

**LA CARA OSCURA DE LAS RELACIONES FAMILIARES:
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NIÑO
FRENTE A LOS MIEMBROS DE SU PROPIA FAMILIA**

Por la Dra. PILAR TRINIDAD NÚÑEZ
*Profesora Titular E.U. Área de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Extremadura*

Resumen

El establecimiento de la vida humana alrededor de estructuras familiares continúa siendo el denominador común en todas las sociedades. Este hecho no puede ser ignorado por el Derecho Internacional, que se enfrenta a la delimitación y regulación de estas estructuras. Por ello, es necesario que el Ordenamiento Jurídico Internacional conjugue, para proteger de forma efectiva los derechos de los niños, los estándares mínimos establecidos en cuanto a los derechos del niño, con los diferentes conceptos y estructuras familiares que existen, ya que, en el seno de la familia, tenga esta la estructura y composición que tenga, el niño es la parte más débil frente a las personas encargadas de cuidarle. Los niños empiezan a salir, por fin, de la *invisibilidad* que venían ocupando en el Derecho Internacional, y tienen derechos que pueden esgrimir frente al Estado y también frente a sus padres o cuidadores.

Abstract

Placing family structures at the center of human life is still common. This pivotal position cannot be ignored by International law, which faces regulation and limitation of such laws. As a result, it is of foremost importance to formulate international decrees for effective protection of children within the family structure, since children are the weak side of such a hierarchy.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA FAMILIA
- II. LOS DERECHOS DEL NIÑO RELACIONADOS CON LA FAMILIA. SU PROTECCIÓN POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL
 1. LA C.D.N. Y LOS DERECHOS DEL NIÑO RELACIONADOS CON LA FAMILIA
 - A) **Derecho del niño a conocer a sus padres**
 - B) **Derecho a mantener contacto con los padres y derecho de reunificación familiar**
 - C) **Derechos del niño privado de una familia: Adopción, guarda y custodia**
 2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LOS PADRES FRENTE A SUS HIJOS
 3. LOS DEBERES DE LOS HIJOS FRENTE A SUS PADRES EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UNA POSIBLE LEGITIMACIÓN DE ABUSOS
- III. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DERECHO DEL NIÑO A SER PROTEGIDO FRENTE A ABUSOS COMETIDOS POR SUS FAMILIARES
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CASTIGO CORPORAL
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA FAMILIA

No puede negarse que la forma que la humanidad ha tenido para organizarse ha sufrido cambios a lo largo de la historia y que aún hoy en día esta organización resulta diversa y heterogénea. Pero el establecimiento de la vida humana alrededor de estructuras familiares continúa siendo el denominador común en todas las sociedades. Este hecho no puede ser ignorado por el Derecho Internacional, que se enfrenta a la delimitación y regulación de estas estructuras, aunque los límites de la protección jurídico internacional de la familia sean aún difusos.

Asimismo, la familia se constituye en el entorno natural e ideal para el crecimiento y bienestar del niño. En consecuencia, cómo se defina, desde el Derecho Internacional, es decir, qué se entienda por familia, será esencial para la protección de los niños, ya que aspectos fundamentales de la vida del niño dependen del concepto de familia que se sostenga. Un ejemplo de ello lo constituye el respeto del derecho del niño a las relaciones familiares, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹. No resulta claro si esta

¹ En adelante C.D.N. Acerca de esta Convención se han publicado numerosos trabajos de interés, por lo que resulta imposible citarlos todos. Puede verse, en especial: AA.VV., «Symposium U.N. Convention on children's rights», *H.R.Q.*, 1990, vol. 12, págs. 94 ss; AA.VV., *The rights of the child: a guide to the study of the convention*, World Federation of United Nations Associations, Ginebra, 1994; N. Ait-Zaï, «Convention des droits de l'enfant», *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 31 (1), 1993, págs. 31-41; D. A. Balton, «The Convention on the rights of the child: prospects for international enforcement», *H.R.Q.*, 1989, págs. 120-129; M. Bennoua, «La Convention des Nations Unies relative aux droits de L'enfant», *A.F.D.I.*, vol. XXXV, n.º 1989, págs. 433-445; P. Buirette, «Reflexions sur la Convention Internationale des Droits de L'enfant», *R.B.D.I.*, vol. XXIII, n.º 1, 1990, págs. 54-73; C. Byk, «La réception des conventions internationales par le juge français: à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant», *Journal du Droit International*, tomo 121, n.º 4, 1994, págs. 967-976; J. S. Cerda, «The draft Convention on the Rights of the Child: New Rights», *H.R.Q.*, 12, 1990; J. L. Clergerie, «L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant», *R.D.P.*, 1990, págs. 435-451; C. P. Cohen, «The United Nations Convention on the Rights of the Child: implications for change in the care and protection of refugee children», *International Journal of refugee law*, 3 (4), oct. 1991, págs. 675-691; C. P. Cohen, S. Hart y S. M. Kosloske, «Monitoring the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenge of Information Management», *H.R.Q.*, vol. 18, n.º 2, 1996, págs. 439-471; C. M. Díaz Barrado, «La Convención sobre los derechos del niño», en *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991; P. Donnolo y K. K. Azzarelli, «Ignoring the human rights of children: a perspective on América's failure to ratify the United Nations Convention on the Rights of the Child», *Brooklyn Journal of Law and Policy*, 1996, pág. 203; E. Fourie, «The U.N. Convention on the rights of the child and the crisis for children in South Africa: Apartheid and detention», *H.R.Q.*, 12, 1990, págs. 106-114; A. Glenn Mower, *The Convention on the Rights of the Child: international law support for children*, Greenwood Press, Westport, 1997; T. Hammarberg, «The UN Convention on the Rights of the Child- and How to Make it Work», *H.R.Q.*, vol. 12, 1990, págs. 97-135; J. R. Himes (ed.), *Implementing the Convention on the Rights of the*

protección supone derechos, y si es así en que medida, para familiares del niño que no son sus padres.

Es necesario que el ordenamiento jurídico internacional conjugue, para proteger de forma efectiva los derechos de los niños y de las niñas, los estándares mínimos establecidos en cuanto a los derechos del niño, con los diferentes conceptos y estructuras familiares que existen. En este sentido, los instrumentos jurídico-internacionales destinados a la protección de los derechos humanos hacen referencia, como ha observado G. Van Bueren, a tres conceptos distintos, pero coincidentes en parte².

Así, en primer lugar, numerosas normas jurídico-internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos hablan de la protección de la *familia*, como elemento natural y fundamental de la sociedad. Este es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante P.I.D.E.S.C.), que afirma que a la familia se le debe conceder «la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo».

En el mismo sentido, y a menudo en idénticos términos, se expresan otros convenios, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23 (en adelante P.I.D.C.P.), la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante D.U.D.H.) en su art. 16.3 y, en el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 17, así como el Protocolo Adicional a esta Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)³, la

Child: resource mobilization in low-income countries, Martinus, Nijhoff, Boston, 1995; M. Jupp, «The UN Convention on the Rights of the Child: An Opportunity for Advocates», *H.R.Q.*, 12 (1990), págs. 131-136; M-F. Lüker-Babel, «The non-derogable rights of the Child in the light of the United Nations Convention on the Rights of the Child», en D. Prémont (ed.), *Non-Derogable rights and states of emergency*, Bruselas, 1996; A. Mangas Martín, «La protección internacional de los derechos del niño», en *B.E.U.R.*, n.º 4, diciembre 1998, págs. 7-15; P. Miljeteig-Olssen, «Advocacy of Children's Rights-The Convention as More than a Legal Document», *H.R.Q.*, vol. 12, 1990, págs. 148-155; J. A. Paja Burgoa, *La Convención de los Derechos del Niño*, Tecnos, Madrid, 1998; E. Pérez Vera, «El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos», *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, Madrid, 1990, págs. 169-185; E. Pérez Vera, «Algunas consideraciones sobre los derechos del niño», *Tiempo de Paz*, n.º 48, págs. 25-34; T. Picontó Novales, *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido Editorial, Zaragoza, 1996; J. Ruiz-Giménez Cortés, «La Convención de los Derechos de la Infancia y de la juventud, cara al nuevo milenio: exigencias y problemas», *Derechos y Libertades*, enero-junio 2000, n.º 8, págs. 485-494; T. W. Simon, «United Nations Convention on Wrongs to the Child», *The International Journal of Children's Rights*, n.º 8, 2000, págs. 1-13; J. Soroeta Licerias, «La protección internacional del niño. La convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño», en C. Fernández de Casadevante Romani (coord.), *Lecciones de Derechos Humanos. Aspectos de Derecho Internacional y de Derecho Español*, Librería Carmelo, San Sebastián, 1995, págs. 271-286.

² Véase G. Van Bueren, «The International Protection of Family Member's Rights as the 21.st Century Approaches», *H.R.Q.*, 17.4., 1995, págs. 732-765.

³ El art. 15 de este Protocolo dispone, además que el Estado tiene la obligación de velar por el mejoramiento de la situación moral y material de la familia.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos⁴, la Carta Social Europea⁵ y, finalmente, la Carta Árabe de Derechos Humanos⁶.

En segundo lugar, otros instrumentos jurídico-internacionales no mencionan expresamente a la familia como unidad básica de la sociedad, sino que hacen referencia, en sentido amplio, a la protección de la «*vida familiar*», tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante C.E.D.H.), que establece en su art. 8.1 que todas las personas tienen derecho a que se respete su vida privada y familiar, así como su domicilio y su correspondencia⁷. Los límites de la protección de la vida familiar son complicados de establecer, como lo demuestra la numerosa jurisprudencia emanada de los órganos de protección del C.E.D.H. en relación con este precepto. No obstante, del examen de la misma, se desprende que la garantía del respeto de la vida familiar de una persona implica tanto obligaciones negativas como positivas por parte de los Estados. Es decir, que en determinados casos, en especial en aquellos en que se está ante situaciones de abuso, maltrato y violencia, los Estados tienen el deber de actuar para proteger este derecho⁸.

En tercer y último lugar, con la adopción de la C.D.N. se introduce un nuevo concepto, el de *medio familiar*⁹. Esta expresión resulta, como se ha advertido, más extenso que la de familia, ya que abarca un entorno más amplio que el

⁴ La Carta de Banjul, además de reconocer a la familia como la unidad natural y la base de la sociedad en su art. 18, encarga a los Estados el deber de asistir a la misma que «custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad».

⁵ El art. 16 de la Carta Social Europea contempla el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica y así «con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

⁶ El art. 38 de esta Carta dispone, además, que el Estado «undertakes to provide outstanding care and special protection for the family, mothers, children and the aged».

⁷ Como consecuencia de esta protección, el C.E.D.H. dispone que la autoridad pública no podrá realizar injerencias en el ejercicio de este derecho salvo cuando «esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁸ Véase C. Ovey, «The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention», *Human Rights Law Journal*, vol. 19, págs. 10-12.

⁹ El art. 20 de la C.D.N. se refiere a la protección los niños «temporal o permanentemente privados de su medio familiar». En la proyecto de Convención elaborado inicialmente por Polonia en 1979 no se hacía referencia a esta expresión, sino al «niño privado del cuidado de los padres». Algunas delegaciones, durante el proceso de adopción de la Convención sugirieron que esta expresión era demasiado vaga para incluirse en una convención y propusieron que, en su lugar, se utilizase la expresión «familia biológica». Véase NN.UU. Doc. E/CN.4/1982/L.41, párrs. 42-63.

meramente biológico y acepta como ambiente familiar muchas más estructuras que la clásica «unidad familiar» compuesta por un padre, una madre y unos hijos¹⁰. Esta expresión ha sido incluida, asimismo, en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, adoptada en 1990¹¹.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que en el seno de la familia, tenga esta la estructura y composición que tenga, el niño es la parte más débil frente a las personas encargadas de cuidarle. Se podría decir que existe un *desequilibrio de poder* del niño respecto a los miembros de su familia. Por ello, el Derecho Internacional de los derechos humanos debe velar porque este desequilibrio no se convierta en abuso de poder. Pero, ¿cómo se pueden evitar estos abusos de poder?, el problema estriba en saber si el Derecho Internacional puede regular esferas de la «intimidad familiar», es decir, si lo que ocurre en el seno de una familia concierne exclusivamente a la vida privada de sus miembros.

En el Derecho interno esta separación entre lo que es «público» y lo que es «privado» o íntimo ya ha sido superada y así, la protección de los derechos humanos no se detiene en el umbral del hogar familiar protegiendo a las personas de las violaciones de sus derechos cometidos por sus familiares. Pero en el Derecho Internacional esta concepción ha persistido durante más tiempo. Así, aunque, como se ha visto, se reconoce la importancia de la familia, se ha dado prioridad a la defensa de la misma *frente* al Estado.

En este sentido, históricamente se ha entendido que los niños «pertenecen» a los padres y no al Estado, y éste no puede ni debe intentar interferir en el ámbito privado de la vida familiar donde estos son educados. De hecho, como se ha examinado, el Derecho Internacional de los derechos humanos protege a la familia, tanto en el ámbito universal, como en el regional, de injerencias arbitrarias o ilegales por parte del Estado. El ejemplo más evidente lo constituye, sin duda, el anteriormente visto art. 8 del C.E.D.H. Sin embargo, esta situación ha ido cambiando, sobre todo desde la adopción de la C.D.N., que saca los niños de esa *invisibilidad* que venían ocupando en el Derecho Internacional. Ahora los niños tienen Derechos que pueden esgrimir frente al Estado y también frente a sus padres o cuidadores. Ahora el Derecho Internacional reconoce y consagra los Derechos del niño sin detenerse en el ámbito privado o interno de la familia.

¹⁰ En palabras de G. Van Bueren «The concept of family environment is important because it has implications outside of the biological family, conveying the notion that social institutions ought to resemble the positive attributes of the family». Así, «Family environment focuses attention on the substantive nature of the roles that family life performs in people's lives, including the provision of shelter, refuge, emotional support and economic needs; the teaching of socialization skills; and the functioning of the family as a reproductive unit». «The international protection of...», *loc. cit.*, pág. 740.

¹¹ En efecto, su preámbulo reconoce que el niño debería crecer en un medio familiar en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión. Véase O.U.A. Doc. C.A.B./L.E.G./24.9/49 (1990).

II. LOS DERECHOS DEL NIÑO RELACIONADOS CON LA FAMILIA. SU PROTECCIÓN POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los instrumentos jurídico-internacionales destinados a la protección de los derechos humanos de forma general que han sido examinados, después de reconocer la importancia de la familia, contemplan el derecho de todo ser humano a formar la suya y que sea respetada. Pero este derecho se le reconoce a todo hombre y a toda mujer «si tienen edad para ello», como se señala en el P.I.D.C.P.¹², es decir, es un derecho de todo ser humano *adulto*¹³. Del mismo modo, en los instrumentos jurídicos que protegen, de forma específica, a los niños, nada se dispone, antes de la adopción de la C.D.N., sobre el derecho del niño, si es que lo tiene, a una familia.

En efecto, ni la primera Declaración de los derechos del niño, elaborada en 1924¹⁴, ni la segunda, adoptada en 1959¹⁵ se refieren, con claridad, a cuáles

¹² Este derecho a formar una familia suele expresarse en el reconocimiento del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. Esta redacción resulta hoy en día demasiado estrecha, pues el concepto de familia se ha ampliado y, en la actualidad, se admite que un entorno familiar no tiene por que tener su base en un matrimonio, ni siquiera en una relación de pareja.

¹³ Aunque hay que recordar, en este sentido, que los instrumentos jurídico-internacionales destinados a la protección de los derechos humanos son, en general, especialmente «oscuros» a la hora de establecer una *edad mínima para contraer matrimonio* y que, en muchos Estados, esta edad esta, situada muy por debajo de la edad establecida para el fin de la niñez a efectos generales, es decir, la edad de dieciocho años. Esto significa que el matrimonio de una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, si cuenta con las respectivas autorizaciones establecidas en las legislaciones estatales, le concede, en general, la *asimilación a la edad adulta* conforme a la ley que le sea aplicable. Y esta adquisición prematura de la mayoría no contraviene la definición jurídica de «niño» de la C.D.N., sino que esta situación se encuentra comprendida en la excepción general establecida en el art. 1 que permite que el menor alcance, conforme a la legislación que le sea aplicable, alcanzar antes de los dieciocho años la mayoría de edad. Sin embargo «interpretando el conjunto de la Convención y poniéndola en relación con la actividad llevada a cabo por el Comité de los Derechos del Niño y con otros instrumentos jurídicos, esta adquisición prematura de la mayoría por medio del matrimonio debe ser contemplada como *excepcional*». P. Trinidad Núñez: *El niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002, pág. 299.

¹⁴ Acerca de esta Declaración, el primer instrumento internacional destinado a la protección de los derechos humanos, y su gestación (la lucha de una maestra inglesa, *Eglantyne Jebb*, por socorrer a los niños víctimas de guerras en todo el mundo, que culminó con la redacción material del proyecto de Declaración en la cima del monte Salève, en Ginebra), véase G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, págs. 6-9; M. I. Álvarez Vélez, *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, págs. 21-25; I. Campoy Cervera, «Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños», *Derechos y Libertades*, año III, n.º 6, febrero de 1998, págs. 279-327; En cualquier caso, respecto a esta Declaración hay que tener en cuenta que se trata de un instrumento que, «sin pretender restarle el enorme valor que como toma de posición de una sociedad posee, puede ser calificado como de «carácter simbólico», y ello por dos razones: en primer lugar, porque no sólo no es de carácter vinculante para los Estados, sino que además no contiene recomendaciones a los mismos, ya que encomienda deberes a «los hombres y mujeres de todas las naciones». En segundo lugar, porque se puede decir que no reconoce derechos en sí, sino que, por el contrario,

son las obligaciones de la familia respecto al niño. En ambas declaraciones el niño no tiene un derecho específico a una familia, sino que, como se reconoce en el Preámbulo de la Declaración de 1959, es un ser vulnerable que, por su falta de madurez física y mental, necesita «protección y cuidado especiales» y, por ello, la humanidad le debe lo mejor que puede darle. Tan sólo el Principio 6 de esta declaración afirma, de forma genérica, que «siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres».

1. LA C.D.N. Y LOS DERECHOS DEL NIÑO RELACIONADOS CON LA FAMILIA

Tampoco la C.D.N. contempla, en puridad, que el niño tenga derecho a una familia. El Estado ha de respetar los derechos de los padres, aunque la Convención no precisa claramente cuales son estos derechos y donde se establecen sus límites. Asimismo, el niño tiene derecho, como se ha dicho, a preservar su identidad, estando incluidas en esta las relaciones familiares. Pero no queda claro hasta donde abarca la familia ya que, si bien el art. 5 de la C.D.N. hace alusión a los derechos de la «familia ampliada» y de la comunidad, en realidad, el resto de la Convención se centra en la autoridad paterna o en las personas legalmente responsables del niño. En cualquier caso, la C.D.N. sí contempla, como no podía ser de otra manera, una serie de derechos del niño *relacionados* con la familia, que será conveniente examinar sucintamente, así como las reservas y declaraciones formuladas al respecto por algunos Estados Partes en la misma.

Así, la C.D.N. contiene varios preceptos que reconocen derechos al niño en relación con su familia, tales como el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, previsto en el art. 7; el derecho a no ser separado de sus progenitores contra la voluntad de estos, salvo que la separación sea necesaria atendiendo al interés superior del niño; el derecho del niño a mantener contacto con el progenitor con el que no convive, así como el derecho a conocer el paradero del familiar que el Estado haya separado de él, previstos en el art. 9. Y, por último, en el art. 10 se contempla el derecho a la reunificación familiar, esto es, el derecho del niño a reunirse con su familia si esta se encuentra en otro Estado. Sin embargo, los Estados Partes han formulado numerosas reservas en relación con estos derechos, en especial, como se verá a continuación, respecto al derecho del menor a conocer a sus padres.

se trata de una imposición a los adultos de realizar *prestaciones asistenciales* a los niños. En definitiva, en esta Declaración el niño es concebido como *objeto* de asistencia, y no como *sujeto* de derechos». P. Trinidad Núñez, *El niño... op. cit.*, pág. 40.

¹⁵ La Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada mediante Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959. Acerca de la misma puede verse, entre otros trabajos: M. Carreras, «Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989», en J. Ballesteros (ed.), *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 185-192; J. Cots i Moner, *La declaració universal dels drets de l'infant*, Estudis, Barcelona 1979.

A) Derecho del niño a conocer a sus padres

Como se ha señalado, el art. 7 de la C.D.N. contempla de forma expresa el derecho de los niños a conocer a sus padres aunque, claro está, «en la medida de lo posible». El reconocimiento de este derecho viene a toparse de bruces con la regulación existente en muchos Estados en materia de adopción, que garantiza el anonimato de la persona o personas que entregan un niño en adopción. Incluso en los Estados que admiten la posibilidad de que la persona adoptada conozca sus orígenes, este conocimiento sólo se permite cuando la persona alcanza la mayoría de edad. Las razones por las que este anonimato se ha venido protegiendo podrían encontrarse en la protección, no tanto del niño, como de sus padres adoptivos, que adquieren el derecho a criar a sus hijos adoptados *sin interferencias* por parte de sus padres o familiares *biológicos*. Esta idea procede de la concepción *clásica* de que la adopción es una institución que asiste a parejas sin hijos, más que ser contemplada como un beneficio para el niño. La cuestión está en saber si esta regulación supone una lesión del derecho del niño adoptado a conocer sus orígenes.

Pero el derecho del niño a conocer a sus padres también se enfrenta a la normativa de los Estados relativa a la *fecundación artificial*, donde el derecho del donante de semen o de la donante de óvulos a preservar su anonimato se garantiza por encima del derecho del niño (o incluso del adulto) a conocer sus orígenes. Aquí, por tanto, las razones son otras que en el caso de la adopción. Aunque también se priva al niño nacido por esta vía de conocer sus orígenes genéticos. Así pues, tanto en este precepto, como en los relativos a la adopción, la mayoría de las reservas formuladas por los Estados tienen que ver con el supuesto derecho del niño adoptado a conocer su identidad. Este derecho tiene limitaciones en muchos Estados partes¹⁶.

La cuestión está, en definitiva, en saber si reconocido derecho del niño a conocer a sus padres, incluye el derecho del niño adoptado o nacido por fecundación artificial a conocer a sus padres o a otros parientes biológicos. Se puede entender que así es, ya que negarle al niño el acceso al conocimiento de sus orígenes biológicos supone una discriminación de los niños adoptados. Este acceso

¹⁶ Este es el caso, por ejemplo, de la República Checa que declaró que «en los casos de adopción irrevocable, que se basan en el principio del anonimato de estas adopciones, y en los de fecundación artificial, en los que el médico encargado de la operación está obligado a asegurar que el marido y la mujer, por una parte, y el donante, por la otra, no se conozcan, la no comunicación del nombre del padre natural o de los nombres de los padres naturales al hijo no está en contradicción con esta disposición». En el mismo sentido se expresan las reservas formuladas por Polonia: «el derecho de un niño adoptado a conocer a sus padres naturales estará sujeto a las limitaciones impuestas por las normas jurídicas vinculantes que permiten a los padres adoptivos mantener la confidencialidad del origen del niño», de Luxemburgo, que «estima que la Convención no obstaculiza en modo alguno el procedimiento jurídico respecto de los nacimientos anónimos, lo que, tal como se prevé en el art. 3 de la Convención, se considera favorable a los intereses del niño». Véase las Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño. NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

al conocimiento de sus orígenes no tiene por qué estar exento de ciertos límites y debe tener en cuenta el grado de madurez del menor. Pero negarle este derecho supone, al fin y al cabo, una discriminación del niño adoptado frente al que no lo es, y viola, por tanto, el principio de no discriminación contemplado en el art. 2 de la C.D.N. Hay que tener en cuenta, además, que reconocer el derecho al niño a conocer a su familia biológica garantiza que no vuelvan a ocurrir atrocidades como las que se cometieron en Europa durante el Genocidio Nazi, en el que hijos de deportados a campos de concentración fueron entregados en adopción a otras familias, o en Argentina durante la dictadura militar sufrida durante el período comprendido entre finales de los años 70 y principios del decenio de los 80, en la que muchos niños hijos de detenidos y desaparecidos fueron *dados* a familias afines al régimen militar¹⁷.

B) Derecho a mantener contacto con los padres y derecho de reunificación familiar

Salvo que sea aconsejable en el interés superior del niño, la C.D.N. establece que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Si esto ocurriera, los Estados deben respetar el derecho del niño a mantener relaciones y contacto con ellos¹⁸. La C.D.N. dispone que esta separación familiar se realice por las «autoridades competentes» y «a reserva de revisión judicial», es decir, debe existir la posibilidad de recurrir en vía judicial esta decisión. Este último extremo ha sido objeto de reservas por parte de algunos Estados como Bosnia y Herzegovina, argumentando que su legislación «establece el derecho de las autoridades competentes (de tutela) a decidir la separación de un niño de sus padres sin una revisión judicial previa»¹⁹.

¹⁷ Como es bien sabido, un número muy importante de niños desapareció durante la dictadura argentina, algunos fueron secuestrados, pero la mayoría nacieron en cautividad, estando sus madres en centros de detención. Algunos de ellos murieron al nacer, pero otros muchos fueron arrancados de sus madres (que en algunos casos no llegaron a conocer ni el sexo del recién nacido) y entregados en adopción a familias afines al régimen. Por ello, Argentina, durante el proceso de redacción de la Convención, propuso que esta reconociera el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos *en todo caso*.

¹⁸ Hay que observar, a este respecto, que la República de Corea ha formulado una reserva por la que no se considera obligada por el párrafo 3 del art. 9, es decir, no reconoce el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres si está separado de ellos. Véase NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

¹⁹ En parecidos términos se formuló la reserva realizada, aunque después retirada, por Croacia, ya que «las autoridades competentes pueden separar a un niño de sus padres sin necesidad de previa revisión judicial». En Islandia las autoridades administrativas pueden adoptar decisiones finales en algunos casos, aunque «Esas decisiones están sujetas a revisión judicial en el sentido de que es un principio del derecho de Islandia que los tribunales pueden dejar sin efecto las decisiones administrativas si estiman que se han basado en premisas contrarias a derecho». Asimismo, para algún Estado, como es el caso de Japón, pueden existir casos que justifiquen la separación de los padres del niño, contra la voluntad de los mismos, y sin que esta separación pueda ser determinada por el interés superior de éste, ya que ha declarado que «el párrafo 1 del art. 9 de la Convención no se aplica a los casos en que se separa a un niño de sus padres a causa de una deportación conforme a sus leyes de inmigración». *Ibidem*.

La C.D.N. también contempla el hecho de que, en algunos casos, esta separación puede estimarse necesaria por parte de las autoridades en beneficio del niño, por ejemplo, en los casos de abuso o maltrato del niño por parte de sus familiares, como se examinará más adelante. Y, además, la separación puede producirse por otras causas, como puede ser la lícita detención, encarcelamiento, exilio o deportación. En estas situaciones la C.D.N. prevé que el Estado facilite al niño o a su entorno «información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes»²⁰.

En cuanto al *derecho a la reunificación familiar* del niño que reside en un Estado distinto al de sus padres, fue propuesto durante la adopción de la Convención por las delegaciones de Francia y Estados Unidos²¹, también ha sido objeto de reservas por parte de los Estados. Así, de un lado, algunos Estados, como Suiza o Liechtenstein, no garantizan la reunión de la familia para «ciertas categorías de extranjeros». Esta reserva resulta demasiado general, pues los Estados no especifican a qué «categorías» de extranjeros se refieren²². Estos Estados reservantes parecen ignorar que la propia C.D.N., (en el mismo art. 10), ha previsto que este derecho del niño de salir o entrar en un Estado con el fin de reunirse con su familia podrá sufrir restricciones por parte de los Estados, debiendo estar las mismas establecidas por ley²³, con lo que se entiende que estas reservas son innecesarias. De otro lado, Japón ha realizado una matización del derecho del niño a la reunión con su familia interpretando que la obligación de atender toda petición para entrar o salir de un Estado parte con fines de reunificación familiar «no afecta el resultado de esas peticiones». De esta forma, con esta interpretación se limita de forma considerable el alcance del derecho del niño a la reunificación familiar pues el Estado cumple su parte con *atender* a la solicitud del niño de entrar o salir del Estado, sin garantizar que lo vaya a permitir. Si bien no hay que olvidar que la C.D.N. dispone que esta petición ha de ser

²⁰ Este derecho a recibir información también ha sido objeto de reserva. Tal es el caso de Omán, que entiende que esta información podrá darse a menos que resulte *perjudicial para la seguridad pública*.

²¹ Tal y como se ha puesto de manifiesto, había un impulso de carácter político detrás de la iniciativa estadounidense, pues «The right to leave and to return to one's country had become an issue between the United States and the Soviet Union soon after the end of World War II. It became an even more serious problem during the 1970s and the increasing controversy over restrictions on the emigration of Soviet Jews. It was not surprising, therefore, that in the earlier stages of the negotiations on the Convention on the Rights of the Child, the Soviet delegates opposed the U.S. proposal regarding Article 10(2)». L. J. Leblanc, *The Convention...*, *op. cit.*, pág. 116.

²² Otros Estados también ponen limitaciones a este derecho, como las Islas Cook, que se reserva el derecho de aplicar sus legislación en materia de entrada, residencia y salida del país. En el mismo sentido se manifiesta Singapur, que excusa este límite en ser «uno de los países independientes más pequeños del mundo y uno de los que tiene mayor densidad de población». NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

²³ De hecho, la Convención prevé esas restricciones solamente pueden ser las que, estipuladas por ley, «sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención» (art. 10.2).

atendida de forma «positiva, humanitaria y expeditiva», lo que no dejaría mucho margen de interpretación.

C) Derechos del niño privado de una familia: Adopción, guarda y custodia

Tal y como advertimos, la C.D.N. reconoce protección y asistencia especiales a los niños que, de forma temporal o permanente, se encuentren privados o apartados de lo que la Convención denomina, de forma amplia, su *medio familiar*. Así, prevé que los Estados proporcionen asistencia y protección al niño que carece de un entorno familiar por medio de diversas instituciones, entre las que figura la adopción, la guarda y otras formas de custodia del menor, como la *kafala* del derecho islámico, expresamente mencionada.

Las reservas y declaraciones formuladas por los Estados Partes en la C.D.N. en relación con estos derechos del niño privado de una familia, podrían reunirse en dos grandes grupos. Por una parte, se encuentran las reservas formuladas por Estados de confesión islámica, argumentando que *la ley cherámica, prohíbe la adopción*. Tal es el caso, por ejemplo, de Egipto que declaró que «la ley cherámica es la fuente fundamental de legislación en el derecho positivo egipcio y que, según dicha ley, es obligatorio proporcionar a los niños todos los tipos de atención y cuidado por diversos medios, excluido no obstante el sistema de adopción establecido en otros cuerpos de derecho positivo» por ello «expresa su reserva a todas las cláusulas y disposiciones de esta Convención relativas a la adopción, y en particular a las disposiciones de los arts. 20 y 21 de la C.D.N. que se refieren a la adopción»²⁴. Es posible afirmar, sin reparos, que estas reservas carecen de sentido, teniendo en cuenta que la propia C.D.N. contempla la *Kafala* del derecho islámico como uno de los cuidados que los Estados Partes garantizarán a los niños privados de su medio familiar «de conformidad con sus leyes nacionales»²⁵.

²⁴ En el mismo sentido han formulado reservas a los arts. 20 y 21 de la C.D.N., Estados como Brunei Darussalam, República Árabe Siria, Kuwait («la ley cherámica es la principal fuente de derecho, prohíbe estrictamente abandonar la religión islámica y por consiguiente no aprueba la adopción»), Omán o Jordania para el que estos preceptos no son compatibles con los «preceptos de la tolerante ley cherámica». NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

²⁵ No en vano se ha sostenido que algunas reservas formuladas a los arts. 20 y 21 de la Convención se han revelado inútiles pues, por ejemplo «a la demande des Etats de tradition islamique, l'article 20.3 de la Convention a été complété par une référence à l'institution de la "kafalah de droit islamique" comme une solution possible pour l'enfant qui ne peut rester dans sa famille d'origine. Quant à l'article 21, relatif à l'adoption, il ne s'applique expressément qu'aux "Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption". En dépit de ces restrictions qui, sur le plan juridique, ne prêtent aucunement à confusion, plusieurs Etats ont jugé opportun de réitérer leur opposition à toute institution de prise en charge des enfants privés de milieu familial qui serait contraire à leurs traditions religieuses. Leur attitude a la particularité de mettre en cause le statut des enfants appartenant à des minorités religieuses qui connaissent l'institution de L'adoption» (M. F. Lüker-Babel, «Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international», *E.J.I.L.*, 8, 1997, pág. 670). No hay que olvidar, además, que 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 la colocación en hogares de guarda, en los

Además, el art. 21 habla de las medidas que han de tomar los Estados Partes «que reconocen o permiten el sistema de adopción». Con ello se entiende claramente que la C.D.N. *no dispone que los Estados deban recoger la adopción en sus ordenamientos, sino que los mismos deben contemplar instituciones que ofrezcan asistencia y protección al niño que carece de un medio familiar.* Y en aquellos Estados en que se admita la adopción, la misma ha de contar con ciertas salvaguardias²⁶.

Por otra parte, pueden encontrarse una serie de reservas y declaraciones relativas a la adopción, que nada tienen que ver con las anteriormente examinadas. En efecto, las mismas no tratan de limitar o rechazar la adopción sino que, por el contrario, *intentan que se dote a esta institución de las mayores garantías posibles.* El ejemplo más significativo lo constituye la reserva formulada por Argentina, que declara que los apartados relativos a la adopción internacional no serán de aplicación en el territorio de su jurisdicción porque, para que su aplicación sea posible, habría de arbitrarse un mecanismo fuerte que prevenga la venta y el tráfico ilegal de niños²⁷.

Una vez realizado este breve examen sobre la regulación de los derechos relacionados con la familia en la Convención que protege todos los derechos de los niños, para analizar cómo se enfrenta el ordenamiento jurídico internacional a la lucha contra la violencia intrafamiliar perpetrada contra los niños, es necesario examinar, en primer lugar, cuáles son los límites de los derechos de los progenitores frente al niño. En segundo lugar, es preciso observar cómo puede la atribución de deberes a los niños respecto a su familia, impedir la prevención de casos de abuso y maltrato a los mismos.

2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LOS PADRES FRENTE A SUS HIJOS

La preocupación fundamental por parte del Derecho Internacional respecto a la familia se ha venido reduciendo a regular que las relaciones familiares no sean perturbadas y no sufran injerencias ilícitas, es decir, a garantizar la intimidad y privacidad familiar. Esta protección de la vida familiar como vida privada, ha sido consagrada en el art. 17 del P.I.D.C.P. y en el art. 8 del C.E.D.H., tal y como se ha visto.

planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, reconoce de forma expresa en su Preámbulo que «en los principales sistemas jurídicos del mundo existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa, como la Kafala del derecho islámico, las que proporcionan atención sustitutiva a los niños que no pueden ser cuidados por sus propios padres». NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

²⁶ En idéntico sentido se podría interpretar la reserva realizada por Canadá, según la que este Estado no aplicará las disposiciones del art. 21 «en la medida en que puedan ser incompatibles con las formas consuetudinarias de asistencia existentes entre las poblaciones aborígenes del Canadá». NN.UU. Doc. C.R.C./C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

²⁷ Sin duda esta reserva es fruto de las atrocidades cometidas en Argentina durante el período comprendido entre 1977 y 1983, no hay que olvidar que Argentina fue la promotora de la inclusión del art. 7, visto antes, relativo al derecho del niño a preservar su identidad.

Esta ausencia de regulación de las relaciones entre los miembros de una familia ha dejado al niño expuesto e indefenso ante los abusos por parte de sus propios familiares. Pero esta especie de «política de no intervención» por parte del Derecho Internacional en las relaciones familiares está cambiando poco a poco. Así, de forma progresiva, las instancias internacionales de protección de derechos humanos, por una parte, respetan el derecho del individuo a la vida familiar pero, por otra parte, también contemplan el deber del Estado de velar por el niño e intervenir, llegado el caso, si existe una situación de riesgo de que los miembros de la familia del niño puedan abusar de él. Tal y como ha puesto de manifiesto G. Van Bueren «The privacy of the family is no longer sacrosant»²⁸.

Este cambio en la concepción de la familia como pequeña *dictadura* donde los progenitores tienen todo el derecho sobre sus hijos, sin que el Estado pueda opinar al respecto, comenzó a cambiar durante el proceso de elaboración de la C.D.N. En efecto, el art. 5 de la misma obliga a los Estados a respetar los derechos y deberes de dirección y orientación sobre el niño «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». Ahora bien, estos derechos de dirección y orientación habrán de ejercerse en consonancia con la evolución de las facultades del menor para que el mismo pueda ejercer los derechos reconocidos en la C.D.N. Esto significa que las personas encargadas de su cuidado han de escuchar y tener en cuenta la opinión del niño. En este sentido, se ha observado acertadamente que el derecho a tener una opinión no significa que el niño *deba*, en todo caso, dar una opinión inequívoca, sino sólo que al menor se le debe dar la oportunidad de hacerlo si lo desea²⁹.

Pero, la adopción de este artículo suscitó, como era de esperar, controversias entre algunas delegaciones. Así, por una parte, las delegaciones de Estados Unidos y de Australia sostenían que este precepto debía enfatizar la importancia de la familia y sus responsabilidades en el cuidado y educación del niño. Estas delegaciones manifestaron que atribuían gran importancia a la familia como núcleo natural y fundamental de la sociedad y que la misma debía tener una protección similar a la reconocida en el P.I.D.C.P. y el P.I.D.E.S.C.³⁰.

Sin embargo, otras delegaciones, especialmente la de Canadá, se mostraron en desacuerdo con esta propuesta ya que, en primer lugar, el art. 5 debería referirse a la responsabilidad de los padres en el ejercicio de sus derechos sobre el niño, teniendo en cuenta la capacidad evolutiva del mismo así como la necesidad de que alcance la madurez hasta independizarse al llegar a la edad adulta. En se-

²⁸ G. Van Bueren, *The international law...*, *op. cit.*, pág. 72.

²⁹ Cfr. M. G. Flekkøy, «Attitudes to Children-Their Consequences for Work for Children», en M. Freeman y P. Veerman (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, pág. 137.

³⁰ NN.UU. Doc. E/CN.4/1987/25, de 9 de marzo de 1987, párrs. 100-102.

gundo lugar, la observadora de Canadá mostró su preocupación acerca de que la protección de los derechos de la familia se realizase en el mismo sentido que en el art. 23 del P.I.D.C.P., ya que este precepto está destinado a proteger a la familia *del* Estado y la inclusión de esta disposición «en una convención sobre los derechos del niño debería garantizar que los derechos del niño no quedasen exclusivamente al antojo de la familia, sin protección alguna del Estado, en otras palabras, al proteger a la familia del Estado, no debía darse a la familia un control arbitrario sobre el niño»³¹.

Estas observaciones fueron, no sin reparos, acogidas y el art. 5 contempla el objetivo pretendido por la delegación canadiense, es decir, que la protección de la familia quede compensada con la protección del niño en el seno de la misma. En definitiva, el art. 5 de la C.D.N. viene a reflejar el delicado equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos correlativos de los padres³².

La C.D.N. completa, además, este enfoque con la obligación impuesta en el art. 12 a los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y de su madurez. Así, habrá de dársele al niño la oportunidad de ser oído en cualquier procedimiento que le afecte «ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional». Este derecho, como se ha advertido «fluctuates between the child's dependency on the family and the complete liberty of expression»³³.

Pero los órganos internacionales de protección de derechos humanos se han venido enfrentando a la nada fácil tarea de definir y delimitar qué ha de entenderse por responsabilidad paternal y cuáles son sus límites³⁴. Así, en el ámbito

³¹ *Ibidem*, párr. 106.

³² Sin embargo, este equilibrio no ha sido comprendido y aceptado de forma general. Baste, como ejemplo, recordar las manifestaciones de la Santa Sede, tanto en el proceso de elaboración de la C.D.N. como, posteriormente, al formular reservas y declaraciones a la misma, en las que manifestó que «interpreta los artículos de la Convención de una manera que salvaguarde los derechos primarios e inalienables de los padres, en particular los derechos que conciernen a la educación (arts. 13 y 28), la religión (art. 14), la asociación con otros (art. 15) y la intimidad (art. 16)». NN.UU. Doc. CRC/C/2/Rev. 8, de 7 de diciembre de 1999.

³³ M. F. Lücker-Babel, «The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child», *The International Journal of Children's Rights*, n.º 3, 1995, pág. 394. En el mismo sentido, véase B. C. Hafen y O. Hafen: «Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child», *Harvard International Law Journal*, vol. 37, n.º 2, 1996, págs. 449-492.

³⁴ Si bien el Consejo de Europa aprobó en 1984 una Resolución sobre las responsabilidades parentales, la misma no es muy precisa, ya que define las responsabilidades parentales como una «collection of duties and powers which aim at ensuring the moral and material welfare of the child, in particular by taking care of the person of the child, by maintaining personal relationships with him and by providing for his education, his maintenance, his legal representation and the administration of his property». Recomendación n.º R(84) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre Responsabilidades Parentales, de 28 de febrero de 1984.

regional europeo resulta muy significativo, en este sentido, el *Asunto Nielsen c. Dinamarca*³⁵. En este caso la madre de un niño de 12 años, con todos los derechos legales sobre él, le había internado en un centro para enfermos mentales durante 5 meses y medio. El padre, contrario a esta decisión unilateral, llevó el caso ante la Cm.E.D.H. y posteriormente ante el T.E.D.H., alegando que se había producido una violación del C.E.D.H., del art. 5.1 (derecho de toda persona a no ser privado ilegalmente de su libertad) y del 5.2. (derecho de toda persona privada de su libertad a presentar recurso ante un tribunal).

Tanto la Comisión como el Tribunal aprovecharon la oportunidad que les brindó este asunto para manifestar *que los derechos de los padres sobre un menor no pueden ser ilimitados*. Si bien el T.E.D.H., al contrario que la Cm.E.D.H., no consideró que existiese una vulneración del art. 5, porque la privación de libertad se había realizado por parte de la madre, en un acto de responsabilidad en el ejercicio de sus derechos de custodia, manifestando que:

«The care and upbringing of children normally and necessarily require that the parents or an only parent decide where the child must reside and also impose, or authorise others to impose various restrictions on the child's liberty. Thus the children in a school or other educational or recreational institution must abide by certain rules which limit their freedom of movement and their liberty in other respects. Likewise a child may have to be hospitalised for medical treatment»³⁶.

Así pues, el T.E.D.H. determinó que, a pesar de haberse demostrado claramente que el niño no estaba mentalmente enfermo, estaba todavía en una edad en la que «it would be normal for a decision to be made by the parent even against the wishes of the child»³⁷. En definitiva, aunque la relevancia de este asunto es grande porque admite que existen límites en el poder de decisión de los padres respecto a sus hijos menores, los resultados en la práctica dejaron todavía mucho que desear.

Asimismo, hay que observar que varias decisiones de la Comisión han puesto de manifiesto que, si se trata de un conflicto del menor frente a sus padres a la hora de elegir el lugar de residencia, en el caso por ejemplo, de menores que huyen de casa o se van a vivir con sus novios/as, prima la obligación de vivir con los padres, frente al derecho a elegir el lugar de residencia del menor³⁸.

En suma, aunque queda claro que los menores no son una posesión de sus progenitores y aunque éstos puedan tomar decisiones en defensa de sus hijos, estas decisiones se han de tomar sobre la base de lo que ellos decidirían o, al

³⁵ Sentencia de 28 de noviembre de 1988. *Asunto Nielsen*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sin embargo, en un voto separado, el Juez Pettiti discrepa de este fallo, negando que pueda ser comparable la hospitalización de un niño con el internamiento en un centro psiquiátrico. *Ibidem*.

³⁸ Véanse las demandas n.º 6753/74 y 6854/74.

menos, «on one's best judgement of what is in that person's best interest»³⁹. Por ello, los derechos parentales no carecen de límites. Sin embargo, en el Derecho Internacional no se ha establecido, con claridad, si el interés superior del niño, reconocido como uno de los principios rectores de sus derechos, debe ser *la* consideración primordial en los asuntos que le conciernan o tan sólo *una* consideración a tener en cuenta.

3. LOS DEBERES DE LOS HIJOS FRENTE A SUS PADRES EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UNA POSIBLE LEGITIMACIÓN DE ABUSOS

No es frecuente que se contemplen en el Derecho Internacional obligaciones de los menores, de hecho, tan sólo tres instrumentos jurídico-internacionales contemplan deberes de los niños respecto a sus progenitores: por una parte, la Declaración Americana de Derechos Humanos consagra en su art. 30 el deber de los hijos de honrar a los padres, así como ayudarles, apoyarles y protegerles cuando lo necesiten. Por su parte, el art. 29 de la Carta de Banjul contempla obligaciones específicas de los individuos para con familias, incluidos los niños. Así, estos tienen el deber de «preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de ésta» también deben respetar a sus padres en toda ocasión, y mantenerles en caso de necesidad. Asimismo, la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño contempla, entre las responsabilidades impuestas en su art. 30⁴⁰, el deber de todos los niños de trabajar por la cohesión de la familia, de respetar a sus padres, superiores y mayores *en todo momento* y asistirles en caso de necesidad.

Pero esta consagración de deberes del menor respecto a sus familiares encierra grandes peligros. No es que los niños, en especial los que alcanzan cierta capacidad de discernimiento, deban estar exentos de toda obligación. Al contrario, inculcarles cierta responsabilidad contribuye a su desarrollo. Además, si se les reconoce la evolución de sus facultades, del mismo modo habrá de atribuirles una progresiva conciencia de las implicaciones de sus actos. En este sentido «the concept of responsibility is particularly important for children as it help educate others in the potential value of children's contributions toward society, a potential often overlooked»⁴¹.

³⁹ Así, «If we agree on this principle, we have come a long way from the view that parents have absolute power over their minor offspring and can do whatever they want to or with their children». M. G. Flekkøy, «Attitudes to Children...», *loc. cit.*, pág. 137.

⁴⁰ No son pocos los deberes que este Convenio les impone a los niños, no sólo respecto a su familia y sociedad, sino también para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas e, incluso para con la Comunidad Internacional. Así, el niño debe servir a su comunidad nacional, preservar y reforzar la solidaridad social y nacional, los valores culturales africanos, la independencia e integridad de su país y contribuir con lo mejor de sus facultades, en todo momento y a todos los niveles, a la promoción y desarrollo de la unidad africana. Sin lugar a dudas ésta es un carga demasiado pesada como para ser soportada por los hombros de un niño.

⁴¹ G. Van Bueren, *The International Law...*, *op. cit.*, pág. 76.

El problema se plantea, especialmente, en el caso de la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño. Y es que la redacción tan genérica de este deber de los niños de respetar *en toda ocasión* a sus mayores en general es demasiado amplia. ¿Se debe interpretar este precepto en el sentido de que un menor que está sufriendo situaciones de violencia intrafamiliar debe, a pesar de ello, continuar respetando y apoyando la cohesión de la familia?⁴² Aunque se trata de una interpretación que está, a todas luces, enfrentada con el reconocimiento rotundo del interés superior del niño contenido en el art. 4 de la Carta⁴³, se podría afirmar que el reconocimiento de deberes del niño hacia su familia puede suponer una traba en la lucha contra la violencia intrafamiliar.

III. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DERECHO DEL NIÑO A SER PROTEGIDO FRENTE A ABUSOS COMETIDOS POR SUS FAMILIARES

De lo visto anteriormente, parece claro que es la familia el lugar apropiado donde las necesidades del niño están cubiertas y desde donde mejor se protegen sus derechos. En consecuencia, la mejor forma, inicialmente, de proteger al niño frente a cualquier tipo de abuso es velar porque su familia no sufra carencias y pueda hacer frente a las necesidades del niño. La asistencia y protección a la familia se traduce en la mejor prevención contra cualquier tipo de abuso que pueda sufrir el niño. Sin embargo, como se ha observado, «los niños corren más peligro allí donde deberían estar más seguros: en sus familias. De hecho, es más probable que sean asesinados, agredidos físicamente, raptados o sometidos a prácticas tradicionales perjudiciales o a la violencia mental por miembros de su propia familia»⁴⁴.

En efecto, si históricamente los casos de abuso, maltrato o violencia infantil han venido referidos a las instituciones públicas encargadas de educar y cuidar del niño, como colegios, internados y orfanatos (no son pocos los autores, especialmente de origen anglosajón, que ven en las novelas de Charles Dickens, sobre todo en *Oliver Twist*, el comienzo de la preocupación por la violencia perpetrada contra los niños en las instituciones ya a mediados del siglo XIX⁴⁵).

⁴² Ello sin hacer mención de los casos en que los niños se convierten en «pagadores» de las deudas contraídas por los padres ¿se trata de una forma de contribuir al «armonioso desarrollo de la familia»?

⁴³ Este artículo dispone que «In all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be the primary consideration».

⁴⁴ U.N.I.C.E.F., *Innocenti Digest 2. Niños y Violencia*, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño, pág. 5.

⁴⁵ Si bien Dickens, en su preocupación por la infancia que predominó en su obra, también puso de manifiesto la crueldad de la violencia en el seno de las familias. Baste recordar las crudas palabras del protagonista de *Grandes Esperanzas* al describir a su hermana: «My sister, Mrs Joe Gargery, was more than twenty years older than I, and had established a great reputation with herself and the neighbours because she had brought me up "by hand". Having at that time to find out for myself

Sin embargo, sólo recientemente se ha advertido que la mayoría del maltrato infantil no procede tanto de aquellas, como del seno de familias aparentemente *convencionales*⁴⁶.

Se podría definir genéricamente, siguiendo a expertos en la materia⁴⁷, los casos que los que los niños sufren violaciones de sus derechos por parte de miembros de su propia familia como *violencia intrafamiliar hacia los niños*. La definición de esta violencia intrafamiliar o maltrato infantil en el contexto familiar, es imprecisa y difícil de delimitar. Incluso, se podría afirmar que se trata de un concepto que, como ocurre con otras categorías relacionadas con los derechos humanos, se ha ido perfilando con el tiempo. Así, como se ha advertido «lo que se conceptualiza como maltrato infantil no es algo absoluto sino que es producto del contexto cultural e histórico en el que se produce»⁴⁸.

En definitiva, las diferencias entre los términos abuso, maltrato o violencia infantil en el seno de la familia no están nada claras. Pero, en cualquier caso, el elemento común a todos ellos es la perpetración de daños físicos o psicológicos al niño debido a la acción o la omisión deliberada de sus progenitores o familiares. Existe la tendencia a pensar que la violencia intrafamiliar se refiere exclusivamente a los malos tratos físicos, sin embargo, dentro de la definición que se acaba de ofrecer se engloban distintos tipos de violencia o abuso, como la negligencia o abandono, el maltrato o agresión física, el maltrato emocional o violencia psicológica, los abusos sexuales, el traslado ilícito o secuestro de menores, y la explotación laboral, entre otros⁴⁹.

Como ya se ha señalado, el Derecho Internacional ha puesto especial énfasis en proteger a los miembros de la familia de las intrusiones en su intimidad. La protección de la integridad de la unidad familiar se ha entendido esencial para

what the expression meant, and knowing her to have a hard and heavy hand, and to be much in the habit of laying it upon her husband as well as upon me, I supposed that Joe Gargery and I were both brought up by hand». C. Dickens, *Great Expectations*, Penguin Popular Classics, Londres, edición de 1994, pág. 9.

⁴⁶ En efecto, en contraste con las novelas de Dickens, como se ha observado, en la actualidad «the typical modern document on child abuse is not a novel but a newspaper feature, a social agency report or a government manifesto and its primary focus is not on the ravages of institutions, pet theories and hardened criminals but of “ordinary” families». M. M. Coady y C. A. J. Coady, «There ought to be a law against it: reflections on child abuse, morality and law», en P. Alston, S. Parker y J. Seymour (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Oxford, 1995, pág. 128.

⁴⁷ Véase J. Uroz Olivares, «La violencia en el contexto familiar», en J. Rodríguez Torrente, *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, págs. 45-70.

⁴⁸ Este mismo autor ha puesto de manifiesto que «históricamente la visión del maltrato infantil ha ido cambiando de forma que lo que en un tiempo determinado una sociedad no ha concebido como una situación perjudicial para el desarrollo infantil en otro tiempo distinto sí que se concibe como tal, por ejemplo la sociedad inglesa de finales del siglo XVII cuando se produjo la revolución industrial no concebía como una situación maltratante el trabajo infantil sin embargo hoy en día la explotación laboral de la infancia es una forma de maltrato hacia ella». *Ibidem*, pág. 48.

⁴⁹ Podrían también ser incluidos los casos de infanticidio, los de selección prenatal del sexo y los de mutilaciones sexuales femeninas que se llevan a cabo con niñas en el seno de sus familias.

el correcto crecimiento y desarrollo del niño en su seno, sin embargo, apenas se ha ocupado de las situaciones de violencia intrafamiliar. El problema de las situaciones de abuso, maltrato y violencia no ha concernido especialmente al ordenamiento jurídico internacional.

Esta situación comenzó a cambiar con la preparación de la C.D.N., en la que los Estados mostraron su preocupación por todos los casos de abuso y explotación infantil, incluidos los ocurridos en el seno familiar. Ello se pone de manifiesto, claramente, en el art. 19, que obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias, ya sean de carácter legislativo, administrativo, social o educativo «para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

La propuesta inicial de la inclusión de este precepto en el proyecto de Convención fue realizada por Canadá en 1983, que fue aceptada sin grandes obstáculos por el Grupo de Trabajo de carácter abierto encargado de redactar la Convención⁵⁰. Sin embargo, este art. no contenía el énfasis en las medidas de prevención que deberían ser adoptadas para proteger al niño frente a cualquier tipo de violencia intrafamiliar. Por ello, el grupo *ad hoc* oficioso de organizaciones no gubernamentales que participo en la elaboración de la Convención⁵¹, por medio del representante de la organización «Defensa de los Niños», afirmó que debería insistirse más en la necesidad de una acción preventiva por parte de los Estados⁵².

Esta propuesta fue recogida por Suecia, cuyo representante planteó que se añadiera un segundo párrafo al artículo relativo a los malos tratos del niño dentro de la familia, contenido en el informe de este Grupo *ad hoc* oficioso de ONGs. Así, la mayor parte de las delegaciones estuvo de acuerdo en que sirviera como base para los debates sobre un segundo párrafo de este artículo el siguiente

⁵⁰ La propuesta presentada por Canadá hablaba de «abusos deshonestos o explotación sexual, o malos tratos» los únicos desacuerdos relevantes surgieron acerca de si la palabra «sexual» debería calificar solamente a los abusos o también a los malos tratos. Esta expresión fue sustituida, a propuesta del representante de Finlandia, por «malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual». Véase NN.UU. Doc. E/C.N.4/1984/L.1, párrs. 34-39.

⁵¹ Este Grupo *ad hoc* oficioso de las organizaciones no gubernamentales sobre la elaboración de una Convención sobre los derechos del niño, sin bien contaba con voz pero no con voto, tuvo una presencia muy importante durante la elaboración de la C.D.N., especialmente en aspectos muy delicados del reconocimiento y protección de los derechos del niño, como es el caso de la prohibición de la imposición de la pena de muerte a menores de dieciocho años o la regulación de la participación de los niños en conflictos armados. Acerca de la intervención de las ONGs en el proceso de elaboración de la C.D.N. puede verse C. P. Cohen, «The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention on the rights of the Child», *H.R.Q.*, 12, 1990, págs. 137-147.

⁵² También recomendó que se hiciera referencia a «medidas sociales y educativas», recomendación que hizo suya el representante de los Países Bajos y fue aprobada por las delegaciones. NN.UU. Doc. E/C.N.4/1984/L.1, párrs. 35-36.

texto contenido en el informe de las consultas oficiosas entre organizaciones no gubernamentales:

«Con el fin de garantizar la protección que se pide en el párrafo 1, los Estados Partes apoyarán a los responsables del bienestar del niño y asegurarán y facilitarán la prevención efectiva, la identificación, la notificación, la remisión a una institución, la investigación, el tratamiento y la atención complementaria de todos los actos y omisiones de ese tipo»⁵³.

No obstante, algunos representantes opinaban que este párrafo debía, o bien suprimirse⁵⁴, o bien limitarse⁵⁵. Tras una serie de propuestas presentadas por la representante de los Estados Unidos, el representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el representante de la República Socialista Soviética de Ucrania, estos tres delegados no conseguían ponerse de acuerdo, ya que la propuesta del primero ponía énfasis, principalmente, en los procedimientos judiciales y las medidas punitivas, mientras que la propuesta del tercero insistía en que las medidas de protección deberían incluir procedimientos eficaces para la aplicación de programas sociales y el representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas quería que se omitiera este segundo párrafo del artículo.

Así, se llegó a un punto muerto en los debates que se tuvo que resolver mediante consultas oficiosas entre las tres delegaciones citadas, en las que se llegó a una propuesta de transacción que, tras leves variaciones, constituye el texto definitivo del art. 19. de la C.D.N., que dispone que las medidas de protección deberán comprender, «según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial».

Como puede observarse, la protección dispensada en la propuesta presentada por las ONGs resultaba mucho más precisa, menos genérica que la contenida en el texto adoptado finalmente. Efectivamente, como previno la delegación del Reino Unido, los Estados no estaban dispuestos a ir tan lejos, lo que significa que no estaban dispuestos a asegurar y facilitar una prevención efectiva de la violencia intrafamiliar. Esto concuerda plenamente con la actitud de los Estados frente a estos abusos, ya que «while there are convincing arguments why the State should hesitate to intervene coercively in the family, there is no doubt that

⁵³ *Ibidem*, párr. 40.

⁵⁴ Tal es el caso de la República Democrática Alemana o de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

⁵⁵ Así, por ejemplo, la delegación de los Países Bajos propuso que se suprimieran las palabras «los Estados Partes apoyarán a los responsables del bienestar del niño», mientras que la delegación del Reino Unido sugirió que se suprimiera la palabra «asegurarán», ya que, a su juicio, los Estados no estaban dispuestos a llegar tan lejos.

appeal to the sanctity an privacy of the family has been used as an excuse for non-intervention by law enforcement officers in cases such as assaults on spouses or children where there is clear justification for intervention»⁵⁶. Tal y como se ha señalado, a menudo, el agresor tan sólo es arrestado después de que haya sido denunciado varias veces por su víctima.

En cualquier caso, lo cierto es que el art. 19 de la C.D.N. resulta demasiado amplio, y las nociones de abuso, descuido, malos tratos y explotación se dejan sin precisar. Aunque tal vez ello sea así, como se ha observado, para evitar definiciones que limiten estos términos⁵⁷. Asimismo, ha sido calificado de estar expresado en términos demasiado simplistas⁵⁸.

La capacidad de prevenir y, si ello fuera necesario, responder, ante situaciones en las que un niño está sufriendo abusos por parte de sus propios familiares, constituye un reto para el Derecho Internacional, tal y como se ha advertido⁵⁹. Aunque es el Estado el que se reserva la facultad de intervenir en el ámbito familiar para preservar el interés superior del menor, el ordenamiento jurídico internacional debe crear el marco o, al menos, los criterios generales que indican cuando el Estado puede separar al niño de su familia y actuar en lugar de los padres⁶⁰.

Resulta, pues, claro que los Estados deben intervenir, cuando exista un caso de violencia intrafamiliar, para proteger al niño y que ello no constituye una vulneración de la protección de la familia antes vista. Ahora bien, de la forma y el momento en que decida intervenir en el seno de una familia dependerá la efectiva protección del niño. Así, esta obligación de actuar debe llevarse a efecto de forma diligente. En este sentido, en el ámbito regional europeo, los órganos encargados de la vigilancia y aplicación del C.E.D.H. han tratado, en numerosas decisiones, los límites de actuación de los Estados en el ámbito familiar⁶¹. Tres asuntos resultan muy significativos por referirse a la violencia intrafamiliar sufrida por niños.

⁵⁶ M. M. Coady y C. A. J. Coady, «There ought to be a law...», *loc. cit.*, pág. 129.

⁵⁷ Cfr. G. Van Bueren, *The International...*, *op. cit.*, pág. 87.

⁵⁸ «That this is so is shown both by the fact that violence is arguably not always immoral ant that, where it is immoral, it is not always appropriate that it be the concern of the law». M. M. Coady y C. A. J. Coady, «There ought to be a law...», *loc. cit.*, pág. 129.

⁵⁹ Cfr. G. Van Bueren, *The International...*, *op. cit.*, pág. 87.

⁶⁰ Sin bien es cierto que la actuación de los Estados suplantando a los padres no es la situación ideal para el desarrollo armonioso del niño. Como señala la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el niño, «siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material». El Estado puede proporcionar seguridad material, pero el ambiente de afecto y la «seguridad moral» son más difíciles de lograr fuera del ámbito familiar.

⁶¹ Véase C. M. Díaz Barrado y C. Hernández Ibáñez, «La protección del niño en el ámbito europeo (Derecho Europeo y Ordenamiento jurídico español)», en F. M. Mariño Menéndez y C. R. Fernández Liesa, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 187-234, en especial págs. 196-205.

En primer lugar, el *Asunto Z y otros c. El Reino Unido*⁶², narra como cuatro hermanos sufrieron de forma continuada abandono y maltrato, tanto físico como emocional, incluyendo abusos sexuales por parte de sus padres. Los servicios sociales, teniendo información de la alarmante situación en la que los niños vivían, tardaron más de cuatro años, desde 1987 hasta 1992 (año en el que el mayor de los hermanos tenía tan sólo diez años) en tomar la decisión de separarles de sus padres y situarles en hogares de acogida. El T.E.D.H. consideró que las autoridades estatales no adoptaron las medidas protectoras adecuadas para remediar el severo abandono y abuso que los niños sufrían debido a los malos tratos de los padres, y aquéllos no tuvieron acceso a un tribunal o a un remedio efectivo para su situación. Por tanto, el T.E.D.H. declaró que se había producido una violación de los arts. 3 (derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes) y 13 (derecho a la concesión de un recurso efectivo) del C.E.D.H. En definitiva, tan importante era, para remediar la situación de violencia que sufrían los niños, que el Estado actuara, como que actuara con rapidez, ya que los cuatro años pasados causaron secuelas psicológicas posiblemente irreversibles en los menores.

En segundo lugar, en una reciente sentencia⁶³, el T.E.D.H., ha puesto de manifiesto, al contrario que el caso anterior, que una actuación demasiado rápida por parte de las autoridades locales puede constituir también una violación de derechos fundamentales. En este caso, «P» una mujer de nacionalidad estadounidense que, a causa de padecer el llamado *Síndrome de Munchhausen*, había sido condenada en este Estado por haber causado a su hijo graves lesiones físicas, contrae matrimonio con «C» en el Reino Unido y se queda embarazada de «S»⁶⁴. Las autoridades británicas, tras mantener varios contactos con el matrimonio y ante la convicción de que el bebé de ambos iba a sufrir daños, se lo llevan a las pocas horas de nacer, en 1998 y lo entregan en adopción, que tiene lugar en 2000 ante la oposición de los padres y de los abuelos paternos. Las autoridades locales demostraron tener suficientes pruebas de que S corría peligro y por ello el T.E.D.H. estima que la decisión de adoptar una medida de protección de emergencia tan dura cuando la misma naciera es apropiada:

«The Court considers that the decision to obtain the emergency protection order after S.'s birth may be regarded as having been necessary in a democratic society to safeguard the health and rights of the child. The local authority had to be able to take appropriate steps to ensure that no harm came to the baby and, at the very least, to take the legal power to prevent C. or any other relative removing the baby with a view to foiling the local authority's actions, and thereby placing the baby at risk»⁶⁵.

⁶² Sentencia de 10 de mayo de 2001. *Asunto z y otros c. El Reino Unido*.

⁶³ Sentencia de 16 de julio de 2002. *Asunto P, C. y S c. El Reino Unido*.

⁶⁴ Curiosamente, su marido es un trabajador social británico que la conoció cuando él se encontraba realizando, en Estados Unidos, una tesis doctoral sobre mujeres erróneamente acusadas de sufrir el síndrome de Munchhausen.

⁶⁵ Sentencia de 16 de julio de 2002. *Asunto P, C. y S c. el Reino Unido*, párr. 130.

Sin embargo, el Tribunal considera que la separación de una madre de su hijo a las pocas horas de nacer no está justificada, teniendo en cuenta el terrible daño que se le causa a la primera, por ello no puede ser contemplado como una «medida necesaria en una sociedad democrática» para proteger al bebé. Por esta razón, el T.E.D.H. ha apreciado que se ha producido una violación del art. 8.2 del Convenio⁶⁶.

Sea como fuere, en estos casos, en los que el Estado se ve obligado a separar al niño de su familia y de actuar en lugar de sus progenitores, ha de velar porque prime el interés superior del niño. El Estado adquiere, así, los derechos, pero también los deberes que le corresponden a los padres del niño. Ello queda de manifiesto en el art. 3 de la C.D.N., en el que se impone a los Estados la obligación de supervisar las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños para que «cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal». Si bien hay que poner de manifiesto que esta alusión a las normas establecidas por las autoridades competentes, es demasiado imprecisa, pues la C.D.N. no ofrece un criterio de cuáles deben ser las autoridades competentes y qué contenidos mínimos deben tener estas normas.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CASTIGO CORPORAL

Para finalizar, se abordará el complicado asunto de la imposición de castigos corporales a los niños como medida correctora o educativa. Se trata, en efecto, de una cuestión difícil de delimitar por la que el Derecho Internacional ha pasado de puntillas. De este modo, no podemos encontrar indicios que nos ayuden a delimitar cuándo se entiende que se está ante un caso de malos tratos y no sólo del legítimo deber de corrección de los progenitores del niño⁶⁷.

El maltrato físico ha sido definido como todo «acto intencionado o no accidental por parte de los padres o de las personas encargadas del cuidado del menor que cause daños físicos (lesiones o enfermedades) en el niño»⁶⁸, pero

⁶⁶ Hay que señalar, asimismo, que el T.E.D.H. ha considerado que la no provisión de información acerca de los abusos sufridos, constituye una violación del C.E.D.H. Este es el caso de M. G., ciudadano británico que sufrió violencia por parte de su padre (incluidos abusos sexuales) cuando era niño, que comenzó a recordar de adulto y solicitó por ello acceso a los archivos que, sobre su caso, poseen los servicios sociales de su país. Este acceso a la información se le deniega. El T.E.D.H. estima que los archivos de los servicios sociales contienen la principal fuente de información que atañe a períodos muy significativos de los años de formación del demandante, relacionados con su vida privada y familiar. Por ello, la denegación de su acceso viola el art. 8 del C.E.D.H. (Sentencia de 24 de septiembre de 2002. *Asunto M. G. c. el Reino Unido*).

⁶⁷ En este sentido, se ha observado que hasta no hace mucho «el maltrato infantil se consideraba como una facultad más de la *patria potestas* de los padres de la criatura o incluso, por analogía, de los maestros, cuidadores, o agentes investidos de autoridad. El cuidado de los niños formaba parte de la intimidad familiar y no había nada que discutir». J. A. Paja Burgoa, *La Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 1998, pág. 120.

⁶⁸ J. Uroz Olivares, «La violencia...», *loc. cit.*, pág. 51.

esta definición nos parece excesivamente estrecha, ya que es, desgraciadamente, frecuente que un niño sufra malos tratos o violencia física sin que le produzca lesiones o signos visibles físicamente. No hay que olvidar, tampoco, el efecto psicológico que la amenaza de la violencia física ocasiona en un niño⁶⁹. En cualquier caso, el elemento de la intencionalidad por parte de las personas que infligen el daño es esencial.

El problema que surge es que la violencia física hacia los niños no está completamente prohibida en el derecho interno de muchos los Estados. Como se observa desde el Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de U.N.I.C.E.F., «golpear a un niño en el seno familiar como método de disciplina, incluso con palos o cinturones, causando enormes heridas, es aún una práctica usual que está permitida pro la ley en casi todos los países del mundo»⁷⁰. De hecho, puede afirmarse que el castigo corporal por parte de los padres o personas que ostentan la custodia legal a los niños a su cargo es en muchos Estados una forma de violencia consentida legalmente, mientras que, en estos mismos Estados, cualquier tipo de violencia física ejercida por parte de sus maestros o profesores podría ser considerada como un delito.

Esta impunidad de la violencia física infligida a los niños bajo la excusa del deber de corrección de los progenitores ha sido progresivamente objeto de preocupación por parte del Derecho Internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional. Así, el Comité de los Derechos del Niño ha alentado, en sus observaciones a los informes presentados por los Estados Partes en la C.D.N., que prohíban, sin ambigüedades de ningún tipo, el empleo de cualquier castigo violento tanto en el seno de las familias como en las instituciones educativas. Una triste prueba de ello lo constituyen las observaciones realizadas por el Comité al informe inicial que presentó España en 1994 en el que mostró su preocupación por la redacción del art. 154 del Código Civil Español, que estipula que los padres pueden administrar castigos a sus hijos razonablemente y con moderación, lo que puede ser interpretado como un permiso para realizar actos contrarios al art. 19 de la Convención⁷¹.

Finalmente, hay que señalar que, en cuanto a los asuntos relacionados con castigos corporales llevados ante el T.E.D.H., los mismos no han tenido que ver con el uso de castigos corporales por parte de familiares del niño. Por el con-

⁶⁹ Véase, en este sentido, la Sentencia del T.E.D.H. de 29 de enero de 1982, *Asunto Campbell y Cosans*, en la que los padres de dos niños que asisten a un colegio escocés denuncian la imposición habitual de castigos corporales a los alumnos y las secuelas psicológicas que el miedo a recibirlos provocó en sus hijos.

⁷⁰ U.N.I.C.E.F., *Innocenti...*, *op. cit.*, pág. 6.

⁷¹ NN.UU. Doc. C.R.C./C/15/Add. 28, de 24 de octubre de 1994. Esta situación no se ha corregido aún y así, en las observaciones realizadas al segundo informe periódico de España, el Comité vuelve a manifestar su preocupación por este precepto y lamenta profundamente que el texto del art. 154 del Código Civil no haya sido aún revisado. Véase NN.UU. Doc. C.R.C./C/15/Add. 185, de 13 de junio de 2002.

trario, los mismos, han tenido su origen en denuncias de los padres a colegios e instituciones que contemplan la violencia física como método de disciplina lícito. Tal es el caso de las Sentencias dictadas en el, ya aludido, *asunto Cambell y Cosans* o en el *asunto Costello-Roberts*⁷².

IV. CONCLUSIONES

Se podría afirmar, para concluir, que la lucha por parte del Derecho Internacional contra el abuso, el maltrato y la violencia de los niños en el seno de la familia dependerá de la noción que se tenga de la protección de la misma. En este sentido se ha observado que pueden existir dos enfoques sobre la familia respecto al niño. De este modo, se encuentra, por una parte, la histórica concepción de que la familia es una especie de «reino» en el que los padres tienen todas las potestades frente a los hijos. Así entendidas, las unidades familiares se convertirían en pequeños *reinos absolutistas* dentro del Estado, donde éste no puede ni debe interferir, tan sólo garantizar que no sufran injerencias externas. En este concepto de familia, la idea de que los niños puedan esgrimir derechos frente a los padres, a los que «pertenecen», resulta poco apropiada.

Pero, en segundo lugar, un enfoque más actual del entorno familiar en el que el niño nace y crece, lo entiende como un grupo de personas con derechos específicos que debe ser respetado y protegido por el Estado. Sin embargo, estos derechos no son ilimitados y los niños no son propiedad de los padres sino que su cuidado y educación está sometido a una especie de *supervisión* de tal forma que, en casos extremos, un hijo podría ser apartado de la custodia de sus propios padres.

Y es desde este concepto de familia desde el que es posible prevenir y, llegado el caso, actuar contra la violencia intrafamiliar con respecto a los niños. En definitiva, la necesaria protección de la familia por parte del Derecho Internacional no puede impedir, ni servir de obstáculo o de excusa para no proteger los derechos del niño en el seno de la misma.

⁷² Sentencia de 23 de febrero de 1993. *Asunto Costello-Roberts c. El Reino Unido*.