

# EDUCACIÓN EN DERECHOS Y CIUDADANÍA GLOBAL

## Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico

### Casos prácticos

Propuesta formativa para los estudios  
universitarios de Derecho



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE ASUNTOS EXTERIORES  
Y DE COOPERACIÓN



cooperación  
española

unicef 

**Mónica Domínguez Martín**, Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, UAM  
**Maravillas Espín Sáez**, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UAM  
**Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador**, Catedrático de Filosofía del Derecho, UAM  
**Laura Pozuelo Pérez**, Profesora Titular de Derecho Penal, UAM  
**Susana Quicios Molina**, Profesora Titular de Derecho Civil, UAM  
**Elena Rodríguez Pineau**, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, UAM  
**Soledad Torrecuadrada García-Lozano**, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, UAM

Introducción

## UNICEF y los derechos de la infancia

Creado en el año 1946 como un fondo de emergencia para atender las necesidades de los niños y niñas en una Europa devastada por la II Guerra Mundial, UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia) pasó a formar parte, en 1953, del sistema de Naciones Unidas como Agencia permanente.

Desde entonces, se ha evolucionado mucho. Sin embargo, el espíritu con el que se creó este organismo -proveer a todos los niños y niñas de una infancia digna- sigue aún presente e inspira todas las acciones.

El punto de inflexión en el trabajo de UNICEF lo marcó la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989. Por primera vez, los niños y niñas eran titulares de derechos y correspondía a los Estados garantizar su efectivo cumplimiento. Aunque también se hacía mención en la Convención a otros agentes, entre los que estaba UNICEF.

Este nuevo enfoque que la Convención introdujo obligó a UNICEF a replantear su trabajo. La aplicación de los principios de universalidad y no discriminación permitió a UNICEF ir más allá de los programas tradicionales y buscar la forma de llegar a todos los niños y niñas: los que viven en comunidades de difícil acceso, los inalcanzables, pero también a los de los países de rentas medias y altas, y que están sufriendo violencia, pobreza o discriminación. La meta fundamental es alcanzar Todos los Derechos para Todos los Niños. Desde entonces, UNICEF está presente en más de 190 países y territorios, desarrollando programas de cooperación con los gobiernos, capacitando a profesionales y concienciando sobre la importancia de los derechos de la infancia.

Pero esta ingente labor necesita de la colaboración de otros agentes, que aparecen claramente explicitados en la Convención. Entre estos agentes tiene un papel primordial el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de velar por la aplicación y el seguimiento de la CDN en los Estados Parte, quien ha reiterado en numerosas ocasiones la importancia de la formación en derechos de la infancia dirigida a los profesionales que en su día a día toman decisiones que afectan directamente a los niños y niñas.

El ámbito educativo es un sector clave para el

cumplimiento efectivo de la CDN, es garante de muchos de los derechos vinculados a la protección y participación de la infancia. Y por supuesto, tiene un papel protagonista en la formación de los niños, niñas y adolescentes en el conocimiento de sus derechos y en el proceso de aprendizaje de su ejercicio como ciudadanos globales.

Por ello, como parte de su mandato, y siguiendo las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, UNICEF ha suscrito acuerdos de colaboración con universidades de distintos países para incluir en sus estudios contenidos sobre los derechos de la infancia<sup>1</sup>.

## Términos de referencia

Desde UNICEF Comité Español llevamos tiempo trabajando en la integración de los derechos de la infancia en los estudios universitarios de grado y postgrado de diferentes disciplinas académicas.

Para garantizar que el proceso se realiza de forma participativa y respetando en todo momento la autonomía universitaria y la libertad de cátedra, la sugerencia es la inserción en los contenidos y actividades de las asignaturas existentes, sin que haya modificaciones de la estructura del plan de estudios.

Uno de los objetivos del “enfoque por competencias”<sup>2</sup> en el ámbito educativo es dar sentido a los aprendizajes, mostrando al alumnado para qué sirve lo que aprende. Este enfoque obliga a los estudiantes a situar continuamente los aprendizajes en relación con las situaciones que tienen sentido para ellos, y a utilizar lo aprendido en dichas

---

1. Universidades de 10 países en Europa del Este y Asia ya han introducido en su grado de periodismo el currículum educativo desarrollado por UNICEF y el Instituto Tecnológico de Dublín “Los derechos de la infancia y la práctica periodística: una perspectiva basada en derechos”. UNICEF ha elaborado el currículo de la materia “Reformas legislativas para apoyar los derechos de la infancia”, aplicable a las facultades de Derecho de todo el mundo. Ante la escasez de trabajadores suficientemente formados en temas de protección de la infancia, sobre todo en casos de emergencia, UNICEF ha desarrollado junto a la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard un Master en Protección de la Infancia. También está reforzando los contenidos sobre esta materia en varios grados universitarios a través de informes y materiales.

2. Reseña de Antonio Bolívar Botía, Universidad de Granada. “Roegiers, X. (2007). Pedagogía de la integración. Competencias e integración de los conocimientos en la enseñanza”. <http://www.ugr.es/~regipro/rev123REC.pdf>

situaciones.

La inserción del Plan Bolonia en el sistema universitario español ha proporcionado un momento único para revisar contenidos y hacer propuestas que contribuyan a la formación integral de las y los estudiantes. En el caso concreto del Grado de Derecho, y siguiendo el enfoque de competencias, nuestra propuesta se centraría en elaborar esas “tareas o situaciones que, unidas a contenidos y capacidades, configuran la competencia”. Es decir, la formulación de casos prácticos relacionados con la infancia en los que los alumnos tengan que aplicar la legislación -tanto internacional como nacional- correspondiente de las diferentes áreas del Derecho (Internacional, Civil, Penal o Administrativo).

Compartimos esta propuesta con un magnífico equipo de profesoras de la Universidad Autónoma de Madrid, quienes, lideradas por el Profesor Liborio Hierro, manifestaron su entusiasmo y total acuerdo con los objetivos planteados. Gracias a su trabajo, conocimientos y experiencia, hoy ve la luz este Manual “Los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico: casos prácticos”. Además, su compromiso y esfuerzo, mucho mayores de lo inicialmente esperado, han inspirado la creación de una nueva asignatura en la misma Facultad de Derecho de la UAM.

Confiamos en que los profesores de Derecho de las distintas facultades españolas consideren este Manual como una herramienta útil para profundizar en ciertos aspectos de su disciplina. Nuestro objetivo no es otro que el de facilitar la comprensión de los derechos de la infancia y de los principios inspiradores de la Convención entre los futuros profesionales del ámbito jurídico y, así, implicarles en la tarea de lograr una mejor protección y realización de estos derechos.

<b>Presentación. Indicaciones didácticas.</b>	<b>13</b>	<b>Casos prácticos.</b>	<b>43</b>
<b>Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos, por Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador.</b>	<b>17</b>	I. Derecho Administrativo. Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario, por Mónica Domínguez Martín.	45
1. Introducción y breve reseña histórica: desde el panfleto de Thomas Spence a la incansable actividad de Eglantyne Jebb (la Declaración de Derechos del Niño de 1924).	19	II. Derecho Administrativo. Declaración de desamparo y derechos de los menores de edad en centros de internamiento, por Mónica Domínguez Martín.	49
2. Los derechos del niño en el sistema universal: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Derechos del Niño de 1959, los Pactos de Derechos Humanos de 1966 y las Reglas de Beijing de 1985.	22	III. Derecho Civil. Relaciones del hijo menor de edad con sus progenitores cuando éstos no forman una familia: derecho de visita; alimentos, por Susana Quicios Molina.	53
3. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.	23	IV. Derecho Civil. Derechos del menor español en caso de expulsión administrativa de su progenitor extranjero por tener antecedentes penales, por Susana Quicios Molina.	55
4. Sentido y alcance de la Convención de 1989. El análisis desde la validez.	25	V. Derecho Internacional Privado. Sustracción internacional de menores y litigio sobre la custodia, por Elena Rodríguez Pineau.	59
5. ¿Por qué los niños? ¿Por qué los derechos? El análisis desde la justicia.	27	VI. Derecho Internacional Privado. Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por subrogación en el extranjero, por Elena Rodríguez Pineau.	61
6. La desgraciada obstinación de los hechos. El análisis desde la eficacia.	29	VII. Derecho Internacional Público. Identidad indígena y derechos del niño, por Soledad Torrecuadrada García-Lozano.	65
<b>El interés superior del menor, por Soledad Torrecuadrada García-Lozano.</b>	<b>31</b>	VIII. Derecho Penal. Responsabilidad penal de menores, por Laura Pozuelo Pérez.	67
1. Introducción.	33	IX. Derecho Penal. El menor como víctima de delitos contra la indemnidad sexual, por Laura Pozuelo Pérez.	69
2. Interpretación del interés superior del menor.	35	X. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional, por Maravillas Espín Sáez.	71
2.1. Caracterización del interés superior del menor.	35	XI. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Deberes específicos del empresario que contrata a trabajadores menores de edad, por Maravillas Espín Sáez.	73
2.2. Criterios aplicables para determinar el interés superior del menor.	37		
2.3. Consecuencias del interés superior del menor.	39		
3. Conclusiones.	41		



Presentación  
Indicaciones didácticas

Este trabajo es el resultado de una feliz combinación: por una parte, el interés de UNICEF de elaborar unos materiales que articularan un esquema de trabajo sobre la protección jurídica del menor a partir del cual las Facultades de Derecho pudieran impulsar un estudio más visible de aquélla. Y, por otra, la experiencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en la docencia en el Prácticum de los ya extintos estudios de licenciatura.

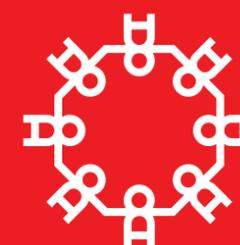
La forma en que se ha trabajado debe mucho, pues, a esta experiencia previa desarrollada en la UAM durante más de una década, pero tiene un sello propio por la específica finalidad que perseguía UNICEF al elaborar estos materiales, ya que a diferencia de los del Prácticum (de carácter global), todos giran en torno al menor y su protección desde distintos sectores del ordenamiento jurídico. La unidad temática en torno a los derechos del niño y su protección viene reforzada por las dos introducciones sobre “Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos” (del profesor Liborio Hierro) y “El principio del interés superior del menor” (elaborada por la profesora Soledad Torrecuadrada). Su lectura sin duda proporciona el encuadre previo a todos los supuestos que se proponen en este trabajo.

Cada uno de los once casos prácticos que aquí se recogen se estructura en tres partes: (i) el caso propiamente dicho, en el que se presentan los hechos y elementos jurídicos relevantes; (ii) las cuestiones que se plantean; (iii) los materiales que se proponen para la resolución del caso. Los casos están diseñados para que el estudiante realice un trabajo previo a la sesión en la que se discutirán las cuestiones planteadas. Este trabajo previo consiste en el análisis del supuesto y la consulta de los materiales propuestos. Aunque los materiales pueden proporcionar información suficiente para la resolución del caso, y dada la poca atención que se dedica en los estudios de grado al Derecho del menor, es aconsejable que antes de abordar el supuesto el docente realice una primera sesión introductoria de carácter más teórico en la que se establezca el marco normativo en ese sector del ordenamiento (Derecho penal, civil, administrativo...) para la protección del menor y se identifique cómo inciden los derechos del niño y el principio del interés superior del menor en dichas normas.

Para la resolución de los casos se proponen las cuestiones pero, como se podrá observar, en muchas ocasiones éstas no pretenden que el estudiante alcance la solución del caso sino que desarrolle un razonamiento jurídico crítico y

sensibilizado a las especiales exigencias que supone que el menor sea el centro de interés. En este sentido, el supuesto puede seguirse de una prueba (en el caso del Prácticum de la UAM, se hacía una con carácter evaluable) en la que se proyecte lo analizado en el supuesto a una situación parecida o cercana.

Una última precisión de carácter sustantivo: aunque los casos se han clasificado temáticamente en función del área de conocimiento predominante en ese supuesto, ello no excluye la presencia de claros elementos transversales que pueden ser desarrollados en algunos de los casos y que pueden enriquecer aún más la perspectiva jurídica sobre la protección del niño.



## Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos

Por Liborio L. Hierro

## 1. Introducción y breve reseña histórica. Desde el panfleto de Thomas Spence a la incansable actividad de Eglantyne Jebb (La declaración de los Derechos del Niño de 1924)

Un estudio sobre los derechos del niño —como sobre los de cualquier otra clase de personas— puede extenderse en el tiempo tanto como se quiera pues de todos los momentos y contextos de los que tenemos testimonios históricos podemos extraer, con mayor o menor precisión, datos sobre el trato que los niños, adolescentes y jóvenes recibieron y ello puede reconstruirse como menor o mayor satisfacción o protección de sus derechos específicos. Algo así ha hecho, entre nosotros, Ignacio Campoy en el extenso primer capítulo de su libro, capítulo titulado “La prehistoria de los derechos de los niños” (Campoy 2006, 41-271). Creo, no obstante, que para ubicar los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos será suficiente partir del momento histórico en que la idea de los derechos humanos aparece explícita en el pensamiento político y empieza a realizarse en el ámbito jurídico. En la historia de los derechos humanos, entendida en este estricto sentido, solemos distinguir entre la fase declarativa, la fase de positivación y la fase de internacionalización como tres fases sucesivas, aunque no excluyentes, pues cada una de ellas añade una nueva dimensión a la anterior pero sin cancelarla. Muchos autores distinguen una cuarta fase que, con frecuencia, se denomina de especificación porque en ella los derechos humanos se especifican tanto a nivel declarativo como a nivel de positivación y/o de internacionalización, y se especifican bien por su sujeto bien por su contenido, generando a veces nuevos instrumentos o instituciones especiales para su protección y satisfacción. No soy partidario de distinguir esta cuarta etapa como una fase cronológica que se añade a las anteriores puesto que, como enseguida veremos —y los derechos de los niños son un ejemplo cabal de ello—, la especificación de los derechos es un proceso transversal a las fases de declaración, positivación e internacionalización como se pone de relieve si nos referimos a los derechos de los esclavos, a los derechos de la mujer, a los derechos de

---

1. Adaptación del trabajo publicado originalmente con el título DERECHOS DEL NIÑO (art. 25.2 DUDH; arts. 24,10.2.b, 10.3, 14.4 PIDCP; arts. 10.3, 12.2.a PIDESC) en el libro EL SISTEMA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, editado por Cristina Monereo y José Luis Monereo, Granada, Comares, 2014, pp. 129-141. Se reproduce aquí con permiso de los editores. Traduzco del texto original que puede consultarse en <http://thomas-spence-society.co.uk/4.html>

los trabajadores, a los derechos de los colectivos, a los derechos de los animales y también —como acabo de indicar— a los derechos de los niños.

El punto de partida común a esos procesos de especificación —a los que sin duda se han añadido otros en atención a contenidos específicos (el derecho a la intimidad, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, los derechos bioéticos, etc.) (Castignone 1996, 33-37)— estriba en la concepción del hombre subyacente al individualismo liberal racionalista que está en el origen de la idea misma de los derechos humanos: la concepción de un hombre abstracto cuya dignidad moral deriva de la autonomía de su voluntad, y ese hombre autónomo abstracto sólo se concreta adecuadamente, para aquella concepción inicial, en el cabeza de familia, esto es en el varón-propietario-adulto, dejando fuera del modelo de sujeto moral a los esclavos, a las mujeres, a los trabajadores y a los niños. Por eso la historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos es, en gran medida, la historia de la extensión del sujeto: de la emancipación de los esclavos, de los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres y de los derechos de los niños.

Aunque los activistas a favor de los derechos del niño suelen alegar que el niño, hasta finales del siglo XX, venía siendo considerado por los ordenamientos jurídicos no como un sujeto sino como un objeto (Dyer 1991, 70), semejante afirmación constituiría un eficaz punto de partida retórico para defender los derechos del niño si no fuese porque es sencillamente falsa. Hasta la Codificación era corriente distinguir una cierta evolución desde la infancia hasta la edad adulta, pasando por la pubertad y la juventud, con distintos efectos jurídicos. Fue la Codificación, con su método racionalista, la que sustituyó aquel esquema gradual por uno mucho más simple consistente en separar la mayor edad de la menor edad. La mayor edad resultaba equivalente a plena capacidad jurídica y de obrar; la menor edad implicaba, con alguna excepción puntual para algún acto jurídico determinado, una incapacidad general de obrar pero reconociendo la personalidad jurídica del menor. Como señala Díez Picazo: “*la doctrina moderna, sin embargo, muy influida por las ideas de la Escuela del Derecho Natural racionalista, que consideró la capacidad de obrar como un equivalente jurídico de la plena capacidad natural para entender y para querer, ha considerado la menor edad de la persona como una situación que determina una total y absoluta incapacidad natural para entender y para querer...*” (Díez Picazo 1978, 273-274). Pero mayor y menor eran sujetos de derechos, personas físicas desde el

momento del nacimiento, y esto desautoriza la afirmación de que el niño era jurídicamente tratado como un objeto.

Es claro, sin embargo, que desde que hablamos de los derechos humanos, han tenido mucho más predicamento los derechos de las mujeres o los derechos de los trabajadores que los derechos de los niños, y todavía hoy lo tienen. Esto no es de extrañar ni de lamentar pues no es difícil comprender que la postergación y discriminación de la mujer sólo por razón de su género, como la postergación del siervo y del obrero sólo por razón de su dependencia económica, o la esclavitud primero y postergación después por el color de la piel, eran marginaciones más visibles y llamativas respecto al ideal formal de igualdad -que nominalmente acompañaba a las primeras declaraciones de los derechos humanos- que la marginación o discriminación de los niños por razón de su edad. Y eran más visibles y más llamativas porque los individuos anteriormente mencionados eran partes del género humano, de cuyos miembros se proclamaba la igualdad, mientras que los niños no son una parte del género humano sino una fase temporal por la que todos los miembros del género humano tienen que pasar. Por otra parte la concepción liberal de los derechos, inicialmente dominante, parecía acomodarse mal a la falta de autonomía de un infante o a la falta de competencia moral de un adolescente. Los derechos humanos o, al menos, su ejercicio eran, pues, cosa de adultos. Lo que, por supuesto, no impedía reconocer que el niño pudiese ser, desde su nacimiento, sujeto del derecho y titular pleno de ciertos derechos, los llamados derechos de la personalidad y, junto a ellos, del derecho a la propiedad privada; y ello aunque al mismo tiempo, como sabemos, careciese de capacidad de obrar y sus padres o tutores administrasen su propiedad durante la minoría de edad. Lo que, por tanto, parece cierto es que al derecho liberal le interesaba no tanto el niño en cuanto niño, sino el propietario (varón y adulto) en cuanto niño. Como he señalado en otras ocasiones, creo que puede afirmarse que el derecho liberal se preocupaba por reconocer que el propietario es necesariamente, en una fase de su vida, niño (Hierro 1991, 225). Por eso la Codificación protegió intensamente al niño como titular de unos derechos de propiedad que puede ostentar aunque no pueda ejercer por sí mismo.

Sin embargo, para plantearse que los niños pudiesen ser titulares de derechos humanos, más allá de su mera configuración como sujetos-potencialmente-propietarios, había que sostener una concepción distinta de los derechos o una concepción distinta de los niños, o ambas cosas. Thomas

Spence, autor del primer escrito del que tengo noticia titulado “Los derechos de los niños”, tenía, en efecto, una concepción de los derechos muy distinta a la concepción liberal. Tenía lo que muchas décadas después hemos llamado una concepción social de los derechos, donde se incluyen primero, y como fundamento de la posibilidad misma de la libertad, ciertos derechos a la satisfacción de necesidades básicas. Thomas Spence fue más un activista político que un filósofo o un teórico, pero dejó cierta obra escrita que merece la pena recordar. Las referencias a su vida y a su obra son escasas y breves y sólo tengo noticia de una monografía sobre él, publicada en 1927. Sabemos que nació en 1750 en Newcastle-on-Tyne y que era hijo de un zapatero. Sabemos que murió en 1814 y que fue un activista radical en los últimos años del siglo XVIII y los primeros del XIX, y que estuvo encarcelado durante largo tiempo hasta el mismo año de su muerte.

El panfleto de Spence “The Rights of Infants” se publicó en 1776, con un largo subtítulo: “Los derechos de los niños o el imprescriptible derecho de las madres a una parte de los elementos que resulte suficiente para hacerlas capaces de amamantar y criar a su prole”. Tiene la estructura de un diálogo entre la aristocracia y la mujer, como madre de los niños. Su comienzo es suficientemente expresivo; dice así:

*“¿Y cuáles son los derechos de los niños, si es que puede saberse?” Gritó la altiva aristocracia adoptando un gesto despectivo y en tono burlón.*

*La mujer. Pregúntele a las osas y a cualesquiera hembras-animales, y ellas le dirán cuáles son los derechos de cada especie de jóvenes. Le dirán, con palabras resueltas y también con sus actos, que sus derechos se extienden a una plena participación en los frutos de la tierra. Le dirán, y lo confirmaran asimismo con besos, que las madres tienen un derecho, a costa de todo el que se oponga, a tomar de los elementos el alimento adecuado para su descendencia. Y viendo esto, ¿nos preguntarán cuáles son los derechos de los niños? ¿Como si no tuvieran derechos? ¿Como si fuesen excrementos y abortos de la naturaleza? ¿Como si no tuvieran derecho a la leche de nuestros pechos? ¿Como si nosotras no tuviéramos derecho al alimento del que obtener la leche? ¿Como si no tuvieran derecho a una buena atención, a limpieza, a ropa y alojamiento confortables? ¡Villanos! ¿Por qué me hacéis esa pregunta insopor-*

*table?... ¿es que la naturaleza ha ofrecido un festín exuberante y abundante para todas sus numerosas tribus de animales excepto para nosotros? ¿Como si nuestra parte fuese una mera aflicción y como si nosotras y nuestros bebés indefensos viniésemos a este mundo sólo para llorar uno sobre el otro?.*

El argumento de Spence en favor de los derechos de los niños se pone de este modo en boca de sus madres; son sus madres las que con la responsabilidad, inmediata en su época, de alimentar, cuidar y educar a los hijos, sufren las carencias que los dejan sin alimento, salud o educación. Y son ellas, por eso, las que levantan la voz en nombre de ellos para sostener aquella curiosa y primigenia reivindicación de los derechos de los niños. Son las mujeres las que, junto a su propia discriminación, experimentan de forma más directa y dramática la discriminación de los niños cuyo ámbito familiar es, por causa de la pobreza, incapaz de satisfacer sus necesidades básicas y así, para sorpresa de la aristocracia, se convierten en las defensoras de los derechos:

*La aristocracia (con desprecio). “¿Y es que vuestro género se ha establecido en favor de los defensores de los derechos?”*

*La mujer. “¡Si ¡Moloch! Nuestro género fue defensor de los derechos desde el principio. Aunque los varones, como los demás brutos masculinos, se hundían con calma en la apatía en relación con su prole, encontrarás en nosotras a la naturaleza que nunca se extinguió ni nunca se extinguirá. Encontrarás que no sólo conocemos nuestros derechos sino que tenemos temple para afirmarlos, hasta tu caída y la de todos los tiranos”.*

El panfleto de Spence quedó sólo como uno de tantos discursos de las primeras críticas radicales contra el pensamiento reaccionario y contra la concepción meramente liberal, pero no tuvo efecto inmediato alguno en un tratamiento específico de los derechos de los niños. Con un planteamiento más académico el primer artículo titulado “Los derechos de los niños” parece ser el que apareció en junio de 1852 en el número 36 de la revista Knickerbocker, en Inglaterra, bajo la firma de un autor dudoso, al mismo tiempo que Jean Vallés, en Francia, fundaba la primera liga de protección de los derechos de los niños tras los acontecimientos de la Comuna de París (Freeman 1997, 84).

El movimiento en favor de los derechos de los niños eclosiona finalmente con la obra de la activista británica Eglantyne Jebb (1876-1928). Ella procedía de un ambiente rural (Shropshire) pero llegó a cursar estudios superiores

en Oxford, trabajó como maestra y, en 1903, se incorporó a las actividades sociales de la Universidad de Cambridge. A partir de esta experiencia y de algunos viajes por Europa nació su preocupación por la situación de los niños, particularmente en los conflictos bélicos, lo que le llevó a constituir en 1919, junto con su hermana Dorothy, la fundación “Save the Children Fund” que fue el germen de la “Unión Internacional Save the Children” constituida en Ginebra el 6 de enero de 1920. Fue la misma Eglantyne Jebb la que redactó la primera “Declaración de Derechos del Niño”, que publicó en 1923 y que, gracias a su intensa actividad, resultó aprobada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924. Dados su interés y su concisión cabe reproducirla textualmente:

*“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:*

- 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.*
- 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
- 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
- 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
- 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.”*

No deja de llamar la atención que en esta denominada “Declaración de Derechos del Niño” no se utilice una sola vez el término “derecho” y sólo se enuncien deberes hacia los niños -como si se asumiera implícitamente la tesis de Bentham sobre los derechos como meros correlatos de los deberes-, pero lo que ello pone de manifiesto es que la concepción de los derechos de los niños en este primer momento respondía clara y exclusivamente a lo que luego hemos llamado “proteccionismo” (Campoy 2006, 421-600). Como señaló el pedagogo español Fernando Sáinz en “Los derechos del niño”, obra en que se hace eco del éxito y la influencia de la Declaración de Ginebra, “sus artículos condensan, con un mínimo de palabras, la esencia de los deberes de la Humanidad hacia el niño” (Sáinz 1929, 48).

2. Traduzco del texto original que puede consultarse en <http://thomas-spence-society.co.uk/4.html>.

En cualquier caso, es innegable que a partir de este momento quedaba abierto el proceso de especificación de los derechos humanos de los niños.

## 2. Los derechos del niño en el sistema universal: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Derechos del Niño de 1959, los Pactos de Derechos Humanos de 1966 y las Reglas de Beijing de 1985

La Declaración Universal de Derechos Humanos sólo dedicó a los derechos de los niños un párrafo de un artículo, el párrafo segundo del artículo 25, que declara: “2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*” Como si se hiciera eco de los dos precedentes históricos antes citados, se unen aquí nuevamente los derechos específicos de la infancia con los de la maternidad y se enuncia genéricamente su derecho a una protección especial. Sin duda la aportación más relevante del párrafo es la interdicción de la desigualdad por razón de la filiación matrimonial o extramatrimonial, discriminación de tan largo arraigo histórico como graves consecuencias para los niños extramatrimoniales. Aunque sin una mención nominal a la infancia es indudable que también el artículo 26 de la Declaración tiene una íntima relación con los derechos específicos de los niños al establecer, en su párrafo primero, el derecho a una instrucción elemental y fundamental gratuita y obligatoria y, en su párrafo tercero, el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos.

La Organización de las Naciones Unidas prestó una especial atención a la situación de los niños en Europa tras la Segunda Guerra Mundial mediante la creación de un programa específico de ayuda denominado United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), constituido en 1946, que se convertiría en 1953 en un organismo permanente entre cuyos objetivos incluía la promoción de los derechos de la infancia.

La concisa referencia de la Declaración Universal a derechos especiales de los niños fue pronto subsanada por la Declaración de Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su XIV período de sesiones. La nueva Declaración entronca explícitamente con la Declaración de

Ginebra ampliando a diez los cinco principios que aquella enumeraba. Estos diez, así denominados, “principios” son, en forma resumida, los siguientes: (1) igualdad de todos los niños y prohibición de la discriminación por raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, nacimiento, posición económica o cualquier otra condición; (2) protección especial para un desarrollo físico, mental y moral normal en libertad y dignidad; (3) derecho al nombre y a la nacionalidad; (4) derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, y a la seguridad social; (5) educación y cuidados especiales para los físicos o mentalmente impedidos; (6) protección de la familia y protección especial de los niños sin familia; (7) derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales; (8) prioridad del niño en situaciones de protección y socorro; (9) protección contra el abandono, la crueldad y la explotación, y limitación de la edad de acceso al trabajo; y (10) protección contra la discriminación.

Dos aspectos, al menos, deben ser destacados en la Declaración de 1959. El primero es que, aun cuando mantiene la misma concepción proteccionista o tuitiva que la Declaración de Ginebra, ahora algunos de estos principios se enuncian explícitamente como derechos subjetivos de todos los niños (el derecho a la igualdad, al nombre y a la nacionalidad, a la salud y a la educación). Aquella orientación tuitiva se traduce, sin embargo, en que los derechos subjetivos explicitados son siempre derechos de lo que suele denominarse segunda generación, y nunca derechos de libertad negativa o de libertad positiva. El segundo es que en el enunciado de los principios segundo y séptimo se introduce la idea del interés superior del niño; textualmente el segundo principio afirma que “al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” y el séptimo que “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”. El principio del interés superior del menor se ha convertido luego, como enseguida veremos, en el principio fundamental específico tanto de la legislación sobre menores de edad como de su aplicación jurisdiccional (González Contró 2008, 402-410)<sup>3</sup>.

La Declaración de 1959 seguía siendo, en el orden jurídico internacional, un texto meramente programático

de modo que sólo en los llamados Pactos de Nueva York encontraron por primera vez una formulación jurídica vinculante los derechos especiales de los niños. Estos dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)— fueron adoptados, como es bien sabido, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su XXI período de sesiones el 16 de diciembre de 1966. Ambos incluyen la regulación de algunos derechos especiales de los menores de edad.

El PIDCP establece, en su artículo 10.2 y 3, y en su artículo 14.4, la separación entre menores y adultos procesados y la exigencia de un procedimiento rápido para los menores, así como la de que tanto el propio procedimiento como el régimen penitenciario estén especialmente enfocados a la reforma y readaptación y siempre separado del régimen de los adultos. Su artículo 24 establece el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el estado, así como sus derechos a una identidad, un nombre y una nacionalidad. El PIDESC, por su parte, establece en su artículo 10.3 el deber general de dar una protección especial a los menores, sin discriminación alguna, y el deber especial de protegerles contra la explotación económica o social, requiriendo el establecimiento de una edad límite de acceso al trabajo. Su artículo 12.2 establece que los estados-partes deben adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, para mejorar el desarrollo sano de los niños, la higiene en el trabajo y en el medio ambiente, la prevención de enfermedades y las condiciones para asegurar asistencia médica en caso de enfermedad. Es fácil observar que los Pactos, aunque introduciendo normas legalmente vinculantes en el orden internacional, se mantienen en la tradición proteccionista aunque añadiendo ahora la introducción de garantías específicas en el orden penal.

El desarrollo de los derechos de los niños en el orden internacional ha sido lento, como también lo ha sido generalmente en el orden doméstico de los estados. Tuvieron que transcurrir casi veinte años desde los Pactos de Nueva York para que, el 28 de noviembre de 1985, la Asamblea General adoptase las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (llamadas “Reglas de Beijing”) que constituyeron el primer desarrollo de los artículos del PIDCP sobre el tratamiento penal de los menores.

## 3. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Cuando se iba a celebrar el Año Internacional de los Derechos del Niño (1979), la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó en consideración una proposición de Polonia en su sesión XXXIV el 8 de marzo de 1978; la proposición estaba apoyada por Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria. La Comisión que se creó estuvo presidida por el profesor Adam Lopatka, que fue Ministro de Asuntos Religiosos y, luego, Presidente del Tribunal Supremo de Polonia; presidió la Comisión desde su constitución hasta su extinción y fue el principal inspirador de la Convención que, diez años después, sería aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su XLIV período de sesiones, coincidiendo con el trigésimo aniversario de la Declaración de Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño supone el primer desarrollo sistemático de los derechos humanos del niño de carácter vinculante. Entró en vigor, obtenidas las necesarias ratificaciones, el 2 de septiembre de 1990; en España fue ratificada el 30 de noviembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991. Posteriormente se ha desarrollado mediante tres Protocolos facultativos: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 que entró en vigor el 18 de enero de 2002); el relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 que entró en vigor el 12 de febrero de 2002); y el relativo al procedimiento de comunicaciones (Resolución A/RES/66/138 que entró en vigor el 28 de mayo de 2012).

La Convención no sigue un determinado esquema teórico por lo que ordenaré su contenido, conforme a un esquema sencillo y generalmente admitido, en tres bloques correspondientes a los valores de seguridad, libertad e igualdad. Entendiendo la seguridad como aseguramiento de la personalidad, podemos incluir en este primer núcleo de derechos el derecho a la vida (artículo 6) y el derecho a la protección y el cuidado, tradicionalmente elaborado por la doctrina como derecho básico de los niños, que recae sobre los padres, los tutores o, subsidiariamente, las instituciones públicas (artículos 3, 18 y 27), lo que lleva consigo un derecho del niño al ambiente familiar (artículos 5, 10 y 20) aunque con respeto a otros tipos de organización familiar conforme a la costumbre (artículo 5) y con una espe-

3. En estos materiales incluimos un segundo capítulo inicial, de la Profesora Soledad Torrecuadrada, dedicado específicamente al principio del interés superior.

cial consideración de la adopción como institución especial sustitutiva de la familia natural (artículo 21). El derecho a la integridad física, como inmunidad contra la violencia, el maltrato o la explotación, es recogido en el artículo 19, estableciéndose también una obligación subsidiaria de carácter institucional y una protección judicial. La seguridad personal supone, asimismo el derecho del niño a una identidad y, por tanto, a un nombre, a una nacionalidad y a un status familiar (artículos 7 y 8) así como también ciertos derechos a la intimidad, protegidos por la prohibición de intervenir arbitrariamente en su vida privada, su domicilio, su correspondencia o de atentar a su honra o reputación (artículo 16). La seguridad, en su sentido jurídico más tradicional, se recoge igualmente en el artículo 11, en calidad de protección contra el secuestro y el tráfico ilícito, y en los artículos 37 y 40, como seguridad jurídica, es decir, como aplicación a los niños del derecho a la legalidad de las penas, la prohibición de la tortura y las penas crueles e inhumanas, la prohibición de la pena capital y de la prisión perpetua. Se incluye el derecho a la presunción de inocencia, a la información de la acusación, a la independencia e imparcialidad del órgano sancionador, a la no obligación de declararse culpable y, junto a esta generalización en favor de los niños de los principios civilizados del derecho penal, se incluye también la posibilidad de establecer una edad mínima, anteriormente a la cual se supone que no hay responsabilidad penal, una justicia especializada de menores y sanciones alternativas a la pena de internamiento (artículo 40, apartados 3 y 4). Toda esta parte penal de la Convención absorbe el régimen previamente establecido en las antes mencionadas Reglas de Beijing.

Es en relación con la libertad donde la Convención aporta más novedades, frente a la inercia tradicional que se manifestaba entre los teóricos de los derechos humanos, al reconocer el derecho de los niños a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 14) aunque permitiendo una competencia de los padres o tutores en dirigir al niño a lo largo de su evolución. Se reconoce la libertad cultural, lingüística y religiosa en relación con la pertenencia del niño a minorías de carácter étnico, lingüístico o religioso (artículo 30) así como la libertad de expresión y, consecuentemente, de recibir y difundir información (artículos 13 y 17), aunque protegiendo al niño contra la información perjudicial. Se les reconoce también la libertad de asociación y reunión (artículo 15) y un cierto derecho a ser escuchado en los asuntos que le afecten (artículo 12 y, en relación con la vida cultural y artística, artículo 31). La declaración de que el niño goza de estas libertades, que

incluyen tanto dimensiones de la libertad llamada negativa (de hacer) como de la libertad llamada positiva (de participar), incluso con la gradación que se introduce, representa un decidido paso adelante respecto a lo que constituía la tradición vigente en los países políticamente desarrollados y también un triunfo del punto de vista teórico de que, efectivamente, los niños tienen derechos activos y no son meros destinatarios de un deber de especial protección por parte de los adultos.

La igualdad como exigencia formal (es decir, no discriminación por raza, color, sexo, etc.) viene reconocida en el artículo 2, con la peculiaridad extensiva de que tampoco el niño sea discriminado por causa o condición de sus padres o tutores. En tanto que igualdad material, se reconocen el derecho a la salud y a la seguridad social (artículos 24 y 27), al bienestar y al desarrollo integral de la persona (artículo 27), a la educación y, concretamente, a la igualdad de oportunidades en la educación (artículos 28 y 29) y al descanso y esparcimiento (artículo 31). Un tratamiento especial se da a los niños y niñas con algún tipo de discapacidad física o psicológica en los artículos 23 y 25. Asimismo, se obliga a los estados a promover la recuperación física y psicológica y la integración social de los niños víctimas de abandono, explotación, maltrato o conflicto armado (artículo 39). Como parte de los derechos de igualdad podríamos incluir el que cabe denominar principio de discriminación inversa en favor de los menores. La discriminación inversa es, a pesar de su complejo desarrollo teórico y práctico en las últimas décadas, el principio que legitima el tratamiento privilegiado (discriminación positiva) en favor de quienes han estado sometidos a situaciones previas de discriminación negativa arbitraria o injusta. La Convención se refiere, en efecto, a lo que en algunas ocasiones podríamos considerar discriminación inversa. Por una parte recomendando ciertas inmunidades en favor de los menores como la recomendación de que los menores de 15 años no participen en las hostilidades armadas (artículo 38), o la recomendación de una edad mínima para trabajar (artículo 32) y, por otra, confirmando con carácter general y vinculante aquel principio que vimos enunciado por primera vez en la Declaración de 1959, un principio general de discriminación inversa en favor del niño que recoge el artículo 3 y aparece en otros artículos. Se trata del principio del interés superior del niño que convierte al estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los

tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos. Significa esto que el primitivo principio humanitario en favor de los niños, que ya contenía la Declaración de Ginebra para casos de desastre, se convierte ahora en un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos.

#### 4. Sentido y alcance de la convención de 1989. El análisis desde la validez

La primera constatación, aunque trivial por evidente, es que la Convención es, a diferencia de las Declaraciones de 1924 y 1959, un instrumento jurídico vinculante y, en los países que la han ratificado –como en el caso de España– parte de su derecho interno. Es curioso señalar, a este respecto, que la Convención ha sido ratificada por todos los estados-miembro de la Organización de las Naciones Unidas con la única excepción de los Estados Unidos.

Frente al proteccionismo dominante en el tratamiento jurídico civil y administrativo de la infancia en los países desarrollados, y frente a su proyección en el orden penal en el denominado “correcionalismo”, la Convención supuso una concepción radicalmente nueva que es resultado, al mismo tiempo, de la evolución de las ideas sobre los niños –particularmente sobre el carácter evolutivo de su desarrollo– y de la evolución de las ideas sobre los derechos humanos, superando la originaria y persistente concepción liberal. Expresado en pocas palabras cabe decir que la Convención ha terminado con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo. El niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación.

El desarrollo de la Convención en el orden internacional se encuentra en los tres protocolos adicionales antes mencionados y en dos nuevos textos que han desarrollado las Reglas de Beijing y las normas penales contenidas, principalmente, en el artículo 40 de la Convención. Se trata de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución A/RES/45/113

del 14 de diciembre de 1990) y de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como “Directrices de Riad” (Resolución A/RES/45/112, del 14 de diciembre de 1990). La actividad institucional que la Convención establece estriba, como es habitual en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, en un Comité de los Derechos del Niño, integrado por dieciocho expertos, con la función de elaborar Observaciones sobre los informes periódicos presentados por los países y eventualmente formular sugerencias o recomendaciones.

La Convención ha tenido un amplio impacto tanto en el orden internacional regional como en el orden doméstico. En el primero los documentos más relevantes son la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño, aprobada el 11 de julio de 1990 y la Carta Europea de los derechos del niño, aprobada el 21 de septiembre de 1992 por el Parlamento Europeo. En el ámbito laboral la Organización Internacional del Trabajo aprobó el 1 de junio de 1999 la Convención nº 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que entró en vigor en noviembre de 2000.

En el ámbito doméstico, y limitándonos a nuestro entorno culturalmente más cercano, hay que subrayar la enorme influencia de la Convención en la modificación de la legislación civil y penal sobre menores y en el desarrollo de una legislación específica sobre los derechos de los menores de lo que son ejemplos suficientes el Estatuto del Niño y del Adolescente, aprobado en Brasil por la Ley 8069 de julio de 1990; la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente, aprobada en Venezuela el 2 de octubre de 1998 y sustituida luego por la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes del 10 de diciembre de 2007; el Código del niño, niña y adolescente, aprobado en Bolivia el 27 de octubre de 1999; la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, aprobada en México el 29 de mayo de 2000; la Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, aprobada en Argentina el 28 de septiembre de 2005; o el Código de la Infancia y la Adolescencia, aprobado en Colombia por la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006.

No menor fue el impacto en España. Algunas modificaciones de la legislación sobre menores se habían ya producido con la misma orientación a favor de los derechos de los niños. En el ámbito educativo la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación

(LODE) reconoció un marco amplio de libertad y participación de los estudiantes, desarrollado luego por el Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre, sobre derechos y deberes de los alumnos -sustituido luego por el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre los derechos, deberes y normas de convivencia de los alumnos de centros sostenidos con fondos públicos- normas que reconocen, junto al derecho a las prestaciones educativas, el derecho a la libertad religiosa (aunque con cierta interferencia de los padres), el derecho a la participación en el funcionamiento de los centros, el derecho a la información y los de asociación y reunión. En el ámbito familiar, la Ley de 13 de mayo de 1981 había reformado el Código Civil en materia de patria potestad, reconociendo al menor de edad capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad “si se tienen las suficientes condiciones de madurez” y ampliando su participación mediante la audiencia en diversos aspectos familiares y contractuales, al mismo tiempo que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima e introdujo la investigación de la paternidad; la Ley de 7 de julio de 1981 (comúnmente llamada “Ley del Divorcio”) introdujo asimismo la audiencia de los menores si tienen suficiente juicio y, en todo caso, cuando son mayores de doce años. Estas reformas fueron criticadas por un buen número de juristas por su eventual quiebra de la seguridad jurídica, pero expresaban una orientación claramente nueva, abierta a reconocer una paulatina evolución en la capacidad del menor para participar en la vida familiar. También se modificó la mirada pública sobre el abandono de los menores. La Ley de 11 de Octubre de 1987 (conocida como “Ley de Adopción”) supuso una revolución en el terreno del derecho y en el terreno de los hechos. Sin duda el aspecto más revolucionario fue la figura de la “tutela automática” por parte de la Administración Pública de tal modo que la mirada pública dejó entonces de dirigirse hacia la peligrosidad del abandonado, como era típico en el correccionalismo, para dirigirse hacia la insatisfacción de sus derechos. El nuevo sistema de tutela automática y eventual adopción del menor en situación de desamparo, sin embargo, no sólo revolucionó el mundo normativo jurídico -lo que sería sólo de relativa importancia- sino que movilizó ampliamente los necesarios recursos sociales.

Estos avances en el reconocimiento de los derechos de los menores no habían alcanzado todavía al ámbito penal –denominado “de reforma” en la terminología correccionalista- cuando, en enero de 1991, la Convención entró en vigor en España. El difícilmente disculpable retraso en modificar la legislación vigente, procedente de 1948,

provocó que el Tribunal Constitucional dictase la sentencia 36/1991, de 14 de Febrero, declarando aplicables a la reforma de los menores las garantías del artículo 24 de la Constitución, con lo que terminaba de un plumazo con la parte más negativa de la ideología correccionalista. Como consecuencia se aprobó la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de Junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, juzgados que habían sido creados como uno de los seis órdenes de la jurisdicción ordinaria por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en sustitución de los antiguos Tribunales Tutelares. Finalmente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha venido a establecer un marco sustantivo y procesal nuevo para el derecho penal de menores con las garantías generales requeridas por el artículo 24 de la Constitución y las específicas requeridas por las normas internacionales.

El impacto central de la Convención en el derecho español se manifiesta, sin embargo, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección jurídica del Menor, que fue en su origen concebida como una Ley Orgánica de los Derechos del Niño, de lo que ha quedado huella parcial en el Capítulo II del Título I<sup>4</sup>. En efecto los artículos 3 al 9, que constituyen ese segundo Capítulo, reconocen y garantizan como derechos específicos de los menores de edad, junto a los ya establecidos en las normas internacionales vigentes en España (artículo 3), el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 4), el derecho a la información (artículo 5), el derecho a la libertad ideológica (artículo 6), el derecho a la participación, asociación y reunión (artículo 7), el derecho a la libertad de expresión (artículo 8) y el derecho a ser oído (artículo 9). El artículo 2 establece como principio general el del interés superior del menor.

4. La Ley Orgánica 1/1996 ha sido reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La amplia reforma que estas dos leyes han introducido afecta también al Código Civil, a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y, en menor grado, a otra decena de leyes. La reforma no afecta a lo que aquí se afirma sobre la Ley Orgánica 1/1996, siendo lo más llamativo en la actual reforma la reintroducción de un sistema de medidas de seguridad predelictuales que, bajo control de la jurisdicción civil, permiten el internamiento de los menores, lo que supone un retorno a una estructura típicamente correccionalista.

## 5. ¿Por qué los niños? ¿Por qué los Derechos? El análisis desde la justicia

Señala Michael Freeman, en referencia a la Children Act británica de 1989, coetánea de la Convención, que “*la Ley es producto de una serie de posiciones valorativas: (i) laissez-faire y patriarcado; (ii) paternalismo estatal y protección de los niños; (iii) defensa de la familia natural y de los derechos de los padres y (iv) derechos de los niños y liberación del niño... Es discutible cuál de estas posiciones valorativas es dominante... La presencia de tales ideologías distintas sugiere que los conflictos de los años 80 no han sido verdaderamente resueltos, que las divisiones fueron apañadas y que, no muy lejos de la superficie, el conflicto permanece*” (Freeman 1992, 3-4). Algo parecido podría afirmarse de la Convención y de la producción legislativa que ha generado: que arrastran algunas contradicciones sobre cuya solución no resulta fácil alcanzar un consenso. Creo que pueden reducirse a tres: (a) La contradicción entre paternalismo y liberalismo, contradicción que viene representada en el mundo occidental por sendos movimientos, los “Child-Savers” y los “Kiddy-Libbers”. Reconocer el acceso gradual del menor de edad al ejercicio de la propia libertad (en la conciencia, la expresión, la reunión, la asociación, y, en general, en la propia realización) choca frontalmente, con dramática frecuencia, con los requerimientos de protección del interés superior del niño frente a las posibilidades de manipulación. Asuntos como el de las sectas o el de la utilización de menores en los “reality shows” son ejemplos de esta tensión. En España, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen optó por el criterio liberal -en concordancia con la reforma del artículo 162.1 del Código Civil- respecto al consentimiento del menor. Sin embargo, los manifiestos abusos de la imagen y biografía de menores, generalmente víctimas de delitos o en situaciones familiares críticas, en los medios de comunicación (en especial, en televisión) provocaron una meritoria reacción de la Fiscalía que, sin embargo, suponía una reafirmación de la intervención paternalista que, finalmente, fue adoptada por el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996. (b) La segunda es la contradicción entre desarrollo evolutivo y configuración jurídica de edades. Si está fuera de discusión que, psicológicamente, el niño evoluciona de forma paulatina, está también fuera de duda que el ordenamiento necesita, en aras de la seguridad, establecer un régimen claro de edades. Preceptos bienintencionados, como el ya citado artículo 162.1 del Código Civil, pueden ser contraproducentes al dejar un margen enorme de arbitrariedad interpretativa que, ante las exigencias de la seguridad jurídica, pueda inclinarse por la

interpretación más restrictiva. La solución parece requerir la sustitución de la dicotomía mayoría-minoría por un sistema de tramos -como ha sugerido Díez-Picazo- limitando la incapacidad de obrar genérica para los infantes y desarrollando, a continuación, un sistema que, en lugar de partir de la incapacidad genérica y regular excepcionalmente los actos que el menor puede realizar (lo que actualmente ocurre), parta de la capacidad de obrar genérica y regule los actos que, en cada tramo de edad, el niño (el adolescente, el joven...) no puede realizar por sí mismo, o bien en que su consentimiento o decisión requieren complementos (esto es, intervenciones paternalistas). (c) La tercera es la contradicción entre inimputabilidad y seguridad jurídica. Las intenciones humanistas del correccionalismo condujeron a un sistema de reforma de menores que, además de fácilmente repudiable por su falta de seguridad, fue finalmente declarado inconstitucional en España. El nuevo régimen penal específico para los menores de edad mantiene, sin embargo, una clara tensión que se manifiesta en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 cuando dice: “*La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares*”. Estas contradicciones, por otra parte, están latentes y sólo relativamente resueltas, en todas las grandes reformas legales que, con relación a los menores, se han abordado últimamente y proceden tanto de la inevitable hegemonía del modelo proteccionista en el tratamiento de la menor edad como de la más discutible hegemonía de la teoría de la voluntad en la concepción de los derechos humanos.

En la teoría de los derechos humanos ha dominado durante mucho tiempo la teoría de la voluntad, conforme a la que los derechos son por definición ámbitos de autonomía y, por lo tanto, sólo pueden ser propiamente atribuidos a seres plenamente dotados de inteligencia y voluntad, lo que excluye a los niños, al menos en la infancia, y a los incapacitados mentales. Herbert L.A. Hart sostuvo que, dado ese concepto de derecho subjetivo, “estas consideraciones

debieran inclinarnos a no extender a los animales y niños, a quienes debiéramos tratar bien, la noción de un derecho al buen trato, porque la situación moral puede describirse de manera sencilla y adecuada afirmando que es malo maltratar a animales o niños, o que no debemos tratarlos mal” (Hart 1974, 92). En la misma línea Carl Wellman, uno de los más destacados teóricos de los derechos humanos, incluye a los niños en el grupo de lo que denomina “sujetos posibles”, en cuanto pueden acceder paulatinamente a la titularidad de ciertos derechos, pero sostiene que es inevitable la conclusión de que los infantes no pueden ser titulares de derechos morales, conclusión que él mismo califica de contra-intuitiva y monstruosa (Wellman 1995, 113 y 120), a pesar de lo cual se mantiene fiel a la teoría. Onora O’Neill, desde una similar posición teórica, mantiene que “tomar los derechos como fundamento en la deliberación ética sobre los niños no tiene ventajas ni teóricas ni políticas y sugiero cómo podríamos obtener una visión más directa, perspicaz y completa de los aspectos éticos de las vidas de los niños tomando las obligaciones como fundamento” (O’Neill 2004, 80). Fue Neil MacCormick quien, en un trabajo ya clásico titulado “Los derechos de los niños: un test para las teorías de los derechos”, señaló con claridad que “o nos abstenemos de adscribir a los niños el derecho al cuidado y la manutención o abandonamos la teoría de la voluntad” (MacCormick 1976, 309). Desde entonces la teoría de los derechos humanos ha ido distanciándose cada vez más de la concepción voluntarista a favor de una concepción de los derechos como necesidades básicas dignas de protección jurídica, que cualifica al titular como aquel que se beneficia del deber impuesto a otro, en una tradición que procede de Bentham, lo que hace posible construir una teoría de los derechos humanos que comprenda tanto los derechos liberales como los derechos sociales y tanto los derechos en cuanto poderes de disposición como los derechos en cuanto posiciones normativas favorables a su titular pero no disponibles (como lo son no sólo algunos de los derechos sociales sino la mayor parte de las garantías clásicas, coetáneas de la primera generación, como el derecho al habeas corpus o el derecho a la asistencia letrada en causas penales). Esto significa que la Convención ha representado una contribución definitiva no sólo en favor de los derechos de los niños sin también en favor de la teoría de los derechos humanos y, mediante su renovación, en favor de los derechos de los adultos.

La Convención es el tratado de derechos humanos con más ratificaciones, aunque también con mayor número de reservas. Si esta gran acogida jurídica que la Convención recibió en el ámbito internacional, así como su positiva reper-

cusión en la legislación de muchos países, fuese condición suficiente de su efectividad, ello supondría, junto a su significado teórico y programático, la satisfacción de los derechos de los niños en ella declarados pero, desgraciadamente, los hechos son obstinados.

## 6. La desgraciada obstinación de los hechos. El análisis desde la eficacia

Es obvio que los niños, además de las específicas limitaciones derivadas de su edad, sufren con especial indefensión la violencia, la pobreza y la desigualdad derivada de su nacionalidad y/o de su dependencia familiar. Al celebrarse el vigésimo quinto aniversario de la Convención, UNICEF destacaba como uno de sus efectos positivos que la mortalidad infantil se había reducido en esos 25 años a más de la mitad, pasando de casi 12,7 millones de muertes de menores de cinco años en 1990 a 5,9 millones en 2015. Sin embargo, actualmente 16.000 menores mueren cada día por causas fácilmente prevenibles, y son un total de 161 millones los que sufren desnutrición crónica, calculándose que ello limitará gravemente el desarrollo de cientos de millones de niños en la próxima década. Aunque en el proceso de escolarización también se han producido avances no desdeñables en las últimas dos décadas y media, el objetivo fijado para 2004 por las Naciones Unidas hubo de posponerse a 2015, pues al principio de la primera década del siglo todavía había 121 millones de niños sin escolarizar y, según datos de la UNESCO, en 2012 seguían en esa situación unos 57 millones. Las niñas y niños participantes en conflictos bélicos, bien como combatientes bien en distintos servicios (incluidos los servicios sexuales), ascienden todavía hoy -a pesar de la entrada en vigor del correspondiente Protocolo adicional en 2002- a unos 300.000, y son diecisiete los países que los continúan reclutando de forma habitual, conforme a los datos de UNICEF para 2012. A todo ello habría que añadir la invisibilidad que todavía afecta, en algunas zonas del planeta, a estos fenómenos, pues cuando los niños no son inscritos e identificados al nacer quedan tanto al margen de toda protección jurídica como de la posibilidad de una evaluación sociológica fiable.

Todo ello confirma que ni las declaraciones solemnes ni las normas convencionales que constituyen el subsistema específico para la infancia dentro del sistema universal de los derechos humanos son, por su mera aprobación formal, condición suficiente para satisfacer los derechos de los niños a escala global ni para subsanar las violaciones más

graves de sus derechos aunque, ello no obstante, aquellas declaraciones y normas suponen una toma de conciencia colectiva que ha sacado a la infancia de la invisibilidad que, en términos generales, venía secularmente ocultando su especial situación de sometimiento, desigualdad e inseguridad. Esa toma de conciencia puede formularse con las mismas palabras con las que Fernando Sáinz, en 1929, saludaba a aquella primera Declaración de Ginebra: *“no es en nombre del amor que merecen los niños como pediremos otra actitud hacia ellos, sino en nombre de la justicia”* (Sáinz 1929, 6).

## Bibliografía

“La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección”, Madrid, Dykinson, 2006.

Campoy, Ignacio.

“Nuovi diritti e nuovi soggetti”, Génova, Edizioni Culturali Internazionali Genova, 1996.

Castignone, Silvana.

“Derechos de la infancia en el Derecho Internacional Privado”, en I Congreso Internacional Infancia y Sociedad, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1991.

Dyer, Adair.

“Menor edad”, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XVI, Barcelona, Francisco Seix, 1978, pp. 270-277.

Díez Picazo, Luis.

“Derechos de los niños. Una contribución teórica”, México, Fontamara, 2004.

Fanlo, Isabel (compiladora).

“Children, their families, and the Law. Working with the Children Act”, Londres, MacMillan, 1992.

Freeman, Michael.

“The Moral Status of Children”, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers y Kluwer Law International, 1997.

Freeman, Michael.

“Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación”, México, UNAM, 2008.

González Contró, Mónica.

“¿Existen derechos naturales?”, en Quinton, Anthony, 1974, pp. 84-105.

Hart, Herbert, L.A.

“¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del niño”, Revista de Educación, n° 294, 1991, pp. 221-233.

Hierro, Liborio L.

“Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right” en Archiv für Recht-und Sozialphilosophie, n° 62, 1976, pp. 305-316.

MacCormick, Neil.

“Los derechos de los niños y las vidas de los niños”, en Fanlo, Isabel (compiladora), 2004, pp. 77-106.

O’Neill, Onora.

“Filosofía Política”, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

Quinton, Anthony.

“Los derechos del niño”, Madrid, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, 1929.

Sáinz, Fernando.

“Real Rights”, New York, Oxford University Press, 1995.

Wellman, Carl.



## El interés superior del menor

Por Soledad Torrecuadrada García-Lozano

## 1. Introducción

El interés superior del menor no es un principio novedoso pues en el derecho de familia se tuvo en cuenta en la Sentencia Blissets, a finales del siglo XVIII (1774), que afirmaba *«if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child»*<sup>5</sup>. A pesar de ello, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño<sup>6</sup> (en adelante, la Convención) ha supuesto un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio, y generalizado su aplicación a ámbitos materiales distintos de aquel que le vio nacer y en cuyo seno se ha desarrollado.

Desde una perspectiva internacional, la evolución del principio ha sido doble: por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se incorporó en tratados internacionales relativos al derecho de familia; por otra, algunos textos de naturaleza recomendatoria se referían al interés del niño de forma más amplia. Entre los primeros se encuentran los textos convencionales materialmente sectoriales con los que se pretendía responder a necesidades

particulares como la adopción internacional<sup>7</sup>, la edad mínima para contraer matrimonio<sup>8</sup> o la discriminación contra la mujer<sup>9</sup>. En la segunda línea indicada se ubica la Declaración de Ginebra, adoptada el 26 de septiembre de 1924 por la Sociedad de Naciones cuyo preámbulo afirma que *«l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur»*<sup>10</sup>, y treinta cinco años más tarde (en 1959) la Asamblea General de Naciones Unidas proclamaba en el Principio Séptimo de la Declaración sobre los derechos del niño, que su interés superior *«debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres»*<sup>11</sup>. Con esta Declaración, aprobada tres décadas antes que la Convención (y tres después de la Declaración de Ginebra), se inicia la ampliación del ámbito material que generalizará la Convención y lo hace estableciendo el deber primordial de garantía a los padres, sin excluir a otros agentes de estas responsabilidades.

La Convención de 1989 supone el punto álgido en el desarrollo del interés superior del niño, al incorporarlo como derecho subjetivo de los menores y como principio general inspirador y fundamental de los derechos del niño en su artículo tercero<sup>12</sup>. La Convención, lejos de ser la meta

- 
5. Una versión de este trabajo se ha publicado en Anuario Mexicano de Derecho Internacional. La frase transcrita en el texto puede verse en 98, Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.), citado entre otros por R. Laing Klaff, "The Tender Years Doctrine: A Defense", en California Law Review, vol. 70-2, 1988, pp. 335-372.
  6. A lo largo de este trabajo se emplea el término "niño" como genérico, es decir, como niño y niña.
  7. Según el Convenio sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 1965, «las autoridades a que se refiere el párrafo primero del artículo 3 sólo constituirán la adopción si responde al interés del menor» (el Convenio puede consultarse en: <http://www.hcch.net/upload/conventions/tca13es.pdf>).
  8. La Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios establece en su artículo segundo la obligación estatal de fijar una edad mínima para contraer matrimonio, salvo dispensa de la autoridad competente, de nuevo «en interés de los contrayentes», que no es lo mismo que el interés del menor, puesto que no se trata de regular los matrimonios entre menores, sino de permitir que un menor de edad lo contraiga (cuyo texto puede verse en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>). Para evitar consideraciones diversas por parte de las autoridades se adoptó la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios fijándola en los quince años, aunque reitera la salvedad introducida en la Convención respecto del interés de los contrayentes. La Recomendación es un anexo de la resolución 2018 (XX), de 1 de noviembre de 1965, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/221/56/IMG/NR022156.pdf?OpenElement>.
  9. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un Tratado internacional adoptado el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 34/180 y que cuenta en la actualidad con 188 Estados partes (vid. en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/385/09/IMG/NR038509.pdf?OpenElement>). El art. 5 de este texto convencional establece la obligación estatal de adoptar cuantas medidas resulten precisas para «b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos», proclamándose también la igualdad de derechos de los progenitores, en relación con los hijos, cuyo interés se eleva como una «consideración primordial».
  10. El texto de la Declaración puede consultarse en: <http://cn-derechosdelnio-2nb.com/declaracion-de-ginebra.html>.
  11. Es la Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1959. En este mismo sentido, el artículo quinto de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (adoptada el 3 de diciembre de 1986 como anexo a la Resolución 41/85 de la Asamblea General) proclama, de nuevo, en relación al derecho de familia que: «En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental».
  12. Texto normativo adoptado el 20 de noviembre de 1989, cuyo contenido puede consultarse en: [http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf). Posteriormente se incorpora también en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de noviembre de 2009 es derecho originario de esta organización internacional.

del camino de la protección de los menores, ha resultado el inicio de uno nuevo, pues se han adoptado textos que realizan aportes a aquel, como la Declaración y el Programa de acción de Viena de 1993, que además de reiterar su importancia, indica los grupos de niños en situación de mayor vulnerabilidad en los que los Estados deberían centrar su acción legislativa de modo prioritario<sup>13</sup>; pero también por los avances que la interpretación jurisprudencial ha producido en él, ayudado por las Observaciones Generales del Comité en los que concreta el alcance de los derechos proclamados.

A pesar del optimismo que puede resultar de lo escrito hasta aquí, no podemos olvidar que el derecho, en sí mismo, es insuficiente para cambiar la realidad. Cuando leemos el informe del experto independiente de las Naciones Unidas para el estudio de la violencia contra los niños<sup>14</sup>, comprobamos que esta lacra adopta variadas formas, física, sexual, psicológica. La información de Naciones Unidas acerca del crecimiento de niños en cárceles bolivianas, en las que sus progenitoras cumplen condena, nos muestra claramente que estamos lejos de erradicar comportamientos prohibidos por un tratado internacional en el que son partes ciento noventa y siete Estados, que se han comprometido voluntariamente en el cumplimiento de su contenido<sup>15</sup>.

Tampoco ayuda a identificar la realidad del compromiso estatal leer en los informes de la Organización Mundial de la Salud que «entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres en todo el mundo viven con las consecuencias de la mutilación genital femenina; en cada año, aproximadamente 3,3 millones de niñas corren el riesgo de ser víctimas de mutilación genital femenina; y en los 28 países acerca de los cuales existen datos nacionales sobre la prevalencia (27

países de África y Yemen), más de 101 millones de niñas de 10 o más años de edad están viviendo con los efectos de la mutilación genital femenina»<sup>16</sup> o incluso la normalidad con la que se observa el maltrato infantil en tanto que medida correctora de comportamientos, que según los datos de la misma organización produjeron la nada desdeñable cifra de 31.000 defunciones de niños menores de quince años en 2002<sup>17</sup>. Esta realidad muestra que aún quedan retos por enfrentar, evidenciados, por ejemplo en las recientes Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales contra Checoslovaquia, Bélgica, Irlanda y Francia en 2015, cuyas legislaciones no prohíben de modo suficientemente claro el castigo físico contra los niños<sup>18</sup>, evidenciando igualmente la laxitud con la que se aprecian los derechos del niño, de ahí la campaña «Las manos deberían proteger, no pegar»<sup>19</sup>, lanzada por ese mismo Comité. Los datos indicados subrayan la hipocresía de los Estados que con una mano se comprometen a unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos, mientras con la otra omiten adoptar internas eficaces que propicien el cumplimiento de sus objetivos.

En todo caso, esta realidad muestra que aún quedan retos por enfrentar, pese a lo cual hemos de valorar los avances que se han producido así como la relevancia de la Convención y de sus tres Protocolos Facultativos. Los dos adoptados en el año 2000 relativos a la participación de niños en los conflictos armados<sup>20</sup> y a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>21</sup>, y el más reciente de 2014 sobre un procedimiento de Comunicaciones que permite al Comité recibir denuncias de particulares. Estos dos últimos textos se concibieron con la idea de preservar el interés superior del menor y establecen en su preámbulo que se adoptaron con la convicción de que el interés superior del menor «ha de ser una consi-

deración primordial en todas las medidas que se adopten en relación con los niños»<sup>22</sup>. Las páginas que siguen se centran en el análisis de este principio, en su concepto, luces y sombras, así como en los criterios a tener en cuenta para su correcta aplicación y las consecuencias de su aplicación.

## 2. Interpretación del interés superior del menor

Para conocer el derecho y el principio del interés superior del menor tenemos previamente que identificar sus perfiles, para ello en un primer lugar nos detendremos en su caracterización, para pasar en segundo término a abordar los criterios determinantes a observar con el propósito de visualizar las medidas que mejor se acomodan a este derecho y principio interpretativo fundamental y terminar apuntando los posibles riesgos que derivan de su aplicación.

### 2.1. Caracterización del interés superior del menor

El interés superior del menor es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de «los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tienen de dirigir su vida con total autonomía»<sup>23</sup>. Este principio se incorpora puntualmente a lo largo de la Convención<sup>24</sup> y con carácter general en su artículo tercero cuyo apartado primero establece lo siguiente:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a

que se atenderá será el interés superior del niño.»

En estas breves líneas se encuentra un apunte de la múltiple funcionalidad con la que se le caracteriza: inspiradora tanto de políticas como de legislación nacional o internacional susceptibles de afectar de algún modo a los menores de edad y para quienes han de aplicarlas. Esto resulta evidente en lo que se refiere a la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos pues los Estados están jurídicamente obligados por los tratados en los que han consentido, cuyo cumplimiento ha de proveer el derecho interno<sup>25</sup> con independencia del ámbito material del que se trate, ya sea derecho civil (tutela, filiación, régimen de visitas u otros), derecho penal o laboral, entre otros. La naturaleza inspiradora del interés superior del niño resulta evidente, al ser el elemento sobre el que se construyen sus derechos. Si no fuera porque los menores de edad gozan de un interés social fundamental carecerían de una regulación específica protectora de sus derechos (desde esta perspectiva, es el motivo de la existencia de la misma Convención que lo proclama). Un ejemplo de esta naturaleza son los Protocolos de la Convención.

Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que satisfaga en mayor medida este interés. Este es uno de los tres rasgos característicos de los que dota el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su Observación General n° 14 a este principio, junto a que es un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.<sup>26</sup> La profesora Carmona Luque lo caracteriza como «un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y, de

13. Vid. en: [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDDPA_booklet_Spanish.pdf)

14. Es el informe de 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299, puede verse en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/05/PDF/N0649105.pdf?OpenElement>

15. Es cierto que la manifestación del consentimiento de no pocos Estados (nada menos que 72) van acompañados de declaraciones, reservas o incluso objeciones a las reservas. En el caso de España, expresa su desacuerdo, principalmente, con el establecimiento de quince años para el reclutamiento de menores al ejército. Edad que luego se eleva a los dieciocho en el Protocolo facultativo celebrado con este propósito, del que España es parte.

16. Vid. la hoja informativa de la Organización Mundial de la Salud sobre la mutilación genital femenina en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98838/1/WHO\\_RHR\\_12.41\\_spa.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98838/1/WHO_RHR_12.41_spa.pdf?ua=1)

17. Vid. el informe de la OMS titulado «Prevención del maltrato infantil: qué hacer y cómo obtener evidencias, OMS, 2009, puede consultarse en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243594361\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243594361_spa.pdf)

18. Son las decisiones de 20 de enero y 4 de marzo respectivamente, ver en: <http://hudoc.esc.coe.int/fre?i=96-2015-dmerits-eng>

19. Ver en: <http://www.coe.int/t/dg3/children/corporalpunishment/pdf/SaatchiTra1.pdf>

20. Protocolo que cuenta con 159 Estados Parte, vid la relación en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en)

21. Protocolo que reúne a 169 Estados partes, cuya relación puede verse en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg\\_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en)

22. Vid. La Resolución 54/263, de la Asamblea General de 25 de mayo de 2000, vid. En <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/625/70/PDF/N0062570.pdf?OpenElement>

23. S. Rodríguez Llamas «La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ) 2013/7824», en Revista Boliviana de Derecho n° 19, enero 2015, pp. 563-575. La idea transcrita se encuentra en la página 569.

24. Así como justificación para la separación del niño de sus progenitores (artículo 9.1) o de la privación del ambiente familiar (artículo 20.1), indica que la preocupación principal de los padres en la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1), se proclama como consideración primordial en supuestos que afectan a niños privados de ambiente familiar (artículo 20.1), como en del sistema de adopción (artículo 21), en relación a niños que se encuentren privados de libertad (artículo 37.c), o a aquellos a quienes se les atribuye una infracción de normas penales (artículo 40.2.b)iii).

25. Véase en este sentido la Ley Orgánica 1/1996 modificada recientemente por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el Boletín Oficial del Estado n° 174, de 23 de julio de 2015, Sec. I, pág. 61872 y ss. en las que se justifica su adopción en la necesidad de reforzar este principio. También la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, publicada en Boletín Oficial del Estado n° 180, de 29 de julio de 2015, Sec. I, pág. 64545 y ss. justifica la adopción de las modificaciones introducidas en la Ley 1/1996 precisamente en el interés superior del niño.

manera subrayada, respecto a los demás principios generales de ésta; exclusivo del niño; armonizador; no absoluto; indeterminado; y dinámico»<sup>27</sup>. De esta relación nos interesan de modo particular los dos rasgos apuntados en último lugar.

El principio del interés superior del menor es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta única y útil, aplicable a todos los casos en presencia, debido a la heterogeneidad de sus titulares, que puede ser individual (un niño) o colectivo (un grupo de niños o todos ellos). Por lo demás, ningún niño ni grupo de ellos es igual a otro, bien al contrario, tienen necesidades distintas en función de las circunstancias que a cada uno le rodean, por ejemplo un niño huérfano, discapacitado, refugiado, un niño soldado o víctima de un conflicto armado, un indígena, una víctima de abusos sexuales o escolares, hijos de padres separados pacíficamente o no... La situación se complica aún más porque las diferencias de edad y madurez de los niños requieren respuestas variadas y también porque podemos encontrarnos con quienes sobreviven en más de una de las situaciones anteriores, o con factores de afectación al desarrollo del niño mutables en circunstancias que pueden parecernos objetivamente similares, así como la evolución particular del menor (nivel de desarrollo emocional, autonomía...) o de su mismo entorno social. Por todo ello, no existe una única fórmula para resolver del modo que pueda beneficiar en mayor medida el interés de los menores, por lo que precisa interpretaciones in concreto, como dice el Profesor Pocar «las soluciones no pueden ser neutras, bien al contrario, han de adaptarse al contexto y proporcionar protección al más débil»<sup>28</sup> o, en palabras de M. Vargas Gómez-Urrutia, «es precisamente la aplicación in concreto al

caso, lo que permite dilucidar su contenido»<sup>29</sup>.

De lo anterior se desprende que el interés superior del menor es un derecho y un principio con contenido y perfiles complicados de visualizar en abstracto. La diversidad de las medidas que su aplicación puede implicar provoca que no sea tan relevante su concepto en sí mismo como la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación. Una consecuencia de esta indeterminación es el dinamismo característico del principio, que permite su adaptabilidad a las distintas situaciones en presencia.

Si dotásemos de un contenido concreto al interés superior del menor estaríamos vaciándolo de significado e impediríamos la proyección de su aplicación<sup>30</sup>. De ese necesario dinamismo deriva su principal problema: el margen de discrecionalidad del encargado de su aplicación. Es un problema, en la medida en que quien ha de aplicarlo puede no resistir a la tentación de decidir teniendo en cuenta sus convicciones, aportando la solución que, desde esa perspectiva y no la del niño en cuestión, le resultaría más conveniente. Pensemos en el caso Atala<sup>31</sup>, cuyo origen se encontraba en la separación de una pareja con dos hijas. La esposa comienza a compartir su vida con otra mujer, por lo que el marido interpone una demanda solicitando la custodia de las menores argumentando que «el desarrollo físico y emocional [de las niñas] estaría en serio peligro de continuar bajo el cuidado de su madre», debido a que su «su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer» incapacitaban a la madre para ejercer la custodia de las menores<sup>32</sup>. La Corte Suprema chilena, con fundamento en el interés superior del menor, acogió los argumentos del padre, concediéndole la custodia de las menores<sup>33</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró la decisión de los jueces chilenos contraria a los derechos humanos tanto de la madre como de las hijas. Además subrayó que «al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona»<sup>34</sup>. Ello demuestra que no hay soluciones únicas para casos que nos puedan parecer objetivamente similares e impone la necesidad de motivar en cada ocasión el interés superior del menor que debe entenderse «como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial»<sup>35</sup>. Pese a los riesgos, la discrecionalidad es necesaria para dotar de la necesaria adaptabilidad del principio a las circunstancias en presencia que pueden afectar a un menor o grupo de menores.

## 2.2. Criterios aplicables para determinar el interés superior del menor

Del mismo modo que carecemos de una definición acerca del interés superior del menor, tampoco contamos con criterios aplicables con carácter general para determinarlo, pues ni los textos internacionales ni los nacionales (el Código Civil español o la Ley Orgánica de Protección del Menor) los establecen de forma taxativa. En este sentido, la Observación General nº 14 del Comité sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una considera-

ción primordial, aporta una relación abierta de elementos a considerar cuando haya de identificarse el bien superior del menor, en concreto los siete siguientes: la opinión del niño, su identidad<sup>36</sup>, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y a la educación. Esta evaluación, por supuesto, desde la garantía estatal del «pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo»<sup>37</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia distingue (en su artículo segundo) entre criterios y elementos a considerar para determinar cuál es el interés superior del menor en un caso concreto. Hay que tener en cuenta los criterios y elementos que se indican siempre en función del escenario que se nos presenta. Así, la ponderación de los intereses en presencia será distinta en función de la posición que ocupe el menor: la víctima o el autor de un delito. Junto con ello habrá que considerar la edad del niño, pues un adolescente expresará una opinión formada mientras que si se encuentra en los primeros años de su vida poseerá inevitablemente menor relevancia que el anterior, ello sin olvidar que la edad es un indicativo de su madurez, que es lo realmente importante cuando de escuchar<sup>38</sup> (que no solamente oír) al menor se trata. Lo que hay que determinar en este punto es la capacidad de transmitir ideas propias responsablemente formadas y no inducidas mediante algunos mecanismos, entre los que no podemos descartar el miedo del niño a aquellos a quienes pueda afectar negativamente su manifestación de voluntad.

26. Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (de 14 de enero a 1 de febrero de 2013), Documento CRC/C/GC/14, que puede consultarse en: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf).

27. Ver M.R. Carmona Luque, La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Dykinson, S.L., Madrid, 2011, p. 104.

28. F. Pocar, “La protección de la partie faible en Droit International Privé”, RCADI, 188 (1984)-V, pp. 341-417.

29. M. Vargas Gómez-Urrutia, La protección internacional de los derechos del niño, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, 1999, p. 95. También en “El interés del menor como principio inspirador del derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado” en: [http://e-spacia.uned.es/jes/eserv/bibliumed:DptoDEMP-FDER-DIP-Mvargas18/Vargas\\_Marina\\_1999\\_ART\\_RDP\\_menoresHCCCH.pdf](http://e-spacia.uned.es/jes/eserv/bibliumed:DptoDEMP-FDER-DIP-Mvargas18/Vargas_Marina_1999_ART_RDP_menoresHCCCH.pdf), p. 107.

30. Vid. M.R. Carmona Luque, La Convención sobre los Derechos del niño... op. cit, p. 110.

31. Se trata de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 2012, en el asunto Atala Riffó y niñas contra Chile. La sentencia puede leerse en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_239_esp.pdf)

32. El texto transcrito se encuentra en el párrafo 31 de la sentencia citada en la nota anterior. No es un argumento extraño en los tribunales españoles, pues fue igualmente defendido por el Juez Fernando Fermín Calamita, cuya parte sustantiva puede leerse en la Sentencia del Tribunal Supremo 1243/2009, de 30 de octubre de 2009, en la que se condena al juez indicado por un delito de prevaricación judicial.

33. Vid. Párrafo 57 de la Sentencia Atala.

34. Vid. Párrafo 110 de la Sentencia Atala.

35. J.C. de Bartolomé Cenzano “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, en Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, septiembre 2012, pp. 46-59. La transcripción del texto se encuentra en la p. 50.

36. La Ley Orgánica 8/2015, citada supra en nota nº 25 incorpora «La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad» (artículo 2.2.d), entre los criterios generales que han de tenerse en cuenta (entre otros) a la hora de considerar el interés superior del menor.

37. Id. Nota nº 26, párrafo 52, página 13.

38. La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia considera la edad y madurez del menor con una doble funcionalidad: 1) como criterio general conforme a los cuales se ha de interpretar y aplicar su interés superior («b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior»); 2) como uno de los elementos de acuerdo con los que se han de ponderar los criterios generales que enumera en el artículo 2 (al señalar en el artículo 2.3. a) «la edad y madurez del menor»). Bien es cierto que el significado del criterio y del elemento son diversos, puesto que el primero se refiere al ejercicio por parte del niño de su derecho a ser escuchado en las cuestiones que de algún modo puedan afectarle (reiterado en el artículo 2.5. apartado a) y en el artículo 9), mientras el segundo es un criterio añadido y que no se refiere sólo al ejercicio de ese derecho, que tiene un alcance más amplio en cuanto a la medida a adoptar que se hace depender, de algún modo, de la edad física o psicológica del menor en cuestión.

La Defensora del Pueblo va más allá en cuanto a la relevancia de la opinión expresada por el niño al indicar que, si la decisión del juez no se acomodase a ella deberá ser consecuencia de motivos excepcionales, que deberán motivarse suficientemente<sup>39</sup>.

Un elemento controvertido a la hora de proceder a su evaluación es el relativo a la identidad cultural, concepto por el que según el Comité se entenderá el idioma, sexo, religión, cultura, personalidad...<sup>40</sup>, que reitera la Ley Orgánica (artículo 2.2.d). Para evitar interpretaciones incorrectas de esta categoría, aquel órgano establece como límite de la identidad cultural el respeto a los derechos reconocidos en la Convención<sup>41</sup>, además de aclarar que se tendrá en cuenta en la decisión sobre la familia adoptante, prefiriéndose a la que posea una identidad cultural más parecida al origen del menor.

El resto de los elementos quizá son de sentido común, la preservación del entorno del niño es fundamental, sabemos que generalmente necesitan rutinas cuyo mantenimiento les proporciona seguridad, de ahí que su continuidad sea relevante a la hora de conservar la estabilidad emocional. Por este motivo, la Convención establece su separación del núcleo familiar exclusivamente si viene aconsejado por el interés superior del menor (artículo 20.1). Por otra parte, en el caso de ruptura en la familia, la custodia ha de procurar incidir lo menos posible en las rutinas del pequeño y en todos los casos hay que procurar sostener una relación normalizada con ambos progenitores y sus familias en sentido amplio (salvo casos excepcionales en los que sea más favorable lo contrario). Resulta más difícil el éxito

de este intento cuando los padres no solo están separados sino que habitan en distintos países o incluso continentes<sup>42</sup>.

En este punto, hemos de tener en cuenta la importancia del paso del tiempo<sup>43</sup>. Si bien los menores suelen caracterizarse por su gran capacidad de adaptación a circunstancias nuevas, para su propio equilibrio emocional no conviene alterar frecuentemente su modo de vida. Un elemento determinante es el transcurso del tiempo que tiende a fortalecer los lazos que les une con el entorno próximo y a debilitar la relación con el más lejano, aunque sea el biológico. Ese transcurso fue determinante para decidir sobre el interés superior del menor en el caso Forneron e hija contra Argentina<sup>44</sup>, originado por un embarazo no comunicado al padre biológico y la entrega en adopción del bebé fruto de aquella relación a una familia, pese a la solicitud del padre de hacerse cargo de su hija. El procedimiento ante los órganos judiciales argentinos se dilató de tal modo que cuando llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la menor ha cumplido ya los diez años. El transcurso del tiempo está sobradamente establecido que crea vínculos afectivos entre el menor y el entorno familiar que le rodea, sea biológico, de acogida o adoptivo, de modo que la dilación de plazos en sí misma puede fundamentar una decisión adversa al reclamante en este caso, en aras al interés superior del menor, aunque el interesado hubiera actuado con la diligencia debida<sup>45</sup>.

Por lo que se refiere al cuidado, protección y seguridad del niño, así como su derecho a la salud y a la educación, de nuevo hay que tener en cuenta las distintas necesidades que se tienen en función del grado de madurez, las circuns-

tancias que lo rodeen o las amenazas que puedan afectarle. Por ejemplo, la práctica nos ilustra que las niñas están más expuestas al abuso sexual y los niños al reclutamiento para combatir en conflictos armados, pero unos no están protegidos por razón de género de las amenazas que afectan a los otros. En este punto el Estado ha de adoptar las medidas necesarias para prevenir y reprimir los comportamientos que puedan afectar la seguridad del niño (entendido en sentido genérico) y proporcionar los mejores medios sanitarios y educativos gratuitos posibles.

En cuanto a la situación de vulnerabilidad, lo único claro y decisivo es que han de adoptarse medidas de discriminación positiva, imprescindibles para alcanzar la igualdad de niños que parten de situaciones asimétricas, porque ¿cómo conseguir que niños que conforman un grupo vulnerable salgan de él? Es el caso, por ejemplo de los niños discapacitados en las escuelas de inserción, evidentemente van a necesitar más apoyo que sus compañeros, pero eso lejos de restar derechos a los demás consigue, mediante el ejercicio del derecho en cuestión, aproximar en mayor medida los rendimientos escolares de los primeros o la posibilidad de cursar estos estudios (en el caso de quienes cuentan con una movilidad reducida).

### 2.3. Consecuencias del interés superior del menor

La primera consecuencia que se extrae de la correcta aplicación del principio es la priorización del interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo en presencia, tanto si ello supone considerar en menor medida este último como si se trata de no poder ponderarlo para resolver la situación en presencia (así lo establece la Ley Orgánica 1/1996, tras la modificación recientemente introducida en su artículo 2.4). Este efecto lo hemos comprobado tanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El asunto Forneron e hija contra Argentina (recién visto en el epígrafe precedente) es un buen ejemplo del modo en el que puede afectar el interés superior del menor a cualquier otro en presencia. En este caso, la prevalencia del principio que nos ocupa nos puede abocar a soluciones aparentemente contradictorias con nuestro sentido de justicia, puesto que hemos de considerar cuál de ellas es la que beneficia en mayor medida el equilibrio psicológico y el desarrollo del niño.

El interés superior del menor no sólo se pondera en la jurisprudencia internacional, también en los tratados internacionales, pues es una excepción a la regla general aplicable por ejemplo, en el caso de la sustracción internacional de menores. En este sentido, la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños<sup>46</sup> ejemplifica esta situación, pues declara que su propósito es «garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante», salvo que exista «un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»<sup>47</sup>. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre el caso de una pareja separada en el que, cuando la niña tiene dos años de edad, madre e hija abandonan clandestinamente el país de nacimiento y residencia hasta entonces (Israel) y se instalan en Suiza. Los tribunales suizos que conocen de la reclamación del padre conforme a la aplicación de la Convención de La Haya rechazan el retorno de la menor debido al grave riesgo psicológico que conllevaría. En este caso, el riesgo parece cierto pues debería separarse de su madre que podría permanecer en Suiza o regresar a Israel donde lo más probable sería su ingreso en prisión por el delito cometido. En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye (cuando la niña tiene 9 años) que ejecutar la orden de regreso del menor a Israel vulneraría el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>48</sup>.

39. El párrafo transcrito es de la Defensora del pueblo *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid, Mayo 2014, p.34.

40. En los párrafos 55-57, página 14 de la Observación General n° 14, citada en nota 26.

41. Ibid. párrafo 57 indicado en nota supra.

42. Por este motivo, el Comité hace un llamamiento a la manifestación del consentimiento en obligarse de los Estados por los Convenios de la Haya de Derecho Internacional Privado que incorporan normas para resolver aspectos relevantes como la sustracción de menores, la adopción internacional o el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimentarias, entre otros.

43. La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora en el artículo 2.3.c) de la Ley Orgánica 1/1996 «[E]l irreversible transcurso del tiempo en su desarrollo» como un elemento de ponderación de los criterios generales que apunta.

44. Es la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012, en el asunto Fornerón e hija v. Argentina, que puede leerse íntegramente en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serio\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serio_242_esp.pdf)

45. La argumentación resulta evidente y está plasmada tanto en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2011 en el asunto L.M., medidas provisionales respecto de Paraguay, considerando 18, aunque previamente se había expresado del mismo modo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver la sentencia de 6 de abril de 2009 en el asunto Clemeno y otros c. Italia) así como el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General n° 7, párrafo 18, donde se afirma que las «situaciones que probablemente repercutan negativamente en los niños pequeños son... las situaciones en las que los niños experimentan relaciones interrumpidas (inclusive separaciones forzadas)», con lo que se subraya la evidencia de que extraer, aunque sea temporalmente, al niño del que es su entorno familiar habitual suele contravenir su interés superior, en la medida en que repercute negativamente en su desarrollo emocional.

46. Es la Convención de La Haya de 1980, de la que es parte España y está publicada oficialmente en el BOE n° 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099 y ss.

47. El mismo artículo 13 b contiene dos párrafos más que expresan respectivamente lo siguiente: «La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.»

48. En estos supuestos, resulta difícil establecer un equilibrio entre los intereses en causa, pues la aplicación del interés superior del menor nos conduce a consolidar una situación cuyo fundamento se encuentra en un comportamiento proscrito, cual es la sustracción internacional de menores, beneficiando a quien incumple las normas. Aunque sabemos que ha de prevalecer el interés superior del menor, hay supuestos en los que el transcurso del tiempo unido a la búsqueda de ese interés aportan legalidad a una situación cuyo origen vulnera la legalidad vigente.

Ese mismo interés se ha priorizado sobre el fraude de Ley que eventualmente pueda encontrarse en el origen de la situación en presencia. Es el caso de la sentencia Ruiz Zambrano, un supuesto al que tuvo que enfrentarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia, quien, aunque sin mencionar como fundamento de su decisión el interés superior del menor, sí que adoptó medidas tendentes a procurarlo<sup>49</sup>. En este supuesto son los hijos, de nacionalidad belga, los determinantes para procurar el permiso de residencia y trabajo a su progenitor, colombiano. La familia Ruiz Zambrano había llegado desde Colombia con un hijo, en territorio belga nacen los dos pequeños, a los que no inscriben como nacionales colombianos, y en su lugar, utilizan la ley belga que permite adquirir la nacionalidad a un recién nacido si ninguna de la de sus padres le proporciona este vínculo. Es cierto que en la Sentencia no se refiere expresamente al interés superior del menor, pero resulta evidente el fundamento en la medida en que se plantea como alternativa a la solución finalmente aportada la expulsión de los progenitores, en cuyo caso los menores tendrían que salir del territorio del Estado del que son nacionales con el propósito de acompañarlos o en su defecto quedar bajo tutela de las instituciones protectoras de la infancia, separados de los padres.

También el interés superior del menor ha motivado cambios legislativos, ya se haya subrayado la necesidad por el Comité, la jurisprudencia de un tribunal internacional o la presión de la sociedad civil. Por ejemplo, desde las primeras Observaciones Finales del Comité sobre Marruecos se muestra su preocupación por el mantenimiento hasta enero de 2014 de la ley que permitía a un violador casarse con su víctima menor de edad para evitar la pena correspondiente al delito y limpiar el honor de la familia de la niña violada. Ley que, si bien condonaba la sanción del delincuente, perpetuaba el sufrimiento de la víctima. Esa preocupación, unida a la movilización en contra de este precepto legal, se inició como consecuencia del suicidio de Amina Filali, de 15 años, que protagonizó uno de estos matrimonios forzados por su familia. Pese a todo, en estas ocasiones dependemos de la coincidencia entre la preocupación del Comité y la movilización de la sociedad civil y de la voluntad del legislativo, que no siempre se produce. En todo caso, si bien esta lacra ha desaparecido en Marruecos, sigue vigente en países próximos, como Mauritania; y en el mismo Estado marroquí, según la

Observación del Comité de 2014, el matrimonio infantil se mantiene por debajo de la edad establecida legalmente, permitiéndose mediante dispensa de la autoridad competente.

Un ejemplo de modificación fruto de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la encontramos en la consecuencia de las Sentencias Menesson y Labassee contra Francia<sup>50</sup>, en las que afirmaba que la legislación francesa que prohibía la inscripción registral de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada vulnera el derecho a la vida privada, protegida en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En todo caso, la actuación de los progenitores, del mismo modo que en el caso Ruiz Zambrano antes indicado, era contraria al ordenamiento nacional que prohibía este tipo de fecundación en Francia.

### 3. Conclusiones

No podemos olvidar que los principales responsables del interés superior del menor son los padres y, cuando la situación trasciende del núcleo familiar, los órganos encargados en cada caso concreto de los niños; ya sean las autoridades tutelares que se encargan de ellos en defecto de contexto familiar, los jueces que deciden en conflictos que pueden afectar de algún modo a los menores, o el poder legislativo si es que se trata de adoptar normas que tengan real o potencialmente dentro de su alcance a los menores de edad.

A lo largo de las páginas anteriores hemos advertido la flexibilidad característica del interés superior del menor, así como la relevancia de los criterios que sirvan para determinarlo en cada caso concreto, ubicando al menor en el centro de la decisión e intentando eliminar del juicio del órgano encargado de la aplicación normativa condicionamientos subjetivos que pudieran afectarle (morales, éticos o religiosos), lo que puede resultar el aspecto más difícil de su aplicación.

La correcta aplicación del interés superior del menor en aras a la estabilidad emocional del niño puede conducirnos a consolidar situaciones que tengan su origen en un fraude de ley o contrarias a ella, como en el caso de los secuestros internacionales. Sancionar con penas privativas de libertad al progenitor que ha trasladado sin consentimiento del otro o

incluso ante su negativa y en ausencia de autorización judicial en caso de que ésta se requiera, en la medida en que sería contraria al interés superior del menor, consolida la guardia y custodia de quien ha vulnerado las normas, pero sólo atendiendo a este interés prioritario a los demás. A pesar de ello, hemos de considerar que en estos supuestos probablemente ambos persiguen el interés del hijo en común, aunque cada uno desde su propia perspectiva.

Por tanto, no siempre la aplicación del principio conduce a soluciones objetivamente justas, bien al contrario, podría llevarnos a que esta protección vulnera los derechos reconocidos a otros o a resultados que parecen alejados del derecho, porque son soluciones que, de no existir un menor, resolveríamos de un modo diametralmente contrario o alejado del que cuenta con un niño a proteger. Pero nos encontramos precisamente en un contexto de protección del menor. Esa es precisamente su esencia.

Sin embargo, con todos los riesgos que puedan derivar de la aplicación del interés superior del menor, siempre resulta más conveniente y convincente su consideración para evitar las situaciones a las que nos aboca su inobservancia. Recordemos el caso del niño de El Royo, un bebé que vivía en el seno de una familia en acogida y fue separado de ellos debido a una decisión judicial que supuso su internamiento en un centro de acogida con el propósito de estar cerca de su madre, porque su cercanía sería una terapia que repercutiría positivamente en la salud de su progenitora. En estos años no sabemos si ciertamente la salud de la madre evolucionó positivamente, lo que es conocido es que desde entonces la vida del menor ha sido una secuencia de ingresos sucesivos en centros de acogida y todo debido a la ausencia de ponderación del interés del menor. Evidentemente, el interés del menor habría indicado su permanencia en un hogar estable, como era el de acogida, en el que se encontraba.

En consecuencia, lo anterior indica que es mejor equivocarse sobrevalorando el interés del menor que incurrir en errores cuyos efectos no tienen solución. A pesar de la inseguridad que supone la evaluación de los intereses en presencia y de alcanzar, en ocasiones, decisiones contrarias a nuestro sentido de justicia, considerar el interés del menor como prioritario a otros, además de ser una obligación legal, es una apuesta de futuro.

### Bibliografía

**“La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales”**, Madrid, Marcial Pons, 2010. Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delayagua, J.J. (dirs.).

**“La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”**, Madrid, Dykinson, S.L., 2011. Carmona Luque, M.R.

**“Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”**, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, septiembre 2012, pp. 46-59. Bartolomé Cenzano, J.C.

**“Infancia, Ley y Democracia en América Latina”**, Buenos Aires, ed. Temis, Depalma, 1998. García-Mendez, E. y Beloff, M. (compiladores).

**“¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del niño”**, *Revista de Educación*, nº 294, 1991, pp. 221-233. Hierro, Liborio L.

**“The Human Rights of Children”**, Surrey, Ashgate, 2013. Invernizzi, A. y Williams, J. (eds.).

**“The Tender Years Doctrine: A Defense”**, *California Law Review*, vol. 70-2, 1988, pp. 335-372. Laing Klaff, R.

**“La protection de la partie faible en Droit International Privé”**, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, 188 (1984)-V, pp. 341-417. Pocar, F.

**“La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013/7824)”**, *Revista Boliviana de Derecho* nº 19, enero 2015, pp. 563-575. Rodríguez Llamas, S.

**“La protección internacional de los derechos del niño”**, Secretaria de Cultura, Gobierno de Jalisco, 1999. Vargas Gómez-Urrutia, M.

**“La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI”**, Salamanca, Ediciones Universidad, 1996. Verdugo, M.A. y Soler-Sala, V (eds.).

49. Es la STJUE de 8 de marzo de 2011, en el asunto C-34/09, Ruiz Zambrano/ Office national de l'emploi belge.

50. Ver Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, Labassee c. Francia, en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/en/pages/search.aspx?i=001-145180> y Menesson c.

Francia, en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/ra/pages/search.aspx?i=001-145179>



Casos prácticos

# Derecho Administrativo.

## Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario.

Por Mónica Domínguez Martín.

### 1. Supuesto de hecho

El día 24 de agosto de 2014, David F.M., de quince años de edad, sufre una caída con su bicicleta, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia. Tres días después, sangra por la nariz y muestra palidez en el rostro, por lo que sus padres acuden a su médico de Atención Primaria, que les aconseja su traslado al servicio de urgencias del Hospital público más cercano. Los médicos del centro hospitalario, tras las pruebas oportunas, detectan que el menor padece un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplasia medular o a una infiltración leucémica y que se encuentra en una situación con alto riesgo hemorrágico, por lo que prescriben una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas.

Ante esta información, los padres manifiestan que su religión no les permite la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponen a la misma, rogando que al menor le sea aplicado un tratamiento alternativo, distinto a la transfusión y, para el caso de que no sea posible, solicitan el alta de su hijo, para ser llevado a otro centro sanitario en el que se le pudiera aplicar, en su caso, ese tratamiento alternativo.

Los médicos les informan que no conocen otro tratamiento posible y que el centro hospitalario no puede acceder a la petición de alta voluntaria, por considerar que peligra la vida del menor si no es inmediatamente transfundido. Asimismo, el centro hospitalario solicita autorización al Juzgado de guardia para la práctica de la transfusión forzosa.

Una vez obtenida la autorización judicial para la transfusión, los padres aceptan la aplicación del tratamiento prescrito, prestando, incluso, su consentimiento, conscientes de la gravedad del estado de salud de su hijo.

Cuando los médicos proceden a realizar la transfusión, el menor lo rechaza con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente, en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente pues podría precipitar una hemorragia cerebral.

Ante esta situación, los médicos tratan de explicar al menor, repetidas veces, la trascendencia de realizar el tratamiento y la gravedad de su situación. De igual forma, los padres tratan de disuadir a su hijo, sin éxito. El menor insiste en afirmar que sus convicciones religiosas le impiden aceptar una transfusión y firma un escrito en dicho sentido,

redactado en una hoja con el membrete del centro hospitalario. Por todo ello, los facultativos, tras consulta con el Juzgado, desisten de la realización de la transfusión.

Días después el menor sufre un grave deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga y no coordinada ante estímulos externos), por lo que desde el centro hospitalario se pide una nueva autorización al Juzgado para proceder a realizar una transfusión. A pesar de realizarle el tratamiento, el menor muestra signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral y fallece pocas horas después, el día 5 de septiembre de 2014.

Con posterioridad, el día 18 de marzo de 2015, los padres del menor fallecido presentan ante la Consejería de Sanidad de su Comunidad Autónoma una reclamación por responsabilidad patrimonial por una cuantía de 300.000 euros. Consideran que la muerte de su hijo ha sido causada por el anormal funcionamiento del servicio sanitario, al recibir un tratamiento sanitario tardío.

## 2. Cuestiones

- Determinación del alcance del derecho de los menores a recibir información sanitaria: sujeto receptor (menor y padres), requisitos, condiciones.
- Análisis de la graduación de la capacidad de los menores de edad para decidir en el ámbito sanitario.
- La autonomía del menor maduro y los conflictos de intereses ante intervenciones médicas en situación de riesgo grave: asistencia sanitaria y colisión con el derecho de libertad religiosa.
- La acción de responsabilidad en el ámbito sanitario: aspectos procedimentales, requisitos materiales (lesión resarcible, relación de causalidad, imputación del daño) y determinación de la indemnización.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

#### 3.1.1. *Sobre derechos de los menores en el ámbito sanitario*

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (arts. 1 y 24).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

#### 3.1.2. *Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas*

- Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 139 a 145).
- Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

### 3.2. Jurisprudencia

- STC 166/1996, de 28 de octubre.
- STC 154/2002, de 18 de julio.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 7510/2007, de 2 de noviembre.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 8109/2012, de 3 diciembre.

### 3.3. Otros documentos

- Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones

de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

### 3.4. Bibliografía

#### 3.4.1. *Sobre derechos de los menores en el ámbito sanitario*

- BELTRÁN AGUIRRE, JUAN LUIS. “Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario”, en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA (Dir.), Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I., Madrid, Aranzadi, 2013.
- CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA. “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, Revista Derecho y Salud, Vol. 18, núm. 2, 2009.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, AFDUAM 15, 2011.  
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/M%20J%20Santos.pdf>

#### 3.4.2. *Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria*

- GASCÓN ABELLÁN, MARINA. “La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en Vol. Col. Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria, Madrid, Thomson-Cívitas, 2008.
- GUERRERO ZAPLANA, JULIO. “Responsabilidad y consentimiento informado”, en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA, Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I., Madrid, Aranzadi, 2013.
- MIR PUGPELAT, ORIOL. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación, causalidad, Madrid, Civitas, 2000.



## Derecho Administrativo. Declaración de desamparo y derechos de los menores de edad en centros de internamiento.

Por Mónica Domínguez Martín.

### 1. Supuesto de hecho

Javier M. M., de 13 años, presenta, desde hace varios años, graves trastornos de conducta y de adaptación en el entorno social y escolar, protagonizando continuos altercados, que se van haciendo más intensos con el tiempo. Sintiendo impedidos para dar respuesta a esta situación del menor, sus padres solicitan a la Administración competente que asuma la guarda y adopte las medidas de protección convenientes.

Así lo hace la Administración, que constata la persistencia de las circunstancias y factores que impiden a los padres ejercer sus deberes de protección, además de que éstos no muestran colaboración para resolver la situación que había hecho necesario constituir la guarda administrativa.

Por todo ello, la Administración procede a declarar al menor en desamparo y asumir su tutela, acordando su internamiento en un centro especializado. Tal decisión fue impugnada por los padres por considerar que no se había adoptado siguiendo el procedimiento legalmente previsto. En concreto alegan lo siguiente:

- Omisión del preceptivo trámite de audiencia a ellos mismos y al menor, al que debía haberse oído antes de tomar una decisión de tal trascendencia.
- Falta de la motivación de la decisión, que tan sólo contenía una referencia genérica a “la falta de adaptación del menor a su entorno escolar y la incapacidad de los padres para hacer frente a una situación tan grave”.
- Falta de notificación de la resolución de desamparo de forma presencial y transcurridos más de trece días desde que fue acordada, vulnerándose, así, lo establecido en el art. 172.1 del Código Civil.

Como medida cautelar, los padres solicitan que, en tanto que el Tribunal se pronuncia, les sea posible visitar al menor, puesto que, desde su internamiento, no han podido volver a verle.

Por su parte, la representación legal de la Administración alega que el procedimiento seguido es el legalmente previsto, con la inclusión de todos los informes necesarios, no siendo necesario proceder a la audiencia de los interesados por resultar innecesaria, por disponer ya la Adminis-

tración de un conocimiento profundo de la situación del menor. Por otro lado, los propios padres fueron los que mostraron su incapacidad para hacer frente a esta situación. En cuanto a la notificación, se realizó de conformidad con lo previsto en la LRJPAC, por correo certificado y al domicilio de los interesados.

De forma paralela, los padres presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la declaración de menor de edad en situación de desamparo.

## 2. Cuestiones

- Distinción entre situación de riesgo y situación de desamparo y sus efectos. Distinción entre guarda administrativa y declaración de desamparo.
- Procedimiento de declaración en desamparo:
  - a. Omisión del trámite de audiencia de los padres.
  - b. Omisión del trámite de audiencia del menor.
  - c. Suficiencia o no de la motivación de la decisión.
  - d. Omisión de la notificación presencial y en un plazo de cuarenta y ocho horas.
- Procedimiento para la obtención de autorización judicial de ingreso del menor en un centro de protección.
- Determinación del alcance de los derechos de los menores en los centros de internamiento: restricción de comunicaciones y derecho de visita de los padres.
- La acción de responsabilidad: aspectos procedimentales, requisitos materiales (lesión resarcible, relación de causalidad, imputación del daño) y determinación de la indemnización.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

#### 3.1.1. *Sobre procedimiento de declaración de desamparo y derechos de los menores en centros de internamiento*

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (arts. 3.2, 9 y 19).
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (arts. 59 y 60).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8).
- Constitución Española (art. 39).
- Código Civil (arts. 154, 161, 171 bis, 172, 172 ter, 174, 216, 239, 239 bis, 269).
- Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 778 bis y 780).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor.
- Legislación autonómica aplicable.
- Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### 3.1.2. *Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas*

- Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

### 3.2. Jurisprudencia

#### 3.2.1. *Sobre el procedimiento de declaración de desamparo*

- STEDH de 10 de mayo de 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido.
- STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia.
- STC 114/1997, de 16 de junio.
- SSTC 131 y 132/2010, de 2 de diciembre.

#### 3.2.2. *Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por declaración de desamparo*

- STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 297/2014, de 7 abril.

### 3.3. Otros documentos

- Defensor del Pueblo, *Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social* (año 2009).
- Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia* (año 2014).

### 3.4. Bibliografía

#### 3.4.1. *Sobre derechos de los menores en los centros de internamiento*

- CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA. “Las medidas de internamiento en el derecho penal del menor”, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- DE PALMA DEL TESO, ÁNGELES. “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, AFDUAM 15 (2011) <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Angeles%20de%20Palma.pdf>
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN Y PARDO MARTÍNEZ, ESTHER. “El régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores”, Granada, Comares, 2010.

#### 3.4.2. *Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial*

- AHUMADA RAMOS, JOSÉ ISAMEL. “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: elementos estructurales; lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos”, Pamplona, Aranzadi, 2009.
- MEDINA ALCOZ, LUIS. “La teoría de la pérdida de oportunidad”, Madrid, Thomson-Cívitas, 2005.
- MIR PUIGPELAT, ORIOL. “La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema”, Madrid, Civitas, 2002.



## Derecho Civil. Relaciones del hijo menor de edad con sus progenitores cuando éstos no forman una familia: derecho de visita; alimentos.

Por Susana Quicios Molina.

### 1. Supuesto de hecho

Dña. Ana y D. Samuel tienen un hijo en común, Manuel, nacido el 2 de marzo de 2008. Su matrimonio, celebrado el 25 de junio de 2005, quedó disuelto por sentencia de divorcio de 1 de febrero de 2011 tras una muy conflictiva ruptura de la pareja. En dicha sentencia se acordó atribuir la guarda y custodia del menor a la madre, concediendo un derecho de visitas al padre consistente en tener al niño en su compañía los fines de semana alternos. El padre debía pagar al hijo 800 euros en concepto de alimentos.

La madre custodia viene incumpliendo el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio desde febrero de 2012. En ese momento, D. Samuel reclamó la adopción de medidas para que pudiera ejercer su derecho de visitas. Al tiempo de contestar esta demanda, Dña. Ana denunció a D. Samuel por abusar sexualmente de su hijo, lo que provocó la suspensión cautelar del régimen de visitas en tanto se esclarecieran los hechos; el proceso penal incoado se archivó tras valorar el juez los distintos indicios que obraban en la causa. En la actualidad se está tramitando otro proceso penal contra D. Samuel, como consecuencia de la denuncia por el mismo delito, con base en hechos posteriores, presentada por un familiar de Dña. Ana perteneciente a su misma confesión religiosa (la Iglesia Evangélica). La madre de Manuel se escuda en estos hechos para impedir al padre tener cualquier tipo de contacto con su hijo.

D. Samuel ha solicitado la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, reclamando la guarda y custodia exclusiva sobre su hijo Manuel (alega que cuenta con apoyo familiar para el cuidado del menor y que ha cambiado de trabajo para salir a las tres de la tarde y disponer así de más tiempo libre para pasarlo con su hijo). El Ministerio Fiscal, por su parte, ha interesado del Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro (Madrid) que conoce de la demanda, la adopción de medidas urgentes en relación con el menor con fundamento en el artículo 158 del Código Civil, con objeto de que se mantenga la custodia en manos de la madre fijándose un régimen de visitas a favor del padre. Con carácter subsidiario, para el caso de que la madre, una vez más, no cumpliera su obligación de permitir las visitas acordadas, solicita el Ministerio Fiscal que se difiera sin más trámites la custodia del menor a la Comunidad de Madrid, por un período prudencial (entre 1 y 3 meses). La madre se opone a la demanda de D. Samuel, negando incluso que tenga derecho de visita, aunque durante el proceso acepta un régimen de visitas supervisadas

en un Punto de Encuentro.

El niño, que aparte de otras enfermedades propias de la infancia es alérgico a varios alimentos (aunque se desconocen cuántos exactamente pues la madre no consiente que se le hagan las pruebas necesarias para averiguarlo), sufre un retraso psicoevolutivo, probablemente derivado de la falta de vitamina B12, que le ha impedido tener un desarrollo intelectual y social acorde con su edad. Presenta también una gran dependencia de su madre, excesivamente protectora según resulta de diversos informes periciales (por ejemplo, la madre justifica que no haya ido a los colegios en que fue matriculado por el temor a que los otros niños no se lavasen las manos, mostrando igualmente temor a que su hijo toque el tobogán por el que otro niño se hubiera tirado antes mientras merendaba). Dña. Ana optó por la educación en casa durante el período de escolarización no obligatoria, pese a que un informe médico recomendaba la escolarización del niño para desarrollar distintas capacidades. Manuel dormía junto con sus progenitores, cuando convivían, y ahora lo hace con su madre y su nuevo marido, al que también llama “papá”. En los informes psicosociales emitidos se insiste en que el menor está adaptado a su entorno social y familiar, y que aun rechazando la figura paterna no contextualiza situaciones que le lleven a ese pensamiento.

## 2. Cuestiones

- Criterios legales y jurisprudenciales para determinar el régimen de custodia más acorde con el interés superior del menor, y en particular para decidir cuándo procede acordar la custodia compartida.
- Hechos que pueden tenerse en cuenta para acordar la decisión más favorable al interés superior del menor en estos casos de crisis de pareja, y cómo pueden acreditarse.
- Cómo puede acordarse que se ejerza el derecho de visitas para que se respete el interés superior del menor.
- Medidas de protección que pueden acordarse en situaciones de riesgo para el menor como consecuencia del ejercicio de la patria potestad.
- Obligación de alimentos a favor de los hijos menores en situaciones de crisis de los progenitores.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (art. 3.1).
- Constitución Española (art. 39).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158, 170, 172).

### 3.2. Jurisprudencia

- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro (Madrid) de 3 de julio de 2014 (AC 2014, 2031).
- STC 185/2012, de 17 de octubre.

### 3.3. Bibliografía

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA, “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014 (capítulo primero).

# IV

## Derecho Civil. Derechos del menor español en caso de expulsión administrativa de su progenitor extranjero por tener antecedentes penales.

Por Susana Quicios Molina.

## 1. Supuesto de hecho

Contra una ciudadana argentina, que cumplía pena privativa de libertad en una cárcel española por un delito de tráfico de drogas y carecía de permiso de residencia, se tramita un expediente administrativo de expulsión tanto por aplicación del artículo 53.a) de la Ley 4/2000, de 11 de enero (LOEx) como del artículo 57.2 LOEx: el primero de los artículos citados tipifica como infracción grave de un extranjero encontrarse irregularmente en España (con sanción de multa o expulsión a tenor de los artículos 55.1.b) y 57.1 LOEx), y el segundo prevé la expulsión de territorio español del extranjero que hubiera sido condenado por un delito doloso que lleve aparejada pena privativa de libertad superior a un año. El expediente administrativo se incoa el 27 de agosto de 2009 al hallarse la recurrente sin la documentación exigida para residir en España y cumpliendo una pena privativa de libertad superior a un año como autora de una conducta dolosa, acordando la Subdelegación del Gobierno de Cádiz la expulsión el 21 de septiembre de 2009. La decisión gubernativa fue confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Cádiz de 30 de marzo de 2011, salvo en lo referente a la duración del período de la sanción (el Juzgado la rebaja de diez a cinco años). Esta resolución a su vez fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de marzo de 2012. El expediente administrativo incoado concluyó, pues, con la orden de expulsión de territorio español de Dña. Valeria, que fue confirmada en la vía contenciosa administrativa.

La mujer había solicitado el archivo del expediente alegando que era madre de una niña de tres años nacida en España y de nacionalidad española, al ser hija de padre español. Esta menor ha venido conviviendo, por temporadas, con su abuela materna y con su abuela paterna, dado que el padre se encuentra también en prisión. En reposición había añadido Dña. Valeria que su relación sentimental con un ciudadano español y la existencia de una hija común española debían valorarse como circunstancias excepcionales que hacían desproporcionada la sanción de expulsión. Estos motivos de oposición fueron reiterados en el recurso contencioso-administrativo. Pero tanto la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, al resolver el recurso de reposición, como el Juzgado, los rechazaron, razonando que la infracción tipificada en el artículo 57.2 LOEx estaba sancionada únicamente con la expulsión, por lo que no cabía la sanción de multa. El Tribunal Superior de Justicia reiteró que, en el

supuesto del artículo 57.2 LOEx, no es aplicable la prohibición de ordenar la expulsión si concurre arraigo familiar, contenida en el artículo 57.5.b) LOEx.

Presentado recurso de amparo por Dña. Valeria por vulneración del derecho a su tutela judicial efectiva, el derecho a la libertad de circulación y residencia de su hija, y el derecho a la vida familiar, el Tribunal Constitucional lo desestimó, con el voto en contra de dos magistrados que mostraron su disconformidad con el sentir mayoritario de la Sala, expresado en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en un Voto particular calificado como «demoledor» por la doctrina.

## 2. Cuestiones

- Naturaleza jurídica de la expulsión administrativa del extranjero con antecedentes penales: ¿es la sanción de una infracción o una medida de política de extranjería (migratoria)?.
- Límites que deben tenerse en cuenta por la Administración en estos expedientes de expulsión, cuando el extranjero tiene un hijo menor de edad español.
- Derechos fundamentales del menor que podrían quedar conculcados en este tipo de procesos: libertad de residencia; derecho a la intimidad familiar; derecho a la vida familiar.
- ¿Cuál es el interés superior del menor de edad en estos casos, y cómo incide en la aplicación de sus derechos fundamentales como límites a la expulsión de su progenitor?.
- ¿Cómo pueden protegerse en estos procesos los derechos e interés superior del hijo menor de edad español sujeto a la representación legal del extranjero que puede ser expulsado?.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8).
- Convención sobre los Derechos del Niño (*www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino*) (arts. 3.1, 8, 9, 16).
- Carta Europea de los Derechos Fundamentales (art. 7).
- Constitución Española (arts. 10, 18, 19, 24, 39).
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (arts. 55, 57, 58).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (arts. 4, 9).
- Código Civil (arts. 154, 156, 159, 162).

### 3.2. Jurisprudencia

- Decisión TEDH (Sección 3ª) de 9 de abril de 2015, caso G.V.A. contra España.
- STC 186/2013, de 4 de noviembre (incluido su Voto particular).
- STC 46/2014, de 7 de abril (en especial FJ 4º).
- STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 430/2013, de 13 de junio (JUR 2013, 247780).
- STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 22/2014, de 20 de enero (en especial FJ 3º).

### 3.3. Bibliografía

- BERCOVITZ, RODRIGO, «Un voto particular demoledor», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10/2014.

- QUICIOS MOLINA, SUSANA, «Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre», Revista Derecho Privado y Constitución, 2014.

# V

## Derecho Internacional Privado. Sustracción internacional de menores y litigio sobre la custodia.

Por Elena Rodríguez Pineau.

### 1. Supuesto de hecho

D. Fernando I. O., nacional español y Dña. Antje H., nacional alemana, son los progenitores de Iria I. H., nacida en 2008 en Vigo, ciudad donde ha residido la familia hasta junio de 2014. En esa fecha, y como resultado de las crecientes tensiones entre los progenitores, Dña. Antje decidió pasar el verano en Wiesbaden (Alemania), ciudad donde residen sus progenitores, llevando consigo a Iria, mientras que Fernando permaneció en Vigo.

A finales de agosto, Dña. Antje comunicó a D. Fernando que no iba a volver a España, que Iria iba a ser escolarizada en Wiesbaden en la misma escuela a la que asisten sus primos y que pretendía iniciar un procedimiento para obtener la custodia exclusiva sobre su hija ante los tribunales alemanes. D. Fernando, ante esta información se desplazó a Alemania para intentar traer a la niña de vuelta a España y convencer a Antje de la irrazonabilidad de sus pretensiones. Como elemento de presión, recordó a Antje que él también podía solicitar la custodia exclusiva sobre la menor ante los tribunales españoles y que resultaría más sensato para todos, y en especial para Iria, intentar evitar este litigio. Sin embargo el viaje resultó infructuoso y D. Fernando se volvió a Vigo sin su hija que comenzó el curso escolar en Wiesbaden.

Ante esta situación, el 10 de noviembre de 2014 D. Fernando interpuso demanda ante el Juez de primera instancia de Vigo, solicitando la restitución de la menor ante la autoridad central competente por tratarse de un caso de sustracción por parte de la madre, Dña. Antje. Igualmente solicitó del tribunal español que se declarase la custodia exclusiva a su favor con un derecho de visita para la madre. Por su parte, Dña. Antje había presentado en fecha de 30 de octubre de 2014 demanda ante el Amtsgericht de Wiesbaden solicitando la custodia exclusiva a su favor. Notificada esta demanda a D. Fernando el 20 de noviembre, éste invocó la incompetencia de los tribunales alemanes para decidir sobre la custodia de la menor, así como su solicitud de restitución cursada ya desde Vigo a través de la autoridad central. El tribunal alemán decidió que el caso no constituía un supuesto de sustracción y por lo tanto no era preciso entrar a resolver sobre la restitución de la menor. Consecuentemente, asumió su competencia para decidir sobre la cuestión de la custodia al entender que la residencia de la menor se localizaba en Wiesbaden, que se había integrado en esta ciudad y que era lo más adecuado atendiendo a la edad de la menor. El 2 de diciembre de

2014, el Amtsgericht otorgó la custodia de Iria a su madre, y un régimen de visitas para el padre.

Por su parte, el juez de Vigo, entendiendo que el procedimiento debía tramitarse en su jurisdicción al estar la residencia de la menor en dicha ciudad hasta el momento de su desplazamiento ilícito a Alemania, resolvió en fecha de 7 de enero de 2015 que la custodia pertenecía en exclusiva al padre, fijando un derecho de visita para la madre. Notificada esta decisión a Dña. Antje (que no se había personado en el proceso español), y al amparo de lo previsto en el art. 11 del Reglamento 2201/2003, D. Fernando solicita la ejecución de la resolución española ante las autoridades alemanas. Dña. Antje se niega a restituir a la menor al entender que se ha vulnerado lo previsto en el mismo Reglamento 2201/2003 en el art. 42.2 en sus apartados (a) y (b).

## 2. Cuestiones

- Determinar si existe un supuesto de sustracción ilícita de menores en el caso.
- Con independencia de lo respondido en la pregunta anterior, analizar si habría alguna causa que pudiera invocar la madre para oponerse a la restitución de la menor a su padre en España.
- Establecer si el tribunal alemán tenía competencia para conocer de la demanda sobre custodia. Justificar la respuesta conforme a la normativa aplicable al supuesto.
- Analizar la efectividad de los argumentos invocados por la madre (Dña. Antje) para oponerse a la ejecución de la decisión española solicitada por el padre (D. Fernando) en Alemania.
- Analizar en qué medida el principio del interés superior del menor puede ayudar a aplicar mejor las reglas existentes.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (arts. 9-11)
- Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.
- Reglamento CE 2201/2003 (arts. 11, 40, 42).

### 3.2. Jurisprudencia

- STC 127/2013, de 3 junio de 2013.
- STJUE asunto C-376/14 PPU, C. c. M., de 9 de octubre de 2014.

### 3.3. Bibliografía

- JIMÉNEZ BLANCO, PILAR, “Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 139-204.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003”, en Quiñones/Ortuño/Calvo (coords.), Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo, La ley, 2005, pp. 103 ss, pp. 119-136.
- RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA, “Comentario a la STC de 3 de junio de 2013”, REDI, 2014-I, pp. 284-28.

# VI

## Derecho Internacional Privado. Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por subrogación en el extranjero.

Por Elena Rodríguez Pineau.

### 1. Supuesto de hecho

El Sr. y la Sra. García son dos ciudadanos españoles, casados desde el año 2000. Ante la imposibilidad de concebir un hijo y tras varios tratamientos de reproducción asistida que resultaron fallidos, deciden acudir a su última opción, la de la gestación por subrogación.

Después de analizar las distintas posibilidades y países en los que se presta este tipo de servicio, deciden acudir a California, pues consideran que este Estado norteamericano les ofrece la mayor seguridad jurídica y garantiza un trato adecuado a la madre gestante. La pareja es consciente del problema que se planteó hace unos años respecto de la inscripción en el registro consular de los hijos –nacidos por subrogación– de un matrimonio homosexual español y que concluyó con una sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2014 en la que se estableció la contrariedad con el orden público español del contrato de gestación por sustitución. A pesar de ello consideran que su mejor opción para ser padres pasa por California.

La pareja conoce a F, californiana de 35 años y que es madre de dos niños en su matrimonio, que está dispuesta a portar al niño del matrimonio García. El embrión se consigue con el esperma del marido y un óvulo de donante anónima. Tras un embarazo sin complicaciones, el 20 de octubre de 2014 nace el bebé J., que en su certificado de nacimiento, de conformidad con lo previsto en la normativa californiana, consta como hijo de los Sres. García. Éstos acuden entonces al consulado de España en Los Ángeles y solicitan la inscripción de J. como su hijo y la correspondiente emisión del pasaporte que autorice su salida de Estados Unidos como ciudadano español.

El encargado del registro consular considera que, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de febrero de 2014, no es posible inscribir a J. como hijo de este matrimonio español. Los progenitores se oponen a esta interpretación al entender que la posición del Tribunal Supremo debe ser revisada a la luz de lo decidido por el TEDH en su sentencia *Menesson c. Francia y Labassee c. Francia*, que en un supuesto muy parecido al resuelto por el Tribunal Supremo (puesto que el Código Civil francés proclama, al igual que la normativa española, la nulidad del contrato cuyo objeto sea la gestación por subrogación y el carácter de orden público de estas disposiciones), determinó que no reconocer la filiación así determinada constituía una vulneración del derecho a la vida familiar de la CEDH

en su artículo 8. Esta posición es la que se ha impuesto desde la DGRN en su Circular de 11 de julio de 2014, que remite a su Instrucción de 5 de octubre de 2010.

A pesar de estas alegaciones el encargado del Registro, entendiendo que no se ha producido una modificación en el sistema jurídico español que le permita resolver de otro modo, deniega la inscripción y, consiguientemente, la nacionalidad española a J. En diciembre de 2014 los Sres. García vuelven a España con su hijo norteamericano y en enero de 2015 plantean recurso ante la DGRN para que se proceda a la inscripción del menor como su hijo en el Registro Civil español.

## 2. Cuestiones

- Considerar qué otras vías existentes en el ordenamiento español podrían ofrecerse a este matrimonio para que quedara determinada la filiación de J. respecto de los Sres. García, ponderando en qué medida satisfacen adecuadamente el interés del menor a tener determinada una filiación. Valorar si incide en algo el elemento transfronterizo en su respuesta.
- Valorar en qué medida el principio del interés superior del menor puede modular la comprensión de la cláusula general de orden público en supuestos de carácter transfronterizo.
- Considerar en qué medida el hecho de que los progenitores de este menor sean un matrimonio heterosexual y el padre el progenitor biológico del menor, pueden condicionar una respuesta distinta a la dada al supuesto del matrimonio homosexual de dos hombres y si, en caso afirmativo, ello es relevante respecto del estado civil del niño.
- Determinar si la no concesión de la nacionalidad española al menor J., como resultado de no reconocer la filiación conferida por la legislación californiana a los progenitores españoles, constituye una vulneración de un derecho esencial del menor.
- En relación con la Sentencia del TEDH ¿considera que la negativa a la inscripción registral de los menores implica una vulneración a la vida privada y familiar? Si usted fuera abogado de los interesados ante el TEDH ¿cómo argumentaría la no aplicación

del artículo 8.2 del Convenio, que supone la justificación de la injerencia? ¿se trata de una injerencia necesaria en una sociedad democrática?

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), de 26 de mayo (art. 10).
- Código civil (arts. 113, 175, 176).
- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (arts. 9-11).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8).
- Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014.

### 3.2. Jurisprudencia

- STEDH, asunto *Mennesson c. Francia* (Demanda nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (Demanda nº 65941/11), de 26 de junio de 2014.
- STEDH, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, (Demanda nº 25358/12), de 27 de enero de 2015.
- STS 835/2013 (Sala de lo civil), de 6 de febrero de 2014 y ATS (Sala de lo Civil), de 2 de febrero de 2015 (Recurso 245/2012).

### 3.3. Bibliografía

- BERCOVITZ, RODRIGO, “Paradojas de la vida”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol. 2, núm. 3/2014, pp. 19-23.
- HEREDIA CERVANTES, IVÁN, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, Anuario de Derecho civil, 2013, pp. 687-715.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, AURORA, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, 2014, pp. 147-174.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS F., “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, AFDUAM, nº 18, 2014 (ejemplar dedicado a “Las fronteras del Derecho biosanitario”), pp. 289-329.
- RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA, “Comentario a la STC de 3 de junio de 2013”, REDI, 2014-I, pp. 284-28.

# VII

## Derecho Internacional Público. Identidad indígena y derechos del niño.

Por Soledad TorreCuadrada García-Lozano.

### 1. Supuesto de hecho

Fernanda y Mario son mellizos nacidos de una pareja indígena, cuyas normas tradicionales establecen la obligación de abandonar a los niños nacidos de partos múltiples en el lugar en el que se produjo el nacimiento “para que la madre naturaleza se encargue de ellos”, puesto que la comunidad a la que pertenecen los progenitores considera que estos alumbramientos contaminan a la comunidad. Afortunadamente, Fernanda y Mario nacieron en un hospital próximo al lugar en el que se ubica la comunidad, motivo por el cual ambos quedan en él tras firmar los padres la autorización para la adopción. En los controles periódicos practicados en el centro se detectó que Fernanda padece una patología pulmonar y cardíaca, una severa alteración de la transmisión de estímulos visuales a corteza en el ojo izquierdo y una lesión de grado moderado de la vía auditiva periférica lateral.

Una vez prescrito el tratamiento que ha de seguir Fernanda, los niños se entregaron al Instituto Nacional de Bienestar Familiar, que comunicó a la familia el inicio de los trámites tendentes a la adopción. Como consecuencia de esta información se recibió una notificación de la comunidad indígena de procedencia de los progenitores pidiendo que se abstuvieran de la adopción de los pequeños hasta que la comunidad tomara una determinación definitiva y concluyera el proceso de ayuno y purificación que las tradiciones les ordenaban en estos casos.

Las autoridades del Instituto Nacional de Bienestar Familiar interponen acción de tutela ante los tribunales competentes, solicitando la protección de los menores, ante el temor de un eventual regreso a la comunidad de origen que, consideraban, no podría garantizar su derecho a la vida, ni evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes. El tribunal finalmente falla contra la comunidad indígena, que impugna esta decisión solicitando la suspensión de la adopción por siete meses para que las autoridades tradicionales y los padres de los menores puedan decidir responsablemente al respecto.

El juez de segunda instancia desestima la impugnación, que se recurre de nuevo argumentando que la jurisdicción indígena es la competente para resolver el futuro de los menores. Finalmente, el Tribunal Constitucional de X decide revocar la declaración de abandono de los menores y mantenerlos en el centro estatal de acogida a la espera de que se produzcan las circunstancias adecuadas para que los

menores retornen a la comunidad. Cuando la última decisión se adopta los niños han cumplido 3 años.

## 2. Cuestiones

- ¿Se ha vulnerado alguno de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño? De ser así ¿cuáles?
- Uno de los argumentos que subyace a la argumentación de la comunidad indígena afectada es el derecho a la identidad cultural, que es una materialización de su autonomía normativa, dado que en la comunidad se aplican las normas tradicionales del grupo. ¿Estima que este derecho prevalece sobre el interés superior del menor?
- ¿Considera que el regreso de los niños a la comunidad de origen y la espera para que ello se produzca es acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño?
- ¿Considera que el regreso a la comunidad indígena, que tiene una lengua propia, una cultura propia, unas normas de comportamiento no necesariamente parecidas a las del entorno en el que los niños se han estado criando, podría vulnerar algún derecho añadido a los que haya podido indicar anteriormente?
- Durante el tiempo que los niños han estado tanto en el hospital como en el Centro estatal de acogida, próximo al hospital, los padres no han ido a visitar a sus hijos con frecuencia, debido a que, según consta en la misma Sentencia del Tribunal Constitucional, “carecen de medios de comunicación para visitar la institución en la que están ingresados los niños”. ¿El regreso de los menores a la comunidad indígena podría vulnerar su derecho a la salud?
- Si este supuesto de hecho se produjera en España, teniendo en cuenta que España ratificó el 15 de febrero de 2007 el Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes (y ha sido autorizado por la vía del artículo 94.1 de la Constitución) ¿cómo cree que se resolvería la situación propuesta?

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)): artículos 1-9, 18-20, 23-25, 29-30, 37 y 39.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: artículos 1, 3, 5, 7.2, 8, 11, 12, 21.2 y 22.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

### 3.2. Jurisprudencia

- Sentencia T-444/02, de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Puede consultarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-444-02.html>.

### 3.3. Bibliografía

- Comité de los Derechos del niño. N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Puede consultarse, previa elección de idioma, en: [http://tbinternet.obchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14\\_&Lang=en](http://tbinternet.obchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en).
- Comité de los Derechos del niño. OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Puede consultarse en: [http://tbinternet.obchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f11\\_&Lang=en](http://tbinternet.obchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f11_&Lang=en).
- CARRIERE, JEANNINE “Maintaining Identities: The Soul Work of Adoption and Aboriginal Children”, *Pimatisivin: A Journal of Aboriginal and Indigenous Community Health* 6(1) 2008, pp. 61-80. Puede consultarse en: <http://www.pimatisivin.com/uploads/1917536646.pdf>.

# VIII

## Derecho Penal. Responsabilidad penal de menores.

Por Laura Pozuelo Pérez.

### 1. Supuesto de hecho

Sobre las 7 horas del día 18 de octubre de 2009, Eutimio, de 16 años de edad, se encontraba con otras dos personas en el parking, propiedad de Aparcamientos de Santander, situado en la Plaza Matas Montero de la ciudad de Santander. En esas fechas se encontraba ingresado en el Centro Socioeducativo Juvenil del Gobierno de Cantabria, pero ese día disfrutaba de un permiso de fin de semana entre las 20 horas del sábado 17 de octubre y las 20 horas del domingo 18 de octubre, no reincorporándose en la fecha determinada en dicho permiso. El hecho de que la madre de Eutimio hubiera fallecido cuando él tenía 4 años y que su padre fuera politoxicómano había determinado que los servicios de protección del menor de la Comunidad Autónoma de Cantabria hubieran adoptado las oportunas medidas, quedando Eutimio bajo tutela de la Comunidad Autónoma desde los 12 años.

En un determinado momento de esa noche el menor y sus acompañantes se acercaron a la plaza 203 donde se encontraba estacionado el vehículo Smart matrícula NNN propiedad de Octavio, prendiendo fuego a la lona que lo cubría y causando daños notables (que no han sido valorados pues su propietario no ha sido localizado). Así mismo, el menor y sus acompañantes procedieron a vaciar los cuatro extintores que se encontraban en la planta del aparcamiento, romper los aspersores anti-incendio y golpear las puertas de los baños, y después salir corriendo. Los daños que presenta el aparcamiento han sido valorados en 553,26 euros.

El menor Eutimio se encuentra cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado. Ha sido declarado infractor en varios procedimientos penales (delito de robo con violencia del artículo 242.1 del CP, delito de hurto de uso de vehículos a motor del art. 244.1 y 3 CP, delito de robo con fuerza en las cosas de los arts. 237, 238.4 y 239.1 del CP, robo en grado de tentativa del artículo 242,1º y 2º del CP y delito contra la salud pública del art. 368 CP). Derivado de ello se le impusieron varias medidas de libertad vigilada que ha incumplido, siendo modificadas por internamiento en régimen semiabierto.

El menor presenta factores de riesgo dada su pasividad en los estudios, incumplimientos de la medida de libertad vigilada (sustituida por la de internamiento), y un grupo de amistades conflictivas que se han visto envueltas en diversos incidentes. Presenta una falta de motivación real de

cambio, no interiorizando consejos o directrices, manteniendo un estilo de vida inadecuado los fines de semana. Su perfil psicológico se caracteriza por la escasa capacidad empática, egocentrismo y déficit en el control de sus impulsos, con la determinación de su conducta para satisfacer sus deseos más inmediatos.

## 2. Cuestiones

- Determinación del tipo de infracción o infracciones penales cometidas.
- Valoración jurídica de los antecedentes del menor y su posible influencia respecto de la responsabilidad penal por los hechos expuestos.
- Valoración de la posibilidad de acudir a una vía de solución extrajudicial (corrección en el ámbito familiar/educativo o mediación entre autor y víctima).
- Análisis de las posibles medidas penales a imponer y su pertinencia, atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos, a la situación personal, familiar y psicológica del menor y al hecho de que estuviera bajo la tutela de la Comunidad Autónoma.
- Análisis de la responsabilidad civil derivada del delito y a las particularidades que presenta en los supuestos en los que el autor del delito es menor de edad.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño (*www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino*) (arts. 1-9, 20, 25, 37 y 40).
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

- Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

### 3.2. Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 451/2011, de 30 de noviembre.

### 3.3. Bibliografía

- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, JULIO; FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO Y POZUELO PÉREZ, LAURA, “Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, Madrid, Thomson-Reuters Civitas, 2008.
- GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER (coord.), “Proceso penal de menores”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER (coord.), “Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- LANDROVE DÍAZ, GERARDO, “Introducción al Derecho penal de menores”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2007.

# IX

## Derecho Penal. El menor como víctima de delitos contra la indemnidad sexual.

Por Laura Pozuelo Pérez.

### 1. Supuesto de hecho

Juan Pedro H. R., mayor de edad, sin antecedentes penales y privado de libertad por razón de esta causa del 29 de mayo al 8 de julio de 1.998 y desde el 8 de mayo hasta el 25 de septiembre del pasado año, en Palma de Mallorca y con ánimo libidinoso, cuando su hija Olga Cristina H. M., nacida el 27 de julio de 1.979, contaba diez años, comenzó a someter a la misma a diversos tocamientos llegando a eyacularle encima y a introducirle los dedos en la vagina. Cuando tenía once años, le obligó a que le practicara una felación, y a partir de los doce a dejarse penetrar vaginalmente en distintas ocasiones, prevaleciendo de su condición paterna y a que vivía con él a sus expensas.

Cuando la menor cumplió catorce años de edad la obligó a yacer con otros hombres que seleccionaba previamente, cobrando el acusado el precio de tales servicios, diciéndole que de no acceder a ello toda la familia se vería en la más absoluta indigencia

### 2. Cuestiones

- Determinación del tipo de infracción o infracciones penales cometidas contra la indemnidad sexual.
- Determinación del tipo de infracción o infracciones penales cometidas en relación con los delitos relativos a la prostitución de menores de edad.
- Cuestiones concursales: posibilidad de apreciación de un delito continuado respecto de las infracciones contra la indemnidad sexual y reglas concursales entre los delitos contra la indemnidad sexual y los delitos relativos a la prostitución.
- Determinación de la posible responsabilidad de personas del entorno de la menor que conocieran la situación (responsabilidad activa u omisiva).
- Apreciación de agravantes derivadas de la relación entre autor y víctima: prevalimiento por la relación de superioridad o parentesco.

### 3. Materiales

#### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)).
- Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

#### 3.2. Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 43/2001, de 3 de mayo.

#### 3.3. Bibliografía

- CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, enfoque dogmático y jurisprudencial”, Lima, 2005.
- GAVILÁN RUBIO, MARÍA, “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, La ley penal: revista de derecho penal y penitenciario, n° 109, 2014, p. 3.
- MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010”, Bosch, Barcelona, 2011.
- ROPERÓ CARRASCO, JULIA, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, Estudios penales y criminológicos, n° 34, 2014, p. 225.

# X

## Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional.

Por Maravillas Espín Sáez.

### 1. Supuesto de hecho

El 9 de marzo de 2008 los padres de D. Mario F.G. firman, de forma simultánea, dos acuerdos con el Club de Fútbol X. Por el primer acuerdo firmado se concierta un “contrato de jugador no profesional” de fecha 9 de marzo de aquel año, y con una duración determinada, hasta el 30 de junio de 2011. En este acuerdo se incorpora una cláusula en la que se permite la rescisión del “contrato” por voluntad del jugador de abandonar el Club antes de alcanzar la fecha tope prevista. En este caso, el jugador tendría que pagar al Club una indemnización de 20.000 €.

A través del segundo acuerdo, los padres de D. Mario F.G. firmaron un precontrato de trabajo con la misma fecha. La finalidad de dicho precontrato es garantizar los servicios de D. Mario F.G. como jugador profesional una vez cumpla los 18 años. En este precontrato se introduce la cláusula conforme a la cual la no suscripción del contrato laboral por voluntad del trabajador en beneficio de otra entidad competidora generará un derecho indemnizatorio para el Club firmante de 3.000.000 €.

El 9 de marzo de 2008 D. Mario F.G. tenía 13 años y vivía en el domicilio paterno.

El 23 de julio de 2013, D. Mario F.G. comunica al Club en el que se había formado su voluntad de rescindir su relación contractual. En consecuencia, no suscribió el contrato laboral como deportista profesional derivado del precontrato de trabajo de 2008. El jugador pasó a integrarse desde esa temporada 2013/2014 en el Club Z.

Como resultado de esta rescisión el Club X demandó al jugador exigiendo el pago de la indemnización por desistimiento del contrato de jugador no profesional de 20.000 €, junto a los 3.000.000 € previstos por el incumplimiento del precontrato de trabajo..

## 2. Cuestiones

- Conforme a la legislación española ¿es posible firmar contratos como jugador no profesional? Analizar la diferencia entre jugador profesional y no profesional y las consecuencias de la calificación del jugador como profesional o no profesional a efectos de su protección por el ordenamiento laboral español.
- Analizar la validez del precontrato de trabajo firmado por los padres de D. Mario F.G. en el año 2008. Tomar en consideración la capacidad para contratar exigida por el ordenamiento laboral para firmar un contrato de trabajo.
- Teniendo en cuenta el interés superior del menor como principio axiológico, valorar la validez de la representación de D. Mario F.G. por sus padres. Contar con el dato de que el compromiso firmado supone una obligación de prestar servicios al Club X durante diez temporadas y el pago de una indemnización, en caso de no cumplir con su obligación, de 3.000.000 €.
- Valorar si el “contrato de jugador no profesional” se podría considerar transformado en un contrato laboral de jugador profesional desde el momento en que D. Mario F.G. cumplió los 16 años, mientras continuaba prestando sus servicios en el Club X.
- Nuevamente, partiendo del componente axiológico del interés superior del menor, analizar las consecuencias no patrimoniales de estimar la validez del precontrato de trabajo descrito, en relación con el libre desarrollo de la personalidad del jugador, su derecho a elegir libremente una profesión y oficio o el derecho a desistir libremente de su relación laboral (tomar en consideración la regulación general del pacto de permanencia contenida en el art. 24.4 del Estatuto de los Trabajadores).
- ¿Cómo se garantiza el derecho a la educación y el derecho al ocio y el esparcimiento de un jugador que se encuentra en la misma situación que D. Mario F.G.?

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño ([www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino)) (en particular, sus arts. 1, 3, 8,18, 27, 28 y 32).
- Constitución Española (arts. 10, 35.1 y 39, apartados 2 y 4).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (arts. 6, 7 y 8)
- Real Decreto 1006/1985, 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

### 3.2. Jurisprudencia

- STC 176/2008, de 22 de diciembre.
- STS 26/2013 (Sala de lo Civil), de 5 de febrero.

### 3.3. Otros documentos

- Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA).
- Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol.

### 3.4. Bibliografía

- ROQUETA BUJ, M.REMEDIOS, El trabajo de los deportistas profesionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., “Precontratos de trabajo infantiles (y millonarios)”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 744/2007. Tribuna.

# XI

## Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Deberes específicos del empresario que contrata a trabajadores menores de edad.

Por Maravillas Espín Sáez.

## 1. Supuesto de hecho

Guillermo ha cumplido 16 años y ha iniciado su prestación de servicios con la sociedad DICOSA S.L. dedicada a la construcción. La relación laboral se establece a través de contrato escrito por obra y servicio determinado en el que aparece la firma de Guillermo. Al contrato se adjunta la autorización escrita firmada por la madre y el padre del menor para que preste servicios a la empresa. En esta autorización se incorpora la siguiente condición: “En ningún caso D. Guillermo prestará servicios con maquinaria pesada ni susceptiblemente peligrosa; tampoco a alturas superiores a cuatro metros. En todo caso deberá estar acompañado por una persona capacitada para supervisar sus tareas y que garantice su seguridad”.

El 3 de mayo de 2014 Guillermo se halla en la segunda planta de las obras de construcción de un chalet sito en la C/ Laurel, s/n, en el municipio de Alcobendas-Madrid. Se encuentra colocando ladrillos sobre una plataforma de madera que se viene abajo. Afortunadamente, la consecuencia de la caída ha sido únicamente la fractura de una muñeca, que le obliga a estar de baja durante tres meses.

Sin embargo, el mismo día 3 de mayo la Inspección de Trabajo se persona en el lugar del siniestro laboral para levantar acta del accidente. En dicha acta se recogen los siguientes hechos: a- El menor accidentado carecía de casco y arnés; b- La plataforma sobre la que se encontraba trabajando en el momento del accidente estaba situada a cuatro metros del suelo. Estaba hecha de tablonos no trabados, lo que provocó que el peso del menor, unido al peso del material de construcción con el que trabajaba, diera lugar a la ruptura de los tablonos y la caída del menor junto a dichos materiales; c- El accidente se produjo a las 10.30 h, cuando el resto de los trabajadores de la obra se encontraban en su pausa de la mañana; d- Consta por el interrogatorio al resto de los trabajadores que Guillermo se encontraba solo en el momento en que se produjo el siniestro; e- Consta por declaraciones del menor y de D. Paco, responsable de la obra, que Guillermo no ha recibido formación previa en materia de uso adecuado de los medios de prevención y protección en su puesto de trabajo; f- Igualmente consta que en el Plan de Prevención de Riesgos de la empresa no se contemplan los riesgos específicos y, con ello, las medidas de protección específicas para la protección del trabajo de menores en el lugar de trabajo.

Como consecuencia, la Inspección de Trabajo emite acta de infracción a DICOSA S.L., por falta muy grave contemplada en el art. 8.4 en relación con el art. 13.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, 4 agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, por la infracción de los arts. 27 y 28 de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En dicha acta se impone a la empresa una multa de 25.000 euros. Asimismo, se impone la sanción del recargo de las prestaciones por Incapacidad Temporal en un 40% que correrá a cargo de la empresa, en cumplimiento de lo previsto en el art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

## 2. Cuestiones

- Conforme a la legislación española ¿es posible contratar laboralmente a un menor de 18 años para la realización de obras en la construcción? En caso afirmativo ¿se exige algún tipo de requisito? ¿Cuál es el papel de la autorización de los padres del menor sobre la validez del contrato? Valore la relevancia jurídica de la condición contenida en la autorización en relación con los hechos acaecidos.
- ¿Cuáles son los deberes legales especiales a los que se compromete un empresario cuando contrata a un trabajador menor de 18 años?.
- ¿Cuáles son las posibles consecuencias en materia de responsabilidad para el empresario que no cumple con dichos deberes? Ponga especial atención en la responsabilidad administrativa del empleador.
- Valore la suficiencia de las normas laborales en materia de prevención de riesgos laborales para la protección efectiva del interés del menor trabajador. Identifique cuál es el interés del menor protegido por dicha norma.
- Analice jurídicamente las funciones de la Inspección de Trabajo en este caso.
- Exponga la relevancia jurídica de las actas de la Inspección de Trabajo en este caso.

- Valore críticamente la relevancia de la Inspección de Trabajo en la protección de los trabajadores menores de edad.

## 3. Materiales

### 3.1. Textos legales

- Convención sobre los Derechos del Niño (*www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino*). En particular, sus arts. 1, 3, 8,18, 27, 28 y 32.
- Convenio núm. 138 OIT sobre edad mínima de admisión al trabajo.
- Convenios núm. 79 y 90 OIT sobre trabajo nocturno de menores en trabajos no industriales y trabajo nocturno de menores en la industria, respectivamente.
- Convenio núm. 127 OIT sobre peso máximo de carga por el trabajador.
- Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.
- Constitución Española (arts. 10, 35.1 y 39, apartados 2 y 4).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (arts. 6, 7, 8, 19, 34, 35 y 36).
- Ley 31/1995, 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (arts. 13, 27 y 28).
- Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, parcialmente derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

### 3.2. Jurisprudencia

- Auto TC (Pleno) 77/1997, de 12 de marzo.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de julio de 1995 (recurso nº 6032/1991).
- SSTSJ:
  - Andalucía (Málaga) (Sala de lo Social) 2059/1998, de 16 de octubre.
  - Madrid (Sala de lo Social) 471/2002, de 13 de septiembre.
  - Cataluña (Sala de lo Social) 2401/2008, de 14 de marzo.
  - Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 89/2001, de 16 de febrero.
  - Andalucía (Sevilla) (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de febrero de 2002 (recurso nº 291/1998).
  - Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 103/2003, de 30 de enero.
  - Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 221/2005, de 16 de febrero.

## Bibliografía

- GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO y VICENTE PALACIO M. ARANTZAZU, “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV., Manual de Prevención de Riesgos Laborales, 2ª ed., Barcelona, Atelier, 2005, pp. 262 y 263.
- GARCÍA ROMERO, BELÉN, “La protección jurídico-laboral de los menores”, Aranzadi Social, núm. 5, 2001, pp. 779 y ss.
- LOZANO LARES, FRANCISCO, “La regulación del trabajo de los menores”, Sevilla, Mergablum, 2000.
- MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La protección de los menores en el Derecho del Trabajo: Reflexiones generales”, Aranzadi Social, núm. 13, 2008.





Esta publicación ha sido realizada con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) con cargo al Convenio “Promover el compromiso social con el desarrollo y los derechos de infancia desde el sistema educativo español”. El contenido de dicha publicación es responsabilidad exclusiva de UNICEF España y no refleja necesariamente la opinión de la AECID.