

VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 (CDN)

Joel Harry Clavijo Suntura¹

Fecha de publicación: 02/10/2017

Sumario: Introducción **I.** Los derechos y principios rectores de la CDN. **II.** Contenido Normativo. **III.** Balance de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. – Bibliografía.

Resumen: El trabajo se encuentra orientado a realizar un análisis sobre la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En ese sentido, se realiza una breve introducción sobre el tema, luego de ello, se exploran los derechos y principios rectores de este documento, así como su contenido normativo, para terminar a manera de conclusión con un balance sobre las ventajas y desventajas que conlleva su implementación.

Palabras clave: Convención, derechos del niño, protección, interés del niño.

¹ El autor de este trabajo, Harry Clavijo Suntura es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España; y, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Técnica del Norte.
jhclavijo@utn.edu.ec
harryclav@yahoo.es

Introducción

El acontecimiento histórico de mayor relevancia en el siglo pasado relativo a la protección del menor es, sin duda, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN)², considerada unánimemente como el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños³.

Hay quien sostiene que la CDN de 1989 surge con el objetivo principal de subsanar el problema de la eficacia y utilidad jurídica de los documentos internacionales vigentes hasta esa fecha concernientes a la protección del menor⁴. No surge como complemento a esos documentos, llámese Carta de los Derechos del Niño de 1924 y Declaración de los Derechos del Niño de 1959, puesto que la vinculación y obligatoriedad de los Estados hacia esos documentos fue mínima, sino que por el contrario es el punto de partida de un nuevo ciclo en el enfoque a nivel internacional sobre la protección del menor y el ejercicio de sus derechos.

Una prueba de ello es que su contenido, refleja una nueva perspectiva con relación al menor en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Los niños por ser descendientes de sus progenitores no pueden considerarse como propiedad de estos, son seres humanos con necesidades propias y por lo tanto con derechos autónomos⁵.

² BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, (ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990).

³ Al respecto sostiene Pacheco de Kolle, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Edit. Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004. p. 191, que: "...vincula a todos los Estados que la aceptan y rompe con toda la tradición legislativa existente hasta entonces basada en la Situación Irregular, supera la política del control social y conceptualiza la llamada Doctrina de la Protección Integral...".

⁴ Véase Álvarez Vélez, M^a. I., "La política de protección de menores en el ámbito internacional", en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998.op. cit., p.105.

⁵ Durán Ayago, A., "La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización", en Calvo Caravaca, A. L. y Blanco-Morales Limones, P. (Coords.), *Globalización y Derecho*, Edit. Colex, Madrid, 2003, p. 217.

El profesor Maluquer de Motes⁶ de manera atinada, señala que:

“El inicial sentido de protección representa el contemplar al menor como una persona plenamente activa, con instrumentos participativos y creativos y con un conocimiento y una capacidad de modificar por sí mismo el propio medio personal y social que le rodea, proyectando su propia autonomía para construir como sujeto y de forma progresiva su situación personal y su propia proyección personal en el futuro...”.

Esta percepción promueve la participación del menor en la autodeterminación de su formación y desarrollo en el ámbito personal. Con la única peculiaridad de que el menor es representado por sus padres, desde su nacimiento hasta que alcance la mayoría de edad a los 18 años en lo que atañe a la defensa de sus derechos. Al menos, esto siempre ocurre en el ámbito legal, específicamente en temas procesales, salvo contadas excepciones, como por ejemplo en el caso de tramitarse una adopción donde tiene una participación activa⁷.

Lo que implica que el menor si bien goza de capacidad jurídica tiene una autonomía limitada, al encontrarse su capacidad de obrar restringida, pues, sus actos siempre se encuentren controlados por sus progenitores. Ahora bien el problema radica en la dificultad de determinar el límite entre el ejercicio de control y la autonomía del menor.

Este problema es un tema pendiente que debe ser resuelto, especialmente a nivel interno por parte de los Estados, con el objetivo de hacer viable la plena autonomía del menor, pero sin confundir autonomía con el ejercicio arbitrario y sin control de los derechos del menor. En ese marco, cabe señalar que la autonomía del menor es *sui generis*, es decir, tiene una libertad controlada lo que no acaba siendo una libertad total.

⁶ Maluquer de Motes y Bernet, C. J., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p.155.

⁷ Sobre el tema, Decker Morales, J., *Código de Familia*, Edit. Los amigos del libro, Cochabamba-La Paz, Bolivia, 2000, p. 311, sostiene que: “La representación legal... tiene carácter necesario, porque sin ella los actos del menor no serían válidos. Este puede ser titular de un derecho sustancial (*legitimatium ad causam*), pero no tiene capacidad para defenderlo (*legitimation ad processum*), en estos casos y otros que el hijo menor requiere de la representación de sus padres”. De igual forma Álvarez Vélez, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional” op. cit., p.138, afirma que: “...mientras no se alcanza la mayoría de edad, la persona no tiene disponibilidad sobre sus derechos. El niño es titular, por ejemplo, del derecho a la enseñanza o del derecho a saber quienes son sus padres, pero carece de capacidad para su defensa, actuando por medio de aquellos que le representen, bien sean sus padres o sus tutores”.

Desde luego, no queremos desconocer que la Convención consagra un nuevo paradigma al convenir el derecho del niño a ser titular de su formación, formular sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones referentes a su existencia y que en función a su progresivo desarrollo pueda formarse juicio⁸.

Así, la CDN de 1989 es relevante en lo que concierne la protección de menores por dos cuestiones fundamentales: primero, porque -precisamente como se acaba de citar- es el primer Convenio donde se considera en su integridad al niño como sujeto de derechos autónomos⁹; y segundo, puesto que a partir de la vigencia del Convenio, diferentes organizaciones e instituciones de la sociedad civil, comienzan a formular diversos criterios sobre la relevancia e importancia de que los derechos relativos a la protección de menores, sean reconocidos en la normativa interna de los Estados¹⁰.

Al respecto, el trabajo que desempeñan estas organizaciones e instituciones, influye de sobremanera en la concreción de los derechos del menor en las legislaciones internas de los Estados, es decir, a la postre se constituyen en los intermediarios entre las Naciones Unidas como organismo internacional y la sociedad civil de los diferentes Estados.

I. Los derechos y principios rectores del la CDN

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se clasifica en las siguientes categorías de derechos: civiles, políticos sociales, culturales y económicos¹¹. Esto significa que el contenido normativo tiene una visión

⁸ Pacheco de Kolle, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 202.

⁹ Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño, en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Edit. UPCO, Madrid, 1994, p. 99, Dice que: “Los objetivos de la Convención podíamos resumirlos, como un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes...”.

¹⁰ Sobre el tema Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 102 afirma que: “En definitiva, la aplicación de los derechos recogidos en la Convención dependerá del desarrollo legislativo de cada uno de los Estados, que tienen las pautas mínimas en lo incluido en ella y siempre teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3º, que exige el compromiso de los Estados de actuar en “interés del niño”, con medidas dirigidas a su protección especial, y a la de su familia”.

¹¹ Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 100. Pone sus reparos a esta clasificación cuando sostiene que: “Los derechos de los niños contenidos en la Convención son susceptibles... de ser clasificados en cuatro categorías: civiles, sociales, culturales y económicos, sin incluir en lo que sería una clasificación más tradicional, derechos

integral sobre las distintas esferas de las cuales forma parte el menor, consecuentemente se encuentran interrelacionados al momento de realizar una interpretación de los derechos que abarcan la protección del niño¹².

Con referencia al contenido ético de la Convención se deben destacar los siguientes valores; el de la vida, el de la dignidad, de la libertad, de la igualdad y no discriminación, de la salud, el nivel de vida, la educación, el esparcimiento y la cultura, el de la seguridad, de la justicia y de la solidaridad. Asimismo, la Convención proclama y estatuye cinco principios normativos que son; el de protección universal, el de primacía del interés superior del niño, el de subsidiariedad y el principio procesal de vigilancia evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones¹³.

Sobre las directrices contenidas en la CDN de 1989 hay quien le otorga un diferente enfoque identificando los siguientes principios¹⁴: el interés superior del menor, la integralidad, la no discriminación, la autonomía progresiva, el niño como sujeto de derecho, la participación, la unidad familiar¹⁵, y la proporcionalidad.

Se evidencia así que no existe uniformidad en cuanto al señalamiento de los criterios rectores de la CDN de 1989.

Sin embargo, se debe señalar que esos principios se encuentran concatenados e interrelacionados entre sí, es más se deduce que cuando se

de carácter político”.

¹² Criterio que comparte Picado, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 70, afirmando que: “Otro elemento de no menor importancia en el marco general de la interpretación de estos derechos es la visión integral de los mismos. Esto quiere decir que no se escinden los llamados derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales. Y que el ejercicio de aplicación de uno de los derechos a la situación concreta no puede hacerse prescindiendo del análisis del conjunto de todos los derechos que pueden ser también aplicados allí”.

¹³ Vid. Ruiz-Giménez, J., “La Convención de los derechos del niño hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, pp. 86-88.

¹⁴ Siguiendo a Pacheco de Kolle, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., pp. 16-20.

¹⁵ Sobre el tema, debemos señalar que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, se precautela este principio de diferente manera, por las siguientes razones; primero, porque los progenitores no permanecerán unidos al no existir la *afectio maritalis*, y segundo, porque muchas veces de acuerdo a las características intrínsecas de la situación de separación o divorcio, los menores puede ser que sean confiados a un solo progenitor, o bien se puede dar que inclusive los hijos menores no permanezcan juntos, porque se distribuye la guarda y custodia entre ambos padres.

analiza la figura del interés del niño, estos forman parte directa del beneficio de éste, en ese sentido, dentro de lo que son los derechos del menor se considera que el principio rector se constituye en la concreción del interés superior del niño -en todas las situaciones en que se encuentre inmerso una persona que no haya cumplido 18 años.

Por todo ello, del plano ético y normativo conviene hacer énfasis en dos paradigmas que intentan promover una efectiva protección del menor, uno concreto que se refiere a la lucha contra la discriminación y otro abstracto de principio porque es un concepto indeterminado que se traduce en el interés del niño, a ser determinado casuísticamente¹⁶.

Por su parte, es conveniente tener en cuenta que si bien la CDN promueve la consideración del menor como sujeto autónomo, esto no significa que se encuentre aislado de la sociedad y la familia, sino que se debe enfocar al menor como principal destinatario de la Convención con relación a la estructura familiar de la cual forma parte, y respecto a la sociedad civil que le rodea.

Como acertadamente señala Álvarez Vélez, se debe agrupar primero, los derechos individuales del niño, segundo, los derechos del niño en su relación con los demás, y finalmente, los derechos del niño relativos a su ámbito familiar¹⁷.

La Convención reconoce plenamente el carácter único de la estructura familiar como entidad fundamental, por este motivo, debe interactuar con la sociedad y entorno cultural del menor. En ese sentido, la familia; mediante progenitores e hijos, deben asumir sus responsabilidades con sus correspondientes derechos y deberes. Siendo el Estado, como ente tuitivo el que tiene que adoptar las medidas pertinentes para posibilitar que la familia permanezca unida en situaciones normales de convivencia, como también en casos de separación o divorcio precautelarse el beneficio del menor¹⁸.

¹⁶ Criterio que comparte Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 83. al señalar que: “Todos los derechos deben reconocerse teniendo en cuenta dos baremos. Por una parte, un principio básico de igualdad, recogido en el artículo 2º, y formulado como “no discriminación”. Un segundo principio de carácter más abstracto, formulado en el artículo 3º, establece que para tomar las decisiones que afecten al niño es necesario tener en cuenta el “interés superior” de éste...”.

¹⁷ Álvarez Velez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 104.

¹⁸ Sobre el tema véase Moerman, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca,

En ese marco, es acertada la postura doctrinal que sostiene que en virtud de la CDN, la familia debe asumir un rol protagónico en la atención y satisfacción de las necesidades de la infancia comprometiendo a los Estados a brindar el apoyo necesario para cumplir dicho cometido de manera que los menores permanezcan con sus progenitores, reservándose el derecho de actuar subsidiariamente en los supuestos en que la permanencia junto a la familia de los menores vaya contra su propio interés¹⁹.

Es decir, la unión de la estructura familiar se constituye en el nexo que utiliza el Estado para procurar la satisfacción del beneficio del menor, en los supuestos de crisis familiares, la unión de la familia debe prevalecer con respecto a los hijos, por lo que, si se rompe el vínculo conyugal no debe ocurrir lo mismo con la relación paterno-filial. Por otra parte, el Estado se reserva un rol subsidiario para su participación dependiendo del trato que haya entre progenitores e hijos, de evidenciarse que el interés del menor no se encuentra en el seno familiar, el Estado asume un rol protagónico mediante instituciones jurídicas como el acogimiento y la guarda por ejemplo.

II. Contenido Normativo

Con relación al contenido de la CDN, en general el Preámbulo es un recordatorio de todo lo previsto en la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En ese sentido, sólo conviene resaltar una parte novedosa del Preámbulo de la CDN donde se señala que:

“El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”.

Así, se establece que el niño como sujeto autónomo debe ejercer progresivamente sus derechos, ello al tiempo que vaya adquiriendo capacidad volitiva y de obrar.

1996, p. 152.

¹⁹ Véase por todos Gassó Peralta, R., “La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 49.

Pudiera ser oportuno considerar que la CDN, prevé expresamente que el interés superior del niño²⁰ debe primar por encima de otros intereses, textualmente el artículo 3.1 señala que:

“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”.

A la fecha, el problema radica en que no se ha podido definir de forma concreta, en que consiste el interés del menor lo que dificulta su efectiva aplicación y se constituye en un tema pendiente de solución.

Se puede evidenciar, que el interés superior del menor en la CDN adquiere otra connotación, se constituye en el eje principal sobre el cual deben girar todas las decisiones que le atañe, independientemente de la situación en que se encuentre

Así, en cuanto a la situación del menor cuando sus padres se encuentran separados, el artículo 9. 3 prevé que:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Esto revela que el menor de edad, indistintamente de la situación por la que atraviesen sus progenitores, tiene el derecho de permanecer en contacto con ambos.

En ese mismo sentido, el artículo 18.1 establece que los Estados partes deben garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo de los hijos, promoviendo el interés del menor como criterio fundamental.

Conviene destacar aquí, que el Estado delega en los padres la responsabilidad por la educación de sus hijos, procurando preservar el interés superior del niño. Sin que las obligaciones citadas en el artículo 18.1 deban sufrir ningún cambio en caso de que los padres se encuentren separados judicialmente o de hecho.

De una visión conjunta de los artículos 3, 9 y 18 de la CDN se prevé que los derechos de los padres están limitados, o si se quiere se encuentran enmarcados o subordinados en satisfacer el interés superior del niño. Igualmente, se debe tomar en cuenta que los derechos de los progenitores

²⁰ A través de esta Convención se mundializan principios de tanta importancia como el interés superior del niño. Durán Ayago, A., “La protección de menores...”, op. cit., p. 218.

no permanecen estáticos, sino que de acuerdo a lo que estipulan los artículos 5 y 14 de la citada Convención se tiene que tomar en cuenta la evolución de las facultades de los niños, es decir, fomentar el ejercicio progresivo y paulatino de los derechos del menor²¹.

De ello, se debe afirmar que no tiene el mismo significado ni contenido la protección y los cuidados especiales que requiere un menor hasta los siete u ocho años, que la atención y orientación que necesita durante la etapa de la adolescencia²². No obstante, en términos generales la protección debe ser similar en todos los periodos de la minoría de edad.

Asimismo, de conformidad al artículo 20 con relación a los casos en que el menor se encuentra privado de su ambiente familiar, se prevé la alternativa de la figura jurídica de la guarda, así como también la adopción en virtud al artículo 21, del mismo modo, en el artículo 37. c) con referencia a los niños privados de libertad, se establecen preceptos relativos a precautar como principio rector el interés superior del niño.

De todos los artículos hasta aquí mencionados se puede observar que se utiliza excesivamente el término “niño”, sin tomar en cuenta que sus necesidades evolucionan al ritmo de su edad, lo que le permite progresivamente ir adquiriendo mayor madurez²³.

Esta situación demuestra que la Convención no ha tratado eficazmente, ni suficientemente las diferencias que existen entre niño y joven²⁴.

Si bien es cierto que existen diferencias considerables entre los términos “niño y joven”, debió haberse previsto la utilización genérica del

²¹ Artículo 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 14. 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

²² Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 100.

²³ Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 104.

²⁴ Picado, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 73.

término “menor” para evitar controversias al momento de aplicar la norma²⁵.

Con referencia a este tema, es oportuno considerar la diferencia entre niño e hijo, punto sobre el cual, Álvarez Vélez²⁶ textualmente manifiesta que:

“La condición de hijo acompaña a la persona durante toda su vida, pero no va necesariamente unida a la de niño, puesto que esta segunda condición comprende un periodo de tiempo limitado”.

Desde este punto de vista, la condición de hijo es un término imperecedero, a diferencia de la condición de niño, que le faculta a ser sujeto de especial protección hasta tanto no alcance la mayoría de edad. En cuanto a los términos; niño y adolescente, estas nociones tienen un concepto más cercano a otras ciencias como la psicología, pedagogía o ciencias naturales por ejemplo, así como también de la expresión hijo, que da a entender una percepción netamente familiar, limitando el espectro de su aplicación.

Es más, ni siquiera en las ciencias antes citadas se ha llegado a un criterio uniforme sobre el desarrollo del menor, sumado a esto que en el ámbito jurídico existen excepciones como es el caso de la dispensa para contraer matrimonio, o para ser contratado en un empleo, antes de cumplir dieciocho años de edad, o siendo menor de edad que es lo mismo²⁷.

²⁵ En contra de ello, González Soler, O. E., “Maltrato familiar, la victimización del niño”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I-2002, Jornadas sobre violencia doméstica*, Edit. Solana e Hijos, A. G., S. A., Madrid, 2002, pp. 373 y 374, sostiene que la utilización del término “menor” denota una forma de victimizar a los niños, por reflejar un sentido negativo de comparación al caracterizarlos como personas aún no adultas.

²⁶ Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 152.

²⁷ Al respecto Bonet Pérez, J., “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 86, sostiene que: “...la Convención sobre los Derechos del Niño evidencia otro problema que incide en la protección de los derechos del menor: la definición de los sujetos que han de ser objeto de la especial protección que se pretende otorgar. Así mientras en la Convención se identifica como niño a aquel ser humano que tiene menos de 18 años o que no ha alcanzado todavía legalmente la mayoría de edad (art. 1), lo cierto es que: primero, ni desde el prisma estrictamente fisiológico ni psicológico todo menor de edad puede ser entendido como un niño; segundo, que no es posible un tratamiento homogéneo de los menores en todos los aspectos del ejercicio de sus derechos, ya que por ejemplo la edad mínima laboral o la edad mínima para contraer matrimonio suelen fijarse por debajo de los 18 años”.

Dejando de lado estas excepciones de manera genérica la Convención tiene como principal referencia el ámbito jurídico, y es en ese sentido, que se ha estimado conveniente determinar el límite entre la minoría y la mayoría de edad partiendo de un criterio netamente jurídico, dejando de lado criterios pedagógicos, fisiológicos, biológicos o sociológicos²⁸.

Continuando con el desarrollo normativo, una forma de subdividir el articulado de la CDN sin desglosar su contenido, es la que se denomina las cuatro “P”, que a continuación citamos:

-Participación del niño en todas las decisiones concernientes a su futuro;

-Protección contra todas las formas de discriminación, abandono y explotación;

-Prevención de los peligros;

-Previsión de ayudas para satisfacer sus necesidades²⁹.

Esta subdivisión refleja la síntesis del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus objetivos; promueve la protección integral del menor, su autonomía y el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, no contempla el interés superior del menor cuando hemos constatado anteriormente que es el eje central de la norma.

III. Balance de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

A la hora de realizar un balance sobre los logros de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se debe manifestar de manera fehaciente, que debe ser considerada como la máxima expresión en lo que respecta a la protección de menores.

En ese ámbito, se debe resaltar la participación de la comunidad internacional que a través de diferentes organizaciones e instituciones han presionado para que las disposiciones contenidas en la CDN se hagan

²⁸ Moerman, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño...”, op. cit., p. 148.

²⁹ Marzatico, F., “Las garantías constitucionales de los derechos de los niños”, en Martínez Gallego, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004, p. 354. Otra forma de subdividir la Convención para describir su contenido, se realiza con apoyo de un tríptico que se denomina de las tres “P”: Proveer (bienes y servicios); Proteger (contra la tortura, detención arbitraria por ejemplo); Participar (en las decisiones que incidan en sus propias vidas, o en la sociedad en general). Pacheco de Kolle, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 192.

efectivas, al actuar como interlocutores con los Estados en busca de encontrar soluciones que permitan una visión integral sobre la problemática del menor³⁰.

Sobre el tema, Verdugo Alonso³¹ afirma que:

“La protección y promoción de los derechos del niño corresponde de manera particular a los Estados así como a las regiones y comunidades locales de cada Estado, pero la tarea es de tal magnitud e importancia que no se les puede dejar solos en esa responsabilidad. La aportación de distintos organismos nacionales e internacionales de origen gubernamental y no gubernamental, y sobre todo el trabajo cotidiano y sistemático de muchos grupos sociales son la garantía de esa expansión de la protección y promoción de los derechos del niño”.

En esa consideración, es que se debe realizar una tarea conjunta entre todos los actores sociales de manera sistemática, pero para que ésto ocurra las políticas gubernamentales deben tener una planificación integral dejando de lado intereses político-partidarios o sectoriales –organizaciones radicales-, porque de las directrices que adopten los gobernantes de los diferentes Estados depende el éxito de las reformas a nivel interno e internacional³².

Es a partir de la promulgación de la CDN de 1989 que los Estados comienzan a instituir cambios en sus legislaciones internas, con el fin de que los derechos establecidos en dicho documento se hagan efectivos³³. Sin duda, si bien la mayoría de los Estados contemplan normas que prevén la protección del menor, creemos que dichas disposiciones se encuentran muy

³⁰ Al respecto, Bonet Pérez, J., “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, op. cit., p. 82, sostiene que: “La cooperación internacional supone el intento de gestión colectiva de intereses comunes a los Estados –en la medida en que éstos comparten ciertos problemas difícilmente solucionables de manera exclusiva, desde una perspectiva puramente interna-, y de intereses comunitarios, que proyectan las necesidades de la humanidad en su conjunto, de modo que éstas son asumidas y asimiladas como propias de la Comunidad internacional”.

³¹ Verdugo Alonso, M., “Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p 19.

³² Posición que comparte Picado, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 67. afirmando que: “... el desarrollo de nuevos y más eficaces mecanismos de protección, tanto en el orden interno como en el internacional, es el nuevo y más importante desafío que hay por delante, destacando, particularmente, la necesidad de recursos rápidos y expeditos que permitan atender de inmediato las delicadas situaciones se presentan...”.

³³ Criterio compartido por Marzatico, F., “Las garantías constitucionales...”, op. cit., p. 355, quien afirma que: “La Convención de los Derechos del Niño ha supuesto el inicio de un movimiento mundial en pro de una legislación dedicada a la protección de menores de edad...”.

teorizadas, por lo que se encuentra pendiente la concreción práctica de los mismos, la pregunta es ¿Cómo?

Cuando se hace referencia al Estado como ente es necesario e ineludible la participación de los tres poderes; por una parte, el legislativo elaborando normas, por otra, el ejecutivo ejecutando políticas activas y por ultimo el poder judicial, aplicando en estricta sujeción la Ley y actuando con celeridad en los procesos, y todos los poderes con la participación activa de la sociedad civil –desde el lugar en que cada individuo se encuentre-.

Ahora bien, la mejor forma de que la protección de los derechos del menor, tengan eficacia a partir de su regulación, versa porque exista una correspondencia entre las normas a partir de la Constitución Política y las disposiciones contenidas en los Códigos sustantivo y procesal³⁴.

A manera de ejemplo, en la legislación española hasta el momento se puede observar que todavía no existe una uniformidad de criterio, no sólo en las normas sustantivas, sino también en lo que concierne a temas procesales³⁵ ¿Cuál es el motivo? Puede ser que se deba a una falta de planificación y coordinación en la elaboración de las leyes, no existe una visión panorámica de las leyes a nivel sustantivo y procesal.

Se tiene la percepción, de que a más leyes mejor protegido se encuentra el menor y esto dista mucho de la realidad, el legislador debe promover una compilación de leyes que sea efectiva, que exista una correlación entre teoría y práctica.

Sin desmerecer los logros obtenidos por la CDN de 1989, hay que ser ecuánimes y mencionar algunos de sus desaciertos, indudablemente encontrar uniformidad de criterios en sociedades con diferentes costumbres, con diferentes visiones sobre la vida y con diferente grado de

³⁴ En ese sentido Picado, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 74, sostiene que “... desde la perspectiva del derecho interno de los Estados, no sólo por medio de las legislaciones específicas sobre menores sino más bien desde la raíz del sistema en la constitución política, deben facilitarse todos los medios para garantizar esta protección...debe favorecerse la posibilidad de que los niños y las niñas puedan utilizar recursos rápidos y eficientes en beneficio de su propia protección”.

³⁵ Así Bachs Estany, J. M., “La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p.144, afirma que: “...es necesario dotarnos de un procedimiento más ágil que solucionen rápidamente los expedientes relacionados con la materia que nos ocupa, la reforma procesal vendría a consolidar el ordenamiento jurídico compacto y homogéneo existente en la actualidad”.

desarrollo es un tema complejo. Por eso precisamente se ha dejado sin protección al concebido, o mejor dicho se ha ignorado su existencia³⁶. Es lamentable, pero en la actualidad tampoco se podría encontrar una uniformidad de criterio sobre el tema, por los mismos motivos.

Es más, tomando en cuenta que el interés del niño es un concepto indeterminado, y con las nuevas tendencias del derecho de familia que en la actualidad regulan materias tan complejas relacionadas con la bioética por ejemplo, dificulta encontrar uniformidad sobre el tema y sin el ánimo de ser pesimistas, será todavía una asignatura pendiente por algunos años más.

También, se observa una falta de orden en el contenido normativo, propiamente en el orden de los artículos, lo que se atribuye a que el texto tiene un carácter político³⁷. Aspecto, que es comprensible si tomamos en cuenta que cada Estado responde a una forma de gobierno, con contenido ideológico diferente, con distinto grado de desarrollo, con inclinaciones religiosas heterogéneas, que si bien no debe ser limitativo en lo que atañe a la protección del menor, tiene una influencia que gravita de forma significativa y se constituye en un obstáculo infranqueable³⁸.

Además, lo importante es que más allá del orden sobre el contenido normativo - es una cuestión más de forma que de fondo- del articulado de la Convención, es que esos derechos que ya están previstos en las legislaciones de los diferentes Estados se hagan efectivos.

La CDN siempre generará críticas, pues, es de suponer que si existen problemas para consensuar en la promulgación de una Ley interna en un Estado concreto, mucho más aún existirán divergencias para tener una percepción hegemónica sobre diversos temas a nivel internacional –como

³⁶ Al respecto, Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 101, sostiene que: “...el hecho de que no aparezca en el articulado la protección al niño antes de su nacimiento, se debió a un compromiso de carácter político al que llegaron los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, enfrentando a la circunstancia de que muchos Estados no podrían ratificar la Convención si en ella aparecía esa defensa, puesto que sus legislaciones internas reconocen la posibilidad del aborto en mayor o menor medida”.

³⁷ Álvarez Vélez, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 102.

³⁸ Bonet Pérez, J., en “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, op. cit., p. 81, En ese sentido “...se evidencia aun hoy la heterogeneidad de los Estados, que presentan entre sí sensibles diferencias ideológicas, políticas, económicas y culturales, y, muy especialmente, diferentes grados de desarrollo social y económico –lo que les lleva a mantener enfoques muy distantes ante los problemas existentes a escala mundial”.

ya citamos anteriormente-, lo grave hubiera sido que no existiera hasta el momento un documento que proteja integralmente a los menores³⁹.

Dicho esto, en la actualidad no se puede imaginar la protección del menor, ya sea en el ámbito interno o internacional, sin tomar en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴⁰.

Así pues, las críticas que genera el tema de protección de menores en el ámbito internacional, generalmente, éstas siempre se encuentran relacionadas con el contenido de la CDN, lo que demuestra su importancia y actualidad, pese a que en el mundo se han producido diferentes acontecimientos sociales y políticos desde el momento de su promulgación⁴¹.

No obstante, hay quien sostiene de forma acertada que esta pendiente el desarrollo de mecanismos eficaces de protección tanto a nivel interno como internacional, como por ejemplo la denuncia individual en temas de derecho humanos o la elaboración de un sistema de informes sobre el cumplimiento de la CDN⁴².

Si bien resulta acertada esta opinión, los legisladores deben ser más realistas y tomar conciencia de la importancia del tema en cuestión, no es posible que después de más de un cuarto siglo de haberse promulgado la CDN se continúe dando vueltas sobre lo mismo, es decir, a la repetición constante de la palabra “se debe”. Es imprescindible, concretar la regulación de recursos efectivos que solucionen las carencias que tiene el sistema de protección al menor.

Bien puede ser el momento oportuno de plantearse la siguiente pregunta ¿En virtud de los cambios acaecidos en la sociedad acaso no es necesario introducir enmiendas al documento promulgado en 1989 acorde con los movimientos sociales actuales? O en vista de que la situación

³⁹ Otro problema a la vista, es el fenómeno de la multiculturalidad e integración que será motivo para que no haya uniformidad de criterios en algunos temas relacionados al derecho de familia, basados especialmente en creencias religiosas.

⁴⁰ En ese marco, Moerman, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño...”, op. cit., p. 143, afirma que: “...los argumentos a favor de la existencia de ese instrumento internacional son claramente más válidos que aquellos otros que surgen en su contra”.

⁴¹ Lo que no quiere decir que en la actualidad no sea necesario realizar un balance sobre los logros y las tareas pendientes que quedan por realizar en temas relativos a la protección del menor, al haber transcurrido más de 16 años de la promulgación de la Convención.

⁴² Picado, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 74.

mundial atraviesa problemas ideológicos de diversa índole es preferible dejar la normativa con el texto actual.

Bibliografía

Álvarez Vélez, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998.

_____, *La protección de los derechos del niño, en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Edit. UPCO, Madrid, 1994.

Bonet Pérez, J., “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

Bachs Estany, J. M., “La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

Decker Morales, J., *Código de familia*, Edit. Los amigos del libro, Cochabamba-La Paz, Bolivia, 2000.

Durán Ayago, A., “La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en Calvo Caravaca, A. L. y Blanco-Morales Limones, P. (Coords.), *Globalización y Derecho*, Edit. Colex, Madrid, 2003.

Gassó Peralta, R., “La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

González Soler, O. E., “Maltrato familiar, la victimización del niño”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I-2002, Jornadas sobre violencia doméstica*, Edit. Solana e Hijos, Madrid, 2002.

Maluquer de Motes y Bernet, C. J., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho”, en Villagrasa Alcaide, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

Marzatico, F., “Las garantías constitucionales de los derechos de los niños”, en Martínez Gallego, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004.

- Moerman, J.**, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.
- Pacheco de Kolle, S.**, *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Edit. Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004.
- Picado, S.**, “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.
- Ruiz-Giménez Cortés, J.**, “La Convención de los derechos del niño hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.
- Verdugo Alonso, M.**, “Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño”, en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.