



FACULTAD DE DERECHO

# **EL IMPACTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS DEL NIÑO**

## **El fomento como actividad administrativa de presente y de futuro**

Autor: José Antonio Jordana de Pozas Poole

5º E-3 B

Derecho Administrativo

Director: Clara Martínez García

Madrid

Abril de 2020

## Resumen

El presente trabajo de fin de grado trata sobre el impacto que tiene la actividad empresarial sobre los derechos del niño y las medidas que debiere adoptar el Estado para su protección. Para ello se ha analizado la regulación de dichos derechos desde el ámbito internacional con especial estudio de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en el año 1990 y siendo, por tanto, vinculante para nuestro país.

Se estudiará la relación existente de los derechos del niño con las empresas y de estas con el Estado, en la búsqueda de la no existencia de vulneraciones de los citados derechos por parte de aquellas. Se analizará, especialmente, la acción administrativa de fomento como vía para conseguir los fines perseguidos por la Convención y se propondrán distintos medios para incentivar a las empresas a cumplir de manera efectiva con dicho respeto y protección, entre los que destacarán los incentivos honoríficos y la nueva técnica híbrida del *nudge*.

Palabras clave: niños, derechos, Convención, fomento, honoríficos, sello, *nudge*.

## *Abstract*

*This paper addresses the impact of business on children's rights and the actions that the Government should take to protect them. In order to do that, the regulation of said rights has been analyzed from an international perspective with special study of the Convention on the Rights of the Child of 1989, ratified by Spain in 1990 and therefore binding in our country.*

*The existing relationship of the rights of the child with companies and of these with the Government will be studied, in the search for the non-existence of violations of the aforementioned rights by the businesses. It will be analyzed, in particular, the administrative action of promotion as a way to achieve the aims of the Convention, suggesting different means to encourage companies to effectively comply with such respect and protection, among which, the honorary incentives and the new hybrid technique of the nudge will stand out.*

*Key words: children, rights, Convention, promotion, honorary, stamp, nudge.*

## ÍNDICE DE CONTENIDO

|   |    |
|---|----|
| <b>OBJETIVO</b> .....   | 7  |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....   | 8  |
| <b>CAPÍTULO I. LOS DERECHOS DEL NIÑO</b> .....  | 10 |
| 1. <b>ÁMBITO INTERNACIONAL</b> .....  | 10 |
| <b>1.1.  La Convención sobre los Derechos del Niño</b> .....  | 11 |
| <i>1.1.1.  El Comité de los Derechos del Niño y las Observaciones Generales</i> .....   | 13 |
| <i>1.1.2.  Los principios fundamentales</i> .....   | 14 |
| <b>CAPÍTULO II. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS NIÑOS Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL</b> .....                 | 18 |
| 1.  LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DEL NIÑO .....   | 18 |
| 2.  OBSERVACIÓN GENERAL N° 16 SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL IMPACTO DEL SECTOR EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS DEL NIÑO..... | 20 |
| 3.  LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LOS PRINCIPIOS EMPRESARIALES .....  | 23 |
| <b>CAPÍTULO III. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE AL IMPACTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS DEL NIÑO</b> .....                      | 27 |
| <b>CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE FOMENTO</b> .....   | 32 |
| 1.  EL CONCEPTO DE FOMENTO.....   | 32 |
| 2.  LOS MEDIOS DE FOMENTO.....  | 34 |
| <b>2.1.  Medios jurídicos</b> .....   | 35 |
| <b>2.2.  Medios económicos</b> .....  | 36 |
| <b>2.3.  Medios honoríficos</b> .....   | 39 |
| <b>CAPÍTULO V. LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE FOMENTO Y LA APARICIÓN DE TÉCNICAS HÍBRIDAS: EL NUDGE</b> .....                                    | 44 |
| <b>CONCLUSIÓN</b> .....   | 50 |
| <b>PROPUESTA</b> .....  | 52 |

|                                  |           |
|----------------------------------|-----------|
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>        | <b>53</b> |
| <b>Legislación .....</b>         | <b>53</b> |
| <b>Obras Doctrinales .....</b>   | <b>54</b> |
| <b>Recursos de Internet.....</b> | <b>55</b> |

## ABREVIATURAS

- **Convención sobre los Derechos del Niño**  
Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313 de 31/12/1990.
- **Directiva 2014/23/UE**  
Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, DOUE núm. 94, de 28/03/2014.
- **Directiva 2014/24/UE**  
Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DOUE núm. 94, de 28/03/2014.
- **Ley de Contratos del Sector Público**  
Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 9/11/2017.
- **Ley General de Subvenciones**  
Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, 2003, BOE núm. 276, de 18/11/2003.
- **Ley del Régimen Jurídico del Sector Público**  
Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 2016, BOE núm. 236, de 02/10/2015.
- **Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales**  
Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288, de 28/11/2014.
- **Observación General N° 5**  
Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

- **Observación General N° 12**  
Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009): el derecho del niño a ser escuchado.
- **Observación General N° 14**  
Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- **Observación General N° 16**  
Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
- **ONU**  
Organización de la Naciones Unidas.
- **TFUE**  
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DOUE C-326 de 26/10/2012.
- **Unicef**  
Fondo de las Naciones Unidas para la infancia.

## **OBJETIVO**

El objetivo de este trabajo de fin de grado es examinar el papel que tienen las empresas en la protección de los derechos del de niño. España ratificó la Convención sobre los Derecho del Niño y, por lo tanto, esta es jurídicamente vinculante para el Estado. Por ello, es el Estado quien debe de cumplir con las obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, sin que el carácter jurídicamente vinculante de esta pueda extenderse a la actividad empresarial, al menos de manera directa.

El objetivo de este trabajo es analizar cómo el Estado, desde el punto de vista del concepto de fomento desarrollado por Jordana de Pozas, puede incentivar a las empresas para lograr una mayor protección de los derechos del niño, sin necesidad de acudir a medidas que sancionen o limiten legalmente el principio constitucional de la libertad de empresa. Mediante esta actuación administrativa se logrará alinear los intereses del sector empresarial con los del Estado para conseguir un objetivo superior: la efectiva protección de los derechos de un grupo tan vulnerable como es el de los niños.

## INTRODUCCIÓN

Los niños suponen un tercio de la población mundial, representando en muchos países, junto con los adolescentes, casi la mitad de la población nacional. La vulnerabilidad de este grupo es considerablemente mayor que la de los adultos y, consecuentemente, se requiere una mayor atención a la protección y cuidado de la infancia para lograr una efectiva tutela de los derechos de los integrantes de este grupo.

En España, concretamente, los niños suponen una parte no insignificante de la población total, y el respeto de los derechos del niño en nuestro país, aún cuando se trata de un país desarrollado, está muchas veces en discusión. Si bien, los derechos del niño se encuentran en una situación más delicada en países menos desarrollados o en situaciones de emergencia, esto no quiere decir que en el resto de los países las violaciones de dichos derechos no existan.

Ninguna sociedad puede permitirse que los derechos de un grupo tan débil como el de los niños se vean amenazados, o incluso violados, pues estos derechos son, según la Convención sobre los Derechos del Niño, universales, indivisibles e interdependientes. Las violaciones de estos derechos tienen, si cabe, menos cabida en la sociedad española, al tratarse de una sociedad desarrollada con recursos para combatir esta lacra y que se caracteriza por ser un Estado Social y Democrático de Derecho.

En este importante papel que tiene la sociedad española de respetar los derechos del niño, el sector empresarial puede y debe tener un rol principal. El impacto que tiene su actividad en los niños es constante, tanto de forma positiva como negativa, por lo que debe garantizarse que la actividad empresarial respete, proteja y repare en caso de violación de los derechos del niño.

Corresponde al Estado lograr, mediante los instrumentos de los que se vale, que el sector privado se implique de una forma más real y activa en la protección de los derechos del niño, pues la Convención sobre los Derechos del Niño no les es directamente vinculante. Las formas de actuación administrativa serán decisivas en cuanto a la implementación de este respeto, debiéndose buscar aquellas que a la vez sean menos lesivas con la libertad de empresa.

Por ello, cabe recalcar que el objeto fundamental de este trabajo será reivindicar el concepto de fomento como forma de actuación administrativa que logre de manera



efectiva alinear la legítima actividad empresarial a la consecución de fines públicos como lo es la garantía de los derechos del niño.

## **CAPÍTULO I. LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Los niños<sup>1</sup> son seres humanos y, por tanto, como tales seres humanos, la sociedad tiene la obligación de respetar todos sus derechos y, en especial, los fundamentales. Al tratarse de un grupo con un grado mayor de vulnerabilidad que el de los adultos, en muchas ocasiones han visto como sus derechos humanos han sido completamente ignorados, o incluso no respetados, sin tener repercusión alguna. Por ello se necesita de una regulación específica que permita una mayor protección de los derechos de los mismos y que recuerde a la sociedad que los niños se caracterizan por estar en una etapa de la vida de las personas en la que existe una falta de madurez intelectual, social y emocional, por lo que requerirán de esa protección especial que les permita ejercer sus derechos.

Como consecuencia de ello, los derechos del niño encuentran protección en los distintos ámbitos y niveles de la legislación mundial, tales como convenciones, tratados, constituciones y leyes nacionales. De entre los distintos niveles normativos, el ámbito internacional es el más importante en materia de protección de los derechos del niño por varias cuestiones que veremos a continuación, por lo que, para el desarrollo de este capítulo de los derechos del niño, nos basaremos principalmente en el ámbito internacional.

### **1. ÁMBITO INTERNACIONAL**

Los derechos del niño no son o, por lo menos, no deberían ser una cuestión nacional, sino que se trata de una materia inherente a la condición del ser humano, por lo que su reconocimiento no debería entender de fronteras. Por ello, el ámbito internacional adquiere una especial importancia, ya que prácticamente todos los Estados han urgido sobre la necesidad de ponerse de acuerdo en esta materia con el objetivo de que un niño por vivir en una parte del mundo no gozase de un menor reconocimiento de sus derechos que otro que viviere en distinta zona.

---

<sup>1</sup> Para este trabajo de fin de grado se empleará el término “niño” en el sentido del término otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, todo ser humano menor de 18 años.

De entre todos los textos jurídicos internacionales que han desarrollado esta materia, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la “Convención”)<sup>2</sup> probablemente sea el texto jurídico con más importancia a escala mundial. La razón de esta importancia radica en que la recopilación de derechos que se regulan en esta Convención servirá de base para el desarrollo de la mayor parte de las legislaciones en cuanto al reconocimiento, protección y respeto de los derechos del niño.

Por ello, con el objetivo de entender el respeto que tienen, o, al menos deberían tener los derechos del niño, examinaremos detenidamente esta Convención y la implicación que tiene en esta materia.

### **1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor en 1990<sup>3</sup> al haber sido ratificada por veinte países, entre los que se encuentra España<sup>4</sup>. Dicha Convención es el resultado de más de 10 años de trabajo y coordinación entre representantes de distintas sociedades, culturas y religiones<sup>5</sup>. Fruto de la implicación y acuerdo de representantes tan diversos, el grado de aceptación que ha logrado esta Convención ha sido prácticamente unánime.

Desde su aprobación en 1989, la Convención ha sido ratificada por todos los países del mundo, a excepción de Estados Unidos<sup>6</sup>. Por lo tanto, se trata de un texto jurídicamente vinculante<sup>7</sup> casi en la práctica totalidad del mundo, lo cual resalta su importancia y la

---

<sup>2</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

<sup>3</sup> *Ibid.* De conformidad con el artículo 49.

<sup>4</sup> Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef* (disponible en <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>; última consulta 18/04/2020).

<sup>5</sup> Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef*, 2015, p. 5 (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>; última consulta 18/04/2020).

<sup>6</sup> ONU, “Convention on the Rights of the Child”, *United Nations Treaty Collection. Status of Treaties*, capítulo IV, 2020 (disponible en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en); última consulta 18/04/2020).

<sup>7</sup> En concreto, en España debemos hacer referencia a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE núm. 288, de 28/11/2014, pp. 96841-96859.

necesidad de colaboración entre países para lograr que se respeten dichos derechos. España, en concreto, ratificó la Convención en diciembre de 1990<sup>8</sup>.

Una de las principales causas por las que se desarrolla esta Convención reside en que los niños, por el mero hecho de ser personas, son seres humanos con capacidad creciente de autodeterminación<sup>9</sup>, titulares de los mismos derechos humanos que los adultos<sup>10</sup> pero para quienes el ejercicio de los mismos se dificulta por sus propias características de falta de desarrollo emocional, intelectual y social<sup>11</sup>, como consta en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, donde se afirma que:

“...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”<sup>12</sup>.

Es por ello que, con la misión de proteger al niño frente a una mayor dificultad en el ejercicio de los derechos humanos causada por su falta de madurez y ante los posibles peligros a los que se enfrentan en su día a día, especialmente aquellos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, los Estados decidieron converger en la ratificación de una Convención tan importante.

Cabe destacar que la Convención y, en consecuencia, todos los Estados que forman parte de la misma, entiende el concepto de niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>13</sup>. Por lo tanto, debemos comprender que los derechos que se desarrollan en ella se reconocen con el objetivo de proteger a todo ser humano menor de dieciocho años en todo el mundo. La excepción que se hace en el artículo 1 de la Convención, mediante el cual puede considerarse que un ser humano alcance la mayoría de edad con anterioridad a los dieciocho años conforme a la legislación que le sea aplicable, se produce por la necesidad que tiene la Convención de adaptarse a realidades

---

<sup>8</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31/12/1990, pp. 38897-38904.

<sup>9</sup> Preámbulo de la Convención.

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> Art. 1 de la Convención.

y culturas distintas donde los Estados, por necesidad, deben establecer una edad más joven para poder trabajar o finalizar los estudios<sup>14</sup>.

### *1.1.1. El Comité de los Derechos del Niño y las Observaciones Generales*

La obligación de los Estados parte de aplicar la Convención no se formula como una obligación más que tienen dichos Estados sin estar sometidos a ningún tipo de control que asegure su cumplimiento, sino que, al tratarse de la protección de unos derechos tan importantes, estos deberán informar al Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas adoptadas para cumplir con lo establecido en la Convención. Este Comité está compuesto por dieciocho expertos<sup>15</sup> que se encargan de examinar los informes emitidos por los Estados parte presentados en el plazo de dos años a partir de la fecha de ratificación, y en lo sucesivo, cada cinco años<sup>16</sup> de acuerdo con el artículo 44 de la Convención.

El Comité de los Derechos del Niño también se encarga de la elaboración de Observaciones Generales como fruto de su experiencia de vigilancia y supervisión<sup>17</sup>, adquirida como consecuencia de la revisión de los informes de los Estados parte, ofreciendo una interpretación de los derechos recogidos en la Convención<sup>18</sup>. Estas Observaciones Generales no vienen reguladas de forma específica en la propia Convención, si bien, el artículo 45.d) permite al Comité realizar “sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de” los informes emitidos por los Estados parte y organismos especializados<sup>19</sup>. Por lo tanto, las Observaciones Generales no tienen una eficacia jurídica vinculante, si bien, el valor

---

<sup>14</sup> Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño. Las preguntas más frecuentes”, *Portal de Unicef* (disponible en [https://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_30229.html](https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html); última consulta 18/04/2020).

<sup>15</sup> Reglamento CRC/C/4/Rev.5 del Comité de los Derechos del Niño de 1 de marzo de 2019, artículo 11.

<sup>16</sup> Art. 44.1 de la Convención.

<sup>17</sup> Unicef, centro de Investigaciones Innocenti, “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño”) *Portal de Unicef*, 2006, p.7 (disponible en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>; última consulta 18/04/2020).

<sup>18</sup> Child Rights Connect, “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Información para las ONG”, *Portal de Child Rights Connect*, 2013, p. 1 (disponible en: <https://www.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2013/10/Fact-sheet-CRC-GC-SP.pdf>; última consulta 18/04/2020).

<sup>19</sup> Art. 45 de la Convención.

interpretativo de estas adquiere un papel fundamental en la correcta aplicación y respeto a la Convención.

### *1.1.2. Los principios fundamentales*

En la Convención, entre otras cuestiones, se desarrollan los cuatro principios fundamentales que deben orientar toda acción encaminada a la protección de los derechos del niño. Estos son: el derecho a la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho del niño a ser escuchado<sup>20</sup>.

El derecho del niño a la no discriminación, recogido en el artículo 2 de la Convención es el primero de los principios fundamentales. Este principio exige, y por ello garantiza, que todos los Estados respeten los derechos de los niños sujetos a su jurisdicción, recogidos en la Convención, sin distinción alguna, con independencia de sus diferencias como su procedencia, color de piel, sexo, condición económica o impedimentos físicos entre otros.

El Estado debe, por tanto, garantizar que las leyes, políticas y programas elaborados por el mismo no sean discriminatorios para los niños ya sea en cuanto al contenido de estos o a la hora de la aplicarlos<sup>21</sup>. También deberá velar el Estado por que no se produzcan violaciones de este principio de no discriminación entre los niños, adoptando las medidas necesarias para la vigilancia y sanción de estas actitudes que van en contra de lo dispuesto en la Convención.

En segundo lugar, encontramos otro de los pilares en los que se basa la Convención. El interés superior del niño, recogido en el artículo 3 de la Convención, determina que todas las medidas adoptadas, tanto por instituciones públicas como privadas, así como por los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, deben estar fundamentadas y tener en consideración el interés superior del niño, ya que este puede verse afectado tanto directa como indirectamente<sup>22</sup>. Este principio general ha sido objeto de desarrollo

---

<sup>20</sup> Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef*, 2015, p. 5 (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>; última consulta 18/04/2020).

<sup>21</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, anexo III, párr. 13.

<sup>22</sup> Art. 3 del a Convención.

en la Observación General N° 14<sup>23</sup>, donde el Comité de los Derechos del Niño ha entendido que se trata de un concepto que exige que se tenga en cuenta este interés superior del niño de manera primordial en todas las decisiones que le afecten, debiéndose definir de forma individual y en atención a las circunstancias concretas de cada niño<sup>24</sup>. El interés superior del niño permite “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”<sup>25</sup>.

Esta obligación de preservar el interés superior del niño en la adopción de medidas, adquiere un papel especialmente importante para aquellos casos donde los Estados priorizan otras cuestiones que se puedan contraponer a este interés, como podría ser las consideraciones económicas a corto plazo y las decisiones de desarrollo a largo plazo<sup>26</sup>.

Finalmente, al considerarse este pilar como uno de los más importantes, se establece que los Estados parte deberán estar en condiciones de poder argumentar y explicar la forma en la que se ha respetado el interés superior del niño en la toma de decisiones, incluyendo en dicha explicación la forma en la que este interés se ha sopesado con otras consideraciones<sup>27</sup>.

El tercer principio fundamental que encontramos en la Convención es el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, recogido en su artículo 6. Lo que garantiza este principio es el derecho que tienen los niños a “vivir, desarrollarse y a alcanzar su máximo potencial en la vida”<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

<sup>24</sup> *Ibid.* Anexo IV, párr. 32.

<sup>25</sup> *Ibid.* Anexo I, párr. 4.

<sup>26</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo III, párr. 17.

<sup>27</sup> *Ibid.* Anexo III, párr. 17.

<sup>28</sup> Unicef, “¿Conoces tus derechos? Convención sobre los Derechos del Niño. Versión resumida”, *Portal de Unicef*, p. 3 (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/unicef-educa-CONVENCION-SOBRE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-version-resumida.pdf>; última consulta 18/04/2020).

Cabe destacar que la Observación general N° 5 (2003)<sup>29</sup> entiende el desarrollo del niño como un “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”<sup>30</sup>.

Este principio recogería entonces, entre otras cuestiones, el derecho de los niños a obtener agua potable, una educación, atención sanitaria, derecho a jugar y a obtener información sobre sus propios derechos<sup>31</sup>.

El último principio o pilar sobre el que se sustenta la Convención es el derecho que tiene el niño a ser escuchado, recogido en el artículo 12 y desarrollado ampliamente en la Observación General N° 12<sup>32</sup>. Este derecho supone que el niño pueda expresar de forma libre sus pensamientos en cuanto a los asuntos que le incumban, y que dichas consideraciones sean tenidas en cuenta<sup>33</sup>.

Como es de prever, este derecho no implica que los niños puedan hacer aquello que deseen o que la pretensión se lleve a cabo en su totalidad. Lo que se recoge con este derecho, es que las opiniones expresadas por los niños serán siempre tenidas en cuenta, si bien, no siempre para cumplirlas, sino para valorarlas y, conforme a dicha valoración, decidir responsablemente. En este proceso, se le deberá transmitir al niño que su opinión ha sido tomada en cuenta y, para el caso de que se decida no seguirla, explicar que existen razones de peso que conducen a que no se pueda o no se deba seguir su opinión en su totalidad o, incluso, en absoluto. Serán considerados también de suma importancia en este proceso la edad de los niños y su grado de madurez<sup>34</sup>. La importancia de este derecho se acrecienta en el hecho de escuchar a niños que se encuentran en una situación más vulnerable, como puedan ser aquellos pertenecientes a grupos minoritarios y a niños con alguna discapacidad<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), anexo I, párr. 1.

<sup>30</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo III, párr. 18.

<sup>31</sup> Unicef, “¿Conoces tus derechos? Convención sobre los Derechos del Niño. Versión resumida”, *cit.*, p. 3.

<sup>32</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009): el derecho del niño a ser escuchado.

<sup>33</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo III, párr. 21.

<sup>34</sup> *Ibid.* Anexo III, párr. 21.

<sup>35</sup> *Id.*



Más allá de los principios fundamentales recogidos en la Convención, en ella también se encuentran el resto de derechos de carácter económico, social, cultural, civil y político de los que estos son titulares<sup>36</sup>. Estos derechos se clasifican en tres grupos: los de protección, los de provisión y los de participación<sup>37</sup>. A lo largo de los 54 artículos de la Convención, se busca garantizar un nivel de vida adecuado para que los niños puedan, de la manera más saludable posible, desarrollarse física, mental, espiritual, moral y socialmente<sup>38</sup>.

Como conclusión del Capítulo I, cabe recordar que esta Convención es jurídicamente vinculante para todos los Estados parte, siendo esto inequívoco en España en virtud de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales<sup>39</sup> y traduciéndose en que son los Estados los que quedan jurídicamente obligados por esta. Por tanto, será únicamente el propio Estado, y no cualquier otro sujeto, el responsable de asegurar que los derechos reconocidos en la Convención se cumplan y se protejan, estableciendo mecanismos de reparación para el caso de que estos sean vulnerados.

---

<sup>36</sup> Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef* (disponible en <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>; última consulta 18/04/2020).

<sup>37</sup> Amnistía internacional, “Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, *Portal de Amnistía Internacional* (disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/menores/>; última consulta 18/04/2020).

<sup>38</sup> Save the Children, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Save the Children* (disponible en <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>; última consulta 18/04/2020).

<sup>39</sup> Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE núm. 288, de 28/11/2014, pp. 96841-96859.

## **CAPÍTULO II. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS NIÑOS Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL**

La Convención, como acabamos de mencionar, es directamente vinculante para los Estados parte, al ser estos quienes han firmado y ratificado, sin poder extender dicha vinculación directa al resto de sectores de la sociedad<sup>40</sup>. No obstante, esto no implica que sea el Estado el único sujeto que deba luchar por proteger los derechos del niño, sino que el resto de la sociedad debe implicarse también. Ahora bien, para que el resto de la sociedad se implique en la protección y respeto de los derechos del niño, el Estado debe asumir un papel de liderazgo, siendo capaz de involucrar, mediante diferentes medidas, al resto de la sociedad, logrando una protección y respeto mucho más eficiente y efectiva. La necesidad del Estado de apoyarse en el resto de los agentes sociales para la protección de los niños encuentra su base en el artículo 4 de la Convención:

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”<sup>41</sup>.

Por lo tanto, la obligación que tienen los Estados parte de adoptar todas las medidas a su alcance, les exige adoptar todas las acciones que estén en su mano para involucrar al resto de actores sociales, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos que se han comprometido a proteger mediante la firma de la Convención.

### **1. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Entre los diferentes sujetos a los que nos acabamos de referir, las empresas juegan un papel fundamental, debido a que “tienen un importante impacto directo e indirecto en los derechos de los niños”<sup>42</sup> fruto de la permanente influencia que tienen en su entorno.

---

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003), *cit.*, Anexo I, párr. 1.

<sup>41</sup> Art. 4 de la Convención.

<sup>42</sup> Unicef, “Derechos del Niño y Principios Empresariales. Guías de Implementación”, *Portal de catedrarses*, S.P. (disponible en <https://www.catedrarses.com.do/Portals/0/Documentos/Unicef/1477951846-UNICEF%20Guia%20RSC.pdf>; última consulta 18/04/2020).

La razón se encuentra en que los niños desempeñan, de diferentes maneras, un papel trascendental para las empresas “ya sea como consumidores, familiares de trabajadores, jóvenes trabajadores y como futuros empleados y líderes empresariales”<sup>43</sup>. Además, dentro del ámbito de los entornos y comunidades donde se desarrolla la actividad empresarial, los niños son miembros destacados de las mismas, lo cual refuerza el impacto que tiene la actividad empresarial sobre aquellos<sup>44</sup>.

La infancia supone un periodo en el que los niños se desarrollan de una manera rápida, en concreto en su faceta física y psicológica<sup>45</sup>. Cuestiones como el acceso a agua potable de calidad, la contaminación, una alimentación sana, son esenciales para el desarrollo de estos. Es en este tipo de cuestiones donde la actividad empresarial juega un papel fundamental, puesto que su ejercicio irresponsable puede tener un impacto duradero o alterar de forma permanente “la salud física, mental y emocional de los niños”<sup>46</sup>. Por lo tanto, como desarrollaremos posteriormente, no cabe que las empresas se limiten a reparar el daño causado, sino que es necesario tratar de prevenirlo, puesto que, como acabamos de mencionar, en muchas ocasiones este daño tiene un impacto irreversible. Este es, además, en muchas ocasiones diferente al que produce la misma actividad sobre los adultos, al ser los niños más vulnerables<sup>47</sup>.

Si bien, a diferencia de lo que en muchas ocasiones se tiene como idea principal sobre el impacto que tienen las empresas sobre los niños, a través del trabajo infantil, este va mucho más allá. Las formas en las que la empresa pueden incidir en la esfera del niño son muy variadas a través de, por ejemplo, “sus productos, servicios, métodos de marketing y prácticas de distribución, así como sus relaciones con los gobiernos nacionales y locales, y su inversión en comunidades locales”<sup>48</sup>.

Por lo tanto, podemos observar cómo la empresa es uno de los actores sociales que más influencia tiene con respecto al niño, pero, por el contrario, la Convención no le es

---

<sup>43</sup> Unicef, Pacto Mundial de Naciones Unidas y Save the Children, “Derechos del Niño y Principios Empresariales”, *Unicef*, p. 2 (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/Derechos-nino-y-principios-empresariales.pdf>; última consulta 18/04/2020).

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 3.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

jurídicamente vinculante. Es más, no existe ningún instrumento de carácter internacional “jurídicamente vinculante sobre las responsabilidades del sector empresarial en relación con los derechos humanos”<sup>49</sup>. Lo que esto implica es que las empresas, por lo general, no asumirán tal nivel de compromiso por el respeto a los derechos del niño como pudiera hacerlo, entre otros, el Estado. No obstante, que no se les imponga obligaciones jurídicamente vinculantes no significa que estas no deban tener un papel en la protección de los derechos del niño.

El Comité de los Derechos del Niño es consciente de la importancia del papel tan trascendente que tienen las empresas y del incremento en los últimos años del impacto que tienen estas sobre los niños, por lo que ha elaborado la Observación General N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos de estos.

## 2. OBSERVACIÓN GENERAL N° 16 SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL IMPACTO DEL SECTOR EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Observación General N° 16, que recordemos que es un informe elaborado por el Comité de los Derechos del Niño que ofrece una interpretación no vinculante de los derechos recogidos en la Convención, trata sobre el impacto que tiene la actividad empresarial sobre los derechos de estos.

En esta Observación General, el Comité de los Derechos del Niño establece que los Estados parte deben desarrollar una legislación capaz de proteger y hacer efectivos los derechos del niño, debiendo proporcionar recursos para el caso de que, fruto de la actividad empresarial, se viole alguno de los derechos de la infancia<sup>50</sup>.

La cuestión que se recoge en la Observación General N°16 es que los Estados deben establecer, entre otros, mecanismos sancionadores para el caso de que alguna empresa viole los derechos del niño. No obstante, el Estado debe considerar que, como hemos dicho anteriormente, en muchas ocasiones el impacto que tienen estas violaciones sobre los niños es permanente y, por lo tanto, se deben encontrar mecanismos para tratar de

---

<sup>49</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo II, párr. 8.

<sup>50</sup> *Ibid.* Anexo I, párr. 4.

evitarlas mediante el incentivo y la prevención y no únicamente mediante la sanción cuando ya se haya producido la efectiva violación.

Es importante recalcar que el Comité reconoce que las empresas, a través de sus actividades voluntarias como son entre otras las inversiones sociales o códigos de conducta voluntarios, favorecen y promueven los derechos del niño<sup>51</sup>. El Comité insta pues, a que las empresas se comprometan más allá de aquello por lo que están obligados por el Estado a través de leyes internas, con el objetivo de lograr una mayor protección y respeto por los derechos de los niños. A la vista de ello, el Estado debería interesarse por promocionar más este tipo de actividades voluntarias por parte del sector privado, mediante las cuales conseguirían alinear estas actitudes con los objetivos públicos de protección y respeto de los derechos reconocidos en la Convención.

Un comportamiento responsable por parte de las empresas pasaría por el respeto a los cuatro principios generales de la Convención, explicados *supra*.

La importancia de que los Estados adopten “medidas para crear un entorno favorable para que las empresas respeten el derecho a la protección contra la discriminación promoviendo el conocimiento y la comprensión”<sup>52</sup>, resulta fundamental para cumplir con la obligación recogida en el artículo 2 de la Convención.

En la Observación General N° 16, el Comité plantea la cuestión de adoptar medidas en función del contexto, incluyendo medidas preventivas<sup>53</sup>. Esta cuestión reforzaría la idea de la necesidad que existe de prevenir las vulneraciones de los derechos del niño, adoptando el Estado medidas que alienten a las empresas a actuar de una manera más responsable, pues debemos recordar que la Convención no les es directamente vinculante.

A través del artículo 4 de la Convención se obliga al Estado a destinar cuantos recursos disponga para dar efectividad a los derechos del niño, a través de las correspondientes medidas legislativas, administrativas y de otra índole<sup>54</sup>. Por lo tanto, si a través de una mayor dedicación de recursos públicos para incentivar el comportamiento respetuoso del

---

<sup>51</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo II, párr. 9.

<sup>52</sup> *Ibid.* Anexo III, párr. 14.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Ibid.* Anexo IV, párr. 24.

sector privado se consiguen proteger más eficazmente los derechos de los niños, se trataría entonces de una obligación impuesta por el mismo artículo 4 de la Convención.

El Comité de los Derechos del Niño destaca la importancia de las obligaciones con los derechos humanos que, en el contexto del derecho internacional, tienen los Estados. Estas obligaciones son tres: respetar, proteger y realizar<sup>55</sup>. La responsabilidad por estas tres obligaciones no se limita a la actividad directamente desarrollada por el Estado, sino que este también será responsable de las actividades empresariales que se lleven a cabo incumpliendo “si no respeta, protege y hace efectivos los derechos del niño en relación con las actividades y operaciones empresariales”<sup>56</sup> que les afectan.

Es por ello por lo que el Estado no podrá “participar, apoyar o tolerar vulneraciones de los derechos del niño cuando desempeñe funciones comerciales o realice negocios con empresas privadas”<sup>57</sup>, además de adoptar todas aquellas medidas que considere necesarias para evitar cualquier tipo de actividad que viole o contribuya a violar los derechos del niño<sup>58</sup>. No obstante, para un efectivo cumplimiento por parte del Estado, el mismo deberá ir más allá de las correspondientes medidas coercitivas, siendo estas también necesarias, adoptando medidas que fomenten “una cultura empresarial que respete los derechos del niño”<sup>59</sup>.

Por tanto, el Estado tiene, o debería tener, gran interés en que el sector privado cumpla con las obligaciones establecidas en la Convención, si bien, al mismo tiempo, debe encontrar mecanismos para que la empresa privada las respete, proteja y realice, pues debemos recordar que la Convención no es directamente vinculante para ellos y, en ocasiones, cumplir más allá de lo estrictamente obligatorio supondrá mayores costes para el empresario, no estando este obligado a asumirlos.

Es importante para ello que los Estados desarrollen medidas concretas que garanticen que las actividades empresariales se desarrollan dentro del ámbito del respeto a los derechos del niño<sup>60</sup>. En ocasiones, esta cuestión no resulta fácil pues numerosas empresas se

---

<sup>55</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo IV, párr. 25.

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Ibid.* Anexo IV, párr. 27.

<sup>58</sup> *Ibid.* Anexo IV, párr. 28.

<sup>59</sup> *Ibid.* Anexo IV, párr. 29.

<sup>60</sup> *Id.*

organizan en unidades empresariales localizadas en distintas jurisdicciones<sup>61</sup>. A lo largo de esta cadena internacional de producción es donde con frecuencia se violan los derechos del niño y no únicamente como consecuencia de la actuación de una única unidad empresarial. Por tanto, es deber y obligación del Estado que se garanticen y respeten los derechos del niño, aún cuando dicha protección tuviese por objeto derechos de estos que se encuentren más allá de sus fronteras territoriales<sup>62</sup>. Para esta protección transfronteriza, debemos recordar que la Convención ha sido ratificada por todos los países del mundo, salvo Estados Unidos, por lo que debería existir una estrecha cooperación internacional entre todos los países para lograr el objetivo<sup>63</sup>.

Por estas razones, dentro de la actividad internacional, los Estados deben velar por el respeto de los derechos del niño, adoptando medidas que se ajusten tanto a las empresas nacionales como las internacionales, garantizando que el impacto de estas no contribuya a la violación de los derechos del niño tanto en el ámbito de la jurisdicción nacional como en el extranjero<sup>64</sup>.

En definitiva, llegamos a la conclusión de que el objetivo debe ser crear un entorno favorable para que las empresas vean beneficioso implicarse activamente con la protección y el respeto de los derechos del niño, alineándose así con la obligación del Estado de cumplir y hacer cumplir la Convención.

### 3. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LOS PRINCIPIOS EMPRESARIALES

Como ya hemos visto, la Convención impone al Estado la obligación de cumplir con los derechos del niño. Para llevar a cabo esta labor, el Estado cuenta con sus instituciones y el sistema público de protección de los niños. Además, las normas principalmente civiles imponen, de igual manera, obligaciones y responsabilidades a las familias sobre los hijos. Sin embargo, nos podemos plantear qué ocurre con las empresas y si estas quedan fuera de la Convención. Si el Estado se compromete a garantizar la protección de los derechos del niño, cuando este no lo hace directamente a través del sistema público o mediante normas civiles impuestas a los responsables parentales, debe hacerlo por otros medios

---

<sup>61</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013), *cit.*, Anexo V, párr. 38.

<sup>62</sup> *Ibid.* Anexo V, párr. 39.

<sup>63</sup> *Ibid.* Anexo V, párr. 41.

<sup>64</sup> *Ibid.* Anexo V, párr. 42.

con el fin de que no existan ámbitos exentos del cumplimiento. Tendrá el Estado que buscar de alguna manera que no existan vulneraciones por parte de las empresas. Como acabamos de ver, las empresas son sujetos de grandísima importancia en las sociedades, que funcionan con arreglo a una lógica muy distinta a la del Estado y por ello hay que dar con la fórmula que articule el modo de actuación pública que respete la libertad de mercado.

Para ello, mediante la alineación de los intereses del sector público y el sector privado, lo que busca el Estado es promocionar dos cuestiones: la responsabilidad corporativa de respetar y el compromiso corporativo de promover<sup>65</sup>.

En cuanto a la responsabilidad corporativa de respetar los derechos del niño, lo que se fomenta es evitar cualquier tipo de violación e impacto negativo sobre estos, ya no sólo de las propias actividades de la empresa, sino también de las relaciones comerciales que esta mantiene y los productos y servicios que ofrece<sup>66</sup>.

Mediante el compromiso corporativo de promover, el Estado busca que sea la propia empresa la que fomente voluntariamente el desarrollo de una cultura de respeto a los derechos humanos dentro de la misma. Esta cultura de respeto engloba desde las actividades más esenciales de la empresa hasta actividades de promoción<sup>67</sup>.

Un camino que indudablemente contribuiría a la protección de los derechos del niño sería que el Estado persiguiese que las empresas cumplieren, entre otros, con los siguientes objetivos<sup>68</sup>:

1. Cumplir con su responsabilidad de respetar y promover los derechos del niño.
2. Contribuir a la erradicación del trabajo infantil en todas las actividades empresariales y relaciones comerciales.
3. Proporcionar un trabajo digno a los jóvenes trabajadores, padres y cuidadores.
4. Asegurar la protección y seguridad de los niños en todas las actividades e instalaciones empresariales.

---

<sup>65</sup> Unicef, Pacto Mundial de Naciones Unidas y Save the Children, *Op. cit.* p. 5.

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Estos objetivos han sido extraídos textualmente del estudio elaborado por Unicef, Pacto Mundial de Naciones Unidas y Save the Children, *Op. cit.* p. 11.



5. Garantizar que sus productos y servicios sean seguros y que a través de ellos se promueven los derechos del niño.
6. Utilizar marketing y publicidad que respeten y apoyen los derechos del niño.
7. Respetar y promover los derechos del niño en relación con el medio ambiente y la adquisición y uso de tierras.
8. Respetar y promover los derechos del niño en las disposiciones de seguridad.
9. Ayudar a proteger a los niños afectados por situaciones de emergencia.
10. Reforzar los esfuerzos de la comunidad y el gobierno para proteger y satisfacer los derechos del niño.

Si los Estados logran que las empresas que desarrollan la actividad empresarial en su territorio cumplan con estos principios, estarán logrando una plena implicación por parte del sector privado y una efectiva protección de los derechos del niño.

Para lograr alcanzar dicho objetivo, el Gobierno español elaboró un plan destinado a la “sensibilización y... promoción de los derechos humanos entre los actores empresariales”<sup>69</sup> denominado Plan de Acción Nacional de Empresa y Derechos Humanos<sup>70</sup>. Los niños, como sujetos de derecho, también están protegidos por los Derechos Humanos, debiéndose proteger, por tanto, los derechos del niño. No obstante, debemos recalcar que, en dicho Plan, los derechos del niño apenas son mencionados.

Este plan se basa en el Marco “Proteger, Respetar y Remediar” y, sobre todo, en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos<sup>71</sup>. Cabe destacar que “nada en ellos puede interpretarse en el sentido de crear nuevas obligaciones de derecho internacional”<sup>72</sup>, por lo que deberemos estar atentos al rol del Estado que debe “establecer el orden normativo que se puede constituir en un verdadero marco regulador

---

<sup>69</sup> Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, BOE núm. 222 de 14/09/2017, pp. 90384-90401.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Id.*

de obligado cumplimiento para la Responsabilidad de las Empresas de respetar los Derechos Humanos”<sup>73</sup>, y que por tanto vinculará directamente a estas.

Entre las distintas medidas adoptadas por el Gobierno en el Plan de Acción Nacional existen acciones de distintas clases: sensibilización y formación, colaboración, remisión de expectativas y difusión de documentos, seguimiento, evaluación, apoyo, promoción y adopción de sistemas de incentivos para las empresas, entre otras<sup>74</sup>.

Por lo tanto, el abanico de medidas adoptadas por el Gobierno con el fin de lograr la efectiva protección y respeto de los derechos humanos (entre ellos los de los niños) es muy variado.

No obstante, cabe cuestionarse si todas las medidas son igualmente eficaces a la hora de lograr que las empresas respeten los derechos del niño y qué mecanismos son los más eficientes.

Como conclusión de este capítulo II, debemos de recalcar el importante papel que tienen las empresas en la sociedad y, con ello, el enorme impacto que tienen sobre los niños. El Comité de los Derechos del Niño, siendo consciente de ello, elaboró la Observación General Nº 16 en la que recalca la necesidad de que las empresas adopten un papel más activo en este respeto. En España, ya existen iniciativas orientadas a la protección de los derechos humanos a través de instrumentos como el Plan de Acción Nacional, si bien, además de ser necesario una especial protección de los derechos del niño, se deberán de evaluar la eficacia de los distintos instrumentos de los que dispone la Administración para poder cumplir con este objetivo.

---

<sup>73</sup> Loyola Chávez, D., “El Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos del Gobierno de España y la Responsabilidad Social de las empresas de respetar los Derechos Humanos”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 29, 2018, p. 128.

<sup>74</sup> Resolución de 1 de septiembre de 2017, Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, *cit.*, pp. 90384-90401.

### CAPÍTULO III. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE AL IMPACTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS DEL NIÑO

Una de las formas que tiene el Estado de lograr que se respeten los derechos recogidos en la Convención es mediante la acción administrativa, pues esta “tiene como finalidad general la de satisfacer las necesidades públicas”<sup>75</sup>. La cuestión de la defensa de estos derechos se encuentra recopilada entre dichas necesidades públicas, pues el propio Jordana de Pozas las entendía como “todo deseo o utilidad que, de no ser satisfecho, produce graves males”<sup>76</sup>. Es indudable que cualquier tipo de violación de los derechos recogidos en la Convención por parte de cualquier agente social supondría un gran mal, pues más allá del impacto irreversible que pueda tener esta acción sobre los niños, el Estado será responsable del incumplimiento de la Convención.

La forma que tiene el Estado de lograr la consecución de las necesidades generales, en este caso la protección y respeto de los derechos del niño por parte de las empresas, es mediante medidas que se pueden clasificar, principalmente, en tres grupos, atendiendo a la división tripartita del derecho administrativo realizada por Jordana de Pozas<sup>77</sup>. Estos grupos son: policía, fomento y servicio público<sup>78</sup>.

En cuanto al concepto de policía, Adolfo Merkl resaltaba la idea de que esta es “una función, no un órgano, de la Administración; que se caracteriza por el empleo de un medio determinado, la coacción, que no es preciso sea empleada actualmente, bastando que constituya la [ú]ltima ratio. Su fin es el orden público. Su método prevenir los riesgos para el orden y si, a pesar de ello, éste se perturba, restablecerlo coactivamente”<sup>79</sup>. Por lo tanto, lo que se pretende es limitar las actividades privadas y en caso de perturbación, reestablecer la situación por la fuerza<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Jordana de Pozas, L., “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, p. 41.

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 42.

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 44.

<sup>80</sup> *Id.*

En cuanto al servicio público, se trata de “una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por los órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares”<sup>81</sup>.

Finalmente, el fomento, introducido como gran novedad y definido por Jordana de Pozas, se entiende como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos”<sup>82</sup>. Por lo tanto, esta acción supone “una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate”<sup>83</sup>.

Con el objetivo de lograr un eficaz respeto y protección de los derechos del niño, la Administración puede y debe utilizar los distintos medios a su disposición, si bien las distintas acciones tendrán repercusiones y consecuencias diferentes. Como recalca Jordana de Pozas, “se trata del predominio de uno u otro sistema, sin exclusión de los demás”<sup>84</sup>. La decisión sobre qué medidas hay que aplicar o el sistema que debe de predominar, corresponde al Estado<sup>85</sup>. En el sistema español de protección de la infancia y la adolescencia ya existen prestaciones de servicio público, como los centros de protección de menores, y de policía, al establecerse sanciones por incumplimientos, si bien, la actividad de fomento es la única que no se refleja en medidas concretas en este sistema, cuestión que nos hace plantearnos la posibilidad de que no se haya pensado que las empresas sean sujetos que también puedan contribuir a los derechos del niño.

No obstante, se deberá atender a las circunstancias concretas del momento en el cual se pretende lograr la consecución de un objetivo para determinar qué medidas pueden ser las más eficientes.

---

<sup>81</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 44.

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 46.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Ibid.* p. 49.

<sup>85</sup> *Ibid.* pp. 50-51.

Cabe destacar que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde en la actividad económica rige el principio de libertad de empresa<sup>86</sup>, recogido en el artículo 38 de la Constitución Española.

Las medidas anteriormente expuestas, tienen consecuencias muy diversas e influyen en la libertad de empresa de distinta manera.

En este sentido, Jordana de Pozas recalca la prevalencia de la modalidad administrativa de policía en el Antiguo Régimen, el servicio público en el Estado intervencionista y el fomento en el Estado liberal<sup>87</sup>. Además, “la existencia de una esfera de libertad, dentro de la cual”<sup>88</sup> el empresario “actúa según su voluntad”<sup>89</sup>, debiendo ser esta “tan amplia como lo permita el bien común”<sup>90</sup>. Cualquier intervención por parte de la autoridad que tenga como consecuencia la disminución o intervención sobre dicha esfera de libertad, debe estar completamente justificada en base a “la voluntad de la propia persona o en el bien común”<sup>91</sup>.

Por lo tanto, la intervención por parte del Estado debe estar completamente justificada y, en atención al motivo que lo justifica, se determinará “una suave gradación de los medios empleados, que deben ser en buena doctrina aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción”<sup>92</sup>. Esta afirmación se recoge hoy en el artículo 4.1 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, “LRJSP”)<sup>93</sup>, donde se emplaza a la Administración Pública, por medio del principio de proporcionalidad, a elegir en su actuación la opción menos restrictiva de derechos.

Esta reflexión debe ser tenida en cuenta a la hora de implementar un plan o tomar decisiones que puedan afectar al sector empresarial.

---

<sup>86</sup> Art. 38 CE

<sup>87</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 49.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> *Ibid.* pp. 41-42.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 42.

<sup>93</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 2015, BOE núm. 236, de 02/10/2015, pp. 89411-89530.

Por un lado, las medidas de policía tienen una gran influencia sobre el principio de libertad de empresa, pues esta actividad “previene y reprime”<sup>94</sup> mediante el uso de la fuerza. Las empresas, por tanto, se verán limitadas a la hora de desarrollar su actividad empresarial ya que estas estarán obligadas a cumplir con aquellas medidas adoptadas por el Estado y, para el caso de incumplirlas, serán coactivamente restituidas<sup>95</sup>, limitando por tanto en gran medida el principio de libertad de empresa.

En segundo lugar, el servicio público trata de satisfacer una necesidad pública de forma directa a través de los órganos de la Administración o en concurrencia con los particulares. De esta manera, y a la hora de analizar las vías posibles para alinear los intereses del Estado con respecto a la protección de los derechos del niño, el servicio público no se plantea como una medida plausible, pues se trata de que sea el propio sector privado y no la Administración, quien se encargue de mitigar las violaciones de los derechos del niño en las que incurren. Evidentemente, con ello no nos referimos a que las medidas de servicio público sean completamente ineficientes, sino que no constituirán la base sobre la que basar el plan o medidas que tomar para alinear los intereses del Estado y la empresa.

Finalmente, podemos considerar que el fomento se trata de la acción administrativa que menos influencia tendría sobre el principio de libertad de empresa, pues este “protege y promueve, sin hacer uso de la coacción”<sup>96</sup>. Esta supone la “acción suasoria y estimulante ejercida desde el poder sobre el ánimo de los gobernados para determinarles, sin usar de la fuerza, a que quieran lo que el gobernante ha considerado bueno”<sup>97</sup>. Aquí es donde reside la clave de la cuestión, en el no uso de la fuerza. Por lo tanto, estas medidas suponen el completo ejercicio de la libertad de empresa, siendo los empresarios quienes decidirán cómo actuar. La importancia de estas medidas es lograr atraer y motivar a los empresarios al cumplimiento de los objetivos, pues si estas medidas no son eficaces, el fomento no servirá para nada.

Habiendo analizado el grado de intromisión que tienen las distintas acciones administrativas en el principio de la libertad de empresa, cabe concluir que el fomento es

---

<sup>94</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 46.

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 44.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 46.

<sup>97</sup> *Id.*

la acción administrativa que, bien empleada, puede lograr una mayor y eficaz protección de los derechos del niño sin la menor coactividad para las empresas. Por el contrario, en materia de protección de los derechos del niño, el fomento supone una actividad administrativa poco utilizada a la cual se debería dar un papel más protagonista en cuanto que, como defendía Jordana de Pozas, es aquella que menormente cohibe la esfera de la libertad.

Finalmente, y a modo de resumen de este apartado, destacaremos brevemente las diferencias entre la acción administrativa de fomento y las de policía y servicio público.

Por lo tanto, por un lado, la diferencia entre el concepto de fomento y el de policía radica en que, si bien, ambos buscan un fin de mejora, siendo los propios particulares los que actúan para satisfacer las necesidades de la sociedad mediante una conducta influenciada por la Administración, la técnica empleada es distinta, siendo la coacción la utilizada en el caso de la acción administrativa de policía y la persuasión en la de fomento<sup>98</sup>.

Por otro lado, la diferencia entre el concepto de fomento y el de servicio público se encuentra en que la primera acción administrativa se caracteriza por ser indirecta, mientras que, por el contrario, la segunda es directa<sup>99</sup>.

Habiendo concluido que la acción administrativa de fomento es la que menos restringe la esfera de la libertad, procederemos en el siguiente apartado a examinar más en profundidad esta acción y cómo puede ser de utilidad al Estado para garantizar la protección de los derechos del niño en la actividad empresarial.

---

<sup>98</sup> Baena del Alcázar, M., “Sobre el Concepto de Fomento”, *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967, pp. 63.

<sup>99</sup> *Ibid.* pp. 63 y 64.

## CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

### 1. EL CONCEPTO DE FOMENTO

El objetivo que debe de tener el Estado es lograr la alineación de intereses entre él y las empresas para la más eficiente protección de los derechos del niño. Este interés nace de la no vinculación jurídica de la Convención para las empresas, Convención que sí vincula jurídicamente a los Estados parte y, que, por tanto, estos tienen que cumplir.

Por lo expuesto en el apartado anterior y por lo que se cree como más eficiente para lograr la protección de los derechos del niño, incidiendo lo menos posible en la libertad de empresa, se considera que la acción administrativa de fomento supone, sin descartar las otras, la mejor opción que puede adoptar el Estado. Recordemos que esta supone una acción administrativa propiamente dicha, separada e independiente del concepto de policía y servicio público.

La formulación de la actividad de fomento surgió por primera vez en 1949, por don Luis Jordana de Pozas con la publicación de su trabajo *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*<sup>100</sup>. Esta surgió fruto de la división tripartita de las actividades de la Administración y, cabe recordar, que fue definida como:

“la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”<sup>101</sup>.

El concepto de fomento acuñado por Jordana de Pozas ha servido de amplia base, aunque no exenta de críticas, para la posterior concepción y evolución del concepto de fomento, como por ejemplo, el acuñado por autores de reconocido prestigio en el Derecho Administrativo como son Garrido Falla, Entrena Cuesta y Pellisé. Todas las concepciones de fomento de estos administrativistas tienen algún matiz distinto, si bien, la base esencial sigue siendo aquella formulada por Jordana de Pozas.

Precisamente cabe destacar el concepto de fomento desarrollado por Entrena Cuesta. El fomento lo entiende en un primer momento como una obligación negativa ya que la

---

<sup>100</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.*

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 46.



Administración persigue la consecución de los intereses públicos sin necesidad de emplear la coacción ni la realización de prestaciones<sup>102</sup>. Esta definición negativa es la que permite su diferenciación y, por tanto, declaración como acción administrativa diferenciada con respecto al concepto de policía y servicio público.

No obstante, no tardará este autor en desarrollar una definición positiva del fomento entendiéndolo este como:

“la actividad administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares o de otros entes públicos que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”<sup>103</sup>.

Por lo tanto, de la definición de Jordana de Pozas y demás autores posteriores, destacan cuatro ideas importantes: el fomento es una actividad persuasiva, el objetivo de esta es satisfacer necesidades públicas que recae sobre actividades, establecimientos o riqueza y que no emplea la coacción ni la creación de servicios públicos<sup>104</sup>.

La doctrina actual, partiendo del concepto clásico de la actividad de fomento, entiende no obstante que este ha evolucionado en distintos aspectos, convirtiéndose en un concepto mucho más amplio y complejo<sup>105</sup>. El profesor Alonso Timón<sup>106</sup> señala que son pocos los autores que actualmente niegan el carácter jurídico de las medidas de fomento. Efectivamente encontramos en nuestro ordenamiento jurídico influidos, con toda seguridad, por el Derecho de la Unión Europea, normas legales que regulan las medidas de fomento a través de diversos instrumentos. Así, existe una mayor intervención por parte de la Administración en dicho concepto como, por ejemplo, a través de la Ley General de Subvenciones del 17 de noviembre de 2003 (en adelante, “LGS”).

En definitiva, si bien el concepto de fomento ha evolucionado con el tiempo, hoy en día, la concepción de esta sigue ligada a la base de su formulación inicial: la consecución de

---

<sup>102</sup> Baena del Alcázar, M., *Op. cit.*, p. 47.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Ibid.* p. 46.

<sup>105</sup> Fernández Farreres, G., “La actividad de fomento”, Cano Campos, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo II. La actividad de las administraciones públicas. Volumen II. El contenido*, iustel, Madrid, 2009, p. 148..

<sup>106</sup> Alonso Timón, A.J., “Las formas de acción administrativa”, en AA. VV. *Derecho Administrativo I 3ª* edición, Dykinson, Madrid, 2016, p.261.

intereses públicos a través de la acción indirecta de la Administración, con ausencia de coacción y prestaciones públicas, que provoca que sea el propio sector privado quien desarrolle las actividades necesarias para ello.

Una vez revisada la naturaleza y el significado del concepto de fomento, procederemos a estudiar cómo puede la Administración emplear esta técnica para lograr garantizar la protección de los derechos del niño.

## 2. LOS MEDIOS DE FOMENTO

El ser humano y, por tanto, también el empresario, persigue aquello que considera lo mejor, ya sea para su persona, ya sea para su negocio<sup>107</sup>. La función del Estado supone hacer ver a los empresarios que el respeto y protección de los derechos del niño es la mejor decisión que pueden implantar en su empresa, sin aplicar medidas de coacción, porque recordemos que hemos considerado la actividad administrativa de fomento como la técnica más eficaz a la hora de proteger los derechos del niño y respetar la libertad de empresa.

Para ello las medidas de fomento que decida adoptar el Estado requieren de un estudio profundo que garantice su eficacia, puesto que, si estas medidas no consiguen estimular al sector empresarial, ningún avance se lograría al quedar el cumplimiento a merced de la voluntad no incentivada del empresario.

El abanico de formas que puede adoptar el fomento es inmenso. Así, Jordana de Pozas destaca que la característica y excelencia del fomento “radica, precisamente, en la flexibilidad, en la adaptación a las circunstancias”<sup>108</sup>, idea que comparte Pellisé al determinar las infinitas posibilidades en las que esta técnica puede manifestarse<sup>109</sup>. En este caso, el Estado deberá analizar todas aquellas cuestiones que giran en torno a los derechos del niño y la actividad empresarial, para poder adoptar las medidas de fomento que más se adecúen a la situación. No obstante, a la hora de determinar qué medidas de fomento procede aplicar, se debe tener en cuenta que la eficacia de estas “no es una

---

<sup>107</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 48.

<sup>108</sup> *Ibid.* p. 50.

<sup>109</sup> Baena del Alcázar, M., *Op. cit.*, p. 68.

cuestión de técnica jurídica, sino de experiencia, íntimamente ligada con la psicología colectiva, que cambia con el tiempo, las circunstancias o los agentes”<sup>110</sup>.

Los medios de fomento que pueden ser empleados para incentivar al sector empresarial pueden clasificarse entorno a: positivas – negativas y honoríficos – económicos – jurídicos.

Los medios positivos supondrían “los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas”<sup>111</sup> mientras que los negativos supondrían aquellos que “significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar”<sup>112</sup>.

La segunda clasificación requiere un poco más de detenimiento si bien, en los siguientes subapartados procederemos a entender en qué consisten los diferentes medios que puede emplear el Estado en su afán por proteger los derechos del niño y la eficacia que, conforme a lo que se expondrá, creemos que puedan tener en el proceso de incentivar a los empresarios, con especial detenimiento en los medios honoríficos.

## **2.1. Medios jurídicos**

La primera variedad de fomento planteada por Jordana de Pozas es la de los medios de fomento jurídicos. Estos son aquellos que “se caracterizan por el otorgamiento de una condición privilegiada que, de modo indirecto, representa ventajas económicas o de seguridad”<sup>113</sup>.

De entre los medios de fomento jurídicos, cabe destacar la concesión de prerrogativas de carácter público, como la expropiación forzosa o el consumo obligatorio.

Esta categoría de medio de fomento es considerada hoy en día por muchos como una categoría obsoleta, cuya clasificación como medio propio se pone en cuestión puesto que los fines perseguidos, así como su planteamiento, son de puro interés económico y de

---

<sup>110</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 50.

<sup>111</sup> *Ibid.* p. 51.

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 53.

cuestionable estímulo al cumplimiento de un interés general<sup>114</sup>. De igual manera, su obsolescencia también se refleja en su gran incompatibilidad con el Derecho de la Competencia y la prohibición de los monopolios comerciales<sup>115</sup>.

Siendo conscientes de la poca utilidad que esta categoría de medio tiene hoy en día, cabe descartar el uso de esta para poder alinear los intereses empresariales con los del Estado en la protección de los derechos del niño y, por tanto, no será objeto de este trabajo desarrollar más en profundidad este grupo.

## **2.2. Medios económicos**

Los medios económicos han sido, tradicionalmente, aquellos medios más utilizados en el desarrollo de la actividad de fomento en todos los ámbitos de la Administración, suponiendo una elevada cantidad de gasto público y ocupando un lugar destacado en el desarrollo de las políticas públicas<sup>116</sup>.

Jordana de Pozas entendía que estos medios son “aquellos que de un modo directo determinan la percepción de una cantidad o la dispensa de un pago obligatorio”<sup>117</sup>.

Los medios de fomento económicos pueden ser tanto reales, fiscales, crediticios y de contenido económico en sentido estricto<sup>118</sup>. No obstante, el instrumento tradicionalmente más utilizado de entre todos los medios económicos es la subvención, medio que se encuentra regulado por la LGS<sup>119</sup>.

Parece innegable que, aun cuando estas políticas de fomento económico hayan sido protagonistas en los últimos años, siendo en muchas ocasiones un mecanismo de gran efectividad, podrían tener cierto impacto sobre la libre competencia y el funcionamiento

---

<sup>114</sup> Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, iustel, Madrid, 2018, pp. 315-316.

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 316.

<sup>116</sup> Fernández Farreres, G., *Op. cit.*, p. 151.

<sup>117</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* p. 53.

<sup>118</sup> Alonso Timón, A.J., *Op. cit.* p.262.

<sup>119</sup> Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, 2003, BOE núm. 276, de 18/11/2003, pp. 40505-40532.

del mercado, cuestión que se contrapone con el desarrollo del mercado único de la Unión Europea<sup>120</sup>.

En muchas ocasiones estos medios de fomento han sido cuestionados, encontrándose actualmente recogido en el TFUE<sup>121</sup> una regulación orientada a la limitación de los medios de fomento económicos, como subvenciones o exenciones fiscales, que se evidencia en los artículos 107 a 109 TFUE. En estos artículos, el derecho de la UE restringe considerablemente la posibilidad de los Estados de hacer uso de las ayudas públicas, salvo en casos especialmente determinados.

Es más, el uso de la subvención como medio de fomento para lograr una eficaz protección de los derechos del niño, tampoco parece plausible desde un punto de vista económico y de eficiencia. La gran dificultad radicaría en lo sumamente costosas que serían estas políticas para los Estados. Si lo que pretende el Estado es que absolutamente todas las empresas respeten los derechos del niño mediante incentivos económicos, la Administración debe de tener la capacidad suficiente para, hipotéticamente, poder subvencionar a todas las empresas que operan en España, destinando una gran partida del presupuesto al pago de estas subvenciones, cuestión que parece inasumible para una mayoría de Estados.

Resulta innegable que los medios de fomento económicos han logrado, a lo largo de la historia, la consecución de grandes objetivos de interés general. No obstante, debemos también ser críticos y evidenciar que la consecución de objetivos de interés general por medio de subvenciones o exenciones fiscales a las empresas no es realmente sostenible cuando se trata de un objetivo que se extiende a lo largo del tiempo. El objetivo del Estado es que la actividad empresarial respete los derechos del niño desde la actualidad y de forma prolongada en el tiempo, por lo que garantizar este respeto mediante el otorgamiento de subvenciones parece poco sostenible, por dos cuestiones.

En primer lugar, como hemos visto, el Derecho de la Unión Europea limita considerablemente el uso de este instrumento por parte del Estado, pues no hace más que interceder con el principio de libre competencia por el que se rige el mercado único.

---

<sup>120</sup> Fernández Farreres, G., *Op. cit.*, p. 151.

<sup>121</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DOUE C-326 de 26/10/2012, pp. 47-390.

En segundo lugar, y de forma más importante, cabe recalcar que la finalidad del fomento es lograr la consecución de objetivos de interés público. Ahora bien, esta consecución no puede lograrse a través de un empleo descontrolado de los recursos públicos, sino que debe producirse de la forma más eficiente posible. El artículo 31.2 de la Constitución Española recoge la obligatoriedad de que la programación y ejecución del gasto público responda a criterios de eficiencia y economía<sup>122</sup>.

Como es sabido, el dinero público no es un bien infinito que no pertenece a nadie, sino que, al contrario, este es finito y pertenece a todos los ciudadanos. Por esta razón, el Estado debe ser consciente de que si el objetivo es incentivar a las empresas para que adopten una determinada conducta, no puede incentivar este comportamiento de manera eficaz mediante subvenciones o exenciones fiscales por una sencilla razón: el dinero es un recurso limitado y si, llegado el caso, no se pudieren otorgar más subvenciones, todo el progreso social relacionado con el respeto a los derechos del niño retrocedería al punto de partida, al no tener ya las empresas ningún incentivo para continuar con su comportamiento. En este sentido, dicho respeto pasaría a depender de la libre voluntad no incentivada de los empresarios.

Por tanto, el Estado, a la hora de estudiar cual es el medio de fomento más eficiente para lograr la protección de los derechos del niño, ha de ser lo suficientemente diligente y saber que si la protección de los derechos del niño es un objetivo que se extenderá desde el presente y de forma prolongada en el futuro, no puede basar su consecución en un recurso finito, del que no sabe si dispondrá en el futuro para poder seguir alineando los intereses de las empresas con el cumplimiento de estos derechos.

El Estado, por tanto, en su interés por alinear los intereses empresariales y los públicos, tiene que tratar de inculcar el respeto desde la tradición, como una evolución natural de la actividad empresarial sin basarse este en un recurso finito como es el dinero público. Este es el verdadero objetivo de la Administración que hará viable la protección de los derechos del niño, logrando así un verdadero efecto transformador.

En definitiva, se considera que, si bien las subvenciones pueden suponer una efectiva medida de fomento, quizá no la consideremos como la mejor de las posibles para el caso que nos ocupa, pues la alineación de los intereses de todas las empresas con los del Estado para la protección de los derechos del niño sería ineficaz y peligrosa debido al alto coste

---

<sup>122</sup> Santamaría Pastor, J. A., *Op. cit.* p. 313.

que esto supondría y la posibilidad de que, en caso de cese de estas subvenciones, se produzca un retroceso social.

### **2.3. Medios honoríficos**

Finalmente, nos encontramos con los medios honoríficos, los cuales, en nuestra opinión, merecen especial atención al relacionarlos con la idea de fomento de los derechos del niño y la actividad empresarial.

Estos medios fueron definidos por Jordana de Pozas como “las distinciones y recompensas que se otorgan como público reconocimiento y proclamación de un acto o de una conducta ejemplar. Aunque lleven consigo, en ocasiones, algunas ventajas de carácter jurídico o económico, éstas se consideran accesorias, siendo lo principal el enaltecimiento social del beneficiado”<sup>123</sup>. Este medio de acción administrativa de fomento incluye, entre otros, las condecoraciones civiles, los títulos o las calificaciones, es decir, aquellos que supongan un reconocimiento público por la consecución, a través de la actividad privada, de intereses generales previamente promovidos por el Estado<sup>124</sup>. La psicología es el factor diferencial de esta actividad de fomento, que trata de alinear los intereses públicos y privados sin necesidad de destinar a dicho alineamiento recursos presupuestarios, o al menos, que estos no sean de gran importancia<sup>125</sup>. El otorgamiento de estos reconocimientos es el resultado de una actividad bien desarrollada por parte del sector privado y que, por tanto, ha de ser reconocido públicamente. Fruto de este reconocimiento se derivarán otras consecuencias como puede ser un mayor respeto social o un aumento de la autoridad moral de dicha empresa.

No obstante, autores como Santamaría Pastor<sup>126</sup> dudan de su calificación como medio de fomento, al no conseguir establecer una relación directa de causa - efecto entre los medios honoríficos dirigidos a la población y la consecución por parte de estos de intereses

---

<sup>123</sup> Jordana de Pozas, L., *Op. cit.* pp. 52-53.

<sup>124</sup> Rodríguez Rodríguez, L., “La actividad administrativa de fomento”, Rodríguez Martín – Retortillo, M.C. (coord.), “*Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*”, Editorial Comares, S.L., Comares, 2015, pp. 394.

<sup>125</sup> *Ibid.* p. 390.

<sup>126</sup> Santamaría Pastor, J. A., *Op. cit.* pp. 314-315.

generales, pues, entre otras cuestiones, argumenta que el reconocimiento tiene lugar a posteriori.

Ahora bien, no debemos limitar el efecto incentivador de los medios honoríficos al efectivo momento del otorgamiento, pues como todo proceso, para poder llegar al final del mismo, se debe comenzar por el inicio, siendo el público reconocimiento la meta y el alineamiento de los intereses públicos y privados para la protección de los derechos del niño, el camino a seguir para alcanzarla. La importancia de la cuestión radica en que, si no hubiere existido dicho reconocimiento, muchas empresas ni siquiera hubieran decidido emprender el camino, lo cual nos lleva a considerar que sí existe una relación directa entre los medios honoríficos y la consecución por parte de los individuos de intereses generales, aun cuando el reconocimiento sea, como bien indica Santamaría Pastor, a posteriori.

La importancia que ha tenido el reconocimiento público a lo largo de la historia ha ido variando. Los medios honoríficos fueron empleados con mayor asiduidad durante el periodo del Estado Liberal<sup>127</sup>, cayendo posteriormente en un práctico desuso, pues la evolución de la sociedad primó otras cuestiones como las económicas, apartando entre tanto la importancia de dicho reconocimiento, pues para la sociedad en muchas ocasiones era irrelevante el proceso productivo del bien, prefiriendo pagar menos por el producto adquirido.

Santamaría Pastor<sup>128</sup> expresa que, actualmente, todas aquellas acciones basadas en el principio del honor tienen una escasa eficacia incentivadora. No obstante, parece que este autor hace referencia a aquellos honores reconocidos a las personas naturales y no a las jurídicas.

Por el contrario, parece que la sociedad está actualmente evolucionando hacia una tendencia de consumo más responsable, donde los consumidores están más concienciados con el origen del producto y, por ello, están dispuestos a gastarse una mayor cantidad de dinero del que podrían hacerlo en otro producto similar, siempre y cuando, se garantice que el primero tiene un origen acorde a los valores que el consumidor persigue. Debido a la creciente tendencia hacia un consumo más responsable, la importancia de los medios

---

<sup>127</sup> Rodríguez Rodríguez, L., *Op. cit.* p. 394.

<sup>128</sup> Santamaría Pastor, J. A., *Op. cit.* p. 315.



honoríficos en el mundo empresarial está adquiriendo más importancia que nunca en los últimos tiempos.

Un ejemplo claro de ello es el interés que ha adquirido el respeto al medioambiente en la adquisición de los productos. Tal es la importancia, que los consumidores, en numerosas ocasiones, optan por pagar más a sabiendas de que el producto adquirido cumple una serie de requisitos que este considera importantes, siendo conscientes, al mismo tiempo, de que su proceso de producción probablemente sea más caro.

El incremento del consumo de los productos ecológicos que, por lo general, tienen un precio mayor a los que no lo son, es un claro ejemplo de cómo una gran cantidad de productores se han ido adaptando a las condiciones exigidas para la obtención del sello ecológico, pues los intereses empresariales así lo aconsejaban para no perder cuota de mercado ya que, por ejemplo, el gasto en productos ecológicos en España creció un 12,58% per cápita durante el año 2018<sup>129</sup>. Con ello se logran objetivos de interés público como preservar la fertilidad del suelo o la no utilización de productos químicos que dañen el medioambiente.

Sin embargo, para garantizar y convencer al cliente de que el producto o servicio cumple con los valores que este busca en el mercado, muchas veces no basta con la mera palabra del comerciante, sino que el consumidor requerirá de una entidad ajena y objetiva que asegure que verdaderamente cumple estos requisitos mediante, por ejemplo, sellos de calidad. Estos últimos suponen un nuevo medio de incentivo honorífico que puede asumir un gran protagonismo en nuestra sociedad.

No obstante, no debemos alejarnos del tema objeto del trabajo que nos ocupa: los derechos del niño. Si bien, estos parecen estar relegados a un ámbito de menor importancia en el desarrollo de la actividad empresarial, no debemos olvidar que son un grupo especialmente vulnerable que requiere una mayor protección. Precisamente, es debido a su vulnerabilidad por lo que la sociedad debiera prestarles un mayor cuidado a la hora de analizar el impacto que tienen los productos o servicios que adquieran.

El papel del Estado en este punto es fundamental. Al tratarse los derechos del niño como una cuestión de interés general, de cuyo cumplimiento el Estado es directamente

---

<sup>129</sup> Valente, F., “El sector de la alimentación ecológica echa raíces en España”, *ABC*, 18 de julio de 2018 (disponible en [https://www.abc.es/economia/abci-sector-alimentacion-ecologica-echa-raices-espana-201807160236\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-sector-alimentacion-ecologica-echa-raices-espana-201807160236_noticia.html); última consulta 18/04/2020).

responsable, este podrá, por ejemplo, otorgar sellos o certificados a aquellas empresas que respeten y protejan dichos derechos.

Mediante esta forma de actuación administrativa se logra una mayor implicación por parte de las empresas que comenzaran a cumplir con la Convención pues, si esta no les es directamente vinculante, si les interesará adquirir el sello o certificado de “empresa que respeta los derechos del niño”, ya que aumentará su reputación y, probablemente, como consecuencia de ello, también aumente sus ventas.

Conviene destacar también, la importancia del papel del Estado a la hora de lograr transmitir a la ciudadanía el gran abanico de derechos del niño recogidos en la Convención a través de, por ejemplo, campañas de comunicación. En muchas ocasiones y, por lo general, la sociedad considera que los derechos recogidos en esta Convención no tienen mucho más alcance que el de la erradicación del trabajo infantil y de los niños soldado, dos cuestiones que a su vez son de suma importancia y que, por suerte, en nuestro país no se producen de forma generalizada. No obstante, la diversidad de derechos recopilados en la Convención es muy amplia y, supone el deber del Estado como sujeto directamente vinculado por la Convención, el darlos a conocer y demostrar que sí que existen prácticas en España que atentan contra estos derechos de los cuales mucha gente no tenía conocimiento. Cuando la sociedad sea consciente de que en nuestro país existen empresas que no respetan los derechos del niño y otras que sí, que a su vez puedan identificarse mediante un sello de calidad, la tendencia del consumo responsable, que previamente mencionábamos que estaba incrementándose, provocará que los consumidores traten de adquirir aquellos productos o servicios elaborados por empresas que sí respeten los derechos del niño. Al fin y al cabo, los niños son un grupo vulnerable por el cual la sociedad parece mostrar una especial preocupación ante situaciones trágicas que les afectan.

Como consecuencia de ello, junto con la creciente tendencia de un consumo más responsable, se plantea una posible medida eficaz de fomento a través de la cual el Estado podrá lograr una mayor protección y respeto de los derechos del niño: la obtención del sello de calidad. Las empresas mostrarán un gran interés en la obtención de un sello de este calibre, pues este determinará si la empresa respeta o no los derechos del niño, y la obtención del mismo, ya sea por una cuestión de principios o de reputación, provocará un aumento o una no disminución de las ventas.

No obstante, para ello, las empresas deberán cumplir con los requisitos establecidos por el Estado para la obtención del sello y, por tanto, respetar los derechos del niño establecidos en la Convención.

Por esta razón, consideramos que el empleo de la técnica de sellos, de una forma similar a la hoy utilizada por los productos ecológicos y que ha dado un eficiente resultado, podría lograr que se aumentara el respeto y protección de los derechos del niño por parte de las empresas.

En conclusión, el desarrollo de la actividad de fomento a través de medios honoríficos supone, a nuestro parecer, una manera efectiva de lograr indirectamente una mayor protección de los derechos del niño, ya que la sociedad cada vez está más concienciada a través de un consumo responsable y, con ello, el honor de las empresas juega un papel principal. El uso de estos medios estará completamente justificado para la satisfacción de un interés público<sup>130</sup>: la protección de los derechos del niño. Se considera que el empleo de sellos de calidad sería la medida más eficaz.

Por lo tanto, como resumen de este apartado, cabe destacar que existen una gran diversidad de medios de fomento, si bien, no todos tienen la misma eficacia a la hora de incentivar de forma indirecta a las empresas a respetar los derechos del niño. De entre todos los medios examinados, concluimos que los medios honoríficos y, en concreto, la utilización de los sellos de calidad puede suponer una implementación eficiente de la técnica de fomento para salvaguardar a los derechos del niño frente al impacto que tiene sobre ellos la actividad empresarial.

---

<sup>130</sup> Baena del Alcázar, M., *Op. cit.*, p. 70.

## CAPÍTULO V. LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE FOMENTO Y LA APARICIÓN DE TÉCNICAS HÍBRIDAS: EL *NUDGE*

En el capítulo anterior hemos analizado los medios de fomento desde la clasificación realizada por Jordana de Pozas en 1949, planteándonos la introducción de los sellos de calidad como medida que verdaderamente pudiere tener eficacia en la protección de los derechos del niño frente al impacto de la actividad empresarial.

No obstante, como es lógico y ya se planteaba previamente, este concepto ha evolucionado desde que Jordana de Pozas lo acuñase por primera vez. Autores como Santamaría Pastor<sup>131</sup> y Fernández Farreres<sup>132</sup>, entienden que la formulación realizada en 1949 se encuentra ciertamente desfasada en la actualidad.

Si bien, es innegable que, como todo proceso, el concepto de fomento ha evolucionado y hoy puede abarcar una amplitud mayor, recogiendo técnicas que han ido apareciendo con el paso del tiempo.

En este sentido, y, en el intento por implementar medidas que estimulen a los individuos a la consecución de los objetivos de interés general, han aparecido nuevas técnicas que podríamos considerar de naturaleza híbrida y que podrían emplearse para lograr un mayor respeto por parte de las empresas de los derechos de los niños. Esta calificación de híbrido proviene del resultado del empleo simultáneo de la técnica de la regulación y la acción administrativa de fomento.

En el empleo de esta nueva técnica híbrida, la influencia de la contratación pública será fundamental para la exitosa alineación de los intereses de la Administración y los de la empresa en la búsqueda del respeto de los derechos del niño. Los contratos con la Administración suelen gozar de popularidad ya que para el empresario supone una certeza en el cobro y un aumento de su reputación empresarial.

El Estado debe, como mencionábamos en los anteriores capítulos, adoptar una posición activa en la protección de los derechos del niño en todos sus ámbitos y, entre ellos el empresarial. No sería lógico que el Estado fomentase la protección empresarial de los derechos del niño y, posteriormente, contratase con quienes no los respetasen.

---

<sup>131</sup> Santamaría Pastor, J. A., *Op. cit.* p. 314.

<sup>132</sup> Fernández Farreres, G., *Op. cit.*, p. 151.

Gracias a la nueva Ley de Contratos del Sector Público ( en adelante, “LCSP”)<sup>133</sup>, que transpone las innovaciones en materia de contratación pública recogidas en las Directivas 2014/23/UE<sup>134</sup> y 2014/24/UE<sup>135</sup>, se introduce la idea de que el Estado ha de utilizar el gran poder que deriva de la contratación pública para lograr la consecución de fines perseguidos por la Administración, más allá de los que son objeto principal del contrato, incluso generando un encarecimiento de este, el cual será compatible siempre y cuando respete el principio de eficiencia presente en toda actividad contractual de la Administración<sup>136</sup>.

Surge así lo que es la aplicación del *nudge*, término que fue acuñado por el premio Nobel de Economía de 2017, Richard H. Thaler junto con Cass Sunstein y cuyo significado es “pequeño empujoncito” haciendo alusión a que con ello busca que se empuje a la población a tomar decisiones que la beneficien a largo plazo<sup>137</sup>. Este es en el ámbito de la contratación pública un concepto relativamente moderno que lo que fomenta es que las empresas que contratan con las Administraciones cumplan con objetivos que esta persigue más allá del objetivo principal del contrato. Por lo tanto, a través de la técnica de la regulación, se produce una positivización del *nudge* que abarca varias cuestiones, entre las que destaca la consecución de los aspectos sociales<sup>138</sup>. Esta técnica, tal y como se emplea en la contratación pública española, supone un instrumento híbrido fruto del nexo entre la técnica de fomento del *nudge* y su positivización en la LCSP, lo cual hace posible su empleo en la contratación pública.

---

<sup>133</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9/11/2017, pp. 107714-108007.

<sup>134</sup> Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94, de 28/03/2014, pp. 1-64.

<sup>135</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DOUE núm. 94, de 28/03/2014, pp. 65-242.

<sup>136</sup> Terrón Santos, D., “La nueva actividad pública de fomento: el «green nudge» en la actual contratación pública”, *Gestión y análisis de Políticas Públicas*, núm. 22, 2019, p. 24.

<sup>137</sup> BBC Mundo, “Qué es la ‘teoría del empujón’ que le hizo ganar al estadounidense Richard H. Thaler el Nobel de Economía”, *BBC News*, 9 de octubre de 2017 (disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41551856>; última consulta 18/04/2020).

<sup>138</sup> Terrón Santos, D., *Op. cit.* p. 29.

El empleo del *nudge* para la protección de los derechos del niño frente al impacto de la actividad empresarial se asemeja al ya existente “*Green Nudge*” cuyo objetivo es la inclusión de los requisitos medioambientales en la contratación pública. Por tanto, en un contrato de servicios, por ejemplo, el objeto principal del contrato será la prestación del servicio, si bien la Administración podrá establecer como criterio que además del cumplimiento de la obligación principal, se cumplan otros requisitos en consonancia con los objetivos de la Administración que, en el caso que nos ocupa, sería el respeto de los derechos del niño por parte de la empresa.

A través del concepto de *nudge* lo que se pretende es que, por medio de la poderosa influencia que tiene la contratación pública, se oriente el desarrollo de dichos contratos, de forma adicional hacia la consecución de objetivos de interés general como la protección de los derechos del niño, tal y como se argumenta más adelante, sin el uso de la coacción ni tampoco de incentivos económicos<sup>139</sup>, pues cada empresa será libre de presentar su candidatura a los procesos de adjudicación de contratos públicos.

No obstante, cabe recordar la influencia que tiene la contratación pública sobre las empresas, lo cual llevará a estas a cumplir con aquellos requisitos adicionales exigidos por la Administración para, así, poder tener más posibilidades de adjudicación de dichos contratos. Por ello, deberá el Estado, como principal garante de los derechos del niño frente a las empresas, exigir el respeto de este grupo tan vulnerable para así únicamente contratar con quien verdaderamente guarde estos derechos.

Como bien sabemos, la acción administrativa de fomento se puede llevar a cabo a través de medios económicos como ayudas y subvenciones, cuestión que como defiende Terrón Santos descarta el *nudge*<sup>140</sup>. La importancia de este nuevo concepto de fomento radica en que “el poder público coadyuva pero siempre de forma indirecta, procurando que sea el sujeto privado el que cambie su comportamiento, (...) por tener en ciernes un resultado positivo, una recompensa, como pueda ser la adjudicación de un contrato, como consecuencia de un mayor grado de cumplimiento”<sup>141</sup> de las medidas de interés general como puedan ser la protección de los niños.

---

<sup>139</sup> Terrón Santos, D., *Op. cit.* p. 26.

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> *Id.*

Al aplicar esta técnica híbrida para garantizar que las empresas respeten los derechos del niño, lo que se persigue es que sean estas quienes adapten voluntariamente sus comportamientos al respecto de los derechos recogidos en la Convención, incentivados por una mayor probabilidad de adjudicación de los contratos públicos a los que concursan.

La clasificación de esta medida entre las previamente expuestas de fomento: honoríficas, económicas o jurídicas, parece una cuestión que suscita mayor complejidad. El cumplimiento de los fines que persigue la Administración por parte de los sujetos individuales conlleva de forma indudable un encarecimiento del contrato. Esto puede llevarnos a pensar que el *nudge* tiene un componente económico que lo clasificaría dentro de los medios de fomento económicos<sup>142</sup>. No obstante, tal y como defiende Terrón Santos, el pago de una mayor cantidad de dinero por dichos contratos no puede entenderse como una ayuda indirecta, sino que esta ha de ser considerada como una consecuencia directa del *nudge* y, por lo tanto, su clasificación como medida económica de fomento podría cuestionarse<sup>143</sup>. Este encarecimiento del contrato se considerará una consecuencia directa de esta técnica pues las empresas a la hora de cumplir con los objetivos perseguidos por la Administración tendrán que soportar un mayor coste, siendo este último trasladado al contrato, encareciendo el coste del producto<sup>144</sup>. Es por ello, que este mayor gasto que realiza la Administración se hace como el efectivo pago del precio de un contrato y no como un medio de incentivo económico.

Es más, como hemos mencionado previamente los *nudges* se orientan a influenciar las conductas de los sujetos sin el uso de incentivos económicos, lo cual le llevaría a asemejarse más, en cuanto al funcionamiento de este, a medios de fomento como los honoríficos, pues estos también coadyuvan sin incentivos de carácter económico. Por tanto, ante la dificultad de integrar estas medidas en alguno de los grupos de medios ya mencionados, Ponce Solé define el *nudge* como “una actividad de fomento sofisticada y científicamente informada”<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Terrón Santos, D., *Op. cit.* p. 27.

<sup>143</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>144</sup> *Id.*

<sup>145</sup> Ponce Solé, J., “Derecho Administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 15.

El objetivo del *nudge* radica en que la mayor inversión realizada por la Administración al contratar con aquellos individuos que cumplan con los intereses públicos deseados y, que por ende, supongan contratos más caros, se vean compensados por el ahorro que implicaría el gasto realizado directamente por la Administración para la consecución de estos objetivos que han sido realizados, al menos parcialmente, por aquellos beneficiarios de la adjudicación del contrato público, cumpliendo así con el principio de eficiencia<sup>146</sup>.

Por lo tanto, esta técnica híbrida contemplada en la LCSP también permite garantizar eficazmente y sin limitar la libertad de empresa los derechos del niño recogidos en la Convención y, por tanto, permitirá al Estado aproximarse a su papel de garante de los derechos del niño en España.

Finalmente, me gustaría destacar como se evidencia en varias ocasiones que la vulneración de los derechos del niño, aun cuando estos también son seres humanos, no adquiere la relevancia que, sobre el papel, debiera tener. En este sentido, lo expuesto sobre la técnica del *nudge* regulada en la LCSP se desarrolla en dicha ley para incentivar aspectos sociales de entre los que se concretan algunos como la integración de personas discapacitadas o en riesgo de exclusión social. Sin embargo, la protección y el respeto de los derechos del niño no se concreta en ningún momento, evidenciando el relegado papel que tienen estos derechos para el legislador. Aun así, la aplicación del *nudge* en relación con el respeto de los derechos del niño sí tendrá cabida pues, aun cuando los artículos 145.2 y 202.2 LCSP no especifican esta circunstancia entre los concretos contextos en los que el *nudge* se pudiere aplicar, estos mismos preceptos no son *numerus clausus*, dejando la puerta abierta a más aspectos sociales al incluirse en los mismos la expresión “entre otras”<sup>147</sup>. Podría convenir, entonces, la necesidad de reformar estos dos preceptos con el objetivo de que incluyan de manera expresa la protección de los derechos del niño, eliminando cualquier tipo de duda interpretativa que pudiera existir. La conveniencia de esta reforma se acentúa si recordamos que el Estado es el garante de los derechos del niño en España y que la Convención firmada en 1989 le es directamente vinculante.

En conclusión, la evolución del concepto de fomento y de las técnicas empleadas por el mismo han dado lugar, con la reforma de la LCSP, a la aparición de la técnica híbrida del *nudge*, la cual consideramos un instrumento de gran utilidad que puede emplear la

---

<sup>146</sup> Terrón Santos, D., *Op. cit.* p. 29.

<sup>147</sup> Art. 145.2 y art. 202 LCSP



Administración en la contratación pública para lograr la consecución del objetivo que perseguimos con este trabajo: el respeto y la protección de los derechos del niño por parte de las empresas.

## CONCLUSIÓN

España es un Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en 1989 y ratificada en 1990. La entrada a formar parte de esta Convención implica que España se encuentra directamente vinculada por todos los preceptos que se encuentran recogidos en la misma, si bien dicha vinculación directa no es extensible a otros actores sociales como son las empresas.

Estas empresas juegan un papel fundamental en la sociedad actual y los efectos del impacto que estas pueden tener sobre los derechos del niño puede ser inmensos y duraderos. El Estado, a través del artículo 4 de la Convención, se compromete a emplear todos los medios a su alcance para que estos derechos sean respetados en su país, lo que también implicará buscar todos los medios a través de los cuales las empresas respeten los derechos del niño.

Para ello, cabe recordar que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, y que el artículo 38 de la Constitución Española recoge el principio de libertad de empresa y el artículo 4.1 LRJSP el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa, buscando siempre la medida menos restrictiva.

Siendo plenamente conscientes de la importancia que tiene un eficaz y riguroso respeto por los derechos de un grupo tan vulnerable como el de los niños, nos hemos planteado las formas de actuación administrativa que puede llevar a cabo el Estado para la protección de estos.

Con el objetivo de lesionar lo menos posible el principio de libertad de empresa así como en uso del principio de proporcionalidad, entendemos que la acción administrativa de fomento puede considerarse como una opción que puede ser de gran eficacia en la búsqueda de la protección de los derechos del niño y la no limitación de aquel principio de libertad.

Dentro de los medios de fomento, consideramos que en atención al cambio en la tendencia de consumo de la sociedad española, que hoy en día se preocupa más por el origen y proceso de producción de los bienes y servicios, las medidas honoríficas, en concreto, el reconocimiento del respeto de los derechos de los niños mediante el otorgamiento de un sello, puede ser de suma eficacia. Para ello nos basamos en la idea de que otros sellos, como en este caso el ecológico, han tenido una gran eficacia y las empresas buscan a

través de todos los medios poder cumplir con las exigencias requeridas para la obtención de estos, pues ello se puede traducir en un aumento considerable de las ventas.

Finalmente, también hemos planteado una solución empleando técnicas innovadoras, fruto de la nueva LCSP, que permite desarrollar el concepto de *nudge*. Lo que se busca a través de este medio es que los intereses generales del Estado también supongan un criterio de decisión a la hora de la adjudicación y desarrollo de los contratos públicos y que, por tanto, influencien a las empresas a reconducir sus actividades empresariales hacia el cumplimiento de los derechos de los niños.

## PROPUESTA

Ante la imperiosa necesidad que existe de proteger los derechos de los niños frente al impacto que tiene en ellos la actividad empresarial, consideramos que la acción administrativa que mejor puede interceder es la de fomento, pues esta es capaz de buscar el respeto de los derechos de los niños a la vez que respeta la libertad de empresa.

De entre la variedad de medios de fomento existentes, consideramos que hay dos que pueden ser de suma eficacia.

El primero supondría el otorgamiento de un sello que reconociese el desarrollo de la actividad empresarial que fuese respetuosa con los derechos del niño. Cuando la sociedad comience a distinguir entre aquellas empresas que respetan y aquellas que no los derechos de los niños, entendemos que los consumidores preferirán adquirir aquellos productos que sí lo hacen pues, al fin y al cabo, los niños son un grupo especialmente vulnerable que la sociedad exige que sean cuidados.

El segundo supondría la orientación de los contratos públicos al respeto de los derechos del niño a través del *nudge*. El impacto que tiene la contratación pública en nuestro país es muy grande y si a quienes tienen que contratar se les transmite la necesidad de cumplir con los derechos del niño como criterio de selección en la adjudicación del contrato, no albergo la menor duda de que la actividad empresarial se tomará más en serio el respeto de los citados derechos.

Es más, cabría incluso combinar ambas propuestas para que, en el ámbito de la contratación pública orientada al respeto de los derechos del niño, la Administración primase a aquellas empresas que ostentasen este sello. Este mecanismo garantizaría una eficiencia en los criterios de selección de las empresas a la vez que el respeto de estas a los derechos del niño.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

- Convención sobre los Derechos del Niño, resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31/12/1990, pp. 38897-38904.
- Reglamento CRC/C/4/Rev.5 del Comité de los Derechos del Niño de 1 de marzo de 2019.
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94, de 28/03/2014, pp. 1-64.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DOUE núm. 94, de 28/03/2014, pp. 65-242.
- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978, pp. 29313-29424.
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE núm. 288, de 28/11/2014, pp. 96841-96859.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 9/11/2017, pp. 107714-108007.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, 2003, BOE núm. 276 de, de 18/11/2003, pp. 40505-40532.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 2015, BOE núm. 236, de 02/10/2015, pp. 89411-89530.

## Obras Doctrinales

- Alonso Timón, A.J., “Las formas de acción administrativa”, en AA. VV. *Derecho Administrativo I* 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2016, Pp. 247-272.
- Baena del Alcázar, M., “Sobre el Concepto de Fomento”, *Revista de Administración Pública*, n.º 54, 1967, pp. 43-86.
- Fernández Farreres, G., “La actividad de fomento”, Cano Campos, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La actividad de las Administraciones Públicas. Volumen II. El contenido.*, iustel, Madrid, 2009, pp. 147-184.
- Fuertes González, B.E., “Las ayudas de Estado”, *Revista Economía Industrial*, núm. 401, 2016, pp. 173-178.
- Jordana de Pozas, L., “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, 1949, pp. 41-54.
- Loyola Chávez, D., “El Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos del Gobierno de España y la Responsabilidad Social de las empresas de respetar los Derechos Humanos”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 29, 2018, pp. 123-144.
- Ponce Solé, J., “Derecho Administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27.
- Rodríguez Rodríguez, L., “La actividad administrativa de fomento”, Rodríguez Martín-Retortillo, M.C. (coord.), “*Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*”, Editorial Comares, S.L., Comares, 2015, pp. 385-400.
- Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, iustel, Madrid, 2018.
- Terrón Santos, D., “La nueva actividad pública de fomento: el «green nudge» en la actual contratación pública”, *Gestión y análisis de Políticas Públicas*, núm. 22, 2019, pp. 24-39.

## Recursos de Internet

- Amnistía internacional, “Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, *Portal de Amnistía Internacional* (disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/menores/>; última consulta 18/04/2020).
- BBC Mundo, “Qué es la ‘teoría del empujón’ que le hizo ganar al estadounidense Richard H. Thaler el Nobel de Economía”, *BBC News*, 9 de octubre de 2017 (disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41551856>; última consulta 18/04/2020).
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009): el derecho del niño a ser escuchado.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
- Child Rights Connect, “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Información para las ONG”, *Portal de Child Rights Connect*, 2013, (disponible en: <https://www.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2013/10/Fact-sheet-CRC-GC-SP.pdf>; última consulta 18/04/2020).
- ONU, “Convention on the Rights of the Child”, *United Nations Treaty Collection. Status of Treaties*, capítulo IV, 2020 (disponible en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en); última consulta 18/04/2020).
- Plataforma de infancia España, “Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Plataforma para la Infancia* (disponible en <http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/protocolos-facultativos/>; última consulta 18/04/2020).

- Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, BOE núm. 222, de 14/09/2017, pp. 90384-90401.
- Save the Children, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Save the Children* (disponible en <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef* (disponible en <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Portal de Unicef*, 2015 (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, “Convención sobre los Derechos del Niño. Las preguntas más frecuentes”, *Portal de Unicef* (disponible en [https://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_30229.html](https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html); última consulta 18/04/2020).
- Unicef, “¿Conoces tus derechos? Convención sobre los Derechos del Niño. Versión resumida”, *Portal de Unicef* (disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/unicef-educa-CONVENCION-SOBRE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-version-resumida.pdf>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, “Derechos del Niño y Principios Empresariales. Guías de Implementación”, *Portal de catedrarses* (disponible en <https://www.catedrarses.com.do/Portals/0/Documentos/Unicef/1477951846-UNICEF%20Guia%20RSC.pdf>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, centro de Investigaciones Innocenti, “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño”) *Portal de Unicef*, 2006 (disponible en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>; última consulta 18/04/2020).
- Unicef, Pacto Mundial de Naciones Unidas y Save the Children, “Derechos del Niño y Principios Empresariales”, *Portal de Unicef* (disponible en



<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/Derechos-nino-y-principios-empresariales.pdf>; última consulta 18/04/2020).

- Valente, F., “El sector de la alimentación ecológica echa raíces en España”, *ABC*, 18 de julio de 2018 (disponible en [https://www.abc.es/economia/abci-sector-alimentacion-ecologica-echa-raices-espana-201807160236\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-sector-alimentacion-ecologica-echa-raices-espana-201807160236_noticia.html); última consulta 18/04/2020).