

¿QUÉ ES UN NIÑO? UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Pilar Trinidad Núñez*

I. REFLEXIONES ACERCA DE LA DEFINICIÓN JURÍDICA DEL TÉRMINO NIÑO

A lo largo de las pasadas décadas, los Estados que conforman la Comunidad Internacional han venido mostrando su creciente preocupación por todas las cuestiones que afectan a la infancia y, como consecuencia de ello, se han elaborado numerosos instrumentos dirigidos a la protección de los niños y de las niñas, que componen un auténtico cuerpo normativo, si bien todavía fragmentario, destinado al reconocimiento y protección de los derechos del niño.

Existen, por tanto, en el ámbito del Derecho internacional numerosas normas que reconocen y protegen *derechos específicamente* atribuidos a los niños. Por esto, quizá, la primera pregunta que cabría plantearse sería *por qué* es necesario elaborar normas y disposiciones específicas de protección de la infancia si los niños son, en cuanto seres humanos, destinatarios de las normas generales de protección de los Derechos Humanos. En otros términos, y como se ha advertido, «si derechos humanos y derechos del niño son, en el fondo, la misma cosa, ¿se justifica que existan y se hayan desarrollado separadamente? ¿No es una pérdida innecesaria de recursos y de esfuerzos el tratarlos de este modo?» (PICADO, 1996). Está claro que no se pretende ahora contestar a estas preguntas pero, sin duda, la respuesta podría encontrarse en un hecho que ha venido a producir relevantes cambios en el modelo inicial de los Derechos Humanos, y que se trata, en particular, del denominado *proceso de Especificación o de Concreción* de los Derechos Humanos (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1995: 180).

* Profesora Titular E.U. Derecho Internacional Público y relaciones internacionales. Universidad de Extremadura.

Este proceso, como se ha advertido, es la expresión del avance del historicismo sobre el racionalismo y tiene su punto de partida en la idea de vincular más los derechos a sus titulares como personas concretas (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1998:181). Sea como fuere, durante este proceso evolutivo de los Derechos Humanos, tal como se ha dicho, van a surgir los derechos del niño «que exigen una protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono. Todos pasamos durante un tiempo por esa condición, y es en esa etapa, que acaba para el Derecho con la mayoría de edad (...), donde existe *esa protección específica* para los niños» (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1998: 181).

En cualquier caso, desde el punto de vista estrictamente *iusinternacionalista*, lo que hay que valorar es que los niños constituyen un grupo humano que se encuentra en situación de *especial desprotección* y, quizá por ello, determinados derechos adquieren una dimensión especial cuando afectan a la infancia (como el derecho a recibir una educación). Incluso, se podría llegar a afirmar que existen derechos que sólo son realmente efectivos si se adquieren o ejecutan durante la infancia, es decir, desde el nacimiento o poco después¹. Más aún, podría haber derechos que sólo adquieren plena significación o reconocimiento si se disfrutan *durante* la infancia, entre los cuales se encuentra el, sin duda nada desdeñable, *derecho a jugar*².

¹ El ejemplo más claro sería el derecho a un nombre (y a su respectiva inscripción en un registro), ya que no tendría sentido que un ser humano adquiriese este derecho en un estadio avanzado de su vida, y así lo reconoce la propia Convención sobre los Derechos del niño de 1989 en su artículo 7.1 al establecer que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre...». Lo mismo sucede con otros derechos, como el derecho a una nacionalidad, reconocido en el mismo artículo de la citada Convención.

² Ya que, como ha señalado A. Lopatka, un derecho específico del niño es su derecho al descanso y al ocio, a dedicarse a actividades de juego y recreo apropiadas a su edad y a participar libremente en una vida artística y cultural (LOPATKA, 1997: 675). La CDN dispone en su artículo 31.1 que los Estados partes reconocen «el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes». Otro ejemplo de un derecho que sólo adquiere sentido si se reconoce desde la infancia sería, en el caso de niños pertenecientes a minorías lingüísticas, el derecho a aprender y utilizar la propia lengua. Este derecho sólo puede ser realmente efectivo si se ejercita desde la infancia, es decir, si los niños nacidos en el seno de ese grupo minoritario pueden aprender su lengua sin obstáculos por parte del Estado donde los mismos residan. Sobre estos derechos véase, en particular, FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (1999): Derechos Lingüísticos y Derecho internacional, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, pp. 161-173 (Madrid, Dykinson).

Todo ello ha hecho que se elaboren normas específicas en relación con los derechos de la infancia, entre las cuales, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas mediante la Resolución 44/25 de la Asamblea General de 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN o Convención).

De todas formas, se hace necesario delimitar de algún modo *quiénes constituyen los sujetos de estos derechos*. Y aunque resulta evidente que el mero hecho de ser considerados niños convierte a ciertas personas en destinatarias de normas concretas de protección de derechos humanos, es importante determinar también, con la mayor precisión posible, *qué se entiende por niño en el ámbito del Derecho internacional* o, por lo menos, en el sector relativo a los Derechos Humanos³.

No se trata, claro está, de reflexionar acerca de qué es un niño en concreto o qué es la infancia en sentido amplio. De lo que se trata, en realidad, es de *delimitar de la forma más precisa posible los titulares o destinatarios de los derechos que se reconocen a los niños* en el Derecho internacional contemporáneo. La tarea a abordar es tan sencilla y a la vez tan complicada como averiguar *quiénes ostentan la condición de niño para este ordenamiento jurídico*⁴. En el fondo, habría que responder a las preguntas que fueron suscitadas por M. G. Flekkoy al plantear «What is a Child' and how can we speak of rights of children if the definition of "a child" is uncertain»? (FLEKKOY, 1992: 144) En este sentido y aunque coincidimos con G. Van Bueren cuando afirma que la niñez es una construcción social y por ello cualquier definición de la niñez o de la infancia es inevitablemente artificial⁵, ello no debe hacernos pensar que los niños no pueden ser titulares de

³ Tal y como se ha afirmado «The attempt to answer the question "What is a child" involves extraordinary complexities. Simple definitions prove elusive. A little probing dispels certainty and prompts further questions» (FRANKLIN, 1986: 7).

⁴ Así como de responder a la pregunta de si la imprecisión de la definición de niño constituye un impedimento a la hora de establecer una efectiva aplicación de las normas internacionales. A esta cuestión, hay autores que responden que no, ya que «given precise age limits are sometimes specified in the legislation, and, more importantly, that certain guiding principles are, established, namely: that childhood begins at birth if not before, and that there is the developing norm of 18 as the majority» (KUPER, 1997: 10).

⁵ De esta forma, señala esta autora que «although childhood is a social construct, it is no more so than adulthood, and the arbitrariness of the definition is not a reason for denying the existence of specific rights attaching to childhood. Despite being arbitrary it is important to arrive either at a defi-

Derechos particularizados. Por ello, sería conveniente examinar de forma sucinta cuáles serían *los rasgos que de forma genérica podrían identificar a un ser humano como niño*.

Un primer elemento a tener en cuenta debería ser sin duda el *grado de madurez física e intelectual*, o mejor dicho, la inmadurez inherente a la infancia. En efecto, el niño es un ser humano en fase de desarrollo que aún no ha alcanzado la plenitud física y mental y así se reconoce expresamente en algunos instrumentos jurídicos destinados a su protección. Este es el caso, entre otros, de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en el seno de las Naciones Unidas en 1959, que afirma en su Preámbulo que el niño «por su *falta de madurez física y mental*, necesita de protección y cuidado especiales». Sin embargo, este elemento definitorio no es exclusivo del grupo humano que comprenden los niños, pues existen otros seres, como son *aquellos que sufren ciertas discapacidades*, que pueden también carecer del grado de desarrollo considerado normal para el ser humano adulto.

Por lo demás, atender de forma exclusiva al grado de madurez *física* para diferenciar quién deba ser considerado niño de quién no lo sea, *puede resultar gravemente discriminatorio* y comportar por tanto considerables vulneraciones de derechos. Este criterio resulta además especialmente peligroso cuando es utilizado para distinguir entre niños y niñas, entendiéndose que éstas últimas adquieren antes la plena madurez por resultar normalmente su desarrollo físico más rápido que el de los niños varones⁶.

nition of childhood or to mark out its possible boundaries, as children benefit from additional rights which are only applicable during the period of childhood. Therefore the definition of childhood in international law is critical because it determines which specific rights attach to the status of childhood and which legal remedies are available to children as a class» (VAN BUEREN, 1995: 32).

⁶ Un ejemplo muy significativo, lo constituyen las legislaciones de algunos Estados, que señalan una edad distinta para contraer matrimonio para el niño que para la niña. La edad establecida para las niñas suele ser muy inferior bajo el pretexto de que éstas se desarrollan antes físicamente y pueden procrear. El Comité de los Derechos del Niño se ha mostrado en numerosas ocasiones abiertamente contrario a esta diferenciación, que considera discriminatoria para las niñas. Este hecho también ha sido puesto de manifiesto en el Plan de Acción para la Eliminación de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales que Afectan a la Salud de la Mujer y el Niño, elaborado por el Segundo Seminario Regional de las Naciones Unidas sobre Prácticas Tradicionales que Afectan a la salud de la Mujer y el Niño, celebrado en Colombo (Sri Lanka) del 4 al 8 de julio de 1994 (NACIONES UNIDAS, Documento E/CN.4/Sub.2/1994/10/Add.1 y Corr.1). En el se «insta a los gobiernos a que adop-

Otras características propias del grupo humano formado por los niños, como segundo elemento, y que son consecuencia directa de la anterior, es decir, de la inmadurez física y mental, es que estos son seres especialmente desprotegidos y vulnerables. En efecto, tanto la *desprotección* como la *vulnerabilidad* son peculiaridades indudablemente comunes a los niños. Fruto de estas propiedades vendría a ser también la *dependencia de otros seres humanos*. Como se ha dicho, tal vez la infancia esté definida por otras circunstancias distintas a la edad, y quizá un individuo sea un niño en tanto en cuanto él o ella carezca de total responsabilidad y tenga otras personas para protegerle, ayudarle, apoyarle y enseñarle (FLEKKOY, 1992: 144) No obstante, tampoco estas características son únicamente atribuibles al colectivo formado por los niños, pues también otros seres humanos como los adultos «seriamente discapacitados física o mentalmente» (MANGAS MARTÍN, 1998: 7), o los ancianos poseen estas insuficiencias. Por tanto las mismas no son condición suficiente para definir a un niño.

En suma, se puede decir que, sin dejar de ser cierto que los niños poseen todos los rasgos examinados, no lo es menos que éstos no son exclusivos de este grupo humano. En otros términos, si bien el niño es un ser que no posee completamente ni la madurez física ni la mental, hecho que le hace ser dependiente de otros seres humanos y poseer una especial vulnerabilidad y desprotección, sin embargo la concurrencia de algunas o incluso de todas estas características en una persona *no llevan de forma automática a concluir que se trata de un niño*.

Sería oportuno, entonces, afirmar que la *edad* es el único rasgo o criterio que, de forma exclusiva, delimita la condición de niño. *Tener un determinado tiempo de vida, una determinada edad, vendría a ser la característica que acotaría de forma objetiva el grupo humano formado por los niños*. Ahora bien, incluso si se parte de la aceptación de que la edad debe ser el criterio que defina jurídicamente al niño, se encuentran problemas de carácter terminológico. Ello es así porque, además, hay que tener en cuenta la variedad de términos que se emplean en dife-

ten con urgencia medidas legislativas que establezcan una edad mínima para el matrimonio de los jóvenes y de las jóvenes», y se propone que «para combatir el matrimonio prematuro de las niñas, el gobierno deberá intensificar la formación vocacional y los programas de reorientación y aprendizaje para mujeres jóvenes, con objeto de capacitarlas desde el punto de vista de la actividad económica. En las instituciones de enseñanza deberá reservarse a las mujeres y las jóvenes un porcentaje determinado de plazas.»

rentes instrumentos jurídicos internacionales. Éstos no están claramente deslindados unos de otros, e incluso pueden solaparse, como puede suceder con los términos *niño*, *joven*, *menor*, *adolescente*, etc. Es decir, que junto a las dificultades apuntadas para descubrir la noción de niño, se añade una dificultad de carácter o naturaleza normativa.

En esta línea, se ha de señalar que existen diferentes instrumentos jurídicos de carácter internacional que delimitan de algún modo la condición de niño, siendo así que, aunque éstos lo hagan parcialmente y sólo a los efectos de sus disposiciones, resultan de gran valor y utilidad a la hora de definir la noción de niño. Ahora bien, para llevar a cabo esta delimitación, también es verdad que el instrumento básico va a ser, sin duda, *la CDN de 1989*. Y ello porque esta Convención, como afirma C. M. Díaz Barrado, adopta una definición del término niño muy valiosa por dos razones: primero, porque establece correctamente qué se entiende por niño a los efectos de la protección de sus derechos. Y, segundo porque consagra un concepto amplio de niño (DÍAZ BARRADO, 1991: 193).

Es verdad, sin embargo, que la definición del término niño que emplea la CDN, en su artículo 1, sólo produce efectos en relación con los derechos que se reconocen en dicha Convención. De este modo y en principio, dicha definición no sería aplicable ni serviría a efectos de interpretación en otros ámbitos normativos. No obstante, se podría sostener que *lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio supone una aportación extraordinaria a la definición de niño que se va consagrando en el ordenamiento jurídico internacional*. Pero, además, y al mismo tiempo que lo anterior, quizá se puede afirmar que nos hallamos en presencia de una *definición marco* y que, en el fondo, se descubre en su redacción la voluntad de los Estados de haber querido configurar e, incluso «codificar» una noción de niño en el Derecho internacional contemporáneo.

Por un lado, resulta evidente, que la definición de niño contenida en el citado artículo 1 es el resultado de un *proceso evolutivo* y, sobre todo, la adopción de una definición de ese tipo responde a que se dan las condiciones precisas en un período histórico para abordar, con intensidad, el reconocimiento de los derechos de los niños y la defensa de los mismos. Como ya se dijo en la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, «en todo el mundo se deberían iniciar programas en los que se fomente la difusión de información sobre los derechos del niño, tomando en consideración los valores culturales y

sociales de cada país». Por otro lado, no cabe duda de que la definición de niño que se ha plasmado en el artículo 1 será objeto de referencias *en otros instrumentos jurídicos sobre la protección de la infancia* o, al menos, dichos instrumentos podrán ser interpretados en el marco de la misma⁷.

Pero, al mismo tiempo, como hemos apuntado, desde la perspectiva normativa, esta cuestión se complica por el empleo de diversas expresiones para designar al conjunto de los seres humanos que, *prima facie*, serían niños. *Niño, adolescente, joven, menor...* ¿de quien hablamos?, con frecuencia estas expresiones se confunden o, en lo que podría obedecer a la intención de un desmesurado afán de precisión, se aplican las partes para nombrar el todo. No son pocos los autores que han intentado, con mayor o menor concisión, y desde ópticas variadas, realizar determinaciones terminológicas al respecto. Sin embargo, y con la convicción de que el presente trabajo no es el lugar apropiado para realizar disertaciones terminológicas de carácter multidisciplinar, se intentará aquí tan sólo llevar a cabo una cierta aproximación, en primer lugar al significado corriente de algunas de las expresiones mencionadas y, en segundo lugar al sentido que aquí, siguiendo el empleado por las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, se le dará a las mismas.

De esta forma, se podría señalar que el término *niño*, en su acepción corriente, aludirá a las personas que no han alcanzado la adolescencia, cuyo inicio se situaría en torno a los doce o trece años. El término *adolescente* señalará entonces al menor que se encuentra en el período vital que media entre la niñez y la juventud y, por último, *joven* será la persona que se encuentre en la última fase de la minoría de edad. E, incluso, es posible afirmar que la juventud, como período vital, puede ir más allá de la minoridad y alcanzar los primeros años de la mayoría⁸.

⁷ Entre ellos pueden citarse el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los Niños de 1996, adoptado en el seno del Consejo de Europa y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, elaborada en el seno de la OUA.

⁸ Así lo cree Rafael Sajón, para quien «dentro del período de la juventud, algunas legislaciones distinguen la situación del joven de la del joven adulto, comprendiendo en la primera a los menores de dieciséis a dieciocho años y en la segunda a aquellos que, si bien han llegado a la edad de la imputabilidad, no han alcanzado plena madurez social; límite que algunas legislaciones ubican entre los 21 y 25 años (Argentina, Perú Uruguay y Venezuela). Esta distinción obedece a la necesidad de extender el tratamiento pedagógico a los jóvenes, aun cuando legalmente sean mayores de edad. (SAJON, 1989: 314.)

Sin embargo, es preciso aclarar asimismo que *no existe tampoco unanimidad* respecto a que sean estas tres etapas vitales las existentes en el amplio marco de la menor edad, ya que, por ejemplo, en el Informe inicial que España presentó ante el Comité de los Derechos del Niño en octubre de 1993, se habla tan sólo de dos divisiones dentro de la minoría de edad, ya que se afirma que «distintas instancias sociales españolas y un buen número de organismos administrativos se reservan el concepto de “infancia” para el intervalo de edad que va desde el nacimiento hasta los catorce años, mientras que el intervalo de quince a dieciocho años puede ser denominado “adolescencia”, aunque a menudo es incorporado al concepto más amplio de “juventud”» (NACIONES UNIDAS, 1993).

Sobre estas bases, se puede decir que la niñez es un estado temporal del ser humano. Este comienza siendo niño que es como decir que la condición de niño se adquiere a la par que la de ser humano. Además llega un tiempo en la vida del ser humano en que éste deja de ser niño. Existen por tanto *dos momentos* que serán objeto de examen de forma separada e individualizada: el *inicio*, en el que se adquiere la condición de niño, y el *momento final*, a partir del cual el niño deja de serlo para pasar a ser considerado adulto a efectos normativos, instante en que dejan de aplicársele las normas que le protegen y le otorgan derechos específicos en cuanto niño⁹.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE NIÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de todo, debemos plantearnos cuándo se comienza a ser niño o, por decirlo con otros términos, debemos preguntarnos, cuándo se adquiere la *condición* de niño en Derecho internacional. Se trata de una cuestión extraordinariamente delicada, pues están en juego muchas concepciones no sólo de la niñez en sí misma considerada, sino del mismo *derecho a la vida*. Los Estados que confor-

⁹ Pero, y junto a los dos momentos aludidos, existen ciertos *estadios intermedios*, es decir, las distintas etapas por las que pasa el menor hasta convertirse completamente en adulto. Toda esta serie de fases comprendidas en la *minoría de edad* encierran también una gran complejidad, puesto que a veces se superponen y no es sencillo deslindar las diferentes connotaciones jurídicas que pueden tener los múltiples términos que a ellas aluden. Y, lo que es más importante, los efectos jurídicos de las normas sobre protección de la infancia respecto a las personas que se hallan en esas situaciones.

man la Comunidad internacional están muy lejos de mantener una posición única y común al respecto. De hecho, como se ha afirmado, los Estados tienen puntos de vista tan enfrentados respecto a cuándo comienza la niñez que no pueden conciliarse simplemente mediante la adopción de un tratado. Así, algunos Estados creen que el concepto de niño incluye todo el período desde el momento de la concepción, otros lo limitan a un período determinado dentro del claustro materno, mientras que otros sostienen que la niñez comienza con el nacimiento¹⁰.

En cualquier caso, si se admite de manera clara, y no existe razón alguna para no hacerlo, que la *condición de niño* y la de *ser humano* se adquieren a la vez o simultáneamente, estaremos de acuerdo en que *no existen problemas en considerar niño al ser nacido y desprendido del seno materno*. En este sentido, el examen de los diversos instrumentos jurídicos pone de relieve, como no podía ser de otro modo, que el niño es un ser humano y, por lo tanto, que todo ser humano durante un determinado período de su existencia ostenta la condición de niño¹¹. Por esto, debe sostenerse que todo ser humano nacido, con autonomía física y vida propia y con independencia de las condiciones físicas o psíquicas del mismo, es un niño a los efectos del reconocimiento y protección de los derechos propios del grupo humano al que pertenece.

Ahora bien, *el problema surge en relación con los períodos anteriores al nacimiento*, es decir con el lapso de tiempo que transcurre *desde* la concepción *hasta* el parto, así como con la determinación del momento en el cual se adquiere la condición de ser humano, ya que, si se admite que la condición de niño y la condición de ser humano se adquieren simultáneamente, las conclusiones serán diferentes si se toma como punto de referencia bien el momento de *la concepción* o bien el momento del *nacimiento*.

¹⁰ Por ello «*the issue for some states goes to the very heart of the State's identity*» (VAN BUEREN, 1995: 33, cursiva añadida).

¹¹ Compartimos, en este sentido, la opinión de R. Spaemann, para quien es absolutamente impropio decir que los niños son «personas potenciales», ya que los niños son personas en todo su significado. Por ello «No hay personas potenciales; las personas tienen potencias, capacidades. Las personas pueden desarrollarse, pero, ninguna cosa se transforma en una persona. Alguien no llega a ser tal por vía de procedencia a partir de algo. Si la personeidad fuera un mero estado, entonces podría llegarse a ser tal, gradualmente o por etapas; pero, si una persona es alguien que puede atravesar por varios estados y experimentar variadas disposiciones, entonces la persona es siempre anterior a tales estados. La persona no es el resultado de un cambio, sino, de una generación...» (SPAEMANN, 1997: 18).

En tal sentido, hay que plantearse específicamente y a la luz de los instrumentos que otorgan derechos a la infancia, si se debe considerar que el concebido y no nacido es ya un *niño* a tales efectos. Se trata, sin duda, de un asunto que presenta una extraordinaria dificultad pues, como ha afirmado M. K. Eriksson, la cuestión de la protección del niño no nacido concierne a la pregunta fundamental de si, y en caso afirmativo en qué medida, el niño no nacido es titular de protección de acuerdo con las normas que regulan el derecho a la vida (ERIKSSON, 1993: 103).

Pero además, esta cuestión adquiere mayor relieve, ya que, como se ha dicho, si la infancia comienza en el momento de la *concepción*, entonces el «derecho intrínseco a la vida» que reconoce tanto el artículo 6 de la CDN, como otros instrumentos internacionales, muchos de ellos de carácter convencional que protegen en general los Derechos Humanos, serían de aplicación desde ese momento, y no sólo en relación con aquellos ya nacidos. Y esto en la práctica no sólo significaría que el aborto estaría absolutamente prohibido en el Derecho internacional, sino que también otros derechos, tales como el derecho a la vida privada o a la salud, por ejemplo, serían igualmente aplicables desde la concepción (VAN BUEREN, 1995: 32).

No cabe duda de que admitir esto produciría efectos en una inmensa variedad de situaciones; piénsese, por ejemplo, en las mujeres embarazadas que consumen habitualmente sustancias psicotrópicas, beben alcohol o simplemente fuman: ¿se vería el Estado, con el fin de cumplir el compromiso de «garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño» (tal y como establece el artículo 6.2 de la CDN), en la obligación de prohibir tales conductas?¹².

De este modo, fijar como momento inicial de la adquisición de la condición de niño el relativo a la *concepción* no tendría un mero valor teórico a los únicos efectos de conocer quiénes son niños en el marco de la protección internacional de los Derechos Humanos. Más bien al contrario, con ello se estaría adoptando

¹² Algunas de estas implicaciones de hecho ya se dan. A modo de ejemplo cabe citar el Protocolo N.º 1 adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 8 de junio de 1977, que prohíbe en su artículo 76.3 que se imponga la pena de muerte a las mujeres embarazadas, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no prohíbe su imposición, sí impide la ejecución de la pena capital a las mujeres en estado de gravidez en su artículo 6.5.

una determinada postura que produciría efectos de gran calado tanto por lo que se refiere a los derechos que se les reconocen a los niños, incluidos los seres humanos concebidos y no nacidos, como por lo que concierne a los derechos y obligaciones de terceros en relación con aquéllos. Y no se debe olvidar en este sentido que en materia de derechos (y sobre todo de derechos fundamentales) no basta con el mero *reconocimiento*, sino que es preciso pensar en términos de *protección*, es decir de *garantías*. Por lo tanto no parece muy claro, al menos *prima facie*, que el *nasciturus* tenga reconocidos y le puedan ser garantizados los mismos derechos que al nacido.

En cualquier caso, un aspecto de los derechos de los niños tan delicado como éste no puede analizarse atendiendo tan sólo a la CDN, aunque sea, ciertamente, el instrumento jurídico que sin duda arroja más luz a nuestro estudio. Junto con la Convención será necesario examinar tanto los *instrumentos jurídicos* de carácter general sobre protección de los derechos humanos (ya sean de ámbito universal o regional), como aquellos otros instrumentos jurídicos, o con cierta eficacia jurídica, destinados específicamente a la protección de la infancia, así como lo que *la jurisprudencia* internacional ha dicho al respecto.

II.1. La adquisición de la condición de niño en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Los instrumentos jurídicos adoptados con anterioridad a la CDN, ponen de manifiesto que en ellos *no se abordó de un modo profundo la cuestión relativa al momento en el que se adquiere la condición de niño*. Cabe destacar, en este sentido, la *Declaración de los Derechos del Niño de 1959*, a diferencia de la primera Declaración, de 1924, (primer instrumento jurídico de la historia que, de forma general, reconocía derechos al niño, conocida como *Declaración de Ginebra*¹³),

¹³ La quinta Asamblea de la desaparecida Sociedad de las Naciones, adoptó en 1924 la Declaración de los Derechos del Niño. Es importante tener en cuenta que nos hallamos en presencia del *primer instrumento sobre Derechos Humanos de la historia adoptado en el seno de una organización internacional*. Se trata además de un instrumento que, sin pretender restarle el enorme valor que como toma de posición de una sociedad posee, puede ser calificado como de «carácter simbólico», y ello por dos razones: en primer lugar, porque no sólo no es de carácter vinculante para los Estados, sino que además no contiene recomendaciones a los mismos, ya que encomienda deberes a

sí que suscitó cierto debate sobre la condición del *nasciturus*, ofreciendo algunos elementos para la reflexión al hablar de la necesidad de proporcionar asistencia y cuidados al niño *antes* de nacer¹⁴. No obstante, no es posible afirmar que esta Declaración contenga una definición del término niño. Y, por supuesto, tampoco es posible afirmar que esta definición tenga su momento inicial en la concepción. Aunque sí que se tuvo en cuenta al *Ser* concebido y no nacido y ese es un hecho que hay que tomar ciertamente en consideración.

Esta Declaración incluye en su Preámbulo un párrafo *muy significativo* (que más tarde se reproducirá en el Preámbulo de la CDN de 1989, y que ocasionará discrepancias a la hora de interpretar el contenido de la misma, como se verá más adelante), cuyo contenido es que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*»¹⁵. Este párrafo, por si fuera poco, ha de completarse, además, con el Principio cuatro de la parte dispositiva, en el que se estipula que el niño «tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud. Con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, *incluso atención prenatal y postnatal*».

Nos encontramos, en realidad, en presencia del primer instrumento internacional que contempla de forma específica la protección al niño *antes de nacer*¹⁶.

«los hombres y mujeres de todas las naciones». En segundo lugar, porque se puede decir que no reconoce derechos en sí, sino que, por el contrario, se trata de una imposición a los adultos de realizar *prestaciones asistenciales* a los niños. En definitiva, en esta Declaración el niño es concebido como *objeto* de asistencia, y no como *sujeto* de derechos.

¹⁴ Hubieron de pasar muchos años antes de que tuviesen lugar progresos en la protección jurídico-internacional de los niños, y así, no fue hasta 1959 cuando se produjo un avance en el camino que llevaría a una protección normativa de los derechos del niño general y universalmente reconocida. En efecto, ese año y ya en el seno de las Naciones Unidas, fue adoptada la Declaración de los Derechos del Niño [Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959]. Como es conocido, la Declaración consta de un preámbulo y diez principios, manteniendo *a priori* la forma, la estructura y el contenido de la Declaración de 1924, pero introduce tales modificaciones que hacen que este instrumento represente un gran progreso en la forma de presentar y abordar los derechos de los niños.

¹⁵ Sobre la discusión durante el proceso de elaboración que llevó a la redacción definitiva del párrafo tercero del Preámbulo.

¹⁶ Por lo que M.^a I. Álvarez ha podido decir que esta Declaración significa que «los niños deben gozar de los derechos que son concedidos a todo ser humano, pero, además, la Comunidad internacional reconoce al niño como ser débil, necesitado de una especial protección, tanto antes como des-

Así, a primera vista, la citada Declaración toma partido en el sentido de acoger un *concepto amplio de niño* que abarcaría, como titular de derechos, no sólo al ser nacido y que se encuentra fuera del claustro materno, sino, también, al ser concebido y no nacido.

Ahora bien, hay que plantearse si esto quiere decir que, en todo caso, debe entenderse, a la vista de la Declaración, que ésta considera que el niño lo es desde el momento de la concepción¹⁷. Si bien la Declaración se refiere al no nacido como *niño*¹⁸, convendría tener en cuenta varias consideraciones. Así, en primer lugar, la Declaración no se refiere expresamente al momento de la concepción sino que utiliza las expresiones «atención prenatal» y «(cuidados y protección) (...) antes (como después) del nacimiento». Ello hace pensar que, por una parte, los Estados no quisieron comprometerse a establecer de forma explícita un momento (el de la concepción) como el inicial y, por otra, que se estaba más bien pensando en otorgar protección a la última fase del embarazo, dejando en todo caso que los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado se pronunciasen al respecto.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la Declaración hace referencia a *proporcionar protección y cuidados* al niño antes de nacer, pero no parece otorgarle todos los derechos que se reconocen en la parte dispositiva de la Declaración. Da más bien la impresión de que protege las *expectativas de derechos* que tiene el ser que aún no ha nacido, y por ello le reconoce «incluso la debida protección legal» y la necesidad de ciertos cuidados antes de nacer.

En cualquier caso, y sin olvidar que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aún siendo un instrumento muy valioso, no es vinculante para los Estados¹⁹, lo importante ahora es que no se puede decir con rotundidad que esta

pués de su nacimiento. Esto supone la adopción de medidas legales por parte de los distintos Estados en defensa de la vida en el seno materno y, en su caso, el establecimiento de las oportunas sanciones por incumplimiento de esa protección». (ÁLVAREZ VÉLEZ, 1994: 51).

¹⁷ En la línea de lo indicado por M. K. Eriksson, para quien el Principio 4 en relación con el párrafo tercero del Preámbulo es «undoubtedly an expression of regard for foetal life». (ERIKSSON, 1993: 94.)

¹⁸ Se podía haber usado la palabra *feto*, por ejemplo.

¹⁹ Sobre el valor de esta Declaración se ha dicho que «Although it is a non binding resolution of the General Assembly, the fact that it was adopted unanimously accords it a greater weight than other General Assembly resolutions. At its lowest, a unanimous adoption by the General Assembly implies that the Declaration has a moral force because its principles have the approval of all the

Declaración contenga una definición del término niño a los efectos de reconocimiento y protección de derechos. Eso sí, proporciona, a diferencia de la Declaración de 1924, *elementos para la reflexión* a la hora de determinar el momento inicial en el que se adquiere la condición de niño pero, de tal modo, que, en razón de los argumentos que hemos expuesto, *no aporta una solución definitiva*, aunque ciertas expresiones contenidas en la misma apuntan a reconocer situaciones que afectan a «seres» concebidos y no nacidos.

A pesar de lo anterior, tampoco es posible afirmar que la Declaración de 1959 considere que el niño lo es desde el instante de la concepción. El sujeto de derechos nos parece que lo será el ser humano nacido, sin perjuicio de que el no nacido sea objeto de protección. En todo caso sí que habría que admitir que el hecho de que se refiera al no nacido como niño deja una puerta abierta a la duda y la reflexión sobre este asunto.

II.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y el momento inicial de la condición de niño

Fue en 1978 cuando el delegado de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto para adoptar una CDN²⁰, pretendiendo este Estado que la Convención fuese adoptada el año siguiente, en 1979²¹, declarado

Member states of the United Nations. The practical value which can be attributed to such moral force is a different matter, and therefore specific consideration has to be given as to whether the Declaration of the Rights of the Child, as a whole or in any of its provisions, has been recognised by states as being incorporated into international customary law». (VAN BUEREN, 1995: 12.)

²⁰ Este primer proyecto está contenido en NACIONES UNIDAS, *Documento E/CN.4/L.1366/Rev.1*. Para un estudio sistemático y exhaustivo de todo el proceso de adopción de la CDN puede verse DETRICK, S. (Ed.) (1992): *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «Travaux Préparatoires»*, pp. 31-703 (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers).

²¹ El representante de Polonia ante la Comisión de Derechos Humanos recordó que en 1959 la Asamblea General había adoptado la declaración sobre los Derechos del Niño, habiendo sido ésta decisiva en la promoción de los derechos del niño por todo el mundo así como en la formación de diversos modos de cooperación internacional en ese campo. Él creía que, casi veinte años después de la proclamación de los principios de esta Declaración por la Asamblea General, era hora de dar pasos nuevos y más consistentes mediante la adopción de un instrumento internacionalmente vinculante en forma de convención, y expresó la opinión de que el proyecto de Convención se basase en los prin-

año internacional del niño y celebrar así el vigésimo aniversario de la Declaración de 1959²². Sin embargo, la Convención, como es conocido, fue por fin adoptada el 20 de noviembre de 1989 y, por entonces habían pasado treinta años desde que la Declaración de los Derechos del Niño fuera adoptada por unanimidad.

No obstante, hay que decir en favor de la CDN, que entró en vigor en un breve plazo de tiempo desde su adopción²³, y además de esto hay que añadir que en la actualidad forman parte de ella prácticamente todos los Estados de la tierra²⁴. Y es que, como acertadamente se ha dicho, aunque es probable que ningún gobierno, ninguna organización y ningún particular considere que la CDN es un instrumento jurídico perfecto, parece que su contenido y espíritu la hacen susceptible de ser ratificada por *casi* todos los Estados (VEERMAN, 1991: 184).

Por lo demás, se puede señalar que la CDN es un instrumento comprensivo de *todos* los derechos de los niños, esto es, reconoce tanto los denominados derechos civiles y políticos como los sociales económicos y culturales²⁵. Pero además,

cipios de la Declaración de los derechos del niño. Véase: NACIONES UNIDAS, *Documento E/1978/34*, párrafo 306.

²² De hecho, y como ha señalado N. Cantwell, Polonia ya había expresado su apoyo para que se adoptara una Convención durante los debates que precedieron a la adopción de la Declaración de 1959, pero «clearly at that time, however, the world community had not been ready for a fully-fledged binding human rights instrument in favour of children». «The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the rights of the Child», en DETRICK, S. (Ed.): *op. cit.*, p. 27.

²³ Según el artículo 49, la Convención entraría en vigor «el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas». El texto quedó abierto a la firma y a la ratificación o adhesión el 26 de enero de 1990, y el 2 de septiembre del mismo año entró en vigor. Se trata, efectivamente, de un plazo breve, si lo comparamos, por ejemplo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales de 1966, que entraron en vigor en 1977, diez años después de su adopción.

²⁴ Sin embargo, aún se mantiene la significativa ausencia de los Estados Unidos de América.

²⁵ Así lo ha manifestado, entre otros, N. Cantwell, al decir que «The Convention is extraordinarily comprehensive in scope. It covers all the traditionally-defined areas of human rights-civil, political, economic, social and cultural. In doing so, however, it has shied away from distinguishing between these areas and, on the contrary, has happily tended to underscore the indivisibility, mutual reinforcement and equal importance of all rights. (The only exception to this is the explicit mention of “economic, social and cultural rights” in Article 4). In order precisely to avoid that traditional categorisation, with its negative historical connotations, many commentators have preferred to describe and analyse the scope of the Convention in terms of rights relating to “protection”, “provision” (of

como se ha dicho, en ella «se recogen aquellas situaciones concretas en las que el ejercicio de tales derechos puede verse afectado, regulándose, mediante la imposición de obligaciones y el reconocimiento de derechos y responsabilidades, los comportamientos de terceras personas en relación con los niños»²⁶ (DÍAZ BARRADO, 1991: 220).

Sea como fuere, en cuanto al problema que nos ocupa, es decir, la determinación del *momento inicial* en el que se adquiere la condición de ser humano y, por tanto, la de niño, y a partir de cual se es titular de los derechos específicamente reconocidos a la infancia, hay que decir que, infortunadamente, *tampoco es una cuestión pacífica* en la CDN. En efecto, una primera aproximación a la misma permite señalar que en ella *no se indica con claridad* en que momento de la vida humana ha de entenderse que se adquiere la condición de niño, siendo así que el Convenio oscila en este ámbito entre la referencia textual a la Declaración de 1959 en su Preámbulo, por un lado, y la indeterminación en su parte dispositiva, por

services and material benefits) and “participation” (in society and in decisions affecting the child him-or herself)-the three Ps.», *op. cit.*, p. 27. Si bien por otra parte hay que decir que E. Pérez Vera ha criticado la configuración jurídica de los derechos reconocidos en la Convención, calificándola de sorprendente, pues, según ella, utiliza, para la adopción de Derechos civiles y políticos, formulaciones propias de los Derechos Sociales Económicos y Culturales. Y por ello «resulta anómalo, y es de lamentar, que derechos humanos, proclamados en términos inequívocamente absolutos en textos internacionales que los refieren a “toda persona” o a “todos”, se formulen como obligaciones de los Estados en el Convenio sobre los derechos del niño.» PÉREZ VEGA, E. (1990): El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, *Garantía internacional de los derechos sociales*, pp. 178-179 (Madrid, Ministerio de Asuntos sociales).

²⁶ DÍAZ BARRADO, C.: «La convención...», *loc. cit.*, pp. 220. Todo ello contenido en una estructura que podemos calificar de *tradicional*, pues consta de un *Preámbulo*, en el que se hacen referencias tanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como a la Declaración de los Derechos del niño de 1959; una *Parte I*, de *contenido dogmático*, en la que, sobre la base de los cuatro principios de *protección especial del niño*, *no discriminación*, *respeto a las facultades en evolución del niño*, y sobre todo, el *interés superior del niño*, se enumeran los *derechos reconocidos* a todos los niños (En este sentido, la falta de sistematización que sufren los derechos reconocidos en la Convención, ha sido objeto de crítica, Véase: PÉREZ VERA, E., *loc. cit.*, pp. 177-178.). Una *Parte II*, en la que se dispone la creación del *Comité de los Derechos del niño* y su funcionamiento, y una última *Parte III*, que contiene las disposiciones generales relativas a ratificaciones, adhesiones, entrada en vigor, enmiendas, reservas y denuncias a la Convención (para consultar una descripción esquemática de la CDN, puede verse RUIZ GIMÉNEZ, J. (1994): Los Derechos de los niños, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, pp. 225-234 (Madrid, Escuela Libre Editorial).

otro lado. A pesar de que, de una manera más precisa, determina el momento final de la condición de niño.

La CDN comienza en su artículo 1 definiendo lo que, inicialmente tan sólo a efectos de sus disposiciones, debe entenderse por niño. Y lo hace de la forma «absolutamente neutral» que pactaron las delegaciones que formaban parte del Grupo de Trabajo de carácter abierto durante el proceso de elaboración de la misma. Así, establece que, a sus efectos, «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Cabe extraer dos consideraciones en relación con el momento en el que se pueda adquirir la condición de niño:

La primera consideración es que, así como establece el fin de la infancia en un momento concreto o por, lo menos, se dan indicios claros para la determinación del mismo, el artículo 1 *no se ocupa del inicio de la niñez*. Este silencio que, obedece a la imposibilidad de llegar a un consenso entre los Estados sobre la cuestión, tendría que ser interpretado a la luz del artículo 6, en el que se consagra el derecho de todo niño a la vida, así como del mencionado párrafo noveno del Preámbulo²⁷.

Además de lo anterior, la segunda consideración es que resulta significativo que para el momento final de la niñez (que sí se delimita de forma expresa), la Convención permite que se complemente lo dispuesto en ella con «la ley que le sea aplicable» al niño. Esto significa, que el Derecho interno de los Estados Partes podrá variar la edad establecida para la adquisición de la mayoría. Y, en este sentido, se podría decir que *existe una laguna en el artículo 1*, pues si, por ser una cuestión con fuertes implicaciones de índole moral, los Estados que redactaron la Convención no quisieron comprometerse a establecer un «límite inferior» en la definición de niño, con el fin, como se ha señalado, de mantener el mayor grado de flexibilidad posible, para que los futuros Estados Partes adoptasen la posición que considerasen conveniente en el asunto, resulta muy criticable que no hiciesen

²⁷ La mayoría de los autores que se han ocupado del estudio de la CDN, coinciden en que es preciso relacionar estos dos preceptos y el párrafo noveno del preámbulo para llegar a una correcta interpretación de los mismos. Por ejemplo P. E. Veerman manifiesta expresamente que «article 6 has to be interpreted in the context of paragraph 9 of the Preamble (legal protection, before as well as after birth) and of Article 1 of this Convention (definition of a child).» (VEERMAN, 1991: 189.)

una alusión expresa al Derecho interno de los Estados a la hora de determinar el inicio de la condición de niño.

En cuanto al artículo 6 de la Convención, su primer párrafo dispone que «los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida», y evita también decir cuando comienza la misma o, al menos, a partir de cuando se protege. Mayores problemas plantea el segundo párrafo del mismo artículo al imponer a los Estados Partes la obligación de garantizar «en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño». Esta garantía de la supervivencia puede ser vista como una obligación para los Estados de prohibir el aborto, y no falta quien así lo opina²⁸. Sin embargo habría que tener en cuenta dos cuestiones a la hora de interpretar este precepto:

En primer lugar, la Convención tampoco se pronuncia sobre los límites de esa garantía de supervivencia y desarrollo, si los hay, es decir, cuándo se debe empezar a tomar medidas tendentes a proteger la vida del niño. En este sentido se ha criticado la ausencia en el artículo 6 de una disposición que proteja al feto o al ser no nacido de experimentos genéticos o manipulaciones que puedan perjudicar su integridad física, moral o mental o su salud²⁹, si bien se entiende la dificultad de incluir estos aspectos relativos al derecho a la vida tan complicados en la Convención³⁰. En segundo lugar, en el artículo 6 a la hora de reconocer el dere-

²⁸ Esta es, por ejemplo la opinión de J. Ruiz-Gimenez, para quien en el articulado de la CDN existen una serie de *valores éticos sustanciales*, de los que el primero sería «El valor de la vida en sí misma, como *realidad radical*, en el decir de Ortega y Gasset, pues aunque pueda ofrendarse libre y conscientemente, en aras de otros altos valores —como la libertad, la fe, la ciencia, la solidaridad—, ópticamente la vida es el soporte de cuanto en ella ocurre. En ese sentido la vida del ser humano, desde su concepción en el seno materno y en su desarrollo ulterior, es el basamento o sostén de los demás valores que resplandecen en el proceso vital. Así lo explicita la Convención, en su artículo 6, al preceptuar que los «Estados Partes reconocen que todo niño tiene el *derecho intrínseco a la vida*», y añade que *garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*»: «La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta de luces y sombras» en *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI... op. cit.*, pp. 87.

²⁹ Así entiende D. Hodgson, que debió ser «at least for those States Parties which choose to apply the Convention thereto.», «The child's right to life, survival and development».

³⁰ Para Hodgson se podía sin embargo haber realizado un resultado más modesto se podía haber alcanzado «such as the inclusion of a rudimentary provision in Article 6 acknowledging in principle the necessity or desirability of regulating medical experimentation on the fetus, with each State Party being left free to promulgate what it considers to be appropriate guidelines. An additional protocol

cho a la supervivencia y al desarrollo, se utiliza la cláusula «en la medida de lo posible», siendo así que se trata de una expresión indeterminada. Ante la pregunta de quién marca la medida de lo posible, la respuesta es que, por supuesto, lo hará cada Estado para su propio ámbito, luego será éste el encargado de establecer los límites a su protección.

En definitiva, ni el artículo 1 ni el artículo 6 aclaran suficientemente la cuestión, y ello, como se ha visto, no es un «descuido» sino que fue buscado deliberadamente por el Grupo de Trabajo que elaboró la Convención. No se puede, sin embargo, olvidar que el párrafo 9 del Preámbulo de la Convención, que, utilizando las palabras textuales de la Declaración de los Derechos del Niño, habla de la necesidad del mismo de recibir protección y cuidados «tanto antes como después del nacimiento», ya que el Preámbulo de una Convención no carece de importancia en la interpretación de la parte dispositiva del mismo.

Parece claro, por lo tanto, que los artículos 1 y 6 de la CDN se ven ampliados por el párrafo noveno de su Preámbulo, y en este sentido compartimos la opinión de M. K. Eriksson cuando afirma que interpretar el artículo 1 excluyendo por completo al no nacido, entraría en colisión con el Preámbulo de la Convención (ERIKSSON, 1993: 99). El *nasciturus* debe ser tomado en consideración, pues la Convención lo tiene expresamente en cuenta, aunque sólo lo haga en el Preámbulo. Pero, ¿desde cuándo?, ¿desde la concepción?, es decir, ¿debemos entender que un embrión de pocas horas es susceptible de gozar de la misma protección que un feto de varios meses, que tiene incluso todos sus órganos vitales formados y podría llevar una vida autónoma fuera del claustro materno en caso de un alumbramiento prematuro?³¹. Lo que queremos decir es que, sin duda, el feto, y sobre todo el *feto viable*, puede ser susceptible de gozar de cierta protección por parte de la CDN. Ahora bien, a nuestro juicio, lo anterior no significa en absoluto que haya que interpretar que para las disposiciones de la Convención, el niño lo es desde la concep-

to the Convention on the Rights of the Child might usefully include such provision as well as a prescription of international minimum guidelines on the euthanasia of severely disabled children for those States Parties which condone this practice.» (HODGSON, 1994: 393).

³¹ Es decir, lo que se denomina «*feto viable*». Recientemente hemos podido incluso asistir a través de los medios de comunicación, a operaciones quirúrgicas llevadas a cabo con éxito a fetos dentro del claustro materno. La interrupción del embarazo en estos estadios tan avanzados provoca el mayor conflicto con el derecho a la vida del niño.

ción. Aunque sí hay quien, como J. Ruiz-Giménez, considera que el párrafo noveno del Preámbulo hace que así sea³², otros autores, como P. Alston, se han manifestado en el sentido de que el Preámbulo por sí sólo no es suficiente para extender de tal forma los artículos 1 y 6 del Convenio³³ (ALSTON, 1989: 169). Por el contrario, sería posible sostener que la Convención ofrece suficiente *flexibilidad*³⁴ a los Estados en esta materia, y ello se observa con claridad en las declaraciones y reservas formuladas por algunos de ellos al adherirse o ratificar la misma.

No cabe duda, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, de que la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño es el instrumento jurídico más importante que ha sido adoptado hasta la fecha en materia de reconoci-

³² El profesor J. Ruiz-Giménez ha lamentado el hecho de que «los Estados forjadores de la Convención no lograran el necesario consenso para incluir en ese mismo artículo la fundamental exigencia de otorgar a la criatura concebida la “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, como certeramente había especificado la óptima “Declaración” de 1959. Es una lástima que al redactarse la Convención, y pese a propuestas seriamente fundadas, prevaleciera la resistencia de ciertos Gobiernos, ligada al polémico tema de la planificación familiar, y que sólo se consiguiera, por consenso, relegar esa exigencia ética de salvaguardia de la vida naciente, al 9 “considerando” del Preámbulo. Se marginó así lo que debería haber sido un precepto jurídico vinculante para los Estados.», sin embargo opina que este hecho no es obstáculo para seguir manteniendo pacíficamente «su alcance hermenéutico y su exigencia perfectiva hacia el futuro.» «La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta de luces y sombras» (RUIZ-GIMÉNEZ, 1994: 87).

³³ Abundando en esta cuestión, Alston señala que «in the present case it would be inconsistent with the general principles of treaty interpretation to suggest that a provision in the preamble which is not reflected in the operative part of the text, can be relied upon, on its own, to extent very considerably the natural and ordinary meaning of the actual terms used in Articles 1 and 6. While the preambular paragraph can be considered to form one part of the basis for interpretation of the treaty, there is no obvious reason why the preamble would be resorted to in order to interpret what would otherwise appear to be a natural and ordinary meaning of the term “child”. In international law, at least, there is no precedent for interpreting either that term, or others such as “human being” or “human person”, as including a fetus.» (ALSTON, 1989: 170).

³⁴ En este sentido, como ha manifestado D. Hodgson, la Convención «is neutral in neither requiring nor forbidding formal legal protection of the fetus. Proponents of the legal recognition of the fetus may point to the “appropriate legal protection” contemplated by the ninth preambular paragraph as evidence of the Convention’s intention not to prohibit laws and policies curtailing abortion. Equally, pro-abortion advocates can point to the fact that neither the operative provisions of the Convention nor the drafting discussions as disclosed in the *travaux préparatoires* support the proposition that the Convention requires States Parties to extend legal recognition and protection, including the right to life, to the fetus. Considering the circumstances surrounding the drafting of Articles 1 and 6, this is a sensible and balanced solution.» (HODGSON, 1994: 337).

miento y protección de los derechos de la infancia. Su carácter comprensivo de los derechos del niño y su vocación de universalidad casi satisfecha lo confirman. Pero, como se ha manifestado «although the Convention is a victory in itself, it is also a starting point for more work to be done» (VERHELLEN, 1996: 7), ello significa que, bajo la gran influencia que la Convención ha ejercido en todos los ámbitos (universal o regional) se ha puesto de manifiesto la necesidad de avanzar en esta materia.

II.3. La adquisición de la Condición de niño en instrumentos jurídicos posteriores a la CDN

Con posterioridad a la CDN, han sido adoptados numerosos instrumentos jurídicos que, bien en relación con la protección de los Derechos Humanos en general, bien de forma específica referidos a la infancia, realizan aportaciones al asunto del que nos estamos ocupando que no pueden dejar de tenerse en cuenta. De tal forma que, en algunos de estos instrumentos, unos de carácter vinculante aunque aún no estén en vigor, otros de contenido más cercano a lo político que a lo estrictamente jurídico³⁵, podemos encontrar contribuciones valiosas para intentar acercarnos al *límite inferior de la noción de niño en Derecho internacional de los derechos humanos*. En todos ellos la CDN ha ejercido una influencia más o menos clara, y, como no podía ser de otra forma, también su definición del término niño se ha dejado sentir en mayor o menor medida en ellos.

De esta forma, resulta obligado hacer una referencia, aunque sea sucinta, a la *Cumbre Mundial en favor de la Infancia*³⁶, celebrada un año después de la adop-

³⁵ En este sentido, nos parece interesante reflejar que el citado autor afirma que existe toda una gama de sistemas que proporcionan garantías a los derechos del niño, y los divide en lo que él llama sistemas legalmente vinculantes («legally binding») y socialmente vinculantes («socially binding») (VERHELLEN, 1996: 7).

³⁶ Apenas unos días después de la entrada en vigor de la CDN, el 29 y 30 de septiembre de 1990 tuvo lugar la mayor reunión de líderes en la historia de las Naciones Unidas para asistir a la Cumbre Mundial en favor de la infancia. En el seno de la misma se adoptó la *Declaración Mundial sobre la Supervivencia, Protección y el Desarrollo del Niño* así como un *Plan de Acción* para poner en práctica la misma. Ambos textos constituyen una ambiciosa agenda de medidas con vistas a lograr un mayor bienestar para los niños de cara al año 2000.

ción de la CDN y, a continuación el examen, aunque no detallado, de algunas de las Conferencias internacionales celebradas en el marco de las Naciones Unidas durante el recientemente finalizado decenio³⁷.

La influencia de la CDN se ha dejado sentir también, y de forma evidente, en instrumentos jurídicos destinados a la protección de *todos* o de *algunos* derechos de los niños y elaborados en el marco de Organizaciones internacionales de carácter regional, como la Organización para la Unidad Africana³⁸ y el Consejo de Europa³⁹. Además, si tal y como acertadamente se ha señalado, «el sistema de pro-

³⁷ Como se ha advertido: «The current cycle of U.N. world Conferences (Environment and Development, Río de Janeiro, 1992; Human Rights, Vienna, 1993; Population and Development, Cairo, 1994; Social Development, Copenhagen, 1995; Women, Beijing, 1995; Human Settlements/Habitat-II, Istanbul, 1996) gradually gives form and content to the international agenda of the XXI century.(...) If a common denominator of those World Conferences can be detected, it lies in the recognition of the legitimacy of the preoccupation of the whole international community with the *conditions of life* of all human beings in all parts of the world. This recognition corresponds to the new *ethos of our times*» (CANÇADO TRINDADE, 1998: 983).

³⁸ La Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño fue elaborada en el seno de la Organización Para la Unidad Africana en 1990, y se trata del primer tratado de ámbito regional que protege de forma específica todos los derechos del niño. Esta Carta constituye un ejemplo excelente de la contribución regional al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos aplicable a los niños y es un instrumento jurídico que muestra claramente las prioridades de la región sin afectar a la relevancia y estatus de la CDN de las Naciones Unidas. En lo que respecta a la cuestión que aquí estamos tratando, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño no resulta de mucha ayuda, pues su artículo 2, bajo el enunciado «Definición de Niño», tan sólo apunta que, a los efectos de esta Carta, un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Únicamente se refiere pues al límite superior de la niñez, evitando el límite inferior de la misma. Tampoco encontramos en la Carta referencias a la protección y cuidados del niño antes del nacimiento que, tal y como se ha visto, sí que existen en otros instrumentos, ni en su preámbulo, ni en su parte dispositiva, ni siquiera en el precepto que consagra el derecho a la vida y al desarrollo del niño. De esta forma, al no contener ningún tipo de alusión al no nacido, podría quizá entenderse que este instrumento sólo considera niño a sus efectos al nacido vivo, que sería en todo caso el titular de los derechos reconocidos en el mismo. A esta interpretación podría llegarse porque, aunque nada dice en este sentido, su silencio respecto a este asunto así parece hacerlo entender, pues si se considerase al *nasciturus* incluido en el ámbito de la Carta, lo más razonable habría sido hacerlo constar expresamente.

³⁹ El hito más importante quizá haya sido el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños*, adoptado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Resulta destacable que este Convenio sí resulta diferente de la Convención de Nueva York y de la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, pues su propósito no es reconocer de forma global los derechos de los niños. Su fin, mucho más reducido que el de los citados convenios, es *garantizar medidas, ya sean de carácter legislativo, administrativo o de cualquier otra índole para dar efectividad a esos*

tección europeo constituye la referencia obligada de todas las cuestiones interpretativas relacionadas con la delimitación y el alcance de los derechos humanos» (GONZÁLEZ GONZÁLEZ, 1998: 105), debemos entender que lo es también en lo que respecta a la delimitación de los sujetos de estos derechos.

En definitiva, el examen de todo lo anterior permite de alguna forma concluir que es innegable que, tanto el concebido y no nacido, como la maternidad, son objeto de protección por parte del Derecho internacional de los derechos humanos. Es más, la vida del *nasciturus* es contemplada en el Derecho internacional de los derechos humanos como objeto de protección y tiene, en consecuencia, expectativas de derechos que deben ser garantizados, como vida humana incipiente y futura persona que será.

Sin embargo, no es posible afirmar que este sector del ordenamiento jurídico-internacional y, en especial los instrumentos jurídicos que de forma específica atribuyen derechos a los niños y a las niñas, contemplen al *nasciturus* como titular de derechos, en la medida en que lo es el ser humano nacido. Dicho en otros términos, no se podría afirmar con rotundidad, que el ser que aún no ha nacido tiene la consideración jurídica de niño.

III. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE NIÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Ante el planteamiento de la cuestión de *qué (o quién) es un niño*, la invariable respuesta que, de forma espontánea, surgiría es que *niño es todo aquel que todavía no ha llegado a la edad adulta*, con lo que se realizaría entonces una acotación

derechos, en especial en los procesos en materia derecho de familia que en los que se puedan ver inmersos. Sin embargo, podemos decir que, en lo que al aspecto que ahora nos ocupa se refiere, este Convenio tampoco contribuye a aclarar la cuestión, pues en la delimitación que realiza de su ámbito subjetivo de aplicación, se atiene a señalar que lo constituirán los menores de dieciocho años. Nada se dice acerca de si el niño lo es antes de nacer, o de si al menos es susceptible de cierta protección. Sin embargo, y a la vista del contenido del Convenio, se podría interpretar que es de aplicación desde el nacimiento, pues al reconocer y garantizar este Convenio fundamentalmente derechos de carácter procesal, debemos entender que estos derechos nunca podrían ser ejercidos antes del nacimiento (es más, ni siquiera por niños que están en lo que se denomina la primera infancia, aunque los mismos no se encuentren excluidos del ámbito de aplicación subjetiva del Convenio).

negativa del término⁴⁰. Más problemas podría, sin embargo, ocasionar plantearse la cuestión de *cuándo* deja un niño de serlo para pasar a ser adulto⁴¹.

Pero, en cualquier caso, parece obvio que el fin de la infancia puede variar substancialmente de unas culturas a otras y que, aún dentro de la misma cultura, numerosos factores individualizados pueden adelantar o retrasar ese fin. En consecuencia, el establecimiento por los ordenamientos jurídicos de una edad a partir de la que se adquiere la condición de adulto no dejaría de ser un acto «legal» y, por tanto, artificial. A pesar de que todo lo anterior no deja de ser cierto, es necesario, a efectos jurídicos, establecer una edad como límite a la niñez, y ello sin duda no es una tarea sencilla. En definitiva, todo lo señalado lleva a afirmar que si la adquisición de la condición de niño, tal como se ha visto anteriormente, no es en absoluto una cuestión pacífica, no debe creerse que el término de la misma, es decir, el fin de la niñez, sí lo es.

Efectivamente, aunque *a priori* pueda parecer fácil establecer una edad a partir de la que el *ser humano-niño* se «transformará» en *ser humano-adulto*, no lo es y, menos aún, en el Derecho internacional, ya que en los Estados que conforman la Comunidad Internacional existen criterios muy diversos sobre la materia y no es fácil encontrar una norma que trate de conciliar dichos criterios. De cualquier manera, los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen y protegen los derechos de los niños, han de delimitar «necesariamente» su ámbito personal de aplicación de algún modo, y esta delimitación es el punto de partida a la hora de tratar de reflexionar sobre la mayoría de edad en el Derecho internacional contemporáneo, al menos en lo que a la protección de los Derechos Humanos respecta.

Para comenzar el estudio de la adquisición de la mayoría en el Derecho internacional de los derechos humanos, podríamos afirmar que los instrumentos jurídicos que de forma general se ocupan de la promoción y protección interna-

⁴⁰ En el mismo sentido se expresa G. Van Bueren, para quien «traditionally a child has been defined as a comparative negative: a child is an individual who is not yet an adult.» *The international law...*, *op. cit.*, pp. 33. Véase también la posición de FRANKLIN, B.: *op. cit.*, pp. 7.

⁴¹ En este caso, como señala G. Peces-Barba en su descripción del proceso de especificación de los derechos humanos, la condición de niño, por la que todos pasamos durante algún tiempo, concluirá para la psicología u otras ciencias que estudian la realidad del hombre de un modo menos uniforme que el Derecho, de acuerdo con el grado de madurez de cada persona, y para la ciencia jurídica finalizará con la mayoría de edad (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1995: 181).

cional de los derechos humanos, *no se refieren, al menos de forma directa, a la pérdida de la condición de niño*, es decir, a la consecución de la mayoría de edad. Es más, esto ni siquiera sucede en aquellos instrumentos jurídicos que contienen referencias específicas a ciertos derechos reconocidos a los niños⁴².

Se debe indicar, asimismo, que los dos primeros instrumentos jurídicos que, de forma comprensiva, contemplaron los derechos específicos de los niños y de las niñas, es decir la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de 1959, tampoco establecen cuándo se pierde la condición de niño, esto es, en qué momento se adquiere la mayoría de edad. Habrá que esperar, como se sabe, a la adopción de la CDN de 1989 para que se contemple de manera explícita el *límite superior* del término niño en un instrumento jurídico-internacional de Derechos Humanos.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, sí que encontramos un «precedente normativo» impropio, que establece una edad en el Derecho internacional de los derechos humanos a partir de la cual una persona es considerada adulto y recibe un tratamiento jurídico distinto del que recibiría si no hubiese alcanzado esa edad: se trata, en particular, de la *prohibición de imponer la pena capital a los menores de dieciocho años*, que ha aparecido recogida en diversos instrumentos jurídico-internacionales.

En efecto, existen numerosos instrumentos jurídicos internacionales que recogen de forma expresa la prohibición de imponer la pena capital a los menores de dieciocho años. Esta prohibición, establecida en instrumentos jurídicos anteriores a la CDN, y consagrada en el artículo 37 de la misma, viene ya a establecer la edad a partir de la cual una persona es considerada adulto y recibe un tratamiento jurídico distinto del que recibiría si no hubiese alcanzado dicha edad. Constituye, por tanto, un indicio más que significativo de que la mayoría de edad estaría establecida, con carácter general, en el Derecho Internacional en los dieciocho años.

⁴² Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, no realiza ninguna referencia al menor, tan sólo alude en su artículo 16.1 a la necesidad de una *edad núbil* a partir de la que se reconoce el derecho a contraer matrimonio. Del mismo modo, guarda absoluto silencio el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, y en el sector del desarrollo normativo regional, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Así pues, la determinación expresa de los dieciocho años como frontera a efectos de la pena de muerte es tajante y, obviamente, en lo que a la protección de los menores respecta, absolutamente positiva, pues viene a establecer un *standard mínimo* en cuanto a la protección del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico internacional. Si bien, no podemos dejar de recordar que, en la práctica, la aplicación de la pena capital a menores de dieciocho años no está erradicada en algunos Estados⁴³.

En definitiva, del mismo modo que lo es para el inicio de la niñez, para el estudio del fin de la misma también la CDN debe ser el principal instrumento jurídico a tener en cuenta. Tanto es así, que la definición contenida en su artículo 1 entendemos que establece la «Regla Básica» en la materia. De esta forma, la pérdida de la condición de niño se establece con carácter general en los *dieciocho años de edad* sin perjuicio de que, conforme a las legislaciones de los Estados Partes, se pueda adquirir antes. Esta edad de dieciocho años se contempla, asimismo, en otros instrumentos jurídicos destinados a la protección de los derechos de los niños. No obstante, la interpretación de este precepto en el conjunto de la Convención, permite afirmar que también se contempla implícitamente que la mayoría se adquiera en un momento posterior si ello resulta más conducente para la realización de los derechos del niño.

Además el artículo 1 de la CDN remite al derecho interno de los Estados para completar su definición y establecer un límite inferior para la pérdida de la condición de niño. En este sentido, la edad de dieciocho años como fin de la niñez y comienzo de la edad adulta también es la edad más común que se utiliza en las legislaciones estatales, incluyendo la española. Así pues, esta *la edad de dieciocho años* que expresamente establece el artículo 1 de la Convención, es posible sostener que se constituye en la *referencia básica* a tener en cuenta al determinar la pérdida de la condición de niño en el Derecho internacional y, ello es así por-

⁴³ De hecho, y según la Resolución de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 24 de agosto de 1999 «desde 1990 se ha procedido a 19 ejecuciones de menores delincuentes en seis países, a saber: Arabia Saudita, los Estados Unidos de América, Nigeria, el Pakistán, la República Islámica del Irán y el Yemen, 10 de las cuales tuvieron lugar en los Estados Unidos, y que, en 1998, el único país del que se tenga noticias de que ha ejecutado a menores delincuentes fueron los Estados Unidos». La pena capital, especialmente en relación con los menores delincuentes. NACIONES UNIDAS, *Documento E/CN.4/SUB.2/RES/1999/4*.

que, como se ha puesto de manifiesto «la edad de dieciocho años que se menciona en el artículo 1 de la Convención, cumple funciones de *guía o pauta*, tanto para las normas internas como internacionales que se adopten en el futuro y que afecten a los niños»⁴⁴ (DÍAZ BARRADO, 1991: 192). Prueba de ello lo constituye el hecho de que numerosos instrumentos jurídicos adoptados con posterioridad a la Convención, contienen esta edad como límite superior de la noción «niño». Sin duda se trata de un límite generalmente aceptado y con vocación de universalidad.

Es innegable que la infancia como período vital no finaliza al mismo tiempo en todas *las sociedades*, pues, como acertadamente se ha dicho, hay enormes diferencias entre culturas y sociedades en lo que respecta al papel de los niños dentro de la familia y de la comunidad que lleva, inevitablemente, a que existan diferencias en las perspectivas de estas comunidades sobre la duración de la niñez (VAN BEREN, 1995: 36). Sin embargo, no parece inadecuado afirmar que el término general de la menor edad, fijado en los dieciocho años, no sólo no resulta excesivo ni gravoso, sino que está fijado *para todo lo que pueda favorecer a la persona que aún no ha cumplido esta edad*, y es razonable en cuanto la mayoría de los Estados, si no lo contemplan ya, tienden a contemplarlo. En consecuencia, estamos ante un *límite fijado de forma congruente con la intención de la Convención*, que es reconocer y garantizar en la máxima medida de lo posible, todos los derechos de los niños, a todos los niños y no supone pues limitación alguna de los derechos de las personas que no han cumplido esa edad. Más aún, podríamos decir que supone un «*plus de protección*», y que no resta, sino que *añade posibilidades de que los derechos humanos sean correctamente tutelados*. Por último, hay que manifestar, en principio en su favor, que se trata de un límite fijado de forma *flexible*, pues permite que los Estados dispongan un término distinto sin contravenir *a priori* lo dispuesto en la CDN.

Hasta tal punto la edad de dieciocho años supone la regla básica en la materia, que su influencia se refleja en los dos tratados que en el seno del desarrollo

⁴⁴ DÍAZ BARRADO, C. M.: «La Convención...», *loc. cit.*, pp. 192. En el mismo sentido se ha manifestado F. d. A. Sánchez Martínez, para quien «La diferencia entre mayor y menor se va a establecer en función de su edad y ésta variará según de que país se trate, aunque internacionalmente se está llegando a una consideración de la edad frontera para distinguir la menor y la mayor edad, de forma unánime, siendo la edad que diferencia al menor la edad de dieciocho años.» (SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 1999: 21).

normativo de ámbito regional, se han ocupado específicamente de los derechos reconocidos a los niños y las niñas, es decir, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 1996⁴⁵. No en vano se ha señalado que la aceptación «of 18 as the age of “civil majority” represents a continuing trend in the legal definition of “child”. That trend is becoming more pronounced, so that arguably the age of 18 is now increasingly accepted as the norm for defining the end of childhood»⁴⁶.

Además de lo anterior, en el marco de la Unión Europea (CASTILLO, 1990), tanto la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea de 1991 (DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 1991), como la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de derechos del Niño, de 1992 (DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 1992), definen al niño como el *ser humano que no haya alcanzado aún los dieciocho años*, y lo hacen en clara referencia a la CDN⁴⁷. Aunque habría que indicar también que, ya en 1972, el Comité de Ministros del Consejo de Europa había adoptado una Resolución sobre la edad que permite alcanzar la plena capacidad jurídica y recomendaba a los Estados miembros que rebajaran la mayoría de edad de los veintiuno a los dieciocho años, aceptando que los Estados «pueden mantener una edad mayor para la capacidad de realización de actos limitados y determinados en campos en los que estimen que se requiere un mayor grado de madurez»⁴⁸.

⁴⁵ Así, según se ha visto, el artículo 2 de la Carta Africana sobre los Derechos y el bienestar del Niño, titulado «Definición de niño», establece que «for tile purposes of this Charter, a child means every human being below the age of 18 years». Por su parte el artículo 1 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños señala: «This Convention shall apply to children who have not reached the age of 18 years».

⁴⁶ KUPER, J.: *op. cit.*, pp. 9.

⁴⁷ La primera de estas Resoluciones se refiere a esta definición en su preámbulo y afirma lo siguiente: «Considerando que se define al niño como (...) todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». La segunda lo hace ya en la parte de contenido regulador, así el punto 8.1 señala que «se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de 18 años, salvo que éste, en virtud de la legislación que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de 18 años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente».

⁴⁸ Resolution (72) 29, «The lowering of age of full legal capacity».

Por otra parte, este límite de dieciocho años como término de la minoridad, ya sea de un modo indirecto o directamente, se ve también reflejado en muchos instrumentos jurídico-internacionales que, de forma parcial, recogen un sector de los derechos del niño. Así, en específico el *ámbito laboral*, en el que se encuentra el Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en la industria, y el Convenio relativo al examen médico para el empleo de los menores en trabajos no industriales, adoptados ambos en Montreal en 1946⁴⁹; también el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo adoptado en Ginebra en 1973 menciona los dieciocho años⁵⁰, asimismo, en el seno del *Derecho comunitario europeo*, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo contiene definiciones de niño, adolescente y joven, siendo la «edad techo» de todas ellas los dieciocho años⁵¹.

Finalmente, hay que destacar que en el sector relativo a la *administración de justicia de menores* encontramos referencias a los dieciocho años como edad tope de la minoría, por ejemplo, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990⁵², contienen este límite, y se supone que por influencia de la CDN, pues la regla 11 señala específicamente que «se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley».

Pero, además de los instrumentos jurídico-internacionales citados hasta aquí, estando destinados todos ellos a la protección global de los derechos de los niños

⁴⁹ El artículo 2.1 del primero de estos Convenios dispone que «las personas menores de dieciocho años no podrán ser admitidas al empleo en empresas industriales, a menos que después de un minucioso examen médico se las haya declarado aptas para el trabajo en que vayan a ser empleadas», y de forma análoga se expresa el artículo 2.1 del segundo de los Convenios citados.

⁵⁰ El artículo 3.1 señala: «La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años».

⁵¹ Artículo 3. Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) «joven»: toda persona menor de 18 años contemplada en el apartado 1 del artículo 2;

b) «niño»: todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional;

c) «adolescente»: todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

⁵² *Resolución 45/113* de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.

y las niñas o a un sector determinado de estos derechos, podemos encontrar esta delimitación concreta de la mayoría en otros instrumentos jurídicos. Así, y por lo que respecta al ámbito del *Derecho internacional humanitario*, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 1977, aunque permite, que participen en hostilidades personas a partir de los quince años, establece que sean las más cercanas a los dieciocho años las primeras en ser alistadas⁵³.

Por último, también en el ámbito del *Consejo de Europa* existen instrumentos jurídicos adoptados con anterioridad a la CDN que hacen referencias a los dieciocho años como edad a la que se alcanza la mayoría. Así, si bien el Código Europeo de Seguridad Social⁵⁴ estableció que, a sus efectos, «el término “niño” significa un niño que sea menor de la edad a la que termina la escolaridad obligatoria o que sea menor de 15 años» (artículo 1.h), otros instrumentos jurídicos, como la Convención sobre la adopción de niños, adoptada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, dispone en el artículo 3 que «esta Convención se aplica sólo a la adopción legal de un niño quien, al tiempo de que el adoptante solicita adoptarle, no ha alcanzado los 18 años de edad, no está ni ha estado casado y no ha adquirido legalmente la mayoría de edad». Finalmente, el reflejo de la Convención de Nueva York se puede observar claramente en el artículo 1.c de la Convención Europea sobre la Nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997, que establece que «niño signi-

⁵³ Ello viene dispuesto en el artículo 77.2: «Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad». Y, como ya se ha apuntado, el Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de la misma fecha que el anterior, prohíbe en el artículo 4 la imposición de la pena de muerte a todas las personas «que tuvieren menos de dieciocho años en el momento de la infracción».

⁵⁴ Adoptado en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 (Council of Europe, ETS N.º 48). También estableció una edad inferior a los dieciocho años el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980 (BOE 1 de septiembre de 1984), que señala en su artículo 1.a que, a los efectos del presente Convenio, se entenderá por menor «una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido».

fica toda persona que tenga menos de 18 años, amenos que, de acuerdo con la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría antes».

En consecuencia, de todo lo examinado se puede sostener que la edad de dieciocho años fijada de forma genérica por la CDN, vendría a ser *el término general de la condición de Niño en el Derecho internacional de los derechos humanos*, y esta conclusión viene dada principalmente porque el fin de la niñez establecido en la Convención ha ejercido una *poderosa influencia* en instrumentos jurídicos internacionales de diverso origen y naturaleza que la han adoptado como límite de la minoridad a sus efectos, pero también porque ya existían referencias a los dieciocho años como *punto de inflexión* entre la niñez y la edad adulta con anterioridad a la adopción de la misma.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión de lo estudiado podría afirmarse, en primer lugar, que la definición de niño a los efectos del reconocimiento de derechos y protección de los mismos es el *resultado de un proceso evolutivo* que adquiere una especial significación en el marco normativo referente a los Derechos Humanos. Y lo anterior sucede de tal manera que, en la mayoría de los casos, los instrumentos en los que se determinan derechos de la infancia o se establecen criterios de protección, *no ofrecen una noción acabada y definitiva* de esta realidad. En otras palabras, se podría sostener que la determinación de quiénes configuran el grupo humano integrado por los niños será el resultado de las diversas posiciones que se vayan plasmando en instrumentos jurídicos al respecto.

En segundo lugar, cabría afirmar que existe una noción de niño en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos y que tal noción está integrada, al menos, por dos notas características. La primera es que la noción niño es una noción *indeterminada* que, se va perfilando en función de las aportaciones normativas o políticas que se van realizando, ocupando en este sentido, una sobresaliente posición la Convención de 1989. La segunda es que no se puede decir, con rotundidad, que la noción niño que se va consagrando en el ámbito de los Derechos Humanos, sea equiparable a la noción niño, que sería propia, si es que existe, del Derecho internacional en su conjunto.

Todo lo estudiado permitiría afirmar que la definición jurídica del término «niño» que parece, no sin grandes dificultades, abrirse camino en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, estaría, en términos generales dada por el artículo 1 de la CDN, que ha venido a establecer lo que podríamos llamar una definición marco del término niño. Esta definición situaría el concepto de niño entre el nacimiento como límite inferior y los dieciocho años de edad como límite superior. Ambos extremos, no obstante, han sido y son objeto de numerosos matices o, mejor aún, de excepciones tanto por parte de normas de carácter internacional, como por parte del derecho interno de algunos Estados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTON, P. (1989): The Unborn chills and abortion under the draft Convention on the Rights of the Child, *HRQ*, 12, pp. 165.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (1994): *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, pp. 35-39 (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas).
- CANÇADO TRINIDADE, A. (1998): The Future of the international protection of human rights, en AA.VV. (1998): *Boutros Boutros-Ghali. Amicorum Discipulorumque liber*, pp. 983 (Bruselas, Bruylant).
- CASTILLO, M. (1990): La protection des enfants dans la communauté européenne, *RMC*, 337.
- DETRICK, S. (Ed.) (1992): *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «Travaux Préparatoires»*, pp. 31-703 (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers).
- DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Resolución A3-314/91*, de 13 de diciembre de 1991.
- DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Resolución A3-0172/92*, de 8 de julio de 1992.
- DÍAZ BARRADO, C. M. (1991): La Convención sobre los derechos del niño, *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, pp. 193 (Universidad de Córdoba).

- ERIKSSON, M. K. (1993): The legal position of the Unborn Child in International Law, *German Yearbook of International Law*, 36, pp. 32.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (1999): Derechos Lingüísticos y Derecho Internacional, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, pp. 161-173 (Madrid, Dykinson).
- FLEKKOY, M. (1992): Attitudes to Children - Their Consequences for Work for Children, en FERRAN, M. y VEERRMAN, P. (1992): *The Ideologies of children's rights*, pp. 144 (Dordrecht, Martinus Nijhoff).
- FRANKLIN, B. (1986): *The Rights of Children*, Basil Blackwell Ltd., pp. 7 (Oxford).
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R. (1998): *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanas y degradantes*, pp. 105 (Granada, Universidad de Granada).
- HODGSON, D. (1994): The child's right to life, survival and development, *International Journal of children's rights*, 2, pp. 392.
- KUPER, J. (1997): *International Law Concerning Child Civilians in Armed Conflict*, pp. 10 (Oxford, Clarendon, Press).
- LOPATKA, A. (1997): The world constitution of the rights of the child, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona Humana y derecho Internacional*, pp. 675 (Bruxelles).
- MANGAS MARTÍN, A. (1998): La protección de los derechos del niño, *BEUR*, 4, pp. 7.
- NACIONES UNIDAS, *Documento CRC/C/8/Add. 6, de 26 de octubre de 1993*.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (con la col. De R. de Asís, A. Llamas y C. Fernández) (1995): *Curso de Derechos Fundamentales*, pp. 180 (Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid).
- PÉREZ VERA, E. (1990): El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, *Garantía internacional de los derechos sociales*, pp. 178-179 (Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales).
- PICADO, S. (1996): Los derechos de los niños son derechos humanos, en VERDUGO, M. A. y SOLER-SALAS, V. (Eds.) (1996): *La Convención de los Derechos del*

Niño hacia el siglo XXI. Simposio Internacional celebrado en Salamanca, pp. 71 (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).

RUIZ GIMÉNEZ, J. (1994): Los Derechos de los niños, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, pp. 225-234 (Madrid, Escuela Libre Editorial).

SAJON, R. (1989): *Derecho de menores*, pp. 374 (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, A. (1999): *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de Menores. Ley 4/1992*, pp. 21 (Madrid, Marcial Pons).

SPAEMANN, R. (1997): ¿Es todo ser una persona?, *Persona y Derecho*, 37, pp. 18.

VAN BUEREN, G. (1995): *The Internacional La won the Rights of the Chile*, pp. 32 (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers).

VEERMAN, P. (1991): *The Rights of the Chile and the Changing Image of Childhood*, pp. 184 (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers).

VERHELLEN, E. (1996): Monitoring Children's Rights, en VERHELLEN, E. (Ed.): *Monitoring Children's Rights*, pp. 7 (Amsterdam, Kluwer Law International).

RESUMEN

La Comunidad Internacional ha venido mostrando su creciente preocupación por todas las cuestiones que afectan a la infancia y, como consecuencia de ello, se han elaborado numerosos instrumentos jurídicos dirigidos a la protección de los niños y de las niñas. Existen, por tanto, en el ámbito del Derecho internacional numerosas normas que reconocen y protegen derechos específicamente atribuidos a los niños. Aunque los niños son, en cuanto seres humanos, destinatarios de las normas generales de protección de los Derechos Humanos, constituyen un grupo humano que se encuentra en situación de especial desprotección y, quizá por ello, determinados derechos adquieren una dimensión especial cuando afectan a la infancia. Ello ha propiciado que se elaboren normas específicas en relación con los derechos de la infancia, entre las cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas el de 20 de noviembre de 1989. Así, se hace necesario delimitar de algún modo quiénes constituyen los sujetos de estos derechos. Y, aunque resulta evidente que el mero hecho de ser considerados niños convierte a ciertas personas en destinatarias de normas concretas de protección de Derechos Humanos, es importante determinar también, con la mayor precisión posible, qué se entiende por niño en el ámbito del Derecho internacional o, por lo menos, en el sector relativo a los Derechos Humanos. La tarea a abordar, por tanto, es averiguar quiénes ostentan la condición de niño para este ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The International Community has been showing its increasing worry for all the questions that affect the children and, as a consequence of it, there have been adopted many norms in order to guarantee the protection of the rights of the child. There exist, therefore, in the Public International Law field, an increasing number of norms that recognize and protect the rights specifically attributed to children. Though children are, as human beings, protected by the general human rights provisions, they constitute a human group in situation of special vulnerability and, probably as a consequence of this, certain rights acquire a special dimension when they affect childhood. That is the reason why there exist a specific laws relating to children, among which stands out The United Nations Convention on the Rights of the Child, adopted on November 20, 1989. Hence, it has become necessary to precise somehow who are the subjects of these rights. And, though it turns out evident that children are persons protected by general human rights law, it is important to determine also, with the major possible precision, who can be understood as child in the field of the International Law or, at least, in the international human rights law field. The task to undertake, therefore, is to ascertain who show child's condition for the international human rights law.