

# La protección y la consagración internacional de los derechos del niño

Mircea Dutu\*

Una de las principales tendencias que se manifiestan en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas está representada por el reconocimiento y la consagración, por medio de importantes actos interestatales, de derechos y libertades fundamentales que pertenecen a algunas de las categorías socio-demográficas que, por la situación especial en que se hayan, necesitan una protección jurídica específica y una atención especial por parte de la comunidad nacional e internacional.

En este contexto, se está desarrollando y se manifiesta cada vez con más fuerza un proceso de formulación, codificación y reconocimiento a nivel internacional de un conjunto de derechos y libertades fundamentales a favor de los niños que está destinado a asegurar una protección jurídica correspondiente a esta categoría socio-demográfica, que tiene necesidades e intereses específicos.

## 1. La necesidad del reconocimiento y de la garantía de derechos fundamentales en favor del niño

Los grandes y muy complejos problemas del mundo contemporáneo, como son el curso ascendente y el perfeccionamiento de los arsenales, en especial de las armas nucleares y el peligro de un conflicto termonuclear capaz de destruir a la tierra, el crecimiento de la desigualdad y la perpetuación del subdesarrollo, la degradación del medio ambiente, además de una serie de fenómenos negativos como: la desarticulación de las familias como resultado de

las migraciones desde las zonas rurales hacia las urbanas, las guerras, las calamidades naturales (en especial en los países en desarrollo), la alineación característica de los países desarrollados, la cesantía o la subocupación de las fuerzas de trabajo, la falta de condiciones adecuadas para el crecimiento y la adecuación, la así llamada crisis de las ciudades, etc., dejan una huella profunda sobre el estatuto material y espiritual actual y de perspectiva de los niños de todas partes.<sup>1</sup>

Su correspondiente solución supone la adopción de una serie de medidas de orden socio-económico y político y otras de orden jurídico-institucional que sean capaces de favorecer la colaboración y la cooperación entre los Estados en esta dirección.

Al mismo tiempo, en favor de la consagración y la realización de derechos especiales para niños se encuentra una serie de otras consideraciones. Estando en una primera etapa de vida, el niño necesita la asistencia y los cuidados especiales para su salud y desarrollo físico, mental, moral y social, así como también de una protección jurídica en condiciones de "libertad, dignidad y seguridad". El desarrollo pleno y armonía de su personalidad supone el crecimiento y la formación de un medio familiar caracterizado por un ambiente de felicidad, amor y entendimiento, la seguridad de un amparo por parte de los padres, la creación de un marco social destinado a favorecer su proceso de integración total en la vida social.

Todos estos requerimientos de diversos órdenes —personal, socio-económico, cultural— se expresan en necesidades e intereses jurídicos

\* Consejero jurídico del instituto rumano para el sondeo de la opinión pública.

*Relaciones Internacionales*, vol. XIV, núm. 53, enero-abril, 1992, UNAM.

<sup>1</sup> Sobre la situación del niño en el mundo, véase: Jean Marie Anglade, *Les Droits de L'homme a L'épreuve de la Grande Pauvreté*, Ed. Science et Service, Quart Monde, 1987.

específicos, particulares, los cuales para su satisfacción necesitan el reconocimiento y la implementación de derechos y libertades fundamentales especiales.

Sin duda que, en lo que se refiere a la situación concreta en que viven los niños del mundo —condiciones materiales y espirituales de existencia, la edad en que se termina la niñez, el papel y el lugar del niño en la familia y la sociedad, las formas y los métodos de instrucción y educación, los lugares y los niveles del proceso de integración social etc.—, existen numerosas diferencias de un país a otro, de una región a otra o de un continente a otro.

Con todo, sobrepasando estos "obstáculos", la necesidad de la consagración y de la garantía de derechos fundamentales universalmente válidos y reconocidos en general en favor de los niños, se impone con la fuerza de un imperativo por su importancia para el desarrollo armonioso físico e intelectual del niño; las maneras de realización pueden ser distintas, en función de las condiciones concretas. Las prioridades pueden variar también en tiempo y espacio teniendo en cuenta los factores económicos, culturales o de otra naturaleza, pero éstas no modifican en nada los significados principales, multidimensionales de tales derechos.

## 2. El proceso de reconocimiento internacional de los derechos del niño

El reconocimiento en el ámbito internacional y la consagración jurídica de los derechos fundamentales del niño han ocurrido en el marco de un proceso complejo, de larga duración, con una dinámica propia habiendo pasado por muchas etapas con particularidades y significados precisos.

De esta manera, una primera fase se ha expresado en la adopción en el plano internacional, de una serie de documentos con valor jurídico diferente, que fue seguida por la consagración, después de la Segunda Guerra Mundial, en las constituciones de casi todos los países del mundo de medidas de protección jurídica especial para el niño, que después han sido incluidas entre los principios generales del derecho. La última etapa la constituyó la colaboración y la adopción, por la asamblea general de la ONU, el 2 de noviembre de 1989, de la convención referente a los derechos del niño.

### 2.1. Los primeros documentos internacionales sobre los derechos del niño

Las preocupaciones acerca de la consagración de una protección jurídica internacional del niño a través del reconocimiento en su favor de derechos especiales comprendidos en documentos adecuados,

se remontan a principios de nuestro siglo. De esta manera, en el año 1924, la Sociedad de las Naciones adoptó la declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, que estableció cinco principios básicos que se refieren a garantizar "la felicidad y el amparo de los niños".

Aunque el documento tuvo un carácter declarativo y en lo general resultados inmediatos, constituyó un importante precedente en el nuevo debate del proceso después de la Segunda Guerra Mundial.

Al mismo tiempo con la creación de la ONU (octubre 1945), la que reafirmó en su carta de constitución la confianza en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y decidió promover el progreso social y mejores condiciones de vida con mayor libertad, a raíz de la adopción (el 10 de diciembre de 1948) de la declaración universal de los derechos del hombre el problema llegó a tener nuevas dimensiones.

Al lado del hecho de que este importante documento ha proclamado que los niños tienen derecho a ser ayudados y a una asistencia especial (art. 23 y 24), en el mismo año de 1948, la comisión social de las Naciones Unidas inscribió en su primer programa de actividades de la recomendación de estudiar las condiciones de la elaboración del proyecto de una carta que se referiría a los derechos del niño. Se estableció, asimismo, que el secretario general de la organización tendría que otorgar una atención especial a la Declaración de 1924. El nuevo documento tendría que comprender, sin embargo, las líneas definitivas de una nueva concepción acerca del bienestar del niño.

Al año siguiente la comisión examinando y tomando en cuenta los resultados de la acción del secretario general de la ONU decidió que: "la formulación de una declaración sobre los derechos del niño será restringida a una declaración de principios, con un preámbulo que va a contener recomendaciones en su espíritu y estando en conformidad con los principios de la Carta de la ONU y la declaración universal de los derechos humanos".

Después de examinar y perfeccionar sus ideas en consenso con las observaciones formuladas por la comisión de los derechos humanos, la asamblea general de la ONU proclamó el (2 de noviembre de 1959) la declaración de los derechos del niño.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> *The United Nations and Human Rights*, United Nations, New York 1984, pp. 109-110. En lo que se refiere a la literatura en este tema, en el periodo entre las dos guerras se resolvió la necesidad de acordar una protección jurídica del niño. En este sentido véase, por ejemplo, Janusz Korczak, *Le Droit de L'enfant au Respect*. R. Laffont/UNESCO, 1979.

## 2.2. La declaración de los derechos del niño

La adopción de esta declaración marcó un momento importante para la afirmación, en el plano internacional, de los derechos fundamentales del niño. Con todo su valor jurídico reducido, el documento marcó un paso importante, significativo en la cristalización y la consagración de regla y principios de derecho.

En este sentido, la declaración enuncia una serie de derechos y libertades, y hace un llamado para que sean reconocidos y se hagan esfuerzos para ser respetados, "a través de medidas legislativas y otras medidas tomadas en modo progresivo", conforme con los principios: la garantía de todos los derechos inscritos en la Carta, el amparo especial, condiciones favorables y una ley que ayude a realizar estos propósitos, el reconocimiento del derecho a nacer, a tener una ciudadanía, las ventajas de la seguridad social, tratamiento especial para el niño minusválido físico, mental o socialmente, el cuidado del niño por la familia a la cual pertenece, la garantía del derecho a la educación gratuita, obligatoria y multilateral, prioridad, en cualquier situación, para acordarle protección y asistencia, el amparo contra todas las formas de descuido, crueldad y explotación, la protección contra las prácticas que pueden favorecer la discriminación racial, religiosa o de cualquier otro tipo.<sup>3</sup>

Un significado relevante en el marco de las preocupaciones de las Naciones Unidas con respecto a los derechos del niño tuvo la proclamación y la celebración del año 1979 —que marcaba el 20 aniversario de la declaración de los derechos del niño; como el Año Internacional del Niño.

Las amplias acciones desarrolladas con ocasión de este evento —a nivel nacional, regional o internacional— contribuyeron no sólo a la concientización de la comunidad mundial acerca del estado y de las necesidades específicas de los niños sino que también al respecto y al desarrollo de sus derechos.

También, en el contexto de la celebración del Año Internacional del Niño fue bienvenida la idea de elaborar y adoptar una convención sobre los derechos del niño, con un documento jurídico internacional que genere obligaciones y que abarque todos los problemas.

<sup>3</sup> Acerca de los significados generales del documento se pueden ver: Jean Chazal, *Les Droits de L'enfant*, Presses Universitaires de France, col. "Que sais-je?", 1978.

## 2.3. La consagración internacional del derecho del hombre a la niñez y de la obligación fundamental de la protección del niño

Al lado de estas preocupaciones referentes a la promoción de reglamentaciones especiales, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a la inscripción, entre los más recientes derechos humanos fundamentales, del derecho a la niñez y la consagración de la obligación humana fundamental de respetar y proteger al niño.<sup>4</sup>

De este modo, la Declaración universal de los derechos humanos (10 de diciembre de 1948) proclamó que la niñez tiene derecho a una ayuda y a una asistencia social adecuada, que deben ser especificadas.

Continuando con estas disposiciones, el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 10) o los estatutos e instrumentos pertinentes de las instituciones especiales de las Naciones Unidas —y de las organizaciones internacionales que se preocupan por el bienestar del niño, han traído importantes contribuciones para la definición de estos nuevos elementos de la institución de los derechos humanos.

Una serie de otros documentos internacionales-universales y regionales como la Carta Social Europea I (art. 8-1 y 17), el Protocolo Europeo sobre la Seguridad Social (art. 10 - 1 y 2) o la resolución de la Asamblea General nr. 2716 (XXV), punto C I, el Programa de Acción Internacional Concreta para el Progreso de los Derechos de la Mujer, la Convención Europea referente a los Derechos Humanos y la Libertad Fundamental (4 de noviembre de 1950), etc. han contribuido a la precisión, la concreción y al reforzamiento jurídico internacional de estos derechos humanos fundamentales.

En el presente más de 80 tratados, declaraciones y otros actos internacionales contienen disposiciones sobre la protección del niño. Los dos elementos fundamentales —el derecho a la niñez y la obligación fundamental de respetar y proteger al niño— consagran prioritariamente prerrogativas y obligaciones para los padres (familia) y para el poder público.

<sup>4</sup> En lo que se refiere a los nuevos derechos del hombre, en general se puede ver Jacques Robert, *Libertés Publiques et Droits de L'homme*, Ed. Montchrestien, Paris, 1988, p. 55; *Les Droits de L'homme, en Question*, La Documentation Française, Paris, 1989.

#### 2.4. La protección jurídica del niño, principio general de derecho

Conforme a estas reglamentaciones internacionales, las constituciones de la mayoría de los Estados demócratas han adoptado una serie de disposiciones referentes a los derechos del niño, que provienen de la protección especial de la mujer después de dar a luz. Son significativos en este sentido, por ejemplo, el art. 30 de la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947, el art. 37.11 de la Constitución argentina del 11 de marzo de 1949, el art. 69 de la Constitución portuguesa del 29 de abril de 1976, el art. 74 de la Constitución venezolana de 1961, etcétera.

Otras leyes fundamentales reconocen el derecho a la educación de los niños y la obligación correspondiente por parte de los padres y del Estado (art. 6 de la Constitución argentina, art. 36 de la Constitución portuguesa, art. 30 de la Constitución italiana, art. 44 de la Constitución cubana). En otros casos se acordó una protección especial a los menores en el campo de la salud (art. 64 parr. 1 de la Constitución portuguesa,<sup>5</sup> del trabajo (art. 27 de la Constitución japonesa o art. 34 de la Constitución suiza del 29 de mayo 1974) o de la familia (art. 39.11 de la Constitución española del 29 de diciembre 1978, art. 3 de la Constitución italiana, art. 36.4 de la Constitución portuguesa, art. 190 de la Constitución suiza, etc.).<sup>6</sup>

En otros países han sido adoptadas una serie de leyes especiales referentes a la situación de los niños desamparados, como la ley francesa del 10 de julio de 1989, que prohíbe los malos tratos aplicados a los menores y se refiere a la protección de la niñez.

Como se sabe, algunos autores han considerado que algunos derechos humanos consagrados en las leyes fundamentales de los Estados han trascendido al orden jurídico internacional, siendo incluidos en los principios generales de derecho. Por ejemplo, Ch. Charpentier ha considerado que los derechos humanos consagrados por el conjunto de los órdenes jurídicos internos representan "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" en el seno de las disposiciones del art. 38, por 3 del estatuto de la Carta de Justicia Internacional.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Para la literatura del tema véase: M. Bothe, *Les Concepts Fundamentaux du Droit à la santé, le Point de Vue Juridique, le Droit à la Santé en Tant que Dérivé De L'homme*, Colloque de la Haye, 27-29 julio 1979.

<sup>6</sup> Desde este punto de vista se considera que la Constitución portuguesa del 2 de abril de 1976 puede ser la más completa en lo que se refiere al lugar y a la importancia— que se les otorga a los derechos del niño, como también de los derechos humanos en general.

<sup>7</sup> Ch. Charpentier, *CJ Recueil*, 70, p. 32.

Estas reglas generales no tienen necesidad de ser trasladadas al orden jurídico internacional para que les sea reconocida la calidad y el valor más alto, es suficiente su incorporación y consagración en el derecho interno de los Estados.<sup>8</sup>

Este punto de vista de la doctrina fue confirmado por la jurisprudencia. En este sentido en la decisión de solución del caso *Barcelona Traction Light and Power Company, LTD*, (5 de febrero de 1970) se hizo una relación explícita de las "reglas generales aceptadas por los sistemas de derecho interno", antes de evocar los "principios y reglas sobre los derechos fundamentales de la persona humana" entre los cuales algunos, "han sido integrados en el derecho internacional general".

También la Carta de Justicia de la Comunidad Europea en la decisión sobre el caso *J. Nord Kohles/Commission CEF* de 1974 precisó que:

los derechos fundamentales hacen parte integrante de los principios generales de derecho a los cuales la carta les asegura el respeto. Para salvaguardar estos derechos, la Carta tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y no admite medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizado por las constituciones de estos Estados.

Tal jurisprudencia fue confirmada por las soluciones de otros casos, en especial las del caso *Roland Rutile* contra el Ministerio del Interior (28 de octubre de 1976) sobre la libertad de manifestar la religión o convicciones religiosas. Desde tal perspectiva, la Carta de Justicia de la Comunidad Europea considera que los derechos humanos son parte integrante de los principios generales de derecho, aplicables en el orden comunitario.<sup>9</sup>

Se consideró incluso que en los documentos de la ONU se ha previsto que los derechos del hombre constituyen principios generales de derecho, porque el proyecto, "Los principios generales sobre la libertad de la no discriminación en materia de derechos políticos establece que "el mejor medio para garantizar los derechos y las libertades proclamadas más abajo es su inclusión en constituciones o leyes fundamentales que no pueden ser abrogadas o modificadas por medio del procedimiento legislativo ordinario". Basándose en estas consideraciones se ha concluido que la

<sup>8</sup> T.C. Boven, Janos Toth, intervenciones durante el coloquio de Toulouse con el tema *Tendances de L'elaboration du Droit International Public*, Paris, Ed. A. Pedone, 1975, p. 106.

<sup>9</sup> Para una presentación en detalle de este punto de vista véase: Jean Louis Clergie, "L'adoption d'une Convention International Sur les Droits de L'enfant", en *Revue du Droit Public*, nr. 2/1990, pp. 435-451.

doctrina, la jurisprudencia y la práctica de la ONU reconocen la necesidad de no disociar los derechos fundamentales del hombre contenidos por las constituciones internas de los principios generales de derecho aplicables en el orden jurídico internacional.<sup>10</sup>

En lo que se refiere a incluir los derechos humanos (respectivamente los del niño) entre los principios generales del derecho (en el sentido del art. 38 del estatuto de la Carta Internacional de Justicia) es conveniente hacer algunas consideraciones.

Como se conoce, en esta concepción:

los principios generales de derechos reconocidos entre las naciones civilizadas" son principios de derecho interno: sea que tienen un significado nacional y regional, el único efecto producido por la similitud entre "los sistemas de derecho interno" es la presunción de la voluntad unitaria de los Estados que por ella sola no es sino un hecho y no una regla del derecho".<sup>11</sup> En su contenido estos principios contienen reglas de derecho material (como son: *pacta sunt servanda*, el abuso de derecho, el respeto a los derechos adquiridos, etc.) de procedimiento (como son: la autoridad de la cosa juzgada, la excepción de la litispendencia y otras) o una serie de principios de derecho público (por ejemplo: la continuidad del Estado, el primado de la ley internacional sobre el derecho interno etcétera).

Desde este punto de vista la inserción de los derechos del niño (por medio de la institución fundamental de los derechos humanos) entre los principios generales de derecho comporta algunos matices.

Así, es cierto que la casi totalidad de las constituciones de los Estados contemporáneos contienen disposiciones de principio en lo que se refiere a la protección del niño; estableciendo obligaciones concretas en este sentido por parte del Estado éstas adquieren desde el punto de vista del niño el carácter de derechos fundamentales. Pero al mismo tiempo, expresan sobre todo la obligación humana fundamental de respetar y proteger al niño. Como consecuencia, entre los principios generales de derecho (en el sentido del art. 8 del estatuto CIJ) están inscritos sólo estos elementos componentes de la institución fundamental de los derechos humanos.

<sup>10</sup> Jean Louis Cleargie, *op cit.*, p. 442.

<sup>11</sup> Para la noción y el valor jurídico de "los principios generales de derecho", véase: Charles Rosseau *Droit International Public*. Précis Dalloz, 1987, pp. 88-90; Bondel, "Les Principes Généraux du Droit Devant la CPJ et al. CIJ" en vol. *Mélanges Guggenheim*, Geneve, 1968, pp. 201-236. Charles Chaumont "Mort et Transfiguration du Jus Cogens" en vol. *L'Etat moderne horizon 2000*, LGDJ 1985, pp. 469-479.

Al mismo tiempo, el principio del humanismo se inscribe entre "Las notas características del derecho internacional público", entrando incluso en el campo de acción reservado a los Estados.<sup>12</sup> Así, por ejemplo el artículo 36 de la Carta de la ONU, obliga a sus miembros a que emprendan acciones en común y por separado, en cooperación con la Organización para asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Convención Europea sobre los Derechos Humanos consagra un verdadero procedimiento petitorio en el cual los individuos tienen la calidad de partes.

Son fenómenos que indican una vez más la inclusión del respeto y la protección del niño — como elemento de la institución de los derechos humanos — en el marco de los principios generales de derecho, en el sentido del art. 38 del estatuto CIJ. Este hecho estimuló el proceso de formulación y afirmación de los derechos del niño en el marco de documentos internacionales adecuados, sobre todo acentuando el imperativo de su codificación a nivel mundial.

## 2.5. La convención sobre los derechos del niño

En el contexto de la preparación del Año Internacional del Niño (1979), Polonia lanzó la iniciativa de elaborar el proyecto de una convención sobre los derechos humanos, que siendo adoptada bajo los auspicios de la ONU llegue a constituir un documento jurídico internacional que obligue, destinado a promover la colaboración interestatal en la materia.<sup>13</sup>

En este sentido, el 2 de noviembre de 1989 la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre los derechos del niño.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Sobre el problema véase: Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Biblioteca jurídica Aguilar, 6a. edición, Madrid, 1978, pp. 116-117.

<sup>13</sup> La convención entró en vigencia (según el art. 49) 30 días después de ser entregado al secretario general de la ONU el 2o instrumento de ratificación o adhesión.

<sup>14</sup> El documento inicial fue remitido a la Comisión de los Derechos Humanos el año 1978, la cual en la sesión 34 pidió al secretario general de la ONU que elabore, partiendo de las ideas, observaciones y sugerencias recibidas de los Estados miembros y las instituciones especializadas de la Organización Mundial, un informe sobre este problema. Comenzando con su sesión 34, la Asamblea General de la ONU inscribió en su orden del día el punto llamado "El problema sobre la convención de los derechos del niño". Con base en el texto inicial mejorado por las posiciones expresadas por los estados y organismos internacionales consultados, el grupo de trabajo instituido en este sentido elaboró un documento de trabajo que ha constituido el marco general de la nueva convención.

El documento constituye el resultado de un largo proceso de elaboración, precisión, desarrollo y codificación de las normas y principios jurídicos sobre los derechos del niño y presenta una sistematización y afirmación del estado actual de esta institución jurídica internacional. Constituye, al mismo tiempo, una verdadera plataforma para la promisión de la colaboración y cooperación entre los Estados con el fin de adoptar las medidas necesarias, en diversos niveles, para la protección y mejoramiento de la condición material y espiritual de la más joven generación.

De esta manera los Estados que llegan a ser partes se obligan a respetar y a garantizar los derechos y las libertades enunciadas en la convención para todos los niños que están en su jurisdicción, sin ninguna distinción basada en la raza, color, sexo, idioma, religión, opción política o de otro tipo, origen nacional, étnico o social, situación material o cualquier otra situación.

En este sentido, los Estados miembros se obligan a tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra naturaleza para poner en aplicación práctica los derechos enunciados.

Para examinar los progresos realizados en la ejecución de las obligaciones asumidas en virtud de la convención, se creó un comité de expertos, que se reúne anualmente para examinar los informes presentados por los Estados partes y el cual a su vez va a presentar informes, cada 2 años ante la Asamblea General de la ONU.

Este mecanismo es común en los documentos adoptados por la organización mundial en lo que se refiere a los derechos humanos.

### 3. La definición (jurídica) del niño

Un problema muy importante para la realización de los derechos del niño lo constituye la noción de "niño", en su calidad de sujeto activo de estos derechos, en beneficio de su ejercicio pleno y efectivo. Hasta la adopción de la Convención de 1989 no había existido una definición jurídica internacional, los documentos en esta materia hacían sólo referencias generales mediante la ubicación del sujeto con el medio político o social. Así, por ejemplo, en el Informe del Secretario General de la ONU, sobre la situación de los niños en el periodo 1960-1970 se distinguen tres categorías de niños: a) los que dependen totalmente de sus familias para la satisfacción de todas las necesidades y no tienen todavía la edad escolar (de la concepción hasta los 6-8 años; b) los que dependen para su desarrollo físico y psíquico tanto de la familia como también de la escuela en el proceso de enseñanza general obligatoria (en edad de 6-8 años a 12-13 años);

c) adolescentes, la última etapa antes de la integración completa en el mundo adulto, cuyo medio es en consecuencia extendido a todas las otras instituciones del Estado.

En la primera etapa, la del "niño de poca edad o de parvulario" éste depende totalmente de la familia de la escuela, siendo el primer factor que le va a permitir la integración en la vida social.

Este tipo de delimitación de la niñez, teniendo como criterio fundamental el cronológico (como edad) presenta muchas imperfecciones; en primer lugar no están establecidos con exactitud los límites del comienzo y del fin de la categoría demográfico-jurídica de niño. Por otro lado, con todo su carácter general, la definición es muy difícil de ser aceptada, tanto por unas condiciones social-económicas como por las naturales-biológicas, en distintos países, por las variedades diferentes y complejas, en especial en lo que se refiere a los países del Tercer Mundo. Es difícil concebir que en el continente africano, por ejemplo, los segmentos de vida dedicados a la educación en este contexto puedan ser consagrados, desde un punto de vista material e institucional, o en lo que se refiere al ritmo de la madurez sexual y la formación de la familia.

Al mismo tiempo, como consecuencia aparece la principal falta de ésta definición: el hecho de no tomar en cuenta, en una medida correspondiente, las necesidades específicas que varían no sólo de una edad a otra sino de un país a otro, de una región geográfica a otra.

Desde este punto de vista, la convención sobre los derechos del niño ofrece importantes contribuciones. Así, conforme al art. 1 del documento... "por la noción de niño se entiende cualquier ser humano que no ha cumplido 18 años, con la excepción de los casos en los que conforme a las leyes aplicables del niño, la mayoría de edad sea establecida bajo esta edad".

Teniendo en cuenta esta definición de la Convención, quedan por aclarar dos problemas: el momento del reconocimiento de los derechos específicos, el comienzo de la capacidad jurídica internacional del niño y respectivamente la delimitación de las categorías jurídico políticas de "niños" y "juventud".

#### 3.1. El comienzo de la capacidad jurídica internacional del niño

Sobre este punto, la Convención especial de 1989 no contiene disposiciones precisas: con todo esto, reconoce como componente del derecho del niño el beneficio de mejor salud y "el aseguramiento de la protección de la salud de las madres en el periodo pre y posnatal" (art. 24.2 d), y del derecho a la vida,

la exigencia de garantizar "en la medida de lo posible" la sobrevivencia y el desarrollo del niño (art. 6.2), consagrando, en modo indirecto, como momento para el comienzo de la capacidad jurídica internacional del niño la fecha de la concepción. Aún más, en el Preámbulo de la Convención se justifica la necesidad de su adopción y a través del imperativo de asegurar al niño una protección jurídica eficaz "antes y después del nacimiento", hecho que converge también hacia tal conclusión.

Esta idea encuentra la complementación y consolidación de sus argumentos y en las reglamentaciones existentes en los sistemas jurídicos nacionales expresados en la regla antigua: *Infans conceptus natur habetur quotuis de commodis ejus agitur*, según la cual los derechos del niño son reconocidos desde la concepción, pero solamente si nace vivo (o viable) y que representa, sin duda, un "principio general de derecho" en el sentido del art. 38 del Estatuto de la Carta Internacional de Justicia. Tal apreciación está fundamentada en el hecho de que en virtud de este principio el niño puede adquirir sólo derechos y no obligaciones, lo que refleja su esencia de protección.

### 3.2. El límite superior de la niñez

Si en lo que se refiere al comienzo de la capacidad jurídica internacional del niño se pueden establecer en modo casi preciso los elementos del momento que marca el paso hacia la juventud, las posiciones expresadas en las reglamentaciones internacionales y la literatura especializada son diferentes.

Incluso la actual Convención en la materia señala que por la noción de niño se entiende "cualquier ser humano que no ha cumplido 18 años, con la excepción de los casos cuando conforme a las leyes aplicables al niño, la mayoría de edad sea establecida abajo de esta edad", contiene una reglamentación general, la precisión que introduce fija la edad máxima de 18 años la que es atenuada por la introducción de la noción general de "mayoría de edad", según las leyes aplicables.

Tal corrección a la ley está destinada a poner de acuerdo la Convención con los otros documentos de la ONU y de sus instituciones especializadas que definen a la juventud como la categoría de edad entre los 15 (16)- 24 años.

Dejando atrás las condición de niño, el individuo pierde la protección y el estado de dependencia que le ofrecía esta calidad (expresados en los derechos específicos reconocidos y garantizados adquiriendo en cambio los derechos y las responsabilidades de un joven adulto).

La limitación precisa de los significados de la noción "mayoría de edad" es muy importante. Por

el modo como es tratada en el texto del documento, como también por su relación con las otras reglamentaciones pertinentes, resulta, primero, su carácter muy amplio, designando prácticamente un mecanismo que permite a cada Estado parte, que establezca en concreto la definición del niño adaptada a las condiciones propias, expresadas a través de una multitud de factores socio-económicos y culturales.

Así, por ejemplo, el análisis de las legislaciones nacionales de los Estados revela que la edad legal en la cual los jóvenes pueden trabajar ("la mayoría de edad para el trabajo"), es por lo general a los 14-16 años. En los documentos de la Organización Internacional del Trabajo el límite para empezar a trabajar está fijado en los 14 años. En lo que se refiere a la responsabilidad penal, ésta comienza a los 14-16 años.

También alrededor de esta edad (14-15 años) aparece una disminución evidente de la autoridad legal familiar para decidir acerca de los problemas de sus niños y, en consecuencia, el reconocimiento y la autorización de los jóvenes para decidir acerca de su formación y otros aspectos importantes.

Como una tendencia general hoy asistimos a un crecimiento de la edad límite en la cual los individuos cesan de tener derecho a la protección específica de la niñez, a las ventajas especiales y a la educación.

En tal perspectiva, la edad de 18 años designa sólo el momento para adquirir la mayoría de edad en política (respectivamente para adquirir los derechos políticos plenos, la edad de 14-16 años siendo en general el límite superior de la niñez) (de la mayoría para el trabajo, de la mayoría civil, penal, etc.), que llega a marcar, inclusive desde el punto de vista jurídico su fin y el comienzo de una nueva etapa de vida, la juventud.

Sin duda, esta delimitación en nociones cronológicas, útil desde el punto de vista metodológico-operacional, no logra sin embargo abarcar el fenómeno con todo sus significados.

Es por eso que, como una primera conclusión, sin disminuir en nada el papel de una definición basada en el límite de edad, consideramos que una solución que corresponda totalmente a la finalidad de la consagración y garantía de los derechos específicos de esta categoría de población, no debe fijar límites rígidos de edad, que valgan para todos los Estados-parte, sino que por el contrario debe tomar en cuenta la diversidad y variedad de las condiciones particulares en las que viven y se forman los niños del planeta. Al mismo tiempo, es necesario tomar en cuenta los documentos y las tendencias de reglamentación existentes en plano internacional (en el campo de derechos de la juventud) porque

una correlación orgánica de todos los actos interestatales en esta materia es imperativa.

Así en el límite de criterios generales, a los documentos internacionales les corresponde la obligación de fijar los derechos del niño en substancia, para que después cada Estado por su lado, a través de la ratificación del respectivo acto internacional, establezca una definición del niño adaptada a las condiciones concretas socio-económicas, tradicionales históricas, culturales, etc. en cada país.

#### 4. Los derechos del niño: noción, contenido dimensiones definitorias y clasificaciones

La aparición y la afirmación de derechos y libertades fundamentales específicos, protegidos a nivel internacional en favor del niño se inscriben orgánicamente en el proceso de desarrollo y universalización de la noción y de la institución de los derechos humanos. La universalización de los derechos humanos trajo, al mismo tiempo la de sus significados, el paso de lo que según el profesor Burdeau va desde "el ciudadano", el hombre ilustrado por la razón, hablando y accionando según sus imperativos, situado sobre los problemas concretos: económicos, políticos, sociales, hasta "el hombre situado", al que encontramos en las relaciones cotidianas de la vida, el caracterizado por la edad, la profesión, el modo y los medios de vivir, los gustos y sus necesidades sociales.<sup>15</sup>

Tal tendencia de particularización y desarrollo de los derechos humanos en función de las necesidades concretas de la persona humana era imposible que no se reflejara en la situación específica de la edad más joven de la persona humana.

Estas evoluciones han determinado el desarrollo y enriquecimiento a través de importantes actos internacionales, del contenido y de las dimensiones del concepto y de la institución de los derechos humanos a través de la complementación y concreción de éstas en los aspectos particulares o categorías humanas, en una visión global, integral y se afirmaron de esta manera los derechos de la juventud, los derechos de la mujer y los derechos y las libertades fundamentales del niño etcétera.<sup>16</sup>

Los derechos del niño justifican su consagración y determinan las finalidades a través de su función "compensatoria", de crear condiciones iguales, propicias para la afirmación social de este grupo social-demográfico (en sus particularidades socio-

jurídicas) y su preparación para cumplir con los derechos y obligaciones (responsabilidades) fundamentales propias de las etapas siguientes de la vida.

Estos derechos específicos constituyen un "mínimo" general, de necesidades e imperativos, los cuales a través de su realización en contextos socio-económicos y políticos concretos aseguran las condiciones necesarias para el desarrollo físico e intelectual de la personalidad del niño en consenso con las realidades y las necesidades de la vida nacional e internacional, con los ideales y valores dominantes de la humanidad en este final de siglo y milenio.

Como una caracterización general, desde el punto de vista de las finalidades y su contenido, los derechos del niño se particularizan por su carácter acentuado de amparo, reflejando la condición del niño "como un ser humano en desarrollo, muy vulnerable y esencialmente dependiente", que se manifiesta por el reconocimiento y la garantía por vía jurídica de oportunidades y ayudas especiales destinadas a promover los intereses fundamentales de los niños y a asegurarles un desarrollo normal y armonioso.

En este contexto, los derechos del niño no se encuentran en oposición o en conflicto (como se les trata de presentar algunas veces) con otras categorías de derechos y libertades humanas fundamentales, sino que constituyen un componente importante y necesario de éstos, una "etapa" en su afirmación, una particularidad importante (en contenido y objetivos) de las condiciones de la más joven generación del planeta y, en consecuencia, con una eficiencia mayor en la realización de sus múltiples significados.

Los derechos del niño se constituyen en una versión particular de los derechos y libertades humanas fundamentales que se hayan en un proceso pleno de modulación y afirmación de la personalidad, de integración en el marco de la familia y la sociedad.

Desde este punto de vista, se puede apreciar que en la determinación de lo específico y de los significados de los derechos del niño éstos se pueden expresar en las siguientes situaciones:

— Acentuar o reflejar los derechos y las libertades humanas fundamentales reconocidas para todos los individuos (sin importar la edad), como son: el derecho al nombre, el derecho a una nacionalidad (ciudadanía), el derecho a la seguridad social, etcétera.

— Enriquecer el contenido de derechos fundamentales humanos con una serie de requerimientos y normas de amparo y de privilegio para el niño, como por ejemplo, las condiciones especiales de

<sup>15</sup> Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel*, LGDJ, París, 1988 pp. 173-174.

<sup>16</sup> Véase: Mircea Dutu, *Los derechos y las responsabilidades fundamentales de la juventud en el mundo contemporáneo*. Bucarest. Editorial política, 1987.

edad mínima para el trabajo, para la administración de la justicia (como son las así llamadas "Reglas de Beijing" aprobadas en la resolución de la Asamblea General de la ONU No. 40/33 del 1o de diciembre de 1985 que establecen un conjunto de reglas mínimas sobre la administración de la justicia para los menores), el tratamiento penal especial, las condiciones de la privación de libertad, etcétera.

— Reconocer las obligaciones que se refieren en exclusividad al niño, como son las de adopción, la educación básica, las obligaciones de los padres, etcétera.

Vistas por el prisma de su naturaleza y clasificación, los derechos del niño pueden ser: *derechos civiles* (el derecho al nombre y a una ciudadanía, a ser protegido en contra de la tortura y los malos tratos, a las reglas especiales para la administración de la justicia, a la separación de los padres, etc.), *derechos económicos y sociales*, (el derecho al trabajo con su dimensión especial de protección del trabajo del niño en contra de la explotación, a la seguridad social, a un nivel de vida correspondiente para asegurar un desarrollo óptimo, a un nivel de salud lo más alto posible y el acceso a los servicios médicos a unidades especiales para los niños minusválidos, a la reglamentación de la adopción, etc.), *derechos culturales* (el derecho a la educación, ocio, a la participación en la vida cultural etc.)

Se admite que por su inmadurez, el niño no tiene en principio derechos políticos, la gran mayoría de las legislaciones nacionales y las reglamentaciones internacionales se refieren a la llamada "mayoría política" después de la edad de 18 años.

La consagración, en algunos actos internacionales, de los derechos del niño a la libertad de expresión y de pensamiento, de conciencia y de religión (véase por ejemplo, el art. 13 y 14 de la actual Convención sobre los derechos del niño) no significa, creemos, una violación de esta regla.

La libertad de opinión "garantiza al niño que es capaz de discernir" y que comprende "el derecho de expresar libremente la opinión acerca de todos los problemas", tiene que ser entendida en el contexto general de los derechos fundamentales ofrecidos a los niños y los cuales no incluyen los derechos políticos, por las razones expresadas más arriba.

Y en lo que se refiere a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión sus significados están restringidos debido a la inmadurez que caracteriza esta etapa de la vida del individuo, implicando más una obligación negativa por parte de los Estados-parte no para restringir estas libertades.

Un grupo importante y significativo de estos derechos está destinado a subrayar una serie de

aspectos muy importantes del proceso general de socialización de los niños en diversos contextos económico-sociales y representa los diversos aspectos de la condición material y espiritual del niño.

Podemos hablar así *del estatuto personal* (configurado por el derecho al hombre y a la nacionalidad, la definición de la niñez, la protección de la identidad, el interés superior del niño), *el estatuto familiar* (determinado por el derecho del niño a vivir junto a sus padres, las responsabilidades de los padres, la adopción, la protección del niño que vive fuera de su ambiente familiar) y *el estatuto social* que a su vez se divide en: el subestatuto jurídico-institucional (que comprende la protección contra los malos tratos, la administración de la justicia y el procedimiento penal, el amparo contra cualquier forma de explotación), *el subestatuto social-económico* (el derecho y la salud y servicios médicos, al beneficio de la seguridad social a un nivel de vida adecuado, la protección del trabajo del niño), y *el estatuto cultural* (el derecho a la educación, al ocio, a las actividades recreativo-culturales, el acceso a una información adecuada).

Tal clasificación permite una evaluación más precisa de la etapa de consagración y realización de los derechos fundamentales del niño, como también de las condiciones aseguradas en este sentido, en dominios bien definidos, configuraciones y objetivos propios y la elaboración con esta base de medidas (inclusive de orden jurídico) para promoverlos y garantizarlos.

En las sesiones preparatorias de la preconizada Convención de los derechos del niño se avanzó en una clasificación de estos derechos en tres "P": provisión, protección y participación, dicho de otra forma, los derechos acerca de la posesión, la adquisición o el acceso a bienes y servicios, el derecho de ser protegido contra actos o prácticas ilícitas y el derecho de hacer algunos actos, de expresar y de tener una posibilidad real en lo que se refiere a la propia existencia.

Sin duda, en tal grupo encontramos elementos de las tres "P" en cada una de las "generaciones" tradicionales de derechos fundamentales: así por ejemplo, los derechos sociales contienen el derecho de recibir cuidados médicos, de ser protegidos contra la explotación y de que su opinión sea tomada en cuenta, etcétera.

Con el fin de garantizar el ejercicio de estos derechos y libertades, la Convención de 1989 se ha mantenido en la esfera más amplia de la práctica de la ONU, instituyendo un mecanismo análogo al consagrado por los pactos relativos de los derechos humanos del año 1966.