

**30 Aniversario de la
Convención sobre los Derechos del Niño:**
logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar

BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ
Coordinadora

ISABEL ÁLVAREZ VEGA
JORGE FERNÁNDEZ DEL VALLE
PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ
MARTA FRIERA ÁLVAREZ
JAVIER GARCÍA AMEZ
CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN
PILAR JIMÉNEZ BLANCO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
MARÍA ISABEL NÚÑEZ PAZ
LUIS ROCA DE AGAPITO
LEONOR SUÁREZ LLANOS
ALMA LUNA UBERO PANIAGUA
MARÍA L. VALVIDARES SUÁREZ
BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ
SONIA VICTORIA VILLA SIEIRO



30 Aniversario de la
Convención sobre los Derechos del Niño:
logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar

BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Coordinadora

30 Aniversario de la
Convención sobre los Derechos del Niño:
logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar

ISABEL ÁLVAREZ VEGA
JORGE FERNÁNDEZ DEL VALLE
PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ
MARTA FRIERA ÁLVAREZ
JAVIER GARCÍA AMEZ
CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN
PILAR JIMÉNEZ BLANCO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
MARÍA ISABEL NÚÑEZ PAZ
LUIS ROCA DE AGAPITO
LEONOR SUÁREZ LLANOS
ALMA LUNA UBERO PANIAGUA
MARÍA L. VALVIDARES SUÁREZ
BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ
SONIA VICTORIA VILLA SIEIRO

GRUPO de Grupo de Derecho Europeo
de la Universidad de Oviedo (EURODERUNIOVI)
IDI/2018/000187



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo



Unión Europea
Fondo Europeo
de Desarrollo Regional



GOBIERNO DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS

FI**CYT**
FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO EN ASTURIAS
DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA APLICADA
Y LA TECNOLOGÍA

iasturias
INNOVACIÓN

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Cofinanciado por el Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo
del Principado de Asturias "EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187"

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-1377-263-9
Depósito Legal: M-32309-2020

ISBN electrónico: 978-84-1377-477-0

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Contenido

30 años de la Convención sobre los derechos del niño: ¿los niños y niñas sujetos de derecho?	11
JORGE CARDONA LLORENS	

Parte I LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DE LA INFANCIA

Un supuesto de retroceso histórico. Protección del ser recién nacido en la familia romana <i>versus</i> desprotección en la tradición jurídica posterior	17
MARÍA ISABEL NÚÑEZ PAZ	

De la <i>expositio infantis</i> a la protección jurídica: las fundaciones alimentarias públicas de la Emperatriz Faustina.....	41
CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ	

¿Qué era el niño para el derecho en el Antiguo Régimen? Notas para la historia de los que no eran persona.....	65
MARTA FRIERA ÁLVAREZ	

Parte II LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN SOCIO-LABORAL Y EDUCATIVA DEL NIÑO

El derecho a la protección de la salud del menor: los artículos 24 y 25 de la Convención sobre Derechos del Niño y su recepción y desarrollo en España	87
JAVIER GARCÍA AMEZ	

Tratamiento jurídico del trabajo de menores en España. Balance al cumplimiento del trigésimo aniversario del artículo 32.1 de la Convención sobre Derechos del Niño	111
PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN	

Las condiciones materiales e ideológicas del derecho a la educación.....	141
LEONOR SUÁREZ LLANOS	
Apuntes para una reflexión sobre la educación en igualdad y diversidad de género durante la minoría de edad.....	169
MARÍA L. VALVIDARES SUÁREZ	

Parte III
LA PERSPECTIVA
DE LA PROTECCIÓN
DE LA DIMENSIÓN PRIVADA DEL NIÑO

Protección jurídica de los menores frente a la publicidad.....	191
ISABEL ÁLVAREZ VEGA	
Asintonía registral y derechos fundamentales de menores trans: la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 de 18 de julio.....	219
PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ	
La labor del Comité de los Derechos del Niño y la práctica española: Los procedimientos de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados.....	241
BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ	
La complejidad jurídica en los menores extranjeros no acompañados: la determinación de la edad.....	263
ALMA LUNA UBERO PANIAGUA	

Parte IV
LA PERSPECTIVA PENAL
DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NIÑO

La tutela penal del derecho del niño a relacionarse con sus padres y el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.....	279
LUIS ROCA DE AGAPITO	
La Convención de los Derechos del Niño: detonante y marco de la lucha internacional contra el abuso y la explotación sexual de las personas menores de edad.....	307
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	

Trascendencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores..... 329
SONIA VICTORIA VILLA SIEIRO

Parte V
LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y EL BALANCE DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NIÑO

Derechos del niño y situaciones transfronterizas (la Convención sobre los Derechos del Niño en tres décadas de Derecho internacional privado) 359
PILAR JIMÉNEZ BLANCO

Logros y retos pendientes en el sistema de protección a la infancia 385
JORGE FERNÁNDEZ DEL VALLE

30 años de la Convención sobre los derechos del niño: ¿los niños y niñas sujetos de derecho?

JORGE CARDONA LLORENS

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat de València*

Es para mi un gran honor prologar esta monografía sobre el 30 aniversario de la Convención de los Derechos del Niño, coordinada por mi buena amiga Beatriz Vázquez.

Sin duda, 30 años es una edad para celebrar. Más aún si estamos hablando del tratado que más ratificaciones tiene de todos los tratados internacionales existentes: 197. Sólo hay un Estado, reconocido generalmente como tal, que no lo ha ratificado: los Estados Unidos de América.

No obstante, aunque los Estados Unidos no ha ratificado la Convención, sí ha ratificado los dos primeros protocolos adicionales a la misma, de forma que podemos considerar que forma parte del “sistema” de la Convención y, de hecho, se presenta cada 5 años ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas para ser “examinado” sobre la aplicación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Exámenes en los que los miembros del Comité le preguntan a la delegación del Estado por los Protocolos y por la Convención. Preguntas éstas últimas a las que, con la frase inicial de “la delegación de los Estados Unidos considera que esta pregunta excede la competencia del Comité al no haber ratificado la Convención, sin embargo, con el afán de colaborar con el Comité...”, terminan siempre respondiendo.

De esta forma, puede afirmarse que la Convención de los Derechos del Niño no es sólo el tratado más ratificado, sino también aquél sobre el que más

control se ejerce, lo que podría llevarnos a pensar que es la Convención cuyo alcance y significado es más aceptado.

¿Cuál es el significado de la Convención? Es ya un lugar común decir que la Convención consagró el cambio de paradigma del niño o la niña en el derecho. Si, tradicionalmente, el niño o la niña habían sido considerados objetos de protección jurídica, la Convención supone dejar de verlos como objeto de protección por el derecho para considerarlos sujetos de derecho. Este cambio no es sólo una formula literaria. Tiene un profundo significado jurídico. Implica que los niños y las niñas no son los ciudadanos del futuro, son ciudadanos hoy. Que los niños y las niñas no tienen que ser protegidos, que los que tienen que ser protegidos son sus derechos. Que los niños y las niñas no pertenecen a sus padres ni al Estado, sino que se pertenecen a sí mismos. Que los padres no tienen derechos sobre sus hijos, sino responsabilidades parentales. Y cada una de estas afirmaciones tiene profundas consecuencias en la vida diaria que no siempre son bien comprendidas.

En efecto, debates sociales como los habidos en los últimos meses en España (pero no sólo aquí) sobre el del denominado *pin parental*, o el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, o la necesidad o no del consentimiento de los padres para intervenciones médicas, incluida la interrupción del embarazo, etc., nos muestran que una cosa es haber consagrado jurídicamente que los niños y las niñas son sujetos de derecho y otra, muy diferente, que la sociedad haya entendido el alcance de esta afirmación.

La visión tutelar, predominante desde el siglo XIX, que considera a los niños y niñas “delicados” y “necesitados de protección”, sigue imponiéndose en la realidad social sobre la visión de los niños y niñas como sujetos de derecho. Incluso entre los especialistas del derecho que reconocen teóricamente al niño como sujeto de derecho sigue traicionándoles el lenguaje y mantienen términos como “menores” (pues, aunque es cierto que son menores de edad, no son “menos” que otro sujeto de derecho, ni es esa su característica jurídica esencial) o “protección de los niños” (en lugar de protección de sus derechos). Un vistazo al índice de esta misma monografía da muestra de ello.

No pretendo con ello criticar esta obra que con gusto prologo, sino sólo mostrar lo difícil que es que el cambio de paradigma sea aceptado social y culturalmente. Alguien podría decir que es sólo una cuestión de lenguaje, pero lo cierto es que las palabras crean conceptos y, como nos ha mostrado trágicamente la discriminación de género o racial, las palabras no son neutras y terminan consagrando estereotipos que calan en la mentalidad social y que son muy difíciles de cambiar.

Un prólogo escrito a finales de 2020, como éste, no puede dejar de hacer referencia a la pandemia de la COVID-19, donde de nuevo se ve clara la consideración de los niños y niñas como “menores” o, si se prefiere, como “mini-sujetos” con “mini-derechos”. Como todo el mundo recordará, en el inicio de la pandemia se extendió la creencia de que los niños y niñas no enfermaban de la COVID-19 que parecía afectaba fundamentalmente a las personas de edad avanzada. El desarrollo de la pandemia demostró lo contrario, aunque si es cierto que la mayor parte de niños y niñas soportan mejor las consecuencias médicas de la enfermedad y la superan más fácilmente. Sin embargo, aunque su afectación médica sea inferior, desde un principio los niños y niñas fueron el grupo etario más afectado por las medidas para combatir la pandemia. Se cerraron las escuelas sin alternativas, especialmente para los niños en situación de mayor vulnerabilidad que ni tenían ordenador o tablet, ni conexión a internet para seguir la enseñanza *on line* de la que disfrutaban los niños y niñas más acomodados; se les confinó en casa, sin excepciones, olvidando su necesidad de hacer ejercicio, a la vez que se preveía que sí se podía sacar a pasear las mascotas; a pesar de que está demostrado que más del 70% de la violencia y, en especial, del abuso sexual a niños y niñas, se produce en el entorno del hogar, se dejó a los niños encerrados con sus eventuales abusadores sin medidas sociales especiales; etc., etc. Lo cierto es que la perspectiva de infancia estuvo ausente de las medidas adoptadas por la abrumadora mayoría de las administraciones públicas.

Las consecuencias no se hicieron esperar: se han incrementado exponencialmente las llamadas a las líneas de ayuda denunciando una violencia contra los niños más frecuente, más intensa y más grave; la pobreza infantil se está disparando en todas las estadísticas oficiales; las inequidades entre niños y niñas han aumentado, empeorando mucho más la situación de los niños y niñas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

Y al ir a pensar en las medidas de recuperación... ¿de nuevo la infancia es la gran olvidada! En el momento en que se escriben estas líneas se anuncia un gran acuerdo de casi todos los grupos parlamentarios (todos menos el anti-sistema de siempre: vox) en el marco del Pacto de Toledo para las pensiones. ¿Y los niños y las niñas? Durante la pandemia los niños y niñas en situación de riesgo de pobreza y exclusión en el conjunto del Estado han alcanzado el porcentaje de un 27'9% (y aún no hemos llegado al punto alto de la crisis social y económica provocada por la pandemia que, sin duda, afecta más a las familias con niños que a las que no los tienen), vamos en el camino de 1 de cada 3. Las personas mayores de 65 años en riesgo de pobreza o exclusión son menos de un 13%. ¿Dónde está el Pacto de Toledo por la infancia?

Hemos de reconocer que España, como la mayoría de los Estados, ha aprobado leyes que recogen el paradigma de la Convención (en especial la LOPJM y

la LRPM); que ha aprobado Planes Nacionales para su aplicación (el PENIA I y el PENIA II); o que, incluso, ha creado mecanismos de coordinación de las políticas de infancia (el Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil). Pero, aunque todo eso es necesario, también lo es poner los recursos necesarios para que todo eso pueda plasmarse en la realidad social. Cuando se aprobó la excelente reforma de la LOPJM en el verano de 2015, se incluyó la cláusula de que la ley no implicaba incremento presupuestario. ¿Cómo se va a aplicar una ley que prevé profundas modificaciones en el sistema de protección frente a las situaciones de riesgo o desamparo, que aumenta las funciones de la fiscalía, que crea figuras nuevas, sin recursos económicos? Y ahora tenemos encima de la mesa el proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que está en trámite de aprobación en el Congreso de los Diputados ¿también se va a aprobar sin recursos económicos?

Los ejemplos que muestran que los niños y niñas están lejos de haber alcanzado en las políticas públicas la condición de ciudadanos de primera, podrían seguir multiplicándose. Pero no deseo dejar un sentimiento de desesperanza. Si contemplamos la situación jurídica, social, política, de los niños y niñas hace 30 años, podemos ver claramente que se ha avanzado muchísimo en el camino de su reconocimiento como sujetos de derecho. Muchos movimientos sociales están siendo liderados por adolescentes. Lo hemos visto con Greta Thunberg y el cambio climático, con Malala Yousafza y los derechos de las mujeres en Pakistán, con las revueltas estudiantiles que han terminado consiguiendo un proceso constituyente en Chile. Los niños, niñas y adolescentes van cobrando conciencia de su rol en la sociedad. La nueva Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos elegida en mayo de 2020, Mary Lawlor, tiene entre sus líneas prioritarias la visibilización y protección de los niños y niñas defensores de derechos humanos, que son miles por todo el mundo.

Junto a todo ello, en el día a día, hemos visto el progreso hacia el acceso universal a la educación, a la salud, al deporte, el ocio y el esparcimiento, de niños y niñas que no tenían acceso hace tres décadas. Sin duda, se ha recorrido un camino con éxitos.

Pero nos queda mucho, muchísimo, para que, efectivamente, los niños, niñas y adolescentes tengan la plena consideración de ciudadanos, de sujetos de derecho. Este libro nos presenta parte del camino recorrido. Esperemos que no haya que esperar otros 30 años para conseguir avances equiparables.