuadre sistemático en su consideración como principio rector de la política social y económica, cuyo desarrollo vincula a todos los poderes públicos.

Principio rector de la política social cuya consagración expresa se sitúa en el artículo 39.2 cuando la CE se refiere a la protección de la familia. Recordemos que este precepto obliga a los poderes públicos a la protección integral de los hijos con independencia de su filiación y pone de relieve la importancia que la CE otorga a la familia y al menor en torno al cual gira el sistema de protección integral de aquella; de donde se deduce como primera consecuencia importante el carácter imperativo de las normas del Derecho de familia.

En cuanto al modelo de protección constitucional del menor conviene reparar en que su diseño se articula en torno a dos principios asistenciales: de una parte, el deber prioritario de asistencia a los hijos por parte de sus padres (art. 39.3); y, de otra parte, el deber subsidiario y complementario de los poderes públicos al objeto de asegurar la

protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1). Principios que han de leerse en consonancia con la prohibición de establecer impedimentos legales que dificulten o discriminen algún modelo de familia y la adopción de todas las medidas que posibiliten la investigación de la paternidad (art. 39.2)

Conviene señalar que la ubicación sistemática de estos preceptos en el Capítulo III del Título I de la CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica, y no en el marco de los derechos fundamentales, significa una diferencia cualitativa en orden a su protección. Mientras que los primeros, conforme al art. 53.2 CE, no recogen derechos individualmente exigibles sino que contienen los principios informadores que deben orientar la actuación de todos los poderes públicos los segundos merecerán la protección en amparo de los derechos fundamentales. En otras palabras, no existe en nuestro sistema constitucional un derecho fundamental a la protección y a la promoción del niño sino que el constituyente ha asumido dicha protección como valor jurídico esencial, que debe inspirar a todo el ordenamiento jurídico, vinculando su efectiva realización a todos los poderes públicos y en particular al legislador estatal como veremos a continuación.

## **2. Normativa interna.**

Numerosas han sido las reformas legislativas que el modelo constitucional de protección del menor ha impuesto en materia de familia y de protección de menores. La necesaria adaptación de las normas internas sobre Derecho de familia a los imperativos constitucionales y del Estado de Derecho se recogen prioritariamente en las siguientes normas: Ley 11/1981 que modificó el régimen de filiación y patria potestad; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que ha aspirado a erigirse como la Carta Magna o el estatuto de la protección de los niños en nuestro sistema interno; con relación a la adopción internacional, Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5º, del Código civil y la más reciente Ley 52/2007 sobre adopción internacional. No cabe olvidar las normas de la legislación de extranjería que también recogen reglas en torno a la protección de menores extranjeros no acompañados que se encuentren en el territorio

español además del reconocimiento del derecho a la educación obligatoria con independencia de su situación regular o irregular.

Al mismo tiempo que se producían estas reformas, las Comunidades Autónomas (CCAA) han asumido progresivamente competencias y potestades en materia de protección de menores, promulgando normas relacionadas con dicha protección en el ámbito territorial correspondiente a cada una de ellas. La LOPJM ha significado un importante impulso en la acción normativa de las CCAA, erigiéndolas como piezas claves del sistema de protección articulado en ella, y delimitando el ámbito normativo correspondiente a la legislación estatal y a la legislación autonómica. En la LOPJM, al igual que en todos los textos relativos a la protección del menor, el desarrollo de la persona del menor y su protección corresponde prioritariamente a su familia de origen, pero cuando esta protección quiebra, se prevén por la Ley una amplia serie de actuaciones e instituciones de protección para prevenir y, en su caso, reparar la situación de desprotección social en la que el menor pueda hallarse, atribuyendo a las Entidades públicas a las que en el respectivo territorio, este encomendada la protección de menores, importantes potestades y facultades tuitivas en la materia

La progresiva asunción de competencias por parte de las CCAA en el sistema estatal de protección de menores ha planteado algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado respecto de las que no es posible ocuparse en este trabajo. Baste con recordar la fricción que en ocasiones se suscita entre el Estado y las CCAA respecto de algunas normas autonómicas que invaden la competencia exclusiva del Estado para dictar normas de conflicto (art. 149.1.8 CE). Por otro lado, la posibilidad de aplicar determinados Convenios sobre ley aplicable de carácter *erga omnes* a las relaciones interregionales que impliquen un conflicto de leyes, ha venido a sustituir, sin derogar, la correspondiente norma de conflicto del C.c., inicialmente aplicable a partir de lo dispuesto en el art. 16 C.c.

Más importante es el establecimiento en numerosos convenios internacionales de protección de menores del mecanismo de cooperación internacional de autoridades administrativas y judiciales. La cuestión principal que plantea mayor interés es la conocida problemática de la proyección externa de las competencias asumidas en

materia de protección de menores por las CCAA. La gran mayoría de los Convenios internacionales sobre protección de menores en el ámbito del DIPr. contemplan la posibilidad de la diversificación territorial de las Autoridades centrales que instituyen para alcanzar sus objetivos. La cuestión que las CCAA puedan realizar actuaciones en materia de protección de menores que se proyecten fuera de España, es un nuevo problema derivado del carácter expansivo de la normativa convencional a la dimensión interna en nuestro país reflejo una vez más del creciente protagonismo de los entes públicos en este sector.

## **CONCLUSIONES**

1. El Derecho internacional de los derechos humanos ha intensificado en los últimos cincuenta años el conjunto de instrumentos internacionales de protección de los derechos del menor proyectando en el ordenamiento jurídico internacional la necesidad de una protección especial y completa, de carácter particular, que toma en cuenta su especial vulnerabilidad en la sociedad de la que forma parte. Esta comprensión del menor como sujeto de derechos y la consagración del principio de su interés superior orienta las políticas nacionales en la materia.
2. La tutela efectiva de estos derechos y libertades del menor están lejos de ser satisfactorias. Problemas estructurales que afectan a muchas sociedades impiden en la gran mayoría de los casos que se progrese hacia una tutela más efectiva. Mientras subsistan prácticas relativas al trabajo infantil, empleo de niños en conflictos armados, explotación sexual de niños o pornografía infantil la dignidad del niño como persona que es resultará quebrada a escala mundial.
3. A pesar de los avances que tienen lugar en los diferentes procesos de integración regional y de los progresos del sistema democrático basado en el respeto y la implantación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en particular en Europa, no hay que olvidar que aquéllos siguen centrados en el terreno de lo económico y sobre las bases del sistema de economía de mercado que, a su vez, es la fuente generadora de los desequilibrios económicos mundiales y de las injusticias de todo orden que padece la humanidad, y en particular los menores.

