IIJ

DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN

Mónica González Contró

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 425

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho

MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ

DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2008

Primera edición: 2008

DR © 2008. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mtro. Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5359-3

CONTENIDO

Agradecimientos XV

Introducción 1

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONCEPTO DE NIÑO 17

I. El niño como concepto construido social e históricamente . 17

1. El origen de la infancia como categoría con características propias 18
A. Grecia y Roma 21
B. Cristianización (siglos II a V) 24
C. Alta Edad Media (siglos V a X) 26
D. Baja Edad Media (siglos XI a XV) 28
E. Renacimiento (siglos XV y XVI) 31
F. Siglo XVII 35
G. Siglo XVIII 39
H. Siglo XIX 44
I. Siglo XX 48
2. Las diferentes etapas de la infancia: su construcción y evolución histórica 51
3. La construcción de la adolescencia 54
4. El desarrollo del concepto de infancia en el contexto de las relaciones familiares 59
5. La educación formal como elemento motor del surgimiento del concepto de infancia 64

II. El niño desde la psicología del desarrollo 69

1. El concepto de desarrollo humano 70
2. La infancia como periodo de la vida con características propias desde las distintas escuelas de la psicología del desarrollo 75
A. Etología 75
B. Teorías del aprendizaje 76
C. Piaget y otras teorías cognitivas 79
D. Teorías psicoanalíticas (Freud y Erikson) 85
E. Teorías contextualistas (Bronfenbrenner y la psicología evolutiva cultural) 91
3. La edad adulta 96

CAPÍTULO SEGUNDO
EL NIÑO Y LAS NECESIDADES HUMANAS 105

I. Necesidades de la infancia y adolescencia 105

1. Las teorías de las necesidades humanas 107
A. Maslow: necesidades como impulsos 107
B. Max-Neef: necesidades y desarrollo a escala humana . 111
C. Doyal y Gough: necesidades como objetivos 115
D. Rawls: las necesidades desde una teoría de la justicia . 120
2. Necesidades básicas y derechos 126

II. Necesidades específicas de cada una de las etapas de la infancia 133

1. Recién nacido 136
A. Necesidades intermedias de salud física en el recién nacido 136
B. Necesidades intermedias de autonomía en el recién nacido 137

2. Primera infancia 138
A. Necesidades intermedias de salud física en la primera infancia 139
B. Necesidades intermedias de autonomía en la primera infancia 140
3. Etapa preescolar 142
A. Necesidades intermedias de salud física en la etapa preescolar 143
B. Necesidades intermedias de autonomía en la etapa preescolar 143
4. Etapa escolar 144
A. Necesidades intermedias de salud física en la etapa escolar 145
B. Necesidades intermedias de autonomía en la etapa escolar 145
5. Pubertad y adolescencia 147
A. Necesidades intermedias de salud física en la adolescencia 149
B. Necesidades intermedias de autonomía en la adolescencia 149
III. Las necesidades de los niños y adolescentes y sus derechos 150

CAPÍTULO TERCERO
EL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 159

I. Las teorías sobre el concepto de derecho subjetivo 160

II. El concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva de las relaciones jurídicas 163

1. Derecho como pretensión 168
2. Derecho como privilegio (permiso o libertad) 176

3. Derecho como potestad 184
4. Derecho como inmunidad 191
5. Críticas al modelo de Hohfeld 195
A. Críticas relacionadas con la terminología utilizada por Hohfeld 196
B. Críticas relacionadas con la utilidad de la teoría de Hohfeld 199
C. Críticas a la tesis de la correlatividad 201
D. Críticas a la falta de criterio unificador del concepto de derecho subjetivo 202
III. El concepto de derecho subjetivo en las teorías de la voluntad y del interés 204
1. Las teorías de la voluntad o de la elección 207
A. Los derechos del niño desde las teorías voluntaristas que niegan la titularidad de derechos durante la infancia . . 216
B. Teorías que atribuyen la titularidad de derechos a los niños 227
2. Las teorías del interés y otras teorías no-voluntaristas . . . 232
A. Los derechos como pretensiones o demandas (*claims*) 239
B. Los derechos del niño desde las teorías del interés . . . 244
C. El contenido de los intereses que justifican los derechos de los niños 250

CAPÍTULO CUARTO
EL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS 257

I. El concepto de derechos humanos 259
Los derechos humanos como derechos subjetivos morales . . 267
A. Los derechos humanos como derechos subjetivos 267
B. El carácter moral de los derechos humanos 270

C. Los derechos subjetivos morales que son derechos humanos 274

II. Los principios normativos y la personalidad moral: el constructivismo ético 280

1. El principio de autonomía de la persona 285
2. El principio de igualdad de la persona 301
3. El principio de dignidad de la persona 314
4. El concepto de persona moral 321

III. Las características formales que se atribuyen a los derechos humanos 324

1. Los derechos humanos como derechos absolutos 325
2. Los derechos humanos como derechos inalienables 328
3. Los derechos humanos como derechos universales 330

IV. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos de los niños 333

V. Los modelos de intervención estatal en relación con los derechos del niño 342

1. Liberacionismo 343
2. Perfeccionismo moral-jurídico 355
3. Paternalismo jurídico 360

A. El niño como "incompetente básico" y las partes en el conflicto: niño, padres y Estado 370
B. Los "derechos obligatorios" 378

VI. Los intereses fundados en las necesidades de los niños y adolescentes como justificación y límite de las intervenciones paternalistas 383

CAPÍTULO QUINTO
LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS 391

I. Condiciones generales de satisfacción de necesidades del niño 397

1. Definición de niño (artículo 1o.) 397
2. No discriminación (artículo 2o.) 400
3. Interés superior del niño (artículo 3o.) 402
4. Obligación del Estado en la garantía de los derechos (artículo 4o.) 410

II. Derechos relacionados con las necesidades de salud física . 412

1. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.) 413
2. Salud y servicios médicos: nivel de vida, alimentación, higiene, vestido, vivienda y medio ambiente. Derecho a la seguridad social (artículos 24-27) 416
3. Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37) 422

III. Derechos relacionados con las necesidades de autonomía . . 425

1. Participación informal (artículos 5o., 13, 17, 18 y 29) . . . 426
2. Libertades, entendidas como derechos civiles (artículos 7o., 8o., 12-17 y 30) 432
3. Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículos 5o., 7o., 9o., 10 y 18) . . . 440
4. Juego y tiempo de ocio (artículo 31) 445
5. Educación formal (artículos 28 y 29) 447
6. Protección de riesgos psicológicos o de autonomía (artículos 19-21 y 32-38) 453

IV. Satisfactores especiales (artículos 22, 23, 39 y 40) 459

Conclusiones 471

Anexo I. Declaración de Ginebra (adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924) 503

Anexo II. Declaración Universal de los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959) 505

Anexo III. Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989) 509

Bibliografía 533

Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 21 de mayo de 2008 en ENACH, Impresión de Libros y Revistas, Bertha 198, colonia Nativitas, delegación Benito Juárez, 03500 México, D. F. Se utilizó tipo Times New Roman en 9, 10 y 11 puntos. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros. Consta de 500 ejemplares.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas e instituciones que han hecho posible la elaboración de esta obra:

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México (Conacyt), por la beca otorgada para la realización de esta investigación.

A mi maestro y amigo Rodolfo Vázquez, por su apoyo y asesoría durante estos años y por su generosa ayuda para hacer posible mi estancia en Madrid.

A Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa, quienes me iniciaron en la perspectiva interdisciplinaria de las necesidades de los niños, compartiendo su experiencia y conocimientos, además de ser un ejemplo de compromiso en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes.

A Paz, Magalí, Ana y Daniel, que compartieron conmigo estos años en Madrid, por su cariño, su paciencia e incondicionalidad en todo momento.

De manera muy especial agradezco a Liborio L. Hierro por su generosidad y dedicación a este trabajo y por todo lo que me ha aportado haberle conocido en el aspecto académico, pero sobre todo humano.

A María, por sus sonrisas, abrazos y palabras… y por prestarme sus ojitos para asomarme al mundo de los niños.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

INTRODUCCIÓN

El interés y la motivación para empezar a trabajar en el tema de los derechos de los niños y adolescentes surgió hace algunos años, en mi desempeño como voluntaria con los conocidos como "niños de la calle" en México, debido a que en este colectivo se manifiesta con particular crudeza una gran parte de los problemas relacionados con la falta de adecuada atención a las necesidades infantiles. Este grupo, compuesto por menores de edad —difícilmente encajables en la idea que tenemos en mente cuando hablamos de un niño— que han sido "expulsados" de sus familias o comunidades, al grado que prefieren vivir en las calles a continuar en el hogar, representa un urgente llamado a realizar una reflexión sobre la situación de la infancia. Por una parte, son niños que no lo son en el sentido de que aparentemente presentan un grado de autosuficiencia mucho mayor al que se esperaría de cualquier individuo de su edad, de tal manera que podría cuestionarse la situación de dependencia, pero al mismo tiempo se trata de menores profundamente vulnerables, debido a que la falta de atención a ciertas necesidades básicas tiene como consecuencia que algunos aspectos del desarrollo se vean profundamente afectados por sus condiciones de vida y su historia personal. Los cuestionamientos que surgen a partir del contacto con estas situaciones límite son múltiples, pues interrogan seriamente la propia conciencia y la justificación misma de un sistema que permite que el grupo de los "niños de la calle" sea cada vez más numeroso, por lo que decidí intentar abordar el tema desde la perspectiva jurídica a través de un trabajo de investigación para obtener el título de licenciado en derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Mi propósito inicial era encontrar una justificación que sostuviera la obligación del Estado de actuar subsidiariamente para asegurar el bienestar del niño, partiendo de que la satisfacción de sus necesidades era de tal manera importante que, en caso de no ser cubierta por la familia, las instituciones públicas debían asumir esa función y garantizar el acceso a los bienes básicos. Por otra parte, me preocupaba el tema del

conflicto de intereses entre padres e hijos y los límites de las potestades de los progenitores, así como la intervención pública en la esfera familiar, pues muchos de estos niños habían sido víctimas de maltrato físico y psicológico por parte de sus padres u otros parientes cercanos. Para mí era evidente que la situación de minoría de edad requería un tratamiento jurídico distinto, pero también una explicación de los derechos propia, dada su incapacidad para hacerlos efectivos por sí mismos.

De esta manera comencé a trabajar en el intento por construir una fundamentación sobre los derechos de los niños que pudiera lidiar con estos problemas. Posteriormente, con el objetivo de continuar con la investigación en este campo, solicité una beca por parte del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México para realizar estudios de doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid sobre el tema de los derechos de los niños, teniendo la fortuna de poder contar con la dirección del doctor Liborio L. Hierro, uno de los especialistas que más han trabajado en el tema y cuyos textos habían sido una referencia fundamental en la elaboración de la tesis de licenciatura. Por otra parte, tuve también la oportunidad de cursar el Máster en Necesidades y Derechos de la Infancia y de la Adolescencia impartido en la Universidad Autónoma de Madrid, lo que me proporcionó conocimientos y herramientas muy valiosos para el análisis de los derechos de los niños, obligándome a adoptar una perspectiva distinta para construir la fundamentación que me había propuesto y definiendo en buena medida la orientación que había de tomar la reflexión sobre el tema.

*

El primero de los puntos conflictivos al abordar la materia consiste precisamente en delimitar el concepto de niño, pues las leyes generalmente proporcionan una definición bastante pobre, basada en un criterio consensual que establece un límite de edad que separa a los menores y mayores de edad. La perspectiva interdisciplinaria parece ser la respuesta adecuada a esta cuestión, pues hace posible pensar sobre los derechos de los niños desde distintas posturas que generalmente son ignoradas cuando se parte de una visión estrictamente jurídica. Una buena cantidad de los textos sobre el tema parten de un concepto de infancia predeterminado, como si ésta fuera una clase perfectamente delimitada y con caracte-

rísticas claras y universales. Por otro lado, se atribuyen a este grupo tácitamente ciertas características, especialmente relacionadas con la racionalidad y como consecuencia el ejercicio de la autonomía. Términos tales como "incapacidad", "falta de madurez", "falta de racionalidad" o "falta de autonomía" son comunes en el debate sobre derechos de la infancia como explicación o justificación a los rasgos que deben tener éstos. Sin embargo, para otras disciplinas estos atributos no resultan tan evidentes ni su acepción es unívoca. El concepto "niño" no se encuentra cerrado; se sigue discutiendo acerca de sus cualidades, necesidades, duración, etcétera. Además, se parte de una perspectiva adulta que tiene como consecuencia que las características se definan en términos de carencias, ignorando los estudios que muestran que cada etapa de la niñez presenta estructuras mentales propias, es decir, que su lógica o razonamiento es peculiar y difiere del adulto. La postura histórica que consideraba al niño como un adulto en miniatura sigue estando presente en muchas de las actitudes respecto de los derechos de los menores, al caracterizarlos o describirlos con base en lo que no tienen en comparación con los mayores y no partiendo de las diferencias en las estructuras físicas, mentales, etcétera. De ahí el interés por intentar construir una fundamentación de los derechos del niño que parta de sus cualidades como tal, es decir, adecuada a los rasgos que le distinguen y de sus necesidades básicas; en mi opinión, no hay otro camino que el enfoque multidisciplinario, en el que las especialidades que estudian los primeros años de la vida del hombre aporten los conocimientos necesarios para construir una fundamentación que pueda finalmente ser la base para la construcción de un sistema de derechos.

Pero además, el caso del tratamiento jurídico a los niños y adolescentes resulta conflictivo por otra razón, pues efectivamente se trata de una limitación a los derechos pero se distingue radicalmente de la situación de otros grupos que han sido discriminados a lo largo de la historia. En efecto, en el caso de los menores de edad, el grupo de los "opresores" necesariamente ha sido parte del grupo "oprimido". La disparidad en la comparación de los menores con otros grupos relegados, derivada de que todos los seres humanos adultos hemos sido niños, puede llevar a cuestionar si realmente podemos hablar de discriminación, pues se supone que es una experiencia por la que todos hemos pasado; sin embargo, esta situación puede encerrar también el peligro —que creo que se actualiza

en muchas de las posturas en relación con los derechos de los niños— de trivializar la situación por presumir que de una u otra manera será una segregación pasajera. Esto se traduce en el desdén por la situación presente del niño y su supeditación al futuro adulto, ignorando la autonomía actual y su dignidad como persona moral. También existe otra diferencia fundamental, y es que por estas mismas razones no representan un riesgo para las mayorías dominantes, ya que no estarán en posibilidad de constituir un grupo permanente —por lo menos en cuanto a sus miembros— y ello los hace más vulnerables. Por otra parte, se distingue también de otras formas de discriminación —por ejemplo, respecto de la situación económica— porque el "grupo opresivo" no tiene el riesgo de que la situación se revierta, es decir, de llegar a constituir algunos de sus miembros parte de la minoría. Estas importantes diferencias no bastan para descalificar la trascendencia de hablar de derechos de los niños, antes bien la refuerzan, pues ponen de manifiesto que no es suficiente con eliminar las diferencias y establecer una igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos, estableciendo medidas de discriminación inversa como en otros casos, sino que se requiere trabajar en una labor de fundamentación del trato jurídico específico durante la infancia.

**

El objeto de este trabajo de investigación es precisamente proponer una fundamentación de los derechos del niño y adolescente fundada en las necesidades básicas desde una postura constructivista, es decir, partir de la intuición moral a favor de los derechos y de ciertos rasgos que se consideran relevantes *a priori* para ir integrando la teoría con base en delimitaciones conceptuales realizadas desde una perspectiva interdisciplinaria que permita caracterizar las propiedades que serán utilizadas en el diseño de la teoría. De tal manera que el método consiste precisamente en ir concretando cada uno de los conceptos implicados a través de la revisión y participación en las discusiones que se han generado en torno a éstos, para posteriormente incorporarlos y relacionarlos unos con otros mediante la revisión de las propuestas relevantes que hasta el momento se han hecho sobre cada uno de los temas, es decir, a través de la práctica del discurso moral; todo ello con el fin de asumir una postura propia

consistente con la justificación de la titularidad y las características del ejercicio de los derechos de los niños desde la perspectiva de las necesidades básicas.

Con esta finalidad es necesario revisar, en primer lugar, la visión desde la que tradicionalmente se ha abordado el tema. En este sentido, los trabajos sobre derechos de los niños desde la perspectiva jurídica se han caracterizado por utilizar como punto de partida una cierta concepción del niño que se encuentra implícita en los argumentos que se emplean en torno a este debate —como se verá a lo largo de esta investigación— y que poco tienen que ver con los datos aportados desde hace algunos años por las disciplinas especializadas en el estudio de la infancia como etapa de la vida humana. Un buen ejemplo de esta situación es uno de los trabajos que constituye una referencia obligada al abordar el tema de los derechos de los niños, publicado por Neil MacCormick en 1976, al que tituló *Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right*.[1] En él se someten a prueba dos teorías acerca de la naturaleza de los derechos subjetivos utilizando como criterio la capacidad para fundamentar los derechos de los niños: la "teoría de la voluntad" o "de la elección" y la "teoría del interés" o "del beneficiario". A pesar de que la intención del autor era únicamente utilizar el ejemplo de los derechos de los menores para demostrar las debilidades de la teoría de la voluntad y de que, ciertamente, este ejemplo no era original —pues había sido utilizado ya por otros autores—, la publicación generó un debate importante entre quienes sostenían que los niños debían tener derechos y quienes defendían que era mejor hablar de principios morales o de obligaciones respecto de la infancia.

La teoría de la voluntad, según MacCormick, define el derecho subjetivo como una capacidad normativa (o moral) que otorga al detentador la facultad de elegir entre exigir el cumplimiento de un deber o renunciar a él, de acuerdo con la siguiente fórmula: "Cuando la exigencia de que *A* cumpla su deber queda en cualquier sentido bajo la discrecionalidad de

[1] Es necesario aclarar que parece más correcto traducir el título del trabajo de MacCormick como *Los derechos de los niños: una prueba para las teorías de los derechos*, a pesar de que en la versión castellana aparece como *Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho*. En nuestro idioma no se aprecia la distinción entre derecho (*law*) y derecho (*right*), de tal manera que resulta más comprensible si se traduce la palabra *right* como *derechos* o *derecho subjetivo.*

B, puede decirse que *B* tiene un derecho frente a *A*, un derecho a que *A* actúe o se abstenga de hacerlo en la forma contemplada en la norma" (MacCormick 1990, p. 130 [versión castellana]).

Desde esta perspectiva resulta insostenible la existencia de los derechos de los niños, pues precisamente su rasgo característico es que el consentimiento de los titulares no se ve involucrado en el ejercicio de los mismos. Sería absurdo, señala el autor, suponer que un niño tiene discrecionalidad para exigir o no el derecho a recibir "cuidados, crianza[2] y cariño". La teoría de la voluntad intenta superar esta objeción señalando que es suficiente con que otra persona, en este caso alguno de los padres, pueda ejercer los derechos a nombre de *B*, es decir, sustituir su voluntad: "es suficiente que B o cualquier otra persona C que actúa en su nombre tenga los poderes necesarios sobre el deber de A respecto a B" (MacCormick 1990, p. 130). Sin embargo, esta salida tampoco funciona, pues los padres no tienen la facultad de exigir o renunciar al ejercicio de los derechos en virtud de su papel de representantes del menor; es decir, sería absurdo suponer que los progenitores tienen la capacidad para reclamarse a sí mismos el cumplimiento de sus obligaciones o renunciar a ello en nombre de su hijo. De esta manera, concluye MacCormick, resulta que la teoría de la voluntad debe ser descartada por no servir para justificar los derechos de los niños.

Por su parte, la teoría del interés atribuye la existencia de los derechos a los intereses de los individuos, siendo suficiente la posibilidad de identificarlos y establecer mecanismos para su cumplimiento. MacCormick propone (mediante un replanteamiento de lo que considera la teoría tradicional) la siguiente fórmula: "atribuir a todos los miembros de una clase *C* el derecho a recibir el trato *T* es presuponer que *T* es, en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros de *C*, y que *T* es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o rehusarlo a cualquier miembro de *C*" (MacCormick 1990, p. 133).

De esta manera, concluye, la teoría del interés sería la única que podría justificar los derechos de los niños, ya que supone que los derechos pueden ser lógicamente anteriores a los deberes y que los padres tienen

[2] A pesar de que en la versión en castellano se utiliza el término *alimento*, me parece más adecuado sustituirlo por la palabra *crianza*, ya que el término original en inglés es *nurture*, que hace referencia a algo más amplio que el simple alimento. Parece también lógico suponer que el autor quería referirse a algo más que nutrir a los niños.

la obligación de cuidar de sus hijos precisamente porque éstos tienen derecho a ello. Respecto de estos derechos no hay discrecionalidad en el ejercicio, es decir, la voluntad del menor es irrelevante, ya que no se puede hablar de una facultad para renunciar a su cumplimiento, e incluso éste podría ser forzoso. Los padres son los primeros obligados por estar inmersos en una relación natural con sus hijos, pero en el caso de incumplimiento o incapacidad para atender a sus descendientes se pueden contemplar medidas públicas para reemplazar este deber, lo cual ciertamente no implica una renuncia (en este caso por el Estado), sino precisamente, dado que los derechos existen, se tomarían medidas alternativas para garantizarlos.

Finalmente, señala el autor que la decisión de exigir o renunciar al ejercicio de un derecho, o en su caso a su reparación, debe estar en manos de su titular "sólo si existe una buena razón para dejar a elección de las personas si tener o no lo que para ellos es, o parece ser desde el punto de vista del legislador, bueno". De manera que, de acuerdo con los principios liberales, nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien, salvo en el caso de los niños y personas mentalmente incapacitadas, ya que "los niños no son siempre, ni siquiera a veces, los mejores jueces de lo que para ellos es bueno" (MacCormick 1990, pp. 136 y 137).

No cabe duda de que la publicación de MacCormick marcó un hito en la historia de los derechos de la infancia, pues a pesar de que, como se ha dicho, su objetivo no era proponer una teoría acerca de los derechos de los niños, colocó sobre la mesa el debate en torno al asunto, suscitando la aparición de otros estudios que, tomándolo como referencia, abordaron el tema. Por otra parte, la postura que se inclina hacia la teoría del interés se ve reforzada considerando que, tal como apunta Hierro, los derechos de los niños no son los únicos ejemplos de derechos en los cuales la voluntad del detentador es irrelevante en la titularidad y ejercicio de los mismos, y cita como casos la igualdad jurídica o el derecho al debido proceso legal (Hierro 1994, p. 380).

Sin embargo, a mi parecer, el planteamiento de la tesis de MacCormick —y de la mayoría de los trabajos sobre el tema— presupone la aceptación de dos premisas. La primera, que en mi opinión fue correctamente resuelta por Liborio Hierro, consiste en afirmar que existe una "intuición moral a favor de los derechos de los niños" (1994, p. 379). A partir de esta idea se puede proceder a la búsqueda de una teoría que in-

tegre en la explicación de los derechos subjetivos los derechos de los niños. La simple intuición moral y, como también menciona Hierro, el hecho de que ésta sea "cada vez más extendida" puede justificar la descalificación de la teoría que excluye los derechos de los menores, sobre todo si, como ya se ha mencionado, existen otros derechos —no puestos en duda— que tampoco encontrarían justificación desde la teoría de la voluntad. En este punto me parece que basta con hacer explícita la premisa para subsanar la omisión.

El problema surge al analizar la segunda hipótesis contenida en el planteamiento de MacCormick, que podría formularse de la siguiente manera: "es moralmente correcto que la voluntad del niño en el ejercicio de sus derechos sea irrelevante" o, en los términos que utiliza el autor: "no existe una buena razón para dejar a la elección del niño lo que para ellos es bueno", y por esta causa el legislador ha determinado que no tenga facultad para decidir si exige o renuncia al ejercicio de su derecho. El mismo MacCormick concluye: "La presunción de que las personas son los mejores jueces de lo que para ellas es un bien y de si tenerlo o no, no se amplía ni debería ampliarse a los niños, desde luego no a los niños pequeños" (MacCormick 1990, p. 137).

En efecto, esta afirmación muestra que se considera moralmente correcto que el caso de los niños sea una excepción al principio liberal de autonomía de la voluntad. En ningún momento se somete a juicio el hecho de que en la actualidad los ordenamientos jurídicos consideren que el menor de edad no tiene capacidad de decisión en el ejercicio de algunos de sus derechos; por el contrario, parece que se justifica bajo el argumento de que "no son los mejores jueces" de su propio bien. Y no es una cuestión baladí, pues aunque podríamos decir que también constituye la expresión de una intuición moral de "protección" al niño, la traducción de esta intención tutelar a la intrascendencia de la voluntad en el ejercicio de los derechos constituye un gran salto teórico por varias razones. En primer lugar encierra toda una concepción acerca de los miembros de la clase infancia y de sus características, así como diversas consideraciones acerca de la autonomía individual y su ejercicio. Parecería también que tal afirmación describe a la niñez como una clase cerrada, perfectamente delimitada, con características comunes y respecto de la cual existe un consenso generalizado. Finalmente, parece que la infancia o los niños constituyen un grupo con existencia objetiva, es decir, independientemente de la cultura, la historia, la sociedad, etcétera.

Otra de las consecuencias que plantea la tesis de MacCormick se traduce en la definición del no-niño, es decir, del adulto, pues si se acepta que la voluntad del niño no debe ser relevante en el ejercicio de los derechos es en virtud de que se asume que carece de algunas características que los miembros de la clase adulta sí poseen. De esta manera resulta necesario conocer el significado de ser adulto. Entramos también aquí en un terreno resbaladizo, pues esta definición puede contener implícitamente planteamientos perfeccionistas, especialmente porque está íntimamente relacionada con la autonomía del individuo y otras cuestiones como la responsabilidad, la conciencia, etcétera.

Por otra parte, como el mismo autor reconoce, este planteamiento es insuficiente para dotar de contenido a los derechos; en otras palabras, para determinar qué puede constituir el "interés" o el "bien" que dará origen a los derechos. Esta situación, aunada a la incapacidad para renunciar a los mismos derechos —por lo menos a su ejercicio— y para participar en el procedimiento democrático, coloca a la infancia y adolescencia en una situación altamente vulnerable, pues implica dejar al arbitrio de otros la concreción de sus intereses sin tener un criterio objetivo sobre el cual hacerlo, y lo que resulta más grave, este "bien" les será impuesto argumentando además que se trata del ejercicio de sus derechos.

Resulta entonces necesario examinar la argumentación en la exposición de MacCormick con todas sus implicaciones o, dicho de otra manera, analizar las justificaciones generales de la exclusión del menor del ejercicio de determinados derechos, así como de la imposición del cumplimiento forzoso de otros. Para ello es necesario encontrar las características comunes a la clase que se pretende discriminar del ejercicio de la autonomía para determinar si de éstas se sigue que sus miembros no son los mejores árbitros de su bienestar y, profundamente vinculado con esto, delimitar el ámbito temporal que deberá abarcar esta exclusión, ya que, insisto, se traduce en la restricción al principio liberal de autonomía de la voluntad. Igualmente imprescindible es proponer un criterio objetivo para, en su caso, concretar el contenido de los derechos.

Desde mi punto de vista, esta fundamentación puede hacerse únicamente desde una perspectiva interdisciplinaria, en la que las ciencias dedicadas al estudio de la infancia y el desarrollo ayuden a construir una definición del concepto de niño que permita demostrar la intuición moral a favor de los derechos y su contenido, así como si la irrelevancia de la

voluntad es realmente necesaria en el caso de los menores de edad, y en ese caso bajo qué condiciones y con qué límites. Se dice construir, ya que suponer que dicho concepto puede ser descubierto podría llevarnos al terreno peligroso de dar una justificación naturalista que conduce a predicar de la infancia ciertas propiedades "esenciales", es decir, inherentes a la condición de menor de edad que la historia parece demostrar que fueron surgiendo con el tiempo.

El emprender esta tarea no es trivial, pues creo que los derechos de los niños constituyen una "prueba para las teorías de los derechos", incluso más allá de lo que plantea MacCormick, ya que la aceptación de la teoría del interés como justificadora de los derechos de los niños significa fundamentar excepciones a varios de los paradigmas tradicionales del derecho, además de la limitación a las libertades de los individuos; por ejemplo, la no-intervención por parte de la autoridad pública en el ámbito privado o los límites a la formulación paternalista, perfeccionista o liberacionista de la actuación estatal, que define los contenidos educativos y que se puede ver reflejado finalmente en lo que significa ser un adulto.

Es necesario hacer explícita la premisa de MacCormick e intentar analizar su aceptabilidad y alcances, con los matices que sean procedentes. Esta argumentación podrá a su vez servir como punto de partida para la construcción de una teoría que pueda argumentar la primera proposición, es decir, la intuición moral a favor de los derechos de los niños. Así, una vez que han sido definidos los elementos teóricos para una adecuada concepción de la infancia, es posible examinar la conflictiva relación entre minoría de edad y derechos. Para ello se requiere también trabajar en la construcción de un marco conceptual sobre los derechos subjetivos —especialmente a partir de las posiciones de Hohfeld— y retomando la definición de derecho —ciertamente ya esbozada por MacCormick— a partir del debate entre la teoría de la voluntad y del interés, al mismo tiempo que se va contrastando de manera somera si lo que se asume como derechos de los niños —en particular en la Convención sobre los Derechos del Niño— se ajusta a una descripción plausible de lo que significa tener un derecho.

Igualmente, en el intento de proponer una fundamentación de los derechos humanos de los niños se requiere, en primer lugar, describir las características generales de este tipo de derechos para después explicar

su especificidad, es decir, los rasgos comunes y las diferencias con respecto de los adultos.

**

La estructura de este trabajo está diseñada de acuerdo a los problemas que plantean las premisas implícitas en el discurso sobre los derechos de los niños. Los tres primeros capítulos están destinados a la delimitación de los conceptos involucrados en el tema: *niño* (a través de un acercamiento histórico y psicológico evolutivo, seguido de una teoría de las necesidades de la infancia y adolescencia) y *derecho* (mediante el análisis de las teorías de los derechos subjetivos), seguida de una reflexión sobre los derechos humanos como una clase de derechos subjetivos y su relación con la infancia y la adolescencia. La última parte plantea un examen de la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz de las teorías planteadas para corroborar su aplicación práctica.

El capítulo primero, entonces, tiene como objeto describir algunas aproximaciones teóricas al concepto de niño desde distintas disciplinas para trazar algunos rasgos que se consideran distintivos de esta etapa de la vida humana. El capítulo plantea un doble enfoque para hacer explícito el concepto de niño y adolescente: histórico y psicológico-evolutivo, por considerar que estos dos planos aportan elementos novedosos a la perspectiva jurídica tradicional.

El fin de esta primera parte consiste en mostrar que la concepción de la infancia no es sencilla ni uniforme, pues presenta una importante variabilidad histórica determinada por varios factores y contextos: la distinción entre las distintas etapas, el desarrollo del concepto de adolescencia, las relaciones familiares y la educación formal. De tal manera que de este análisis se desprende la necesidad de explicitar y justificar el concepto de niño y adolescente que pueda servir como fundamento de los derechos, lo que se propone desde el punto de vista de la psicología del desarrollo y las distintas escuelas dedicadas al estudio de la infancia como etapa de la vida humana. Este recorrido a través de las principales vertientes de esta rama de la psicología aporta conocimientos importantes que contribuyen a la construcción del concepto de niño, al tiempo que alertan sobre el riesgo de partir de presupuestos implícitos acerca de la infancia, sobre los cuales existen serias dudas.

Una vez definido el primer presupuesto, esto es, qué significa ser niño, se presenta una nueva dificultad, pues no se ve de qué manera las propiedades de la etapa infantil puedan justificar los derechos, de modo que el propósito del capítulo segundo es plantear un elemento que sirva como puente. Me parece que una teoría de las necesidades de la infancia y adolescencia como justificación de los derechos que desde distintas aproximaciones disciplinarias ha sido desarrollada por autores como Liborio Hierro (Hierro, 1991, 1994, 1997 y 1999), Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa (Ochaíta y Espinosa, 2004) puede servir como hilo conductor en esta labor de justificación. A partir de la construcción del concepto de niño se puede demostrar —por lo menos con los elementos definidos hasta ese momento— si es moralmente correcta la discriminación por razones de edad en el ejercicio de los derechos; es decir, si la voluntad del niño debe intervenir o no y de qué manera pueden las necesidades básicas actuar como fundamento de los derechos en general y de los niños en particular. Para ello se requiere abordar la discusión en relación con las necesidades humanas y los derechos que ha sido planteada por numerosos autores. En primer término, debe definirse a qué se hace referencia cuando se habla de necesidades, pues el mismo MacCormick parece aceptar que las necesidades forman parte del "bien", pero que no son exhaustivas del mismo. De cualquier modo, parece que tratándose de derechos que excluyen la voluntad del sujeto en el ejercicio, como es el caso de los niños, de ninguna manera se justifica esta restricción a la autonomía si no se refiere a las necesidades básicas, entendidas como prevención de daños graves. En otras palabras, si se excluye la existencia del riesgo de daño en el ejercicio de los derechos no puede haber justificación moral en la limitación a la voluntad, de manera que la configuración de los derechos de los niños, y por lo tanto la tesis de MacCormick, quedarían sin sustento.

A través de la exposición de cuatro teorías representativas se pretende abordar qué es lo que se entiende por necesidades humanas y qué papel pueden desempeñar en el fundamento de los derechos. El fin de esta primera parte del capítulo segundo es lograr una descripción de las características de los niños desde la perspectiva de necesidades, así como hacer explícito tanto el concepto como el contenido de las necesidades, indispensable para construir una fundamentación lo más completa posible de los derechos, especialmente de los derechos de los niños.

La segunda parte del capítulo segundo aborda la descripción de las necesidades específicas de cada etapa de la vida utilizando la clasificación de Doyal y Gough aplicada por Ochaíta y Espinosa a los niños y adolescentes. La teoría de las necesidades humanas puede servir como instrumento para suplir la falta de capacidad —fáctica y jurídica— en los niños, al proporcionar pautas objetivas para dotar de contenido a los derechos y al mismo tiempo integrarlos a una teoría de la justicia que tenga en cuenta los derechos humanos durante los primeros años de la vida, asignándoles un papel en el discurso sobre la igualdad.

El siguiente paso, que constituye el objeto del capítulo tercero, debe ser entonces la delimitación conceptual de lo que se entiende por "tener un derecho". Esta cuestión se aborda desde una triple perspectiva: en primer lugar, utilizando las posiciones jurídicas de Hohfeld con algunas modificaciones propuestas por distintos autores, contrastando siempre con los derechos de los niños contenidos en la Convención. La clasificación de Hohfled pretende ser exhaustiva de lo que significa tener un derecho, de manera que resulta de especial utilidad para determinar a qué tipo de situaciones se alude cuando se habla de derechos subjetivos. Por otra parte, se retoma el debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés utilizado por MacCormick con sus distintas variantes y aplicándola directamente al caso de los derechos de los niños. Mediante este análisis se pretende mostrar que la teoría del interés constituye la mejor explicación de los derechos subjetivos, pero haciendo explícita la premisa de MacCormick y matizando la afirmación categórica del autor sobre la irrelevancia de la voluntad en el ejercicio de los derechos a partir de la descripción de las características y necesidades de los niños y adolescentes realizada en los capítulos precedentes.

La tercera explicación se aborda en el capítulo cuarto y se refiere al concepto de derechos humanos y a la personalidad moral del niño a partir del constructivismo ético, siguiendo especialmente la propuesta de Carlos Santiago Nino y proponiendo como sustento los principios de autonomía, igualdad y dignidad. A partir de la redefinición de la interpretación de estos principios, utilizando la perspectiva de los derechos de niños y adolescentes, se pretende justificar la titularidad y algunas condiciones para el ejercicio de los derechos humanos. Sobre la base de la consideración del niño como persona moral titular de los derechos derivados de los principios se analiza la justificación de las intervenciones

estatales en la vida de los niños desde la discusión en los planteamientos del liberacionismo, perfeccionismo y paternalismo estatal, así como el papel de los agentes paternalistas y los derechos obligatorios.

En el último capítulo se propone un análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño utilizando como pauta los presupuestos teóricos desarrollados en los capítulos precedentes con el objetivo de establecer si efectivamente los derechos positivos reconocidos a los menores de edad son derechos humanos derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad. Se plantea también una interpretación de dicho instrumento a la luz de las necesidades básicas, de modo que la Convención constituye una constatación entre la teoría y el efectivo reconocimiento de los derechos, al mismo tiempo que se realiza un análisis crítico sobre la regulación y el concepto del niño y sus necesidades que subyacen a este ordenamiento. Mediante el examen de la Convención se pretende demostrar que los derechos de los niños efectivamente son derechos humanos derivados de los intereses objetivados y protegidos a través de una norma jurídica.

Por otra parte, se ponen en cuestión otros derechos que no son suficientemente garantizados por el instrumento internacional, en parte por la dificultad en llegar a acuerdos debido a las diferencias culturales. El planteamiento es que estos derechos, dada su naturaleza, no son negociables, por lo que deben ser reconocidos y garantizados. El estudio de la Convención permite determinar si en el ámbito práctico se pueden traducir las construcciones teóricas expuestas a lo largo del trabajo, a la vez que se somete el mismo ordenamiento a un análisis crítico a la luz de los razonamientos descritos.

A partir de los conceptos propuestos es posible perfilar una teoría sobre los derechos de los niños derivados de los principios morales entendidos desde la idea de necesidades básicas, en la que éstas funcionen como fundamento y límite. Al valorar la idea de autonomía desde la perspectiva de la sociedad liberal, el concepto de necesidades nos permite fijar el límite inferior de la intervención en la libertad de los niños en el respeto a las necesidades básicas, y el límite superior en este mismo respeto. De esta manera, es viable hacer explícita la premisa de MacCormick utilizándola como instrumento para la construcción de una teoría sobre los derechos de los niños, pero verificando al mismo tiempo si las distintas posturas responden a ésta, es decir, contrastando si es que las teorías de

los derechos de los niños y los derechos positivos dirigidos a ellos se ajustan realmente a los variados matices que presenta la respuesta a esta idea. No siempre es claro que la voluntad del niño debe ser irrelevante para el ejercicio de los derechos.

La premisa implícita de MacCormick puede ser sustentada mediante una teoría de las necesidades humanas que permita delimitar este concepto y justificar si en realidad los miembros de la clase infancia son incapaces para ser los mejores jueces de su propio bienestar. Se trata, en palabras de Hierro (1991), de "tomarse en serio que los niños son seres humanos" y, en consecuencia, considerar que si van a ser privados de algo tan valioso para el hombre como lo es la libertad de elegir, deben existir muy buenas razones para ello y perseguir su propio bien; es decir, constituir realmente intereses para cada niño no únicamente con base en especulaciones e intuiciones, sino a través de un conocimiento reflexivo de sus características, así como tomando en consideración la aplicación del principio de igualdad y la dignidad presente del niño como limitación a los cálculos utilitarios que podrían derivar de la autonomía.

**

Hablar de derechos de los niños no es sinónimo de hablar sobre la protección de los menores de edad. Al intentar abordar el tema del fundamento del lenguaje jurídico en el caso de los niños, es indispensable tener en mente esta diferencia fundamental respecto de los adultos, en especial de otros colectivos que reciben o han recibido un trato distinto. Las discrepancias en las posturas respecto de los derechos de los niños y adolescentes parecen centrarse más bien en la manera de instrumentar esa protección. Sin embargo, creo que la única postura consistente con la defensa de la importancia del lenguaje de los derechos en general es extender esta visión al caso de los niños. Si se considera que hablar de derechos, en especial de derechos humanos, es fundamental para la vida del hombre en una sociedad democrática, no puede afirmarse que esto sea una excepción por el simple hecho de no haber alcanzado una edad determinada.

Realizar un trabajo de investigación sobre los derechos del niño y adolescente conduce inevitablemente de nuevo a las condiciones fácticas, de una forma más compleja si se puede, que inicialmente. No es po-

sible abordar el tema sin preguntarse seriamente qué es lo que no funciona en un mundo en el que millones de niños carecen de los satisfactores básicos, no solamente económicos sino también afectivos, para ser felices en el momento presente y tener lo necesario para desarrollarse plenamente. Sería absurdamente pretencioso suponer que un trabajo de fundamentación teórica podrá por sí mismo implicar un cambio sustantivo en las condiciones de estos seres humanos. Sin embargo, me parecer válido sostener que se trata de una pequeñísima aportación al diálogo sobre el tema, cuyo fin es contribuir a que éste siga sobre la mesa y no se considere resuelto para continuar trabajando en la búsqueda de soluciones a tan apremiante problemática. Y si la lectura de este texto también logra provocar una mínima reflexión sobre la perspectiva en el lector, la autora considerará que el trabajo ha valido cada una de las horas dedicadas.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONCEPTO DE NIÑO 17

I. El niño como concepto construido social e históricamente . 17

1. El origen de la infancia como categoría con características propias 18
A. Grecia y Roma 21
B. Cristianización (siglos II a V) 24
C. Alta Edad Media (siglos V a X) 26
D. Baja Edad Media (siglos XI a XV) 28
E. Renacimiento (siglos XV y XVI) 31
F. Siglo XVII 35
G. Siglo XVIII 39
H. Siglo XIX 44
I. Siglo XX 48
2. Las diferentes etapas de la infancia: su construcción y evolución histórica 51
3. La construcción de la adolescencia 54
4. El desarrollo del concepto de infancia en el contexto de las relaciones familiares 59
5. La educación formal como elemento motor del surgimiento del concepto de infancia 64

II. El niño desde la psicología del desarrollo 69

1. El concepto de desarrollo humano 70
2. La infancia como periodo de la vida con características propias desde las distintas escuelas de la psicología del desarrollo 75
A. Etología 75
B. Teorías del aprendizaje 76
C. Piaget y otras teorías cognitivas 79

D. Teorías psicoanalíticas (Freud y Erikson) 85
E. Teorías contextualistas (Bronfenbrenner y la psicología evolutiva cultural) 91
3. La edad adulta 96

Capítulo primero

EL CONCEPTO DE NIÑO

I. El niño como concepto construido social e históricamente

Parece poco discutible que uno de los presupuestos fundamentales para hablar sobre los derechos del niño consiste precisamente en hacer explícito el concepto del que se está partiendo; en otras palabras, explicar a qué se hace referencia cuando se habla de un "niño". De la definición de este presupuesto dependerá en buena medida la posibilidad de construir una explicación de los derechos del niño y del adolescente.

La importancia de esta labor de delimitación conceptual se justifica en parte por las evidencias históricas que indican que el concepto de niño, tal como lo conocemos y consideramos actualmente, es relativamente reciente. Hoy en día parece existir un acuerdo acerca de las características generales de la infancia y sobre la necesidad de protección de la que, en parte, deriva la discusión en relación con los derechos de los niños y su ejercicio. Sin embargo, parece ser que el concepto de niño fue desarrollándose a lo largo de la historia como resultado de diversas circunstancias. Durante siglos fue considerado únicamente un renuevo de la estructura social, su valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal se consideró en las primeras atribuciones de derechos subjetivos que lo excluyeron como titular individual, incluyéndolo en la esfera paterna del ciudadano-varón-propietario. No es sino hasta hace muy poco que se comienzan a estudiar los rasgos distintivos del niño y se ve la necesidad de garantizar ciertas condiciones para su desarrollo.

Por otra parte, la historia de la infancia como categoría social tampoco había sido objeto de interés hasta 1962, cuando Philippe Ariès, a través de su obra *L'Enfant et la Vie Familiale sos l' Ancien Regime*, puso de manifiesto la ignorancia en la que había permanecido esta etapa de la

vida y suscitó la curiosidad por conocer las consecuencias de esta falta de distinción a lo largo de los siglos. Es entonces cuando surgen como reacción a esta obra fundamental diversos trabajos que nos permiten conocer la construcción de la noción de niño en la cultura occidental y que ponen en evidencia la importancia de definir conceptualmente esta etapa de la vida humana.

1. *El origen de la infancia como categoría con características propias*

El niño y la vida familiar en el antiguo régimen (1987), de Ariès, constituye uno de los primeros intentos por escribir una historia de la infancia, tarea difícil por corresponder al ámbito de la vida privada. En esta obra el autor se encuentra con una aparente "ausencia" de la infancia hasta el siglo XVI. Basado en diversas fuentes, concluye que durante siglos los niños no fueron diferenciados de los adultos, y que hasta este periodo no se comienza a realizar una distinción. A lo largo del libro realiza un análisis histórico y explica las causas y consecuencias de este fenómeno. A partir de esta obra fundamental en la materia que nos ocupa, surgen otras voces, ya reafirmando, complementando o refutando la tesis del autor.

En *Historia de la infancia* (1982), De Mause concuerda con la tesis de Ariès en que la infancia fue ignorada durante siglos, pero difiere en cuanto a las consecuencias de esta situación y sostiene que este desconocimiento fue causa de que los niños fueran maltratados a lo largo de todo este tiempo por sus padres, debido a las ansiedades que despertaban en ellos. Propone una teoría del cambio histórico motivada por las relaciones "psicogénicas" de la personalidad, es decir, "resultantes de interacciones de padres e hijos en sucesivas generaciones". La evolución psíquica de una sociedad sería posible entonces por el desarrollo de la capacidad de los adultos de aproximarse a la infancia con un menor grado de ansiedad cada vez. Este proceso es de una importancia tal que para el autor las prácticas de crianza de una comunidad no constituyen únicamente uno de sus rasgos culturales, sino que "son la condición misma de la transmisión y desarrollo de todos los demás elementos culturales e imponen límites concretos a lo que se puede lograr en todas las demás esferas de la historia. Para que se mantengan determinados rasgos culturales

se han de dar determinadas experiencias infantiles, y una vez que esas experiencias ya no se dan, los rasgos desaparecen" (De Mause 1982, p. 18).

De Mause se opone a la tesis central de Ariès, que sostiene que "el niño tradicional era feliz porque podía mezclarse libremente con personas de diversas clases y edades" (De Mause 1982, p. 22). Concluye que en la Antigüedad, el maltrato infantil fue una práctica generalizada, ya que los niños fueron objeto de las proyecciones de sus progenitores y eran ellos quienes satisfacían las necesidades de los adultos. Así, divide la historia de la infancia en cuatro periodos de acuerdo con la evolución de las relaciones paternofiliales: *infanticidio, abandono, ambivalencia* e *intrusión*.

Anderson, en *Approaches to the History of the Western Family 1500-1914* (1980), critica el método utilizado por Ariès[1] para construir la historia de la infancia que, en su opinión, propone una evolución lineal en los significados de la familia desde la perspectiva de los sentimientos de sus miembros. Por el contrario, este autor sostiene que durante una misma época pueden coexistir diversas actitudes en distintas comunidades. Además, señala que el análisis de las fuentes debe hacerse a la luz del contexto social, cultural y económico de la época, lo que no sucede en la obra de Ariès, pues presenta a la familia alejada tanto del mercado como de las relaciones laborales. A juicio de Anderson, es difícil también determinar si una conducta es nueva o si únicamente comenzó a aparecer en las fuentes en un momento histórico preciso. De igual manera, la interpretación sobre estos cambios de conducta sería arriesgada.[2]

En este mismo sentido, Gélis (1988) señala que el interés y la indiferencia hacia la infancia no se suceden históricamente, sino que coexisten en una misma sociedad y época, prevaleciendo una sobre otra en determinados lapsos de tiempo: "La indiferencia medieval ante el niño es una invención; y en el siglo XVI, como hemos visto, los padres se preocupan de la salud y curación de sus hijos" (Gélis 1988, p. 328).

En una línea similar surge otro trabajo en el que la autora, Pollock (1993), pone en duda la idea de la "revolución de la infancia" que plan-

[1] Anderson realiza críticas a otras obras sobre historia de la familia; sin embargo, se menciona únicamente la de Ariès por tratarse específicamente de la infancia.

[2] El autor cita un ejemplo de distintas interpretaciones de una misma conducta, según Sussman: la utilización de nodrizas puede atribuirse a la falta de alternativas para la lactancia (es cierto que hoy en día muchas mujeres alimentan a sus hijos con biberón por causas diversas) o a presiones económicas en etapas en las que la madre tenía que salir a trabajar (Anderson 1980, p. 61).

tea Ariès y, sobre todo, la postura de maltrato generalizado que sostiene De Mause. Al igual que Anderson, cuestiona la fiabilidad de las fuentes utilizadas en los trabajos anteriores y, principalmente, su interpretación. Realiza un análisis del cuidado de la descendencia desde la teoría sociobiológica que "predice que los animales deben invertir en su reproducción tanto como sea posible, siempre y cuando sea congruente con su adaptación inclusiva" (Pollock 1993, p. 50). Según esta tesis, los animales pueden elegir como estrategia de supervivencia entre producir más crías cuando los depredadores causan una alta mortandad, o procrear menos para que tengan un inicio favorable en la vida. Esta última opción se da cuando las especies viven en medios estables y predecibles y tiene como consecuencia una evolución en la atención paterna, como sucede en el caso de la especie humana. Pollock cuestiona que los humanos puedan obrar en sentido completamente opuesto a su herencia biológica, desatendiendo a su prole hasta el punto de poner en peligro su supervivencia, como parecen afirmar las teorías que sostienen la existencia de un maltrato generalizado durante siglos. Finalmente, basándose en diversos documentos escritos a partir del siglo XVI, concluye que en todos los tiempos los padres han cuidado de sus hijos.

A pesar de las divergencias en relación con el trato a los niños en las distintas épocas, parece haber un acuerdo mínimo en que la categoría infancia fue construyéndose a través de la historia, ya sea mediante una revolución o a través de un cambio paulatino. No queda claro si el maltrato fue generalizado o una práctica aislada,[3] pero ciertamente las características y necesidades específicas de cada una de las etapas de la niñez eran desconocidas y, por lo tanto, había un alto riesgo de que no fueran atendidas adecuadamente. La importancia de la figura del niño como actor social en la actualidad es indiscutible y el intento por comprender su historia forma parte de la tendencia a reconocer su singularidad.

Parece lógico suponer que efectivamente la evolución no fue lineal ni homogénea, sino que tuvo su propio ritmo de acuerdo a las condiciones sociales y a los cambios históricos de cada región y comunidad; sin em-

[3] El problema del maltrato es, entre otras cosas, que una u otra práctica puede considerarse como tal, dependiendo de la definición que se adopte. Pollock parece asumir que los malos tratos deben ser con la intencionalidad de causar un daño o por lo menos de no atender adecuadamente al niño. Sin embargo, algunas teorías estarían de acuerdo en que aunque no intervenga la voluntad puede haber maltrato.

bargo, considero que es necesario intentar trazar un panorama general de la construcción del concepto de niño, en un esfuerzo por comprender la importancia de que hoy ocupe un lugar en la familia, la sociedad y el mundo.

Finalmente, es necesario aclarar que, a pesar de que los autores mencionados hablan de "historia de la infancia", los trabajos de investigación y, en consecuencia, las teorías que proponen se circunscriben exclusivamente a la infancia en Europa y, en algunos casos, a Estados Unidos y generalmente perteneciente a las clases socioeconómicas altas. Igualmente excesivo resulta el decir "historia de la infancia" como género, siendo que en la mayoría de los casos las fuentes se refieren exclusivamente a los varones, que al parecer tuvieron una evolución mucho más acelerada en cuanto al trato diferenciado que las mujeres.[4] A pesar de estas consideraciones, creo que los trabajos disponibles sustentan la inexistencia de un concepto de niño durante una larga etapa de la historia.

A. *Grecia y Roma*

La condición de la infancia en Grecia y Roma está íntimamente vinculada con la condición de hijo, de manera que resulta difícil establecer si el trato obedecía a la cualidad de infante o a la filiación. Sin embargo, las potestades del jefe de familia nos dan una idea de la situación de los descendientes mientras éstos eran pequeños y reflejan una imagen del hijo prácticamente como propiedad de la familia, completamente sometido a la voluntad de sus progenitores o de la comunidad, y su consecuente ausencia de derechos.

En Grecia, específicamente en Atenas, la patria potestad conllevaba el poder de disposición sobre la vida y la muerte del hijo, así como sobre

[4] Por ejemplo, De Mause sostiene que el infanticidio en la Antigüedad era mucho más frecuente en el caso de las niñas, llegando a ser causa de un desequilibrio entre la población masculina y femenina: "Por supuesto a las niñas se las valoraba en muy poco, y las instrucciones de Hilarión a su esposa Alis (I a. de C.) son típicas en cuanto a la franqueza con que se hablaba de estas cosas: «Si, como puede suceder, das a luz un hijo, si es varón consérvalo; si es mujer, abandónala». Consecuencia de ello era un notable desequilibrio con predominio de la población masculina que fue característico de Occidente hasta bien entrada la Edad Media, época en que probablemente se redujo mucho el infanticidio de hijos legítimos" (De Mause 1982, p. 49).

casi todos los aspectos de su persona.[5] En Esparta, la comunidad tenía predominio sobre la familia, y era un consejo de ancianos quien decidía sobre la suerte del recién nacido. Sin embargo, también existían algunas leyes de protección para los pequeños, pues el Estado estaba obligado a mantener a los huérfanos de guerra y podía juzgarse por un tribunal los daños infligidos por un tutor a la persona o bienes del huérfano que se encontraba bajo su custodia.

El niño era considerado como un proyecto de adulto, al cual le faltaban diversas cualidades que había de desarrollar para llegar a ser persona o ciudadano completo; se le percibía como un ser totalmente moldeable y con grandes carencias en la voluntad y el carácter, al que era necesario enseñar el dominio de la razón. Es por esto que Platón señala la conveniencia de atenuar las penas en caso de faltas cometidas por individuos de corta edad, pues además de que no tienen fuerza de voluntad suficiente, son susceptibles de ser regenerados al no estar totalmente formados.

Platón propone en *La República* y *Las leyes* separar a los niños de sus padres para convertirlos en ciudadanos virtuosos, pues éstos son considerados "propiedad" de la comunidad. La educación es fundamental, pues únicamente mediante ella será posible el control de la parte irracional del alma del niño que, según el autor, se manifiesta por el movimiento irrefrenable y los gritos. Por ello, considera que es necesaria la preparación física y psicológica de las madres, la utilización de vendas durante los dos primeros años de vida y una instrucción equilibrada entre mimos y dureza, así como la enseñanza a través del juego.

Aristóteles, por su parte, concibe también al niño como un mero proyecto de hombre, en el que domina la parte irracional y al que es necesario educar para el dominio de los apetitos mediante la adquisición de hábitos adecuados y una estricta disciplina. Sin embargo, se pronuncia en contra de las fajas y habla de una alimentación adecuada para el desarrollo.

En Roma, el niño se encuentra sometido a la potestad del *pater* —que es el único integrante de la familia con plena capacidad de obrar—, pues

[5] En Atenas, la patria potestad implicaba los siguientes derechos del padre sobre el hijo: *a)* poder de disposición sobre la vida y la muerte del hijo; *b)* posibilidad de exposición del recién nacido; *c)* posibilidad de venta de los hijos como esclavos; *d)* derecho de corrección; *e)* dar validez de la adopción del hijo por otra familia; *f)* designar tutor por medio de testamento; *g)* dar e incluso modificar el nombre del hijo, y *h)* repudiarle (Campoy 2000, p. 55).

es considerado un ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años que necesita protección. A la muerte del padre un tutor asume el deber de cuidar a los huérfanos y suplir su incapacidad de obrar. En un principio, la institución de la tutela era un asunto estrictamente familiar en el que la intervención del Estado era mínima y el incumplimiento de los deberes se consideraba únicamente como la violación de un deber *sacro*, hasta la Ley Atilia, que alrededor del año 186 a. C. comienza a intervenir en la asignación de tutor y en la vigilancia de su actuación. Posteriormente, las leyes Iulia y Tita otorgan competencia a los pretores de la ciudad para el nombramiento de tutores y establecen acciones para que el pupilo pudiese ejercitar en caso de incumplimiento de sus obligaciones (Brena 1994, pp. 18-26).

Sin embargo, al igual que en Grecia, el nacimiento biológico de un niño romano tampoco implicaba necesariamente su integración a la familia y a la sociedad, pues estaba sujeto a la decisión del patriarca, quien tenía la posibilidad de exponerlo ante la puerta de un domicilio o en algún basurero público, a la espera de alguien que quisiera recogerlo. Esta práctica era legítima y común en los casos de hijos con malformaciones, de los pobres por carencia de recursos, y en la clase media, con el objetivo de concentrar los esfuerzos en un número reducido de hijos. Los niños en estas condiciones rara vez sobrevivían; sin embargo, sobre todo tratándose de abandono por causa de pobreza, se hacía lo posible para que fuera recogido y educado para luego convertirse en esclavo o liberto de sus formadores. En cualquier caso se puede afirmar que no existía un derecho a la vida para el recién nacido, pues éste estaba sometido a la voluntad del padre, que mediante un acto sacramental —recoger al niño del suelo en donde lo había depositado la comadrona— reconocía al hijo y con ello le otorgaba la facultad de vivir (Veyne 1988).

A pesar de lo aberrante que pueda parecer esta práctica, no resulta tan clara la actitud de maltrato generalizado hacia la infancia en esta época, pues esta potestad era independiente de la edad, ya que el jefe de familia tenía poder de disponer de la suerte y aun de la vida de todos los miembros de su parentela. Además, según señala el propio Veyne, los egipcios, germanos y judíos criaban a todos sus hijos, sin exponer a ninguno. Tampoco podemos concluir que ésta fuera una costumbre extendida, practicada sin coste emocional alguno para los padres. El mismo Veyne señala textualmente lo siguiente:

> …los mercaderes de esclavos salían a recoger a los recién nacidos expuestos en los santuarios o en los basureros públicos. En fin, la pobreza impulsaba a la gente sin recursos a vender sus recién nacidos a los traficantes (que los adquirían todavía "sanguinolentos", apenas salidos del vientre de sus madres, que de este modo no habían tenido tiempo de verlos y encariñarse con ellos); había incluso muchos adultos que se vendían a sí mismos para no morirse de hambre (Veyne 1988, p. 62).

De Mause, por el contrario, sí desprende de esta conducta una actitud de maltrato infantil, pues según su interpretación, el infanticidio constituía la manera en que los padres resolvían las ansiedades provocadas por los hijos:

> Los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, "envasados" en vasijas para que se murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos, "presa para las aves, alimento para los animales salvajes" (Eurípides, *Ion*, p. 504). En primer lugar, todo niño que no fuera perfecto en forma y tamaño o que llorase demasiado o demasiado poco, o fuera distinto de los descritos en las obras ginecológicas sobre "Cómo reconocer al recién nacido digno de ser criado" (De Mause 1982, p. 48).

Aunque es difícil concluir si efectivamente el infanticidio y la exposición fueron prácticas generalizadas, pues la existencia de un derecho sobre la vida del hijo no significa que se dispusiera de ella frecuentemente, lo cierto es que tanto Platón como Aristóteles proponen el empleo de medidas eugenésicas y de control de la población, ya que incluso las relaciones familiares debían estar sometidas al bienestar de la comunidad. Para ello recomiendan establecer un límite de edad y de número de hijos, regular las uniones y desechar a los niños que no nacieran con las características físicas óptimas según sus criterios.

B. *Cristianización (siglos II a V)*

Con la expansión del cristianismo, la situación de los niños parece cambiar un poco, pues los principios de la religión comienzan a ser reconocidos por los juristas y a permear la vida pública. El espíritu cristiano obliga a practicar las obras de misericordia que derivan del principio de

piedad, de las que se desprende la obligación de auxiliar a viudas y huérfanos; la Iglesia intenta también fomentar la compasión hacia la infancia, aunque a juicio de algunos autores las recomendaciones de los doctores de la fe en este sentido tardaron mucho tiempo en llevarse a la práctica. Más tarde, la Iglesia católica asume la función protectora institucional por medio de los orfanatos e instituciones pías, además de intervenir a través de los obispos en la asignación de tutores dativos junto con los magistrados y resguardar en sus archivos los actos tutelares (Brena 1994, pp. 27 y 28).

En el siglo IV, la Iglesia ejerce presión sobre el Estado con el fin de lograr la prohibición de prácticas que pusieran en peligro la vida de los niños.[6] Así, se intenta regular el aborto y convencer a los padres de que los chicos son menos capaces y que por tanto es necesario educarlos para fortalecerlos de manera que puedan vivir de acuerdo con la moral cristiana. En el año 374 se declara el infanticidio como delito punible en el Imperio Romano; sin embargo, en opinión de algunos autores, esta práctica continuó siendo frecuente: "Hasta el siglo IV, ni la ley ni la opinión pública veían nada malo en el infanticidio en Grecia o en Roma" (De Mause 1982, p. 49).

La educación sufre también una transformación por influencia de la cristianización, pues se desplaza de los espacios públicos, a donde eran conducidos los niños por el pedagogo para recibir instrucción, hacia los monasterios. Muchos eran ofrecidos por los padres a los conventos desde pequeños. En otros casos, la opción entre el estilo de vida secular y el religioso se plantea como una decisión fundamental que debe hacerse al llegar a una edad determinada; hacia el siglo VI cobran gran importancia los niños santos, consagrados a muy tierna edad a la vida de desierto.

Por San Agustín (354-430) conocemos también algunas de las prácticas de crianza de la Antigüedad, como la costumbre de emplear a nodrizas para ayudar a la madre en el periodo de lactancia del recién nacido[7] y la utilización de azotes como método de enseñanza y su aceptación por

6 En el siglo IV algunos doctores de la Iglesia católica insisten sobre la conveniencia del bautismo infantil.

7 Aunque de las *Confesiones* de San Agustín no se desprende la práctica de que las nodrizas exclusivamente amamantaran al niño, pues menciona también la leche de los pechos de su madre (San Agustín [400] 1964, p. 14).

parte de los adultos.[8] Resulta difícil saber con precisión el concepto de la infancia que existía durante este periodo, pero de algunos textos podemos concluir que se consideraba al niño como un ser inocente sólo por la debilidad de sus miembros,[9] nacido con inclinación al mal como consecuencia de la naturaleza del hombre y dominado por los desórdenes y apetitos irracionales: "¿Quién me recuerda el pecado de mi infancia, pues delante de vos nadie está limpio de pecado, ni aun el niño que cuenta un solo día de vida sobre la tierra? ¿Quién me lo recuerda? ¿Acaso cualquier párvulo tamañito de ahora, en quien veo lo que no recuerdo de mí?" (San Agustín [400] 1964, p. 17).

De Mause denomina a esta etapa "infanticidio" (Antigüedad al siglo IV), pues, desde su perspectiva teórica, los padres resolvían la ansiedad provocada por los niños matando a algunos y con algunas prácticas de crianza derivadas de una reacción proyectiva sobre los que sobrevivían[10] (De Mause 1982, p. 88).

C. *Alta Edad Media (siglos V a X)*

En la Alta Edad Media se presenta un aumento en las tasas de mortalidad, tanto infantil como adulta —la esperanza de vida era de tan sólo 30 años—, por lo que se favorecía la procreación y se valoraba a la mujer por su fuerza reproductora. Por ejemplo, la pena por asesinato se elevaba si la víctima era una mujer en edad de concebir, además de que en la

[8] "Os rogaba con no pequeño afecto que no me azotasen en la escuela. Y cuando no me oías... las personas mayores, y aun mis padres, que no querían que me aconteciese mal alguno, reíanse de mis azotes, que para mí eran un mal grande y pesado" (San Agustín [400] 1964, p. 21).

[9] "¿Acaso era bueno también por razón de la edad pedir llorando aun lo que fuera dañoso que se me diese; encoraginarme bravamente, aun con las personas mayores y libres que no se me sometían, y aun con los propios padres; y a otros muchos que, más prudentes, no accedían a la señal de mis caprichos, esforzarme con golpes por hacerles todo el daño posible, porque no obedecían a unas órdenes que con perjuicio hubieran sido obedecidas? De manera que la debilidad de los miembros infantiles es inocente, no el ánimo de los niños" (San Agustín [400] 1964, pp. 17 y 18).

[10] De Mause sostiene que esta reacción proyectiva se manifestaba en la práctica de la sodomía con el niño; sin embargo, no se han encontrado otros autores que sustenten que ésta fuera un uso generalizado. Campoy señala que en Grecia la pederastia era una práctica educativa con la que el maestro iniciaba al alumno en el mundo adulto, pero me parece que es algo distinto a lo que plantea De Mause.

guerra el niño y la mujer eran un botín muy preciado (sobre todo los más pequeños, pues los mayores eran generalmente aniquilados). El parto constituía un gran riesgo, lo que era causa de que el clima emocional que le rodeaba fuera muy tenso.

La disminución del poder, la monarquía y el fortalecimiento de la familia patriarcal tienen como consecuencia que la tutela vuelva a ser considerada un asunto básicamente privado, disminuyendo la intervención pública en todo lo referente a su constitución y ejercicio. El varón jefe de familia acogía bajo su protección a un gran número de personas: hijos, sobrinos, parientes lejanos, viudas y huérfanos. Según Rouche, el niño en general era bien recibido y protegido por la gente del pueblo, a pesar de la alta mortalidad infantil.[11]

En el Fuero Juzgo encontramos normas relacionadas con la infancia a través de la regulación de la patria potestad, que además era más favorable para los hijos que la del derecho romano: el padre no tenía derecho a dar en prenda, donar, vender o privar de la vida a sus hijos[12] y se establecía la edad de quince años como el fin de la minoría de edad.

Permanece la práctica de poner desde temprana edad a uno de los hijos al cuidado de un monasterio, con el fin de que recibiera educación religiosa y decidiera, llegado el momento, si quería abrazar la vida consagrada. La entrega de uno de los miembros de la familia era considerada como la ofrenda a Dios de lo más amado. La educación monástica era radicalmente distinta a la secular, pues en el convento se intentaba conservar la inocencia y pureza de la infancia, consideradas como debilidades por las prácticas pedagógicas contemporáneas, que utilizaban el castigo físico como método de enseñanza. Esta contradicción refleja cómo la doctrina eclesiástica respecto de la infancia tardó en ser asimilada socialmente, pues mientras en la vida religiosa las características de la niñez eran consideradas virtudes dignas de ser conservadas y cultivadas, en la vida secular la educación tenía como objetivo precisamente superar esa fragilidad aparente. El objetivo era formar jóvenes fuertes y preparados para la guerra.

11 Algunos autores atribuyen la alta mortalidad infantil a una actitud de desapego por parte de los padres. Delval señala: "En otras épocas los niños morían con mucha facilidad, pocos de los que nacían llegaban a adultos, por lo que la fertilidad tenía necesariamente que ser alta, quizá por ello no era conveniente encariñarse demasiado pronto con los niños" (Delval 1994, p. 24).

12 A las hijas podía privárseles de la vida únicamente en caso de deshonestidad grave.

Durante este tiempo, la Iglesia católica se preocupó también por los niños huérfanos y abandonados, haciendo recomendaciones y actuando como órgano de vigilancia de los menores desprotegidos. En el Concilio de Vaison (442) se establece la obligación de depositar a los niños expuestos a las puertas de una iglesia para que el sacerdote anunciara el hallazgo y, si no era reclamado, entregarlo a su descubridor. De esta manera, la exposición de niños ya no significaba la muerte de éstos, a pesar de seguir siendo una práctica de la época.

En la interpretación de De Mause, a partir del siglo IV comienza una etapa, que se prolonga hasta el siglo XIII, caracterizada por el "abandono", durante la cual los padres reconocen al hijo como poseedor de un alma, pero al mismo tiempo le ven lleno de maldad, lo que hace necesario azotarle. Se le envía lejos, a la casa de la nodriza, al monasterio o a otro hogar, o se le abandona afectivamente en el propio seno de su familia. Como reflejo de esta situación se ven las imágenes de la virgen María en posición rígida sosteniendo a Jesús niño (De Mause 1982, p. 88).

Resulta claro que las circunstancias de la infancia que describe De Mause concuerdan con la de otros investigadores, pues efectivamente los niños, en muchas ocasiones, pasaban sus primeros años fuera del hogar paterno. Sin embargo, las causas a las cuales atribuye este autor estos hechos parecen estar más en el ámbito de la interpretación a la luz de los valores de la actualidad que provenir de un análisis con datos que constaten o, por lo menos, permitan presumir razonablemente las conclusiones a las que llega. Efectivamente, durante esta etapa las imágenes religiosas que representan a la virgen María sosteniendo al niño Jesús son rígidas; sin embargo, De Mause olvida señalar que todas las representaciones pictóricas pertenecientes a este periodo presentan las mismas características, por lo que, en mi opinión, parece discutible que se pueda inferir que constituye un reflejo de la actitud hacia la infancia durante un lapso histórico, lo cual no obsta para considerar que el trato a los niños, en especial el alejamiento del hogar paterno durante los primeros años de la vida, sería hoy una práctica que podríamos calificar de inadecuada.

D. *Baja Edad Media (siglos XI a XV)*

La preocupación constante por la seguridad, característica de este periodo histórico, llevó a la consolidación del modelo de familia extensa: el

patriarca debía reunir el máximo número de hombres posible bajo su dominio (poder privado) para la defensa de su territorio. La mayor parte de los varones que le asistían, tanto caballeros como clérigos, estaban vinculados a él por parentesco, filial o político: eran hijos legítimos o bastardos, sobrinos, primos, además de parientes casados con alguna de las mujeres de la familia, que estaban obligados a regresar, junto con sus descendientes, para integrarse a su mesnada. En este entorno, el niño era considerado "vástago del tronco comunitario, parte del gran cuerpo colectivo que, mediante la superposición de las generaciones, excedía el tiempo" (Gélis, 1988, p. 313); garantizaba la continuidad de la estirpe y, en este sentido, pertenecía más a la familia que a sus propios padres. Incluso sus primeros pasos tenían un carácter simbólico de prolongación del linaje y eran dados sobre la tumba de los antepasados o durante la misa, en el momento de la consagración.

Esta tendencia a la expansión de la familia era causa de que en muchos castillos feudales existiera un espacio para que las nodrizas descargaran a la madre de la labor de la lactancia, de manera que ésta pudiera quedar encinta lo antes posible. Esta interpretación es compartida por Pollock (1993, pp. 68 y 69), que atribuye la utilización de amas de cría en el pasado a la intención de reanudar las relaciones sexuales.

La elección de la niñera se vuelve un asunto de gran importancia, pues se considera que la formación comienza desde los primeros meses de la vida. Incluso se extienden los consejos acerca de las cualidades que debe reunir un ama de cría, pues se creía que mediante la leche podían transmitir al bebé algunas características del temperamento. Sin embargo, lo más común no era que las nodrizas se trasladaran a vivir al hogar del lactante, sino que en la mayoría de los casos éstos eran llevados a vivir a casa de la niñera, por lo que un gran número de estos niños permanecían alejados de su familia hasta los dieciocho meses. Posteriormente se reintegraban al hogar familiar bajo el cuidado de su madre y a los pocos años se incorporaban al mundo de los mayores. La madre y la nodriza eran las primeras educadoras del niño y más tarde el padre se integraba con el papel de formador moral e intelectual.

También continúa el fajamiento como práctica de crianza, con el fin de evitar deformaciones en los miembros, así como para conservar el calor corporal: "no sólo para evitar deformidades que pueden producirse dada la «fluidez» y «flexibilidad» de los miembros infantiles, sino tam-

bién para que el «interior del cuerpo recupere el calor natural» que favorece la digestión del alimento" (McLaughin 1982, pp. 142 y 143).

En España, las Partidas contenían disposiciones relativas al ejercicio de la patria potestad y a la mayoría de edad, que se alcanzaba a los 25 años. El padre tenía limitados sus derechos frente a los hijos; sin embargo, se le autorizaba, por ejemplo, a venderlos o empeñarlos por causa de hambre. Se establecía también la intervención del juez en todos los actos relativos a la tutela. Para la responsabilidad penal los límites de edades eran distintos, pues hasta los diez años y medio no podían imponerse penas; hasta los catorce años los menores no respondían de adulterio ni de otros delitos de lujuria, excepto si había homicidio, robo u otro delito semejante, y de los catorce a dieciséis había responsabilidad con pena atenuada (Ríos Martín 1993, p. 112).

Podemos situar también en España durante el siglo XIV una de las primeras instituciones de tratamiento jurídico específico de la infancia, mediante mecanismos de control-represión, con el surgimiento de la figura del "padre de huérfanos" en 1337 en Valencia, cuyo fin era proteger y reprimir a los niños abandonados. Para realizar esta doble función debía visitar cada semana los lugares públicos y detener a los huérfanos, vagabundos y gente de mal vivir y llevarlos a una "casa común" para que aprendieran un oficio, o juzgar a los menores que habían cometido un hecho delictivo.

En el siglo XV surge una corriente de ideas, con Gerson (1363-1429) como principal representante, que estudia los comportamientos sexuales de los niños con el fin de despertar el sentimiento de culpabilidad en el momento de la confesión. Se opone a muchas prácticas de su tiempo, especialmente a ciertas conductas sexuales con los menores, como por ejemplo algunas caricias que se prohibían en cuanto entraban en la pubertad. Propone preservar a la infancia del peligro, cambiando las costumbres de la educación, hablándoles sobriamente y con palabras decentes, prohibiendo que los niños se besaran y tocaran durante el juego y evitando la promiscuidad con los adultos, por lo menos en la cama. Estas concepciones (junto con las de otros moralistas) fueron las que predominaron a la larga, aunque en ese momento no fueron aplicadas. La creencia de la época era que los niños eran seres prácticamente asexuados, indiferentes y ajenos a la sexualidad hasta la época de la pubertad (Ariès 1987, pp. 150-152). La imagen de Cristo niño se hace presente, reflejando esa imagen de la infancia como edad de la inocencia.

Durante este periodo los abandonos se han vuelto tan numerosos que en 1445 surge el primer hospicio en San Gallo Innocentti, Florencia. La actitud hacia los niños cambia cuando éstos ya pueden andar y hablar, sobre todo dentro de la clase burguesa, en la cual, una vez que regresa el pequeño de casa de la nodriza, pasa a ocupar su lugar dentro de la familia.

Para De Mause, el periodo que corresponde a la Edad Media comienza con la crianza caracterizada por el "abandono" (hasta el siglo XIII) y continúa con una etapa de "ambivalencia", que se prolonga hasta el siglo XVII, en la que se percibe al niño como cera blanda, susceptible de ser moldeada y que se distingue por el aumento en el número de manuales de instrucción infantil, así como por el culto a la virgen María y al niño Jesús (De Mause 1982, pp. 88 y 89).

E. *Renacimiento (siglos XV y XVI)*

Las grandes transformaciones ocurridas durante el Renacimiento originaron un cambio en la concepción y trato del niño. En primer lugar, las mejoras económicas en algunos países permiten la construcción de viviendas más grandes en las que los espacios de sala y recámara estaban separados, por lo que la familia podía gozar de más intimidad. El proceso de individuación que comenzó durante esta época tuvo también importantes consecuencias en la consideración de la infancia, ya que se debilita la referencia a los antepasados y se establece una nueva relación con el niño. En las ciudades surge la familia nuclear (en contraposición a la familia troncal), hay menos espacio y menos tiempo y, entre otras cosas, se permite a la madre elegir entre criar ella misma a su hijo o encomendar la tarea a una niñera. Durante el Renacimiento se extienden también las instituciones destinadas a recoger y atender a los niños abandonados.

Los cambios operados durante esta época tuvieron como consecuencia el surgimiento de una incipiente literatura sobre la infancia, en la que moralistas y educadores se pronunciaban a favor o en contra de algunas prácticas de crianza y daban consejos para la formación durante los primeros años de la vida, aunque los contenidos de estas obras se limitaron en un principio a comentarios basados en observaciones esporádicas y de sentido común, sin sustento en estudios sistemáticos.

Una de las obras más innovadoras en el campo de la educación infantil es *De Civilitate morum puerilium*,[13] de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), en la que se dirige a todos los niños, sin distinción de clases,[14] para darles una serie de observaciones y consejos basados en los autores clásicos —Aristóteles, Cicerón, Quintiliano— y una abundante literatura medieval sobre el tema con el objetivo de aportar un código de comportamiento para la vida en sociedad (es decir, frente al otro). Parte de la idea de que el niño es sencillo e inocente y es la sociedad la que lo pervierte a lo largo de su desarrollo, habla de la importancia de la lactancia materna e insiste en que sean las propias madres quienes críen a sus hijos.

En España, Nebrija se pronuncia en contra de la práctica de fajar a los niños, inmovilizándolos durante los dos primeros años. Por su parte, Huarte de San Juan menciona también la importancia del ambiente familiar y social, los hábitos adquiridos, la motivación personal y la fuerza de voluntad (Delgado 1998, p. 113). Juan Luis Vives (1492-1540) comparte la opinión de Erasmo respecto de la conveniencia de la crianza por parte de la madre:

> Con mayor razón piensa la madre ser suya la hija, si no solamente la llevó en el vientre y la parió, sino que también en su infancia primerísima la tuvo de continuo en sus brazos, le dio el pecho, la crió de su sangre,[15] la arrulló en su regazo y recibió con íntimo halago sus primeras sonrisas y fue la primera que se alegró de oír, en su esfuerzo por hablar, los primeros gorjeos y la apretó en su seno y rogó al cielo por ella los mejores bienes... yo no se de qué manera acontece que juntamente con la leche sorbemos no ya el amor, sino también una cierta inclinación a costumbres determinadas (Vives [1523] 1947, p. 990).

Vives sostiene también que a los niños debe inculcárseles el respeto y el sometimiento a los progenitores. Habla también de la importancia del

13 Erasmo de Rotterdam escribió varias obras pedagógicas: *De Ratione Studii et instituendi pueros comentarii* (1512), *Libellus novus et elegans de pueris statim ac liberaliter instituendi* (1529) y *De Civilitate morum puerilium (1530)*, pero sin duda alguna es esta última la que más influencia ha tenido en la educación de la época.

14 Hasta ese momento los manuales se habían dirigido en su mayoría a los niños de las clases aristocráticas.

15 Se creía que la leche materna era sangre blanqueada.

ejemplo de los padres y de la necesidad del castigo corporal para reprimir la inclinación al mal: "…en efecto, la carne de pecado, inclinada al mal desde su origen, se ha convertido en esclavo ruin, que no tiene enmienda sino con azotes" (Vives [1523] 1947, p. 1143).

La reforma de la Iglesia de Occidente es otra de las causas de este nuevo interés por la infancia, basado fundamentalmente en la preocupación de los reformadores por la educación. Existía la creencia de una inclinación natural del hombre hacia el mal y de la necesidad de una pedagogía que controlara sus bajos instintos, y que al mismo tiempo permitiera la convivencia política entre los hombres. El sistema elegido fue la educación institucionalizada, contraria a la tesis de Erasmo que se inclinaba por una educación doméstica; sin embargo, el manual de este autor fue utilizado hasta bien entrado el siglo XIX, pues se convirtió en un librito de precio módico que se popularizó rápidamente (Revel 1988, pp. 173-182).

No se puede hablar todavía de una literatura para niños, pues hasta este momento de la historia compartían las lecturas de los adultos: hazañas de grandes héroes, poemas, romances. "En el estadio primitivo de nuestra literatura, niños y grandes escucharían las mismas cosas y tendrían las mismas lecturas. El infantilismo de los orígenes de casi todas las literaturas explica que ésta fuera apta para niños" (Bravo Villasante 1979, p. 24).

Las recomendaciones de los moralistas tardaron en llevarse a la práctica, a los niños continuaba considerándoseles inocentes y asexuados hasta la pubertad, participaban en las actividades de los mayores: desde funerales, juegos, versos, hasta representaciones teatrales con temas adultos. A pesar de las advertencias, parece ser que la práctica de utilizar niñeras para la crianza durante los primeros meses de vida continuaba siendo predominante; el regreso a casa suponía una brusca adaptación para el chico, sin embargo, hasta los siete años continuaba gozando de los cuidados de su madre, con la que mantenía un estrecho lazo afectivo. Superada esta edad, y hasta los diez o doce años, los varones de las clases medias y altas asistían a la escuela y posteriormente aprendían un oficio o se preparaban para ser notarios o entrar a la universidad. En el caso de las niñas, a los nueve o diez años ingresaban al convento, o se casaban antes de los dieciséis años (Ross 1982, pp. 233-254).

Pollock comienza su análisis de las fuentes históricas en el siglo XVI[16] y hace notar la dificultad de la interpretación de los textos, pues éstos contienen pocos detalles; del análisis de la bibliografía, consistente en diarios y autobiografías, concluye que ya entonces existía un concepto de niñez y de sus diferencias respecto de los adultos. También sostiene que de los escritos se desprende una vinculación afectiva entre padres e hijos y que se advierte la percepción de los niños como seres en desarrollo, necesitados de apoyo y protección, disciplina y guía, que se entregan a los juegos, y a los que hay que ayudar pecuniariamente. No solamente se sabía que los niños eran diferentes, sino que había una idea de cuáles eran estas diferencias (Pollock 1993, pp. 120 y 121). Continúa la autora diciendo que de los escritos se vislumbra también que existía en los padres una noción clara de las responsabilidades de la paternidad. Refuta además la tesis de que la alta mortalidad infantil era causa de que los padres sintieran desapego o indiferencia hacia sus hijos; por el contrario, esta situación era causa de que los progenitores sintieran una gran aprehensión ante cualquier enfermedad y que eran ellos quienes cuidaban y atendían personalmente a los niños durante su dolencia[17] (Pollock 1993, pp. 149 y 159).

Parece lógico suponer que no hubo una evolución homogénea en el concepto de niño en las distintas regiones y comunidades, lo cual explicaría la aparente visión contradictoria que sostiene Pollock respecto de otros autores (Delgado, Ross, De Mause, Ariès, etcétera). Lo que en mi opinión está claro es que a lo largo de este periodo se va gestando un cambio de actitud respecto del niño, se le va valorando y se intenta complacerle, atendiendo sobre todo a su bienestar físico. Se comienza a identificarle como un ser diferenciado del adulto, con problemas de desarrollo específicos; sobre todo, la infancia había conseguido ser ya objeto de atención por parte de los estudiosos.

16 Las primeras fuentes directas encontradas por Pollock se sitúan en el siglo XVI debido a que no se ha encontrado ninguna fuente anterior. La autora adjudica esta situación a la dificultad de que se diera una manifestación de la individualidad antes del Renacimiento y la Reforma, que, a su juicio, posibilitaron la libertad de pensamiento y la autopercepción. Otra aclaración necesaria es que la investigación se restringe a Estados Unidos e Inglaterra. La muestra respecto de este siglo está compuesta por dieciséis diarios de adulto, dos diarios de niño y seis autobiografías.

17 Esta opinión es compartida por Gèlis: "en el siglo XVI... los padres se preocupan de la salud y curación de sus hijos" (Gèlis 1988, p. 328).

F. *Siglo XVII*

Philippe Ariès sitúa a finales del siglo XVI los primeros indicios de un cambio de actitud hacia la infancia; no obstante, en el siglo XVII se encuentran los más numerosos testimonios de esta transformación. Es en este periodo donde, a juicio del autor, se crea un traje especial para esta etapa de la vida. Ariès se basa en las pinturas de la época y concluye que, antes de este siglo, los niños aparecían en los retratos familiares con las mismas características físicas que los adultos, es decir, sin las proporciones que corresponden a su edad.[18] La indumentaria, actividades y actitudes de los cuadros no se diferencian de los propios de los mayores. Este cambio indica el surgimiento de un nuevo concepto de infancia como categoría social; del niño como un ser con características diferenciadas del adulto. De Mause (1982, p. 22) difiere de la interpretación de Ariès, pues afirma que existen obras más antiguas en las que los niños aparecen fielmente retratados, y que la manera de representarlos responde a una reacción proyectiva de los adultos, especialmente de los padres, sobre los pequeños. Finalmente, Pollock (1993, pp. 65-67) se cuestiona si las características de los cuadros y grabados no responden más a una cuestión técnica y del arte mismo que a una representación fiel de la realidad. De acuerdo con esta perspectiva, el cambio en la manera de retratar a los niños se debería a una evolución de la pintura. Expone también algunas razones que pudieran explicar la causa por la que los pequeños aparecen con vestidos adultos: por ejemplo, para que aparecieran más formales, o respondiendo a la intención de utilizar los retratos para compromisos matrimoniales, o bien con el objetivo de hacer la distinción entre sexos a partir de los siete años; de modo que, concluye, la indumentaria con la que aparecen los niños no constituye una prueba fehaciente de una actitud hacia ellos.

El siglo XVII señala el principio del triunfo de los educadores y moralistas y con ello el inicio del respeto a la niñez, según Ariès (1987, pp. 534 y 535). El niño conquista un lugar junto a sus padres, deja de confiarse a personas extrañas y se convierte en un elemento indispensable de la vida cotidiana, todos se preocupan de su educación, de su colocación,

18 "Sabemos que la relación de las proporciones en la niñez y en la edad adulta es muy diferente; por ejemplo, que el tamaño de la cabeza del niño con respecto al resto del cuerpo es mucho mayor que el adulto" (Delval 1994, p. 25).

de su porvenir; aunque todavía no es el eje de todo el sistema, es un personaje mucho más consistente. La familia aún conserva mucha sociabilidad, la casa es un centro de relaciones dirigida por el padre, pero entre las clases sociales superiores ha triunfado un nuevo modelo que más tarde se extenderá al resto de la sociedad.

En esta época cambia también la postura moral hacia ciertas actividades que adultos y niños compartían. Las representaciones de obras dramáticas y tragedias, muy importantes en las antiguas sociedades, permitían la participación indiscriminada de gente de todas las edades, tanto entre los actores como entre el público, al igual que los juegos. Algunos educadores habían condenado ya esta indiferencia moral colectiva, pero no es sino hasta el siglo XVII cuando se comienza a gestar la actitud moderna hacia la infancia que prohíbe los pasatiempos y actividades considerados nocivos con el fin de educar al niño y preservar su moralidad (Ariès 1987, p. 119). Ariès señala que esta nueva separación entre actividades propias de los niños de las reservadas a los adultos se da en un principio únicamente en las clases superiores, pues durante algún tiempo pequeños y mayores de los estratos bajos continúan compartiendo juegos. Concluye entonces que existe una relación entre el nacimiento del sentimiento de infancia y el de clase: "Es muy interesante observar que la antigua comunidad de juegos entre niños y adultos, entre el pueblo y la burguesía, haya cesado en el mismo momento. Esta coincidencia nos permite vislumbrar desde ahora una relación entre el sentimiento de la infancia y el sentimiento de clase" (Ariès 1987, p. 142).[19]

Comienza el triunfo de la noción de la inocencia infantil, que un siglo después sería ya una consideración común. Se habla de la debilidad e imbecilidad de la infancia, pero —a juicio del autor— esta concepción moral poco favorable que hace hincapié en la vulnerabilidad se da como reacción a la adquisición de un papel protagónico del niño dentro de la familia. Este sentimiento de pureza conduce a una doble actitud moral respecto a la niñez, pues por una parte se busca preservarla de la corrupción (especialmente sexual) y por otra parte fortalecerla, desarrollando el carácter y la razón, para lo cual los educadores recomiendan también moderar los excesos afectivos y se preocupan por desarrollar toda una

[19] Esta situación responde también al proceso de individuación: la persona se iba haciendo consciente de sus diferencias. Esto ocurrió de igual manera a nivel socioeconómico.

serie de normas de comportamiento conformes al decoro.[20] Esta transformación ética fue intensamente promovida por el Estado y la Iglesia, que comienzan a hacerse cargo de la educación con el objetivo de dar instrucción y garantizar el respeto a la nueva moralidad a través de nuevas estructuras institucionales, los colegios, que se extienden rápidamente. Los padres las acogen con simpatía, pues se perciben incapaces de cumplir con su misión educadora solos y poco preparados para igualar los conocimientos que podía transmitir la escuela.

En otros ámbitos se incrementa también la intervención estatal y eclesiástica y surge toda una serie de disposiciones legales y de ética religiosa. La esfera pública invade los espacios tradicionalmente considerados estrictamente privados: el Estado realiza un intento inicial de una política de protección a la primera infancia, se toman medidas para proteger a los niños indigentes, abandonados e indefensos. Esta nueva actitud se intentó reforzar con la promoción de "modelos ideológicos" de la niñez: el niño Cristo, la infancia de los santos y el niño prodigio.

Entre las prácticas de crianza podemos encontrar una recomendación cada vez mayor de la lactancia materna para estimular la creación de vínculos afectivos y transmitir ciertas características del temperamento. Al salir el primer diente se incluían alimentos sólidos en la dieta del bebé y la aparición del último señalaba el tiempo del destete. El fajamiento seguía utilizándose con el fin de proteger los miembros en formación.[21] Acerca del control de esfínteres no se cuenta aún con mucha información, aunque se sabe que en las estaciones cálidas se orinaba y defecaba al aire libre y que en las zonas rurales el niño deambulaba sin calzones, y al parecer se utilizaban para el control supositorios y enemas. El fin de

[20] "Los padres, a quienes la naturaleza ha dispuesto sabiamente a que amen a sus hijos, se ven llevados, si la razón no modera su afecto tan fuerte, naturalmente, a dejarlo degenerar en ciega ternura. Aman a sus niños, y ese es su deber; pero, con frecuencia, aman sus defectos con sus personas. No se debe contrariar a los niños, dicen" (Locke [1693] 1994, p. 66).

[21] Las fajas se utilizaban por tres razones: 1) que el niño aprendiera a tomar postura humana, pues la posición fetal era considerada como una regresión al estado animal; 2) para protegerlo hasta que tuviera control sobre sus movimientos, y 3) por el clima (Wirth Marwick, pp. 300 y 301). Sin embargo, cabe señalar que algunos expertos, entre ellos Locke, rechazaban el uso de las fajas: "y es que los vestidos de vuestros hijos no deben ser nunca estrechos, especialmente por el pecho; dejemos a la naturaleza el cuidado de labrar el cuerpo de las niñas como mejor le parezca" (Locke [1693] 1994, p. 44).

la crianza marcaba el inicio de los castigos corporales; sin embargo, gracias a las nuevas tendencias, se empieza a generalizar como estrategia educativa la culpa, la vergüenza y el miedo.[22] Se buscaba sobre todo el dominio de sí mismo por medio de la razón.

Se toma también conciencia de la importancia de las experiencias vividas durante la infancia para la vida futura. En sus *Pensamientos sobre la educación*, Locke (1632-1704) nos dice: "Las menores y más insensibles impresiones que recibimos en nuestra más tierna infancia tienen consecuencias muy importantes y duraderas" (Locke [1693] 1994, p. 32).

En materia de lectura se generan igualmente cambios importantes, tanto en los textos sobre la infancia[23] como para la infancia. Surgen los libros clásicos expurgados para niños. En Francia, Charles Perrault publica sus *Contes de fées* o *Histoires ou contes du temps passé avec des moralités*; aunque no iban precisamente dirigidos a ellos, pronto se convirtieron en parte de la literatura para niños. Jean de la Fontaine escribe sus fábulas para la educación de Delfín de Francia (Bravo Villasante 1979, pp. 33-35). Otra parte importante de este campo son las nanas y villancicos navideños. En ellos se refleja la imagen idealizada de los primeros años de la vida de Cristo, así como el ejemplo de maternidad por excelencia, la virgen María.

Es en el primer decenio de este siglo cuando el médico del delfín de Francia, Jean Héroard, escribe el famoso diario sobre la infancia de Luis

22 Locke proponía la sustitución del control externo por controles internos: "En fin, una disciplina servil forma caracteres serviles. El niño se somete y finge obediencia en tanto que el temor al látigo actúa sobre él; pero cuando se libra de él y no lo tiene a la vista y puede prometerse la impunidad, da rienda suelta a sus naturales inclinaciones, las cuales, lejos de debilitarse por este método, se aumentan por el contrario y se fortifican en él, y, en un instante dado, estallan con más violencia" (Locke [1693] 1994, p. 78).

23 Un ejemplo relevante de esta literatura, cada vez más extendida, en la que el niño se convierte en objeto de estudio está representada por Jan Amos Komensky. En su revolucionaria obra, publicada en 1657, el *Orbis Oictus*, se propone un método de enseñanza para todas las cosas. Se editó en cuatro idiomas: latín, alemán, italiano y francés.

El mismo John Locke, en *Pensamientos sobre la educación* (1693), realiza una serie de recomendaciones precisas que denotan una percepción clara de que los niños tienen necesidades específicas. Habla de las necesidades alimenticias, salud, vestido, sueño, educación, etcétera. Es necesario aclarar que la obra de Locke tiene como fin específico la educación de un gentleman inglés, y que había otros moralistas de la época que clamaban por una educación más universal. Locke sostenía que es la educación la que hace la diferencia entre los hombres (Locke [1693] 1994, pp. 14 y 15).

XIII. Mucho se ha discutido acerca de las aportaciones a la historia de la niñez que puede hacer esta fuente, pues por un lado se recogen día a día minuciosamente todos los detalles de la vida del futuro rey; sin embargo, es cierto —como señalan los críticos— que no se puede extraer un reflejo de las actitudes generales hacia los niños por tratarse de un heredero de la corona. En efecto, en el texto se le atribuyen facultades sobrenaturales desde muy corta edad, pero también se describen determinadas prácticas que pudieron haber sido habituales en la época, sobre todo si se comparan con otros testimonios de personajes comunes.

A pesar de que la mayoría de los autores coinciden en señalar que durante el siglo XVII se produjeron importantes cambios sociales que afectaron a la familia y a la infancia, De Mause incluye esta época en el mismo periodo que los siglos XIV, XV y XVI, cuya característica predominante es una actitud de "ambivalencia" hacia el niño. Por su parte, Pollock (1993, pp. 133 y 134) no comparte la tesis de la gran revolución de la infancia, pero encuentra en las fuentes una clara apreciación de los padres por las capacidades de sus hijos, así como preocupación por su educación. Los niños eran vistos como las "esperanzas del futuro", se les dedicaba mucho tiempo y comienzan a aparecer en ciertas regiones algunos análisis de conceptos abstractos de niñez, así como de sus aspectos indeseables y referencias a la cantidad de tiempo, de incomodidades y de dinero necesarios para criar a los descendientes.

G. *Siglo XVIII*

La afirmación del "sentimiento de infancia", es decir, de nuestra percepción de la infancia en el siglo XVIII, es una consecuencia de las grandes transformaciones ocurridas en Occidente durante los siglos precedentes. Los padres delegan parte de sus poderes y responsabilidades en el educador, alentados por la Iglesia y el Estado, convencidos de que esto favorecerá el desarrollo total del niño, pues la educación es parte del interés por el progreso. Cambian también las motivaciones para tener hijos: no es ya la continuidad de la familia, sino para darles y recibir cariño (Gélis 1988, p. 238).

Se puede afirmar, según diversos autores, que el siglo XVIII es el siglo de los moralistas, pues durante este periodo se consolida la percepción de la infancia promovida por ellos y se llevan a la práctica las reco-

mendaciones de los pedagogos. Al papel que pasó a ocupar el niño en la casa y en la sociedad le sigue como reacción una serie de recomendaciones de rigor y disciplina con el fin de controlarlo. Esta nueva actitud hace que se tome conciencia de las características y necesidades específicas de cada niño y de cada etapa del desarrollo, por lo que la educación busca adaptarse también, de manera que en los colegios se comienza a separar a los alumnos por grupos de edades. Los textos sobre el tema son abundantes.

Uno de los mejores ejemplos de esta literatura es el *Emilio* (1762) de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), considerado como uno de los iniciadores de la "ciencia del niño", ya que subraya el carácter autónomo que debían tener los estudios en este campo (Planchard 1956, p. 124). Es necesario aclarar que esta obra no es descriptiva, sino prescriptiva, es decir, pretende ser un modelo educativo, sin embargo constituye una valiosa fuente de información acerca de las prácticas de crianza de la época, así como de las nuevas corrientes pedagógicas que se desarrollaron durante este tiempo y que tenían como principal objeto el bienestar de la infancia. Si bien éstas no fueron inmediatamente aplicadas, tuvieron una gran repercusión posteriormente y fueron el punto de partida para el desarrollo de las grandes propuestas educativas. Ponen de manifiesto también el lugar predominante que el niño ocupaba ya en la sociedad.

Quizá el aspecto más sobresaliente de la obra de Rousseau es la aparición de una noción incipiente de la dignidad del niño, muy avanzada para su época. Sostiene que el objetivo del aprendizaje no debe estar supeditado al futuro adulto (había una gran mortalidad infantil),[24] sino que debe responder al presente del alumno: "Ellos buscan siempre al hombre en el niño, sin pensar en lo que es éste antes de ser hombre". Rousseau parte de que la infancia no se conoce, por lo que las ideas educativas tienen una base errónea, pues "se interesan por lo que importa saber a los hombres, sin considerar lo que los niños están en estado de aprender" ([1762] 1980, p. 32). "Jamás sabemos colocarnos en el lugar de los niños; no entendemos sus ideas, les prestamos las nuestras, y, siguiendo siempre nuestros propios razonamientos, con cadenas de verdades, sólo amontonamos en su cabeza extravagancias y errores" (Rousseau [1762] 1980, p. 194).

24 Rousseau ([1762] 1980, p. 48) señala que la mitad de los niños que nacían perecían antes del octavo año.

Por otra parte, Rousseau es también el primer autor en la historia que señala la existencia de necesidades infantiles, no sólo de tipo físico sino psicológico, por lo que anima a los padres a dedicar más tiempo a las actividades de interacción que facilitan el establecimiento de relaciones afectivas (Espinosa 2001, p. 40). Entre las aportaciones de su obra se pueden destacar las siguientes:

— Señala la importancia de la educación desde los primeros meses de la vida; el ser humano nace sensible y le afecta lo que le rodea.
— Critica el fajamiento de los bebés, señalando que era una práctica común en la época. Atribuye este uso a la costumbre de utilizar nodrizas, pues para éstas es más fácil que el niño esté sujeto y no requiera la supervisión constante que necesitaría si tuviera libertad de movimientos.
— Realiza una descripción de las cualidades de la leche materna y de la importancia de la lactancia.
— Resalta la importancia de los hábitos de higiene, sueño, alimentación y vestido adecuado. Señala la necesidad de que el niño duerma en una cuna, separado de sus padres y en donde pueda tener movilidad; aconseja también dejarle gatear.[25]
— Elabora una teoría del aprendizaje en los primeros meses, basada en los sentidos y en la paulatina representación de los objetos, afirmando que para ello es importante ofrecer al niño estímulos sensoriales.
— Habla del desarrollo del lenguaje y de la formación de la autonomía.
— Subraya que la infancia tiene modos de ver, de pensar y de sentir que le son propios, y que es necesario dejar a los niños ser niños.
— Habla de la necesidad de dejar madurar al niño, observarlo y tratarlo según su "genio particular", de estimularlo en el aprendizaje, pero no forzarlo adelantándolo a sus capacidades, y de la conveniencia de responder a sus preguntas con respuestas breves y veraces. Resalta también la importancia de la amistad (relación con iguales).

[25] La recomendación del gateo también constituye una novedad, pues otros pedagogos lo desaconsejaban.

Es necesario aclarar que los conocimientos de Rousseau se limitan al género masculino, pues cuando habla de Sofía (la compañera de Emilio), la descripción corresponde a la imagen estereotipada de la mujer, heredada de siglos atrás.

En la literatura dirigida al público infantil también pueden apreciarse los cambios. En 1719 se publica *La vida y las sorprendentes aventuras de Robinson Crusoe*, de Daniel Defoe, uno de los primeros libros para niños. Rousseau lo considera un tratado de historia natural y, como tal, instrumento imprescindible para la educación, de tal manera que será una de las únicas lecturas recomendables para la formación de su discípulo.[26]

En 1787, el filósofo alemán Dietrich Tiedemann escribió un trabajo basado en la observación de su hijo, desde el nacimiento hasta los dos años y medio. Fue el primero en considerar "que un trabajo de este tipo tiene interés y contribuye al progreso científico". Sin embargo, su obra no tuvo mucha difusión sino hasta 1863, cuando fue traducido al francés; en este mismo siglo, el noble inglés Daniel Barrington realiza un trabajo en el que describe a un niño excepcional: Mozart (Delval 1994, pp. 36-42).

En el ámbito jurídico se producen también hechos importantes que marcaron el rumbo de la legislación relacionada con la infancia. Las primeras declaraciones de derechos vinculan la titularidad de éstos a la autonomía, es decir, que la igualdad era entendida entre hombres libres y racionales, por lo que quedaban excluidos algunos colectivos como mujeres y niños.

En Italia se crea por iniciativa del papa Clemente XI, en 1703, San Michele, una institución de tratamiento jurídico a la infancia con una doble función: reeducativa y preventiva. En este lugar se acogía a dos tipos de menores (de veinte años): los que habían cometido algún hecho delictivo, que antes iban a las cárceles públicas, y los hijos de familias con malas costumbres o inclinaciones al vicio, a petición de los padres o tutores. En el centro se les daba educación religiosa y se les enseñaba un oficio con el fin de reintegrarlos a la sociedad. Más tarde, este modelo se

26 En la época, una gran parte de los educadores desaconsejaban las lecturas fantásticas para niños por considerarlas perjudiciales: "Cree que lo verídico y no inventado es más útil y educativo... Muy natural, por otra parte, teniendo en cuenta que estamos en un siglo razonable. Gnomos, duendes, brujas, hadas benéficas o maléficas, encantamientos y toda la *féerie* deben ser excluidas del mundo de las luces en que va a vivir el niño" (Bravo Villasante 1979, p. 38).

extendió y se abrieron otros centros similares en Italia. Durante este siglo se generaliza la creación de asilos y casas de misericordia también en España. En Sevilla, fray Toribio de Velasco crea en 1724, bajo el reinado de Felipe V, la casa conocida como los *Toribios*, destinada a atender a los ladronzuelos y maleantes más necesitados de reforma. En esta institución se buscaba reincorporar a los menores al medio social, dándoles un oficio e imponiéndoles el código moral de la sociedad.

Pollock, a través del análisis de las fuentes directas, señala que en los textos del siglo XVIII se incrementan las alusiones a conceptos abstractos de niñez; en los escritos de los padres se expresan sentimientos, ya no sólo sucesos como en los siglos anteriores. No obstante, la autora pone en duda que esta situación se deba exclusivamente a un cambio de actitud respecto de los niños y lo atribuye a una mayor capacidad general para manifestar y analizar afectos y expresarlos a través de los escritos; prueba de lo anterior es que los autores de este siglo examinan detalladamente todas las facetas de su vida, no solamente la infancia. Señala también que entre los padres predomina una sensación de incompetencia respecto de la educación de sus hijos y una preocupación por la capacitación de su prole; los niños son percibidos como cera blanda a la que es necesario modelar y extirpar las imperfecciones, para ello se recurre a las instituciones educativas. Asimismo, en los diarios íntimos se observa una diferenciación entre la función materna de educadora y la paterna de proveedor. Respecto de las enfermedades y la muerte advierte poca variación en las preocupaciones y ansiedades de los padres en relación con los siglos anteriores (Pollock 1993, pp. 129-144).

De Mause (1982, p. 89) caracteriza al siglo XVIII como periodo de "intrusión", en el cual se da una gran transición demográfica con una aproximación de los padres a los hijos. Nace la pediatría y hay una reducción importante en la mortandad infantil, aunque siguen siendo relativamente pocos los que logran alcanzar la edad adulta. Las madres comienzan a amamantar a sus pequeños y ya no se les azota sistemáticamente, pues surge otro tipo de castigos: se trata de dominar la mente y la voluntad, controlar el interior, las rabietas, las necesidades y la masturbación. El autor sitúa también en este siglo el inicio del conflicto sobre el control de esfínteres: "…la lucha entre padres e hijos respecto del control de la orina y las heces en la infancia es un invento del siglo XVIII, producto de una etapa psicogénica tardía" (De Mause 1982, p. 70).

H. *Siglo XIX*

A principios del siglo XIX coexisten dos actitudes opuestas respecto de la infancia: la de quienes creían que el niño era por naturaleza malo y había que doblegar su voluntad por medio del sufrimiento, y la de quienes pensaban (como los seguidores de Rousseau) que el niño nacía bueno con capacidades que había que desarrollar. Hay un deseo de los hijos como continuidad de linaje o por anhelo personal, pero esta aspiración está aún muy ligada a la filiación por sangre y no a la valoración del niño en sí, de manera que en pocas ocasiones llega a la adopción. Por otra parte, la concepción voluntaria va en aumento estadísticamente[27] como consecuencia de la conciencia acerca de las responsabilidades de la paternidad. El niño ahora es más apreciado, pues ha sido deseado y es producto de una decisión cada vez más controlada, viene al mundo cuando los padres lo desean y, sobre todo, en el momento en que se sienten preparados para ello. En los casos de "error" (el cual tenía mucho margen, dada la efectividad de los métodos de la época) la suerte de los niños era aleatoria, aunque había expresiones que reflejan claramente que la condición de embarazada no era muy apreciada en estas situaciones[28] (Perrot 1991, pp. 156-158).

El infanticidio, durante la primera mitad del siglo XIX, continuó siendo una práctica, aunque ahora reservada a las clases marginadas. Los avances en medicina, en particular el descubrimiento de las fiebres puerperales y el control de las infecciones, aumentan la probabilidad de supervivencia tanto de la madre como del recién nacido (Delval 1994, p. 27). El fajamiento fue desapareciendo durante este siglo, sobre todo en Francia, ya que en Alemania la costumbre perduró por mucho tiempo más. Asimismo, se fue volviendo menos frecuente la costumbre de enviar a los niños a casa de las amas de cría,[29] pues ya no se consideraba de

27 Según Pierre Goubert la anticoncepción se extiende en Francia desde el siglo XVIII (Goubert 1973, p. 26).

28 "Caer encinta"; "encontrarse en una posición lastimosa" (Perrot, 1991, p. 156).

29 A pesar de la afirmación de que la costumbre de enviar a los hijos a casa de las amas de cría fue desapareciendo, la literatura de la época nos revela que seguía existiendo: Flaubert, en *Madame Bovary* (1857), nos describe cómo la hija de la protagonista fue enviada a casa de la nodriza en cuanto nació y permaneció con ella durante un tiempo, con frecuentes visitas de su madre a verla.

mal gusto que fuera la propia madre quien lo criara (en Italia persistió por más tiempo). Respecto de la higiene, a pesar de las recomendaciones de Rousseau, en muchos sitios las niñeras mantenían la superstición de que el aseo era peligroso para los niños, mientras que en Inglaterra se les bañaba con agua fría, que se consideraba tonificante; también se acostumbraba vestirlos con mucha ropa, incluso corsé (Robertson 1982, p. 451).

En las ciudades hay una actitud que reprueba el castigo corporal (sobre todo en Francia, pues al parecer en Inglaterra[30] se utilizó por más tiempo y en Alemania la disciplina era más rígida) y lo sustituye con otras sanciones: se empleaban como métodos coactivos los relacionados con alimentos, por ejemplo no permitirles expresar una preferencia, obligarlos a comer lo que se les ponía delante o forzarlos a ver comer a otros sin probar bocado. El castigo psicológico también era habitual: tarjetas ofensivas, orejas de burro, privación de muestras de afecto, encierro en lugares oscuros, etcétera. En el campo la situación es distinta, pues los golpes como método educativo siguen siendo de uso común; se relaciona la virilidad con la violencia física, pero cada vez más niños y más adolescentes se rebelan en contra de esto (Perrot 1991, p. 165).

Surgen personajes dedicados por completo a estudiar y trabajar con la infancia: Pestalozzi (1746-1827) se preocupa por los niños abandonados; Fröbel (1782-1852) crea los *kindergartens* (1840) para atender a los hijos de las madres trabajadoras de las fábricas; Dickens (1812-1870) describe en sus novelas la realidad en el Reino Unido industrializado; Unamuno (1864-1936) defiende los intereses de la infancia,[31] y Carderera (1816-1893) realiza su clasificación de las etapas de la vida (Delgado 1998, pp. 161-184). Es en este siglo cuando nace el estudio sistemático de la psicología infantil. En 1799 fue encontrado Víctor del Aveyron, lo que dio pie a la investigación del médico Jean Marc Itard (1774-1838), cuyas observaciones han sido muy importantes para el estudio y educa-

30 Pollock señala que a principios del siglo XIX en Inglaterra, la disciplina y el control fueron particularmente severos, debido tal vez a los rápidos cambios que se dieron en la sociedad (1993, p. 233).

31 "Aquí, aquí está todo, Avito, ¡aquí está todo! ¿Usted no recuerda haber sido niño, y quiere ser pedagogo? ¡Pedagogo quien no recuerda su niñez, quien no la tiene a flor de conciencia! ¡pedagogo! Sólo con nuestra niñez podemos acercarnos a los niños" (Unamuno 1940, pp. 61 y 62).

ción de los niños con problemas. Se comienzan a realizar también los primeros tratados de tipo estadístico, ya que hasta el momento únicamente se habían documentado observaciones de niños aislados. Los dos primeros trabajos de este tipo fueron realizados por la Sociedad Pedagógica de Berlín en 1870 y Stanley Hall (1844-1924) en 1883. Millicent Shinn (1893) y James Sully (1896) realizan trabajos en el mismo sentido (Delval 1994, p. 43).

La publicación en 1859 del libro *Origen de las especies* de Charles Darwin (1809-1882) dio pie a otras investigaciones que promovieron el estudio y conocimiento de los niños. Entre ellas, la ley biogenética del naturalista Ernest Haeckel y las observaciones sobre el lenguaje de Hyppolite Taine, publicado en 1876. Estas nuevas teorías parten de que la ontogénesis (el desarrollo del individuo) reproduce la filogénesis (el desarrollo de la especie). Estas obras estimularon la creación de otros trabajos, de entre los cuales destaca *El alma del niño*, del fisiólogo alemán William Preyer, que "a veces se toma como el primer estudio científico sobre el desarrollo infantil y como el inicio real de nuestra disciplina" (psicología evolutiva) (Delval 1994, pp. 37-40). Hacia finales de siglo se elaboran otros importantes trabajos teóricos. James Mark Baldwin (1861-1934), interesado en los procesos evolutivos y la constitución del psiquismo adulto, estudió al niño y publicó en 1895 *El desarrollo mental en el niño y en la raza* y en 1897 *Interpretaciones sociales y éticas del desarrollo mental*, que a juicio de Delval "constituyen hitos fundamentales en el desarrollo de la psicología evolutiva" (1994, p. 44).

En literatura, se consolida el género de obras escritas especialmente para niños: *Cuentos de niños y del hogar* de los hermanos Grimm (Alemania); *El patito feo*, *La fosforerita*, y otros cuentos de Hans Christian Andersen (Dinamarca); *Veinte mil leguas de viaje submarino* y otros relatos de Julio Verne (Francia); *El villancico de navidad* y *Novela de vacaciones* de Charles Dickens; *Alicia en el país de las maravillas* de Lewis Carroll; *La isla del tesoro* de Robert Louis Stevenson; *Libro de la selva* de Rudyard Kipling (Inglaterra); *Las aventuras de Pinocho* de Collodi; *El corsario negro* y otros relatos de Emilio Salgari (Italia); *Mujercitas* de Louise Marie Alcott; *Las aventuras de Tom Sawyer* de Mark Twain (Estados Unidos). En la mayoría de los países de Europa encontramos una amplia producción de literatura infantil y juvenil, que se convirtieron en clásicos y han trascendido generaciones (Bravo Villasante 1971).

Para De Mause (1982, p. 89), el siglo XIX abarca un periodo de "socialización" que se prolonga hasta mediados del siglo siguiente, en el cual la crianza se enfocó a formar, guiar y enseñar a adaptarse al niño. El padre comienza a tomar un papel activo. De esta etapa derivan los modelos psicológicos del siglo XX, pues definitivamente el niño ocupaba ya un lugar predominante en la sociedad a finales del siglo XIX. "Contra viento y marea, la niñez se convierte en la edad fundante de la vida y el niño se convierte en una persona" (Perrot 1991, p. 168). Es en este siglo cuando emerge también, como consecuencia de los cambios sociales, la figura del adolescente.

En el ámbito jurídico, los grandes cambios producidos durante el siglo XIX tienen una gran influencia sobre la consideración del niño. Se va desarrollando la idea de que el Estado debía protegerlo, pues la prosperidad y la seguridad dependían de la existencia de una clase de ciudadanos sanos; es así como se extienden los medios de enseñanza, se introduce la escolarización obligatoria y diversos servicios sanitarios públicos. Por otra parte, como consecuencia de la industrialización, se promulgan en 1841 las primeras leyes sociales, a propósito de la infancia, para limitar el trabajo en las fábricas. En Inglaterra, en 1889, se promulga una ley para proteger a los niños de tratos crueles. Además, paralelo al interés del gobierno, se dio una oleada de beneficencia privada creando instituciones a favor de los menores (Robertson 1982, p. 469). Sin embargo, al haberse consolidado los derechos de libertad como una inmunidad en la esfera privada del varón-adulto-propietario, a la que pertenecía la familia, el niño, considerado un ser vulnerable e incapaz, quedó incluido en esta garantía derivada de las libertades civiles del padre y por tanto sometido a su poder y ajeno al derecho. La ley se limita entonces a realizar una función protectora dentro de los límites permitidos por este espacio inviolable de la familia y a ocuparse de los niños que por alguna razón se encontraban fuera de ésta: pobres, huérfanos, infractores.

El efecto de las corrientes liberales tuvo impacto también en el derecho civil, primero en el Código Napoleónico y posteriormente en el resto de las legislaciones europeas. La familia es considerada soberana; en el caso de la tutela, por ejemplo, se constituía legalmente un consejo de familia integrado por los parientes del menor que se encargaba de controlar y vigilar su desempeño, junto con un tutor subrogado que fiscalizaba las funciones administrativas del tutor. En España se dejó sentir la influen-

cia de este ordenamiento, y en 1889 se implanta un sistema de control en el que la intervención del Estado es subsidiaria del control familiar. En otro sentido, en Italia el Código Civil de 1865 reconoce la autoridad paterna y faculta al progenitor para solicitar el internamiento de un menor "extraviado o díscolo" en casas especiales de educación o corrección hasta la mayoría de edad (Leo 1985, p. 29).

En esta misma línea surgen las primeras leyes penales especiales para la infancia, destinadas a estos menores que habían salido de la esfera doméstica y su inmunidad. El Código Napoleónico introduce en 1810 el discernimiento como causa de la exclusión de la responsabilidad penal, que quedaba a discrecionalidad del juez. En España, el Código de 1822 establecía que los mayores de 7 años (antes de esta edad eran inimputables) y menores de 17 que hubiesen obrado "sin discernimiento" fueran entregados a sus padres para que los corrigieran y cuidaran, o se les internara en una casa de corrección; en caso contrario, si se consideraba que habían obrado con raciocinio, se le enviaba a la cárcel con los mayores. En 1899 se crean en Estados Unidos los primeros tribunales tutelares de menores, a instancias de los abogados de Chicago, las sociedades protectoras de la infancia y los movimientos en favor de la mujer. Pronto se extienden por todo Europa, bajo la convicción de que las medidas pedagógicas serían más eficaces que las represivas, pues se veía a los menores infractores como seres incapaces de gobernarse a sí mismos y necesitados de la función tutelar del Estado; eran considerados peligrosos para la sociedad y por tanto debían ser sometidos a medidas terapéuticas. El juez asumía entonces el papel de padre de familia e imponía las medidas que a su criterio eran las adecuadas para el menor, sin ningún tipo de garantía procesal. No se consideraba derecho penal propiamente dicho, sino "obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría y el arte del buen gobierno" (Dorado Montero, citado en Ríos Martín 1993, p. 96).

I. *Siglo XX*

El siglo XX es considerado por algunos autores como el siglo del niño.[32] Para De Mause, parece ser el feliz término de un largo periodo de

[32] Ellen Key predijo a finales del siglo XIX que el siglo XX sería el "*siglo del niño*" (Robertson 1982, p. 463).

evolución que comienza a finales del siglo XX y que denomina "ayuda", pues "se basa en la idea de que el niño sabe mejor que el padre lo que necesita en cada etapa de su vida e implica la plena participación de ambos padres en el desarrollo de la vida del niño, esforzándose por empatizar con él y satisfacer sus necesidades peculiares y crecientes" (De Mause 1982, p. 89), aunque termina por reconocer que son pocos los padres que lo han intentado aplicar.

Sobre la base legada por los trabajos del siglo XIX se continúan las investigaciones en todos los campos de la infancia, la tasa de mortalidad infantil se reduce dramáticamente gracias a la mejora de la higiene, a los avances en medicina preventiva y curativa, así como a la atención de los servicios públicos. Las distintas corrientes de la psicología también hacen objeto de su estudio al niño, en un primer momento con el fin de estudiar las consecuencias en la vida adulta y más tarde con el interés centrado en el conocimiento de la niñez como etapa independiente y para conocer sus características y necesidades particulares. La psicología evolutiva se consolida como una rama de la psicología. Delval resalta tres hechos que influyen en este proceso:

a) El movimiento psicoanalítico: Freud escribe sobre la importancia de las experiencias vividas en la niñez para la personalidad del adulto; posteriormente se hicieron trabajos de psicoanálisis directamente con niños.
b) La extensión de la escolarización obligatoria: muchos autores insistieron en que la educación debía diseñarse sobre la base del conocimiento del niño.
c) La introducción de los test mentales: los cuales se crearon con la idea de "elaborar un instrumento que permitiera conocer el nivel de cada niño para que pudiera seguir la enseñanza con éxito" (Delval 1994, pp. 45-48).

A lo largo del siglo XX se intensifica la creación de leyes para la infancia, tanto en el derecho interno de muchos países como a nivel internacional, pues los estudios sobre la niñez y las situaciones sociales, consecuencia, entre otras cosas, de las dos guerras mundiales, hicieron patente la necesidad de protección. En 1924 la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, que fue el primer instru-

mento de carácter internacional sobre los derechos de los niños. Años después, en 1946, la Organización de Naciones Unidas crea el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) con el objetivo de auxiliar a los niños víctimas de la guerra, que se convertiría en 1953 en un organismo permanente de atención a la infancia. En 1959 se aprueba la Declaración sobre los Derechos del Niño formulada en diez principios con carácter proteccionista que imponían obligaciones a las personas e instituciones.

Esta situación se prolongó durante casi todo el siglo XX, hasta que finalmente, en 1989, la comunidad internacional, tras años de discusión, firma la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se reconoce la dignidad del niño, sus necesidades y le considera sujeto de derechos. Este instrumento establece como consideración primordial para todas las medidas concernientes a la infancia el "interés superior del niño", con lo que sale de la esfera de inmunidad del padre y es sujeto por derecho propio.

El tratamiento penal sufrió también una acelerada evolución. A principios de siglo, los tribunales de menores se extienden rápidamente por un gran número de países, y en julio de 1911 se celebra el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, en el que participaron casi todos los países de Europa, así como Estados Unidos, Cuba, El Salvador y Uruguay.

Los temas tratados en este evento giraron en torno a la necesidad de una jurisdicción de menores y sus principios, el papel de las instituciones de caridad y la libertad vigilada o probatoria. El Congreso tuvo como consecuencia una política de control-protección de la infancia, que diferencia al niño (que vive con sus padres y asiste a la escuela) del "menor" (abandonado y fuera del sistema educativo, que se convierte en objeto de compasión y en control de los tribunales) y la función del juez se convierte en la de un "padre de familia" con una gran discrecionalidad y ninguna garantía para el niño (García Méndez 1994, pp. 45-47). La Convención sobre los Derechos del Niño cambió esta situación, obligando a los Estados firmantes a otorgar garantías procesales (principio de legalidad, presunción de inocencia, asistencia jurídica, etcétera) a los menores acusados de haber infringido las leyes penales y al establecimiento de leyes, autoridades e instituciones específicas para los niños (artículo 40).

2. *Las diferentes etapas de la infancia: su construcción y evolución histórica*

Hoy nos parece perfectamente normal y deseable que los niños asistan al colegio en cursos organizados con compañeros de la misma edad y que con los miembros de su generación compartan actividades e intereses; estas circunstancias permiten al niño establecer relaciones igualitarias que son muy importantes para el desarrollo. Sin embargo, esta manera de ver las cosas es relativamente reciente. Es cierto que a finales del siglo XVIII ya tenemos un sentimiento de infancia moderno, pero la separación de ésta en una categoría diferenciada de la adulta no es suficiente para garantizar la adecuada satisfacción de sus necesidades. Al ser una fase de evolución acelerada, las características específicas y los requerimientos para un pleno desarrollo varían en cortos periodos de tiempo. La identificación y clasificación de estas etapas es resultado de muchos años de observación e investigación, y constituye un esfuerzo por comprender el mundo infantil.

A lo largo de la historia es frecuente encontrarnos con la inclinación a dividir la vida en ciclos relacionados con números mágicos. Al parecer, Hipócrates (460 a. C.) fue uno de los primeros en hacer una clasificación de las etapas de la vida, medidas por el número siete: bebé (0 a 7 años), niño (7 a 14 años), adolescente (14 a 21 años), hombre joven (21 a 28 años), hombre maduro (28 a 45 años), hombre de edad (45 a 56 años) y anciano. Galeno (131-201) propuso también una clasificación en cuatro fases, de acuerdo con los elementos cósmicos que predominan en cada una de ellas: infancia (aire), juventud (fuego), madurez (tierra) y vejez (agua) (Delgado 1998, pp. 33 y 34).

En la Antigüedad, el trato estaba diferenciado por la vulnerabilidad del niño, e iba cambiando conforme a ésta. El destete significaba la superación del periodo de mayor dependencia y fragilidad, además de que el niño regresaba de la casa de la nodriza en donde permanecía a veces hasta tres o cuatro años[33] y se incorporaba al círculo familiar. La siguiente etapa la constituía el tiempo durante el cual el niño asistía a la escuela y, finalmente, el momento de contraer matrimonio. En sus *Confesiones*, San

[33] Al parecer, el tiempo de permanencia en casa de la nodriza era muy variable, pues algunos autores señalan que el destete se producía alrededor del primer año, mientras otros lo elevan a tres o cuatro años.

Agustín también marca una distinción en los ciclos de la vida: infancia, niñez,[34] adolescencia[35] y juventud.[36]

Durante la Alta Edad Media la lactancia concluía cerca de los tres años y la mayoría de edad se alcanzaba alrededor de los 12 años, edad en la cual también se contraían nupcias (Rouche 1988, p. 448). En la época feudal, sabemos que los primeros años de la vida significaban un enfrentamiento a cambios violentos, pues al reintegrarse al hogar familiar tras volver de casa del ama de cría, los niños dormían junto a sus padres en una cuna,[37] hasta el momento de ir con los mayores (aproximadamente a los siete años, según Ariès) a compartir su alcoba, así como sus ocupaciones y entretenimientos. La vida del niño transcurría enfrentándose a adaptaciones bruscas y difíciles, en las cuales se veía mezclado a muy temprana edad con personas mucho mayores y compartiendo sus trabajos y juegos cotidianos.

En el Renacimiento, los ciclos estuvieron determinados por el destete, y posteriormente por el comienzo de la educación (ya sea con un preceptor o enviándolo a la escuela) a los siete años. A partir del texto de Erasmo, los reformadores dirigen prioritariamente la educación escolarizada a los niños de entre siete años ("la edad del juicio") y doce años ("las amenazas de la pubertad"). Ariès (1987, p. 319) nos dice que hasta mediados del siglo XVII había una división entre la primera infancia, que abarcaba hasta los cinco o seis años, edad en la que el niño se separaba de su madre o niñera y entraba en el colegio; posteriormente se retrasó este ingreso a los diez años. A partir de su incorporación a la escuela, convivían indiscriminadamente alumnos de todas las edades: "mucha-

34 San Agustín identifica el final de la infancia y el inicio de la niñez con la adquisición del leguaje oral: "¿Acaso desde la infancia, siguiendo adelante, no llegué a la niñez? O mejor decir, ésta vino a mí, y sucedió a la infancia. La cual no se retiró —¿porque a dónde se fue?—. Sin embargo, ya no existía; porque ya no era yo infante —que no hablase—; mas era niño que hablaba" (San Agustín [400] 1964, p. 19).

35 En el libro segundo San Agustín describe su adolescencia e incluso parece diferenciarla de la pubertad: "Muy al contrario, aquel padre, al verme en el baño pubescente y con los signos de la inquieta adolescencia" (San Agustín [400] 1964, p. 40).

36 La juventud representa el final de la adolescencia y se sitúa aproximadamente a la edad de 31 años: "Ya era muerta mi adolescencia, mala y nefanda, y entraba yo en la juventud" (San Agustín [400] 1964, p. 143).

37 Quienes dormían en cuna eran ciertamente los afortunados niños de las clases altas, pues en el ambiente popular o campesino dormían con sus padres, con el riesgo de morir por sofocación, lo cual no era un fenómeno excepcional.

chos de 10 a 14 años, adolescentes de 15 a 18 y jóvenes de 19 a 25 años asistían a los mismos cursos". Jan Amos Komensky (1592-1670) advierte la inconveniencia de esta situación y señala que la escuela debe ajustarse a los periodos de crecimiento: infancia, puericia, adolescencia y juventud (Delval 1994, p. 34). Esta aspiración de Komensky tarda en ser una realidad, pues la diferencia de edades en una misma clase será muy pronunciada hasta el siglo XVIII; sin embargo, existe ya una noción de la conveniencia de la separación por edades, tanto por habilidades y conocimientos como por afinidades. Surgen así las "promociones", grupos de edad que acompañarán al individuo el resto de su vida.

En Rousseau se advierte una noción bastante avanzada de las diferencias de acuerdo con las etapas. Divide la infancia en cinco periodos:

a) Primer estado de la infancia: nacimiento, lactancia, desarrollo de capacidades psicomotrices.
b) Segundo estado de la infancia: adquisición del lenguaje, desarrollo de cierta autonomía y conciencia de sí mismo. Se le empieza a considerar como ser moral y tiene necesidad de libertad bien regulada.
c) Tercer estado de la infancia (12-13 años): excedente de facultades y de fuerzas, actividad y curiosidad, primer libro.
d) Pubertad (16 años): desarrollo de la sexualidad, crisis, cambios físicos, identidad sexual (conciencia de su sexo).

Durante el siglo XVIII los educadores continúan insistiendo en la conveniencia de la organización de cursos por edades; sin embargo, a principios del siglo XIX no se sentía la necesidad de separar a la segunda infancia (12 o 13 años) de la adolescencia y juventud. La clasificación se dio después gracias a que entre la burguesía se popularizó la enseñanza superior en universidades o escuelas superiores. Las causas de la división a principios del siglo XIX fueron: la regularización del ciclo anual de las promociones, la costumbre de imponer a todos los alumnos la serie completa de cursos, y la nueva pedagogía, adaptada a las clases menos numerosas y más homogéneas. Durante el siglo XIX se identifican tres momentos importantes de la infancia: la primera infancia, reservada a la madre y feminizada;[38] el niño de ocho años, que se considera está

[38] El niño llevaba faldas y cabellos largos hasta los tres o cuatro años y se movía entre su madre o niñera. Durante este periodo los juguetes comienzan a ser objetos de uso corriente en las ciudades, no así en el campo (Lynn 1991, p. 159).

entrando a la edad de la razón, y el cual es objeto de atención de legisladores, moralistas y médicos; y el adolescente, objeto de inquietud por las inclinaciones sexuales que aparecen durante este periodo. En España, Mariano Carderera elabora una clasificación de la vida en cuatro etapas: infancia (0 a 12 años en las niñas y 15 en los niños), adolescencia o pubertad (hasta los 21 años en mujeres y 25 en hombres), virilidad y vejez. A su vez, divide la infancia en primera infancia, que abarca desde el nacimiento hasta los 7 años, y dentro de ésta identifica tres épocas: desde el nacimiento hasta los 7 meses, de los siete meses a los dos años y de los dos años a los siete. Este autor comprendió la importancia de los cambios experimentados en los distintos ciclos, así como de la influencia de cada periodo en el desarrollo del siguiente.

Finalmente, durante el siglo XX, gracias en buena medida a Piaget (1896-1980), se definen claramente las etapas de la infancia, sus características y necesidades especiales: "A Piaget se debe, según la opinión aceptada, el haber establecido etapas claramente definidas a través de las cuales el niño adquiere su desarrollo intelectual, conquista el lenguaje, se convierte en el centro del universo, se interesa por mundo que le rodea, conquista el pensamiento lógico, se vuelve realista y se socializa" (Delgado 1998, p. 203).

En la actualidad, el conocimiento de las etapas de la infancia resulta fundamental para una atención adecuada a las necesidades de los niños. Muchos fueron los estudiosos que, además de Piaget, se preocuparon por conocer y explicar el desarrollo que se produce durante los primeros años de la vida del hombre. Tal como se explicará en los siguientes apartados, durante la niñez se produce un desarrollo acelerado, lo que tiene como consecuencia grandes cambios en cortos periodos de tiempo. La identificación de estas fases de la infancia no significa negar la continuidad del desarrollo, sino que implica reconocer las estructuras propias de cada edad y atender y comprender al niño de acuerdo con éstas. Esto requiere de un profundo conocimiento de la infancia, pues sólo pudo ser el resultado de años de investigación y trabajo con los niños.

3. *La construcción de la adolescencia*

Se dice que el adolescente fue el gran ignorado de las sociedades tradicionales. Considerada un tiempo de transición entre la infancia y la

edad adulta, un periodo de incertidumbre y riesgo, relacionada con la maduración sexual, fue —y en muchas ocasiones aún es— objeto de recelo y desconfianza. Se le hizo frente, en el caso de los varones, algunas veces mediante un periodo de libertinaje sexual, con un matrimonio temprano, o a través de medios estrictos de control. Sobre la adolescencia de las mujeres sabemos menos, pues además del papel secundario que representaron durante mucho tiempo, la edad de maduración sexual, determinada por la menarquía, parece haber variado a lo largo de la historia a causa de algunos factores externos (Kett 1973, pp. 41-43).

En Roma se hacía ya una cierta distinción entre la juventud y la adolescencia. Cuando el muchacho había concluido la educación elemental (durante la pubertad) tenía lugar un periodo de indulgencia en el cual se daba la iniciación sexual que concluía con el matrimonio. Durante cinco o diez años a partir de este momento, los varones podían dedicarse al libertinaje, organizados en asociaciones para hacer deporte, caza o para recorrer las calles causando destrozos. El caso de las mujeres era distinto, pues la virginidad debía conservarse hasta el casamiento, que ocurría alrededor de los 14 años. En el siglo II cambian las prácticas por razones médicas, que desaconsejaban la masturbación y el desenfreno sexual (Veyne 1988, pp. 35-39).

Durante la Edad Media, el poder del padre en esta fase de la vida se hizo sentir con la totalidad de su fuerza; durante siglos todo estuvo reglamentado para los jóvenes: los servicios, la vida privada y el oficio; para las jóvenes: el matrimonio, la alcoba, el peinado y las obligaciones domésticas.[39] En la Alta Edad Media, el crecimiento de la barba constituía la prueba de que el chico era apto para desarrollar las cualidades viriles; tras el primer corte tenía lugar una ceremonia y se iniciaba el aprendizaje de la caza y los deportes: nadar, correr, caminar y montar a caballo (Rouche 1988, p. 471). En un contexto de predominio de la sociedad patriarcal, era sumamente difícil el desarrollo de un periodo de adolescencia, pues había poco espacio para la indecisión y la búsqueda de la identidad personal; era el padre quien decidía sobre el futuro de los hijos en todos

39 En opinión de Laslett (1973, p. 28), el control que se ha ejercido sobre la adolescencia se debe a su relación con la maduración sexual, ya que ninguna sociedad puede permitir a los individuos la reproducción a voluntad: "It introduces the possibility of procreation, which immediatley implies stringent social control. For no community at any period, whatever its resources, can ever allow individuals to reproduce at will".

los sentidos, desde la ocupación hasta la opción por el matrimonio o la vida religiosa.

Resulta interesante que uno de los fenómenos que caracterizan el Renacimiento es una lucha de los jóvenes (varones por supuesto) por conquistar un espacio propio, motivado tal vez por el proceso de individuación que caracteriza esta etapa de la historia de Occidente.[40] Empiezan a agruparse en bandas y cofradías[41] con nombres y ritos, a través de las cuales buscan obtener un espacio privado personal (Roncière 1991, pp. 244-246). Este proceso de identificación con los iguales se vio reforzado por el triunfo de los colegios como educadores de los niños durante el siglo XVII, que tiene como consecuencia la reunión de todos los alumnos en un mismo establecimiento con el fin de prepararlos para la vida adulta y pública, aislándolos de la misma y ejerciendo un control total y constante. Esta situación fomenta la creación de lazos que permanecerán el resto de la vida y que dan origen a la proliferación de los sentimientos propios de la adolescencia. Por otra parte, surgen también escuelas religiosas y laicas que prolongan la instrucción con el fin de dar una formación profesional determinada: noviciados y seminarios, colegios de marina, compañías de cadetes, escuelas militares. Alejados del hogar, los jóvenes pueden solidarizarse con sus coetáneos, descubrir en ellos a "la otra persona" y construir así su propia identidad personal, con autonomía respecto del círculo familiar. "El tiempo de la amistad se convierte así en un paréntesis nuevo entre la infancia y edad adulta en el que se inserta una adolescencia prolongada: tiempo de espera y formación, y también de las opciones y compromisos personales que, al ser decididos libremente, podrán ser duraderos; eso lo decidirá cada cual" (Aymard 1988, p. 497).

Locke habla también de la adolescencia en *Pensamientos sobre la educación*, y menciona la costumbre de enviar a los jóvenes (aristócratas) de viaje en esta fase de la vida (entre dieciséis y veintiún años). Describe los rasgos de esta etapa como aquella en la que el joven se deja

40 Durante esta época, a los 14 años el individuo alcanzaba una cierta "mayoría de edad" a partir de la cual podía ya obligarse en determinadas responsabilidades (Roncière 1991, p. 229).

41 Estas agrupaciones eran una prolongación de la camaradería de la infancia, pues los niños se agrupaban en bandas integradas por ambos sexos y sin importar las clases sociales (De la Roncière 1991, p. 229).

arrastrar por el "ardor de la sangre" y por el ejemplo de sus camaradas, disminuyendo la autoridad del preceptor, lo que hace necesario reforzar la vigilancia. Esto demuestra ya una noción de ciertas cualidades con las que se identifica actualmente a la adolescencia, aunque al parecer todavía no hay un interés claro por conocerla en sí misma. Aparentemente se consideraba únicamente un periodo de transición entre la infancia y la edad adulta, pero no una etapa con características y, sobre todo, necesidades propias.

Durante el siglo XVIII aparece el "sentimiento de la adolescencia", motivado por el oficial y el soldado que acentúan el valor de los rasgos de virilidad. Se comienza a distinguir la adolescencia de la infancia (Ariès 1987, p. 354). Rousseau la considera un segundo nacimiento, el nacimiento al sexo. Describe ampliamente las características de este periodo y habla acerca de la importancia de la educación durante ésta, resaltando también la importancia de la amistad (relación con los iguales).

El "descubrimiento" de la adolescencia estuvo íntimamente ligado a la sexualidad, pues se teme este despertar por considerarse un "momento crítico". La adolescencia era peligrosa tanto para el individuo como para la sociedad, ya que tiende a desintegrarla, pues el mismo joven está mal integrado socialmente. Durante el siglo XIX se escribieron decenas de tesis respecto de esta etapa, en la que se ve al individuo como criminal, vago e inestable. La mutación sexual y la conciencia de ella que se da durante la adolescencia son preocupaciones de médicos, moralistas y sociedad en general. "El conocimiento y el empleo del sexo por los adolescentes están en el corazón de las tareas educativas y de la ansiedad social" (Hunt 1991, pp. 171 y 172). En muchas partes los internados a los que los jóvenes acuden a continuar su educación no son bien vistos, pues se dan prácticas de masturbación y homosexualidad, razón por la cual las familias burguesas que tienen posibilidades recurren al externado.

El adolescente es siempre sujeto de vigilancia, y este mismo control incita al secreto, en la lucha por conquistar la autonomía y un lugar propio en la sociedad. Esta reivindicación está compuesta por lecturas, amistades y revueltas. La amistad ocupa un lugar preponderante ante la situación de aislamiento en la que vivía el joven, aunque este fenómeno se da de manera diferenciada entre los sexos. Las chicas tienen una "amiga del corazón" que generalmente conocen en el internado y con la que continúan relacionándose por correspondencia, muchas veces durante to-

da la vida. Los chicos se relacionan con sus iguales a través del comentario de las experiencias vividas (Perrot 1991, pp. 216 y 217).

Como consecuencia de estas transformaciones comienza también a diferenciarse entre literatura infantil y juvenil; la generación romántica fue la que "se inclinó pensativa sobre la adolescencia", dio alas a las novelas de aventuras y de costumbres. Hacia finales de siglo, la aventura va acompañada de hechos con cargas emotivas, surge el héroe: ese hombre y mujer metido en empresas excepcionales, que es reflejo de altos ideales o estados de ánimo intensos (Petrini 1958, p. 142).

El concepto moderno de adolescencia fue *creado* en la última década del siglo XIX por Stanley Hall. En su libro *Adolescence* la describe como un "segundo nacimiento", caracterizado por un "idealismo moral, caballerosidad y entusiasmo religioso". Hall sostenía que la evolución del niño reproducía la evolución de la humanidad, por lo que el adolescente era considerado como una especie de "noble salvaje", cuyas actividades eran eco de un pasado distante. Esta teoría tuvo un gran impacto en su tiempo y desencadenó toda una serie de tratados e investigaciones (Kett 1973, p. 95). Durante el siglo XX, los estudios sobre la adolescencia se vuelven más numerosos y refutan la tesis de Hall. El psicoanálisis la consideraba como un periodo en el que brotaban los impulsos sexuales y se revivían los conflictos edípicos de la infancia; es Anna Freud quien realiza los primeros estudios sistemáticos sobre este periodo desde la teoría psicoanalítica, atribuyendo las tensiones a la necesidad de lograr la autonomía e independencia afectiva de los padres. La escuela cognitiva comienza también a investigar la manera en que el adolescente se representa el mundo y Piaget se pronuncia en contra de considerar a la adolescencia simplemente como un periodo de transición, sin atender a las estructuras intelectuales, afectivas y morales que le son propias.

Dice Moreno que la adolescencia comienza en la biología y termina en la cultura. En efecto, esta etapa de la vida es la más difícil de delimitar y por ello no es extraño que haya sido la última en aparecer en la historia. Es precisamente en este periodo en el que se sitúa la discusión sobre la frontera de la infancia, los límites de la autonomía y la responsabilidad. Hoy, a pesar de que se acepta que la adolescencia tiene características propias que no son las del niño ni las del adulto, sigue siendo objeto de estudio, pues las diferencias que se presentan en las diversas sociedades y algunas transformaciones que se pueden observar actualmente res-

pecto al tiempo, la duración y la forma de vivirla, muestran que aún falta mucho por conocer. Como afirma Moreno: "el estudio de la adolescencia está en su adolescencia" (Moreno 1997, p. 439).

4. *El desarrollo del concepto de infancia en el contexto de las relaciones familiares*

La historia de la infancia es, en buena medida, la historia de la familia. De Mause (1982, pp. 16-20) considera que la fuerza central de los cambios históricos la constituyen los cambios "psicogénicos" de la personalidad, determinados por las relaciones entre padres e hijos durante varias generaciones. Los padres se enfrentan por segunda vez a las ansiedades de su propia infancia a través de sus hijos, y en la medida en que puedan hacerlo en mejores condiciones se dará una evolución de las relaciones paternofiliales, ya que el adulto busca reducir la ansiedad que le provoca la aproximación con el niño a través de las prácticas de crianza de cada época. Para probar su tesis afirma que cuanto más se retrocede en la historia, menos capaces son los padres de responder a las necesidades de sus hijos. Mientras Ariès sostiene que en la familia el niño fue generalmente atendido y considerado,[42] De Mause concluye que los padres maltrataron consuetudinariamente a sus hijos y que el trato respondía a reacciones proyectivas de los padres hacia los niños, ya que durante mucho tiempo los adultos buscaron cariño maternal en sus descendientes.

De Mause incluso atribuye a la falta de cuidados y atención a las necesidades un retraso en el desarrollo de los niños de ciertos momentos de la historia. Para demostrarlo, presenta una tabla en la que se indican las edades en las que diversos niños, a lo largo de la historia, aprendieron a caminar, siendo la más llamativa Ana de Dinamarca, durante el siglo XVI, que lo hizo a los 108 meses. Sin embargo, Pollock refuta esta afirmación, señalando que los datos que se utilizaron para demostrarla son inexactos. Pollock sitúa también a la familia como elemento central de su tesis, pues rebate la tesis de De Mause utilizando como herramienta la teoría sociobiológica que explica las estrategias de los animales para ma-

42 "El sentimiento de infancia no se confunde con el afecto por los niños, sino que corresponde a la conciencia de la particularidad que distingue esencialmente al niño del adulto, incluso joven" (Ariès 1987, p. 178).

ximizar la supervivencia de sus crías. El maltrato contradiría la predisposición biológica que inclina a los padres a proteger a su descendencia.

Durante siglos, los niños permanecieron los primeros años de su vida (entre dieciocho meses y cuatro años) separados de sus padres.[43] La nodriza daba al niño los cuidados iniciales y era testigo (probablemente también impulsora) de sus primeros avances, aunque Pollock ha sostenido que esta costumbre no significaba necesariamente indiferencia o abandono, pues afirma que eran visitados frecuentemente por algún pariente cercano. A los siete años era enviado a casa de otra familia para servir, aprender un oficio o asistir a la escuela. La relación con sus parientes más próximos era muy limitada, pues realmente crecía con otras personas.

Como se ha mencionado con anterioridad, entre los romanos y griegos el padre tenía poder de disposición sobre la vida del hijo (Veyne 1988, p. 23), de tal forma que eran las relaciones de filiación las que determinaban la capacidad de supervivencia del individuo mismo. La madre no tenía intervención en la decisión, pues incluso estaba obligada a abandonar a su propio hijo si el padre ausente lo había ordenado mientras ella estaba encinta. Una vez concedido el derecho a la vida, el hijo iba a casa de una nodriza hasta la pubertad. El trato con el padre era totalmente distante, pues el papel de éste consistía en templar el carácter mediante la severidad, mientras que la madre podía permitirse un trato más cercano y dulce. Platón y Aristóteles hablan de los deberes de los hijos hacia los padres: respeto, obediencia, alimentos, etcétera; sin embargo, también mencionan la necesidad de creación de vínculos afectivos estrechos y amistad entre los progenitores y sus descendientes.

A juicio de Veyne (1988, pp. 39-42), la condición de dependencia extrema de los hijos hacia su progenitor tenía consecuencias psicológicas, pues un adulto cuyo padre viviera no podía celebrar contratos, liberar esclavos ni testar sin consentimiento paterno. Era el padre también quien determinaba la carrera que debían seguir sus vástagos. Con la muerte del patriarca éstos adquirían los derechos de adultos, y las hijas tenían libertad para contraer matrimonio; por esta razón, el parricidio era relativamente frecuente.

[43] Según De Mause (1982, p. 63), la costumbre de enviar a los niños con un ama de cría continuó hasta el siglo XVIII en Inglaterra y Estados Unidos, siglo XIX en Francia y siglo XX en Alemania.

Durante la Alta Edad Media, al parecer se multiplican las muestras de afecto paternofiliales, a pesar de las altas tasas de mortalidad infantil. La doble red de relaciones, de convivencia y parentesco, en las que se desenvolvía el hombre de este periodo tuvieron como consecuencia el trato a la infancia durante este tiempo. Es en la ciudad del Renacimiento donde se da el cambio de la familia extensa a la familia nuclear, particularmente en las ciudades. La familia pasa de ser más permeable (sociable) a diferenciarse del resto de la comunidad y se valora la intimidad. Hay menos espacio y menos tiempo para criar a los hijos y, por otra parte, el hogar se acondiciona, haciéndose más privado: se separan las habitaciones para comer, dormir y hacer negocios, se construyen pasillos y se independizan las habitaciones de los criados del resto de la casa. Ciertos padres comienzan a mostrar placer, entretenimiento y alegría en la compañía de sus hijos y muestran un nuevo interés en estar más cerca de ellos y no dejarlos a los cuidados de otra familia. Comienza una veneración por la cultura hogareña, muy relacionada con la mujer. Con la separación de la infancia de los adultos se asume que los niños son una responsabilidad, seres frágiles que debían ser comprendidos y protegidos, criaturas con potencialidad para el bien y para el mal que requerían disciplina para promover el bien y sustituir el mal innato (Anderson 1980, p. 60). El niño está siempre sometido a instintos primarios que es preciso someter al gobierno de la razón.

Al mismo tiempo, el individualismo ha traído consigo una gran ansiedad por la responsabilidad parental. Antes era la comunidad la encargada de formar a los niños, ahora muchos progenitores se sienten incapaces de dar a sus hijos las herramientas necesarias para su formación, por ello se adhieren rápidamente a las nuevas instituciones escolares promovidas por la Iglesia y el Estado durante el siglo XVII, delegando parte de sus poderes y responsabilidades al educador. La sustitución del aprendizaje en otras casas por el colegio significa también un acercamiento entre padres e hijos. El niño se aleja para ir a la escuela, pero esta separación tiene un significado muy distinto y no dura tanto tiempo. La familia se concentra alrededor del niño. “El clima afectivo es en lo sucesivo muy diferente y se asemeja al nuestro, como si la familia moderna naciese al mismo tiempo que la escuela, o, por lo menos, que la costumbre general de educar a los niños en la escuela” (Ariès 1987, p. 490).

El nuevo sentimiento de infancia se refleja en el pensamiento de la época; por ejemplo, Locke habla del derecho de los hijos a que sus pa-

dres atiendan sus necesidades. Sin embargo, la postura predominante, que seguirá vigente durante mucho tiempo, sitúa al hijo subordinado totalmente a su progenitor. La polémica Filmer-Locke en *Patriarca o el poder natural de los reyes* y *Primer libro sobre el gobierno*[44] retrata estas posturas contradictorias:

> El padre de familia gobierna por la única ley de su voluntad y no por las leyes y voluntades de sus hijos o servidores. No existe nación que permita a los hijos ninguna acción ni remedio cuando son injustamente gobernados; y, no obstante, todo padre está obligado por la ley de la naturaleza a hacer cuanto pueda por la preservación de su familia (Filmer [1690] 1966, p. 53).
>
> Porque como los hijos, según el curso de la naturaleza, nacen débiles e incapaces de bastarse a sí mismos, tienen, por decreto del mismo Dios que ordenó en esta forma el curso de la naturaleza, derecho a ser alimentados y mantenidos por sus padres, y no sólo derecho a la mera subsistencia, sino también a las conveniencias y comodidades de la vida (Locke [1690] 1966, p. 198).

Como ya se ha dicho, a consecuencia de los cambios operados en los siglos anteriores (individualismo, cambio de sociedad rural a urbana, familia extensa a nuclear), las motivaciones para la paternidad siguen la tendencia de transformación durante el siglo XVIII. El niño se desea por sí mismo, no carga consigo la obligación de la continuación del linaje, pertenece a sus padres y a ellos corresponde la obligación de proveer a sus necesidades y a su educación. Cada vez son más los padres que confían sus funciones en las instituciones educativas.

Rousseau ([1762] 1980, p. 46) refleja en el *Emilio* la imagen de esta nueva familia idealizada, en la que la paternidad es motivo de gozo, los hijos son el centro y su educación el mayor bien al que se puede aspirar. Recomienda promover el atractivo de la vida doméstica como solución a los problemas de la infancia y que sean las madres y padres quienes vean

44 Filmer equipara en esta obra el poder del padre sobre los hijos al de un rey sobre sus súbditos, analogía que era frecuente en la época y se aplicaba también en sentido inverso, es decir, homologando la función del rey a la de un padre: "El ambiente político en que surgen los tratados de educación de príncipes pide de los súbditos, no la obediencia del inadaptado ante la fuerza represiva de un Estado-gendarme, sino la entrega entusiasta de un hijo para con su padre" (Galino 1948, p. 315).

en esta actividad su mayor realización y sepan afrontar con gusto los sacrificios que implica su función.

El nuevo estado de cosas también tuvo como resultado la formación de una nueva autonomía en el niño: no solamente ya no hay una vinculación tan importante al tronco familiar, sino que, al separarse de sus padres para ir al colegio, se relaciona más profundamente con otros adolescentes, construyendo relaciones independientes del parentesco.

En el siglo XIX continúa la tendencia hacia una vinculación afectiva más estrecha (en las familias burguesas de las ciudades), se ven muestras de cariño, hay intercambio de caricias y mimos, se generaliza el tuteo entre padres e hijos (Hunt 1991, pp. 161-164). Sin embargo, el padre seguía como autoridad absoluta al interior de la familia y, como se ha dicho, el niño formaba parte de su esfera de inmunidad privada. En Francia, por ejemplo, podía hacer uso de las prisiones del Estado para detener a sus hijos —según el Código Civil— si tenía "motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo":

> "El padre que tiene motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo" puede apelar ante el tribunal de distrito; hasta los dieciséis años, la detención no puede exceder de un mes; desde esa edad hasta la mayoría, puede alcanzar hasta los seis meses. Las formalidades —y las garantías— son muy reducidas: no hay ningún documento escrito ni ninguna formalidad judicial, como no sea la orden misma de arresto, en la que no aparecen enunciados los motivos. Si tras su libertad el hijo "cae en nuevos extravíos", puede ordenarse de nuevo su detención (Hunt 1991, p. 129).

Durante la primera mitad del siglo XX los padres continuaban ejerciendo una autoridad indiscutible sobre los hijos, lo cual se traducía en que éstos no tenían derecho alguno a llevar una vida privada. Ni el tiempo libre les pertenecía, pues se encontraban siempre a disposición de los progenitores, quienes les encomendaban mil tareas. Las relaciones personales eran estrechamente vigiladas y controladas, hasta el extremo de asumir como deber la lectura de su correspondencia. Este poder se extendía al porvenir de los hijos: los burgueses decidían sobre los estudios que debían emprender, mientras que en el pueblo se elegía el oficio adecuado. El matrimonio en muchas ocasiones era también asunto de familia (Prost 1991, pp. 79 y 80).

Esta situación cambió hacia la mitad del siglo XX en algunas sociedades occidentales motivado en parte por la evolución de las costumbres, la

transferencia del trabajo productivo fuera del hogar y la liberalización de los padres. Por otra parte, en la actualidad la familia ha transmitido casi totalmente la responsabilidad de la educación y del aprendizaje de normas de convivencia social a los colegios. En muchos casos los padres no saben en qué ocupar a sus hijos; los que pueden buscan fuera de la familia un cúmulo de actividades que ocupen el tiempo libre del niño; aun en vacaciones se busca la opción de que asistan a campamentos o colonias con grupos organizados. Las familias se han reducido, las madres salen a trabajar, la socialización del individuo ya no se da en el seno de ésta. Dice Prost (1991, p. 87): "La familia deja, pues, de ser una institución para convertirse en un simple lugar de encuentro de vidas privadas".

Los gobiernos adquieren cada vez una mayor intervención en la vida de la familia, sobre todo en materia de protección a la infancia. El espacio privado por excelencia durante siglos, es ahora objeto de intervención pública si se considera que está en riesgo el bienestar de un niño.

No es extraño, pues, que la historia de la infancia esté íntimamente ligada a la de la familia. La situación de dependencia de los seres humanos en los primeros años de la vida exige de un entorno social para la supervivencia. Es lógico entonces que el niño haya sido incluido en la inviolabilidad de las libertades del padre; sin embargo, hoy podemos decir que los derechos del niño limitan las potestades del padre, como se intentará mostrar más adelante.

5. *La educación formal como elemento motor del surgimiento del concepto de infancia*

Los primeros escritos en los que se menciona a la infancia fueron dedicados a la educación. Para Ariès ésta constituye la gran diferencia entre la civilización medieval y la moderna y se encuentra en el centro de la construcción del concepto de niño: "El hecho esencial es el siguiente: la civilización medieval no tenía idea de la educación. Nuestra sociedad depende hoy día (y lo sabe) del éxito de su sistema educativo. Tiene un sistema de educación, una concepción de la educación, una conciencia de su importancia" (Ariès 1987, pp. 539 y 540).

Parece ser que la educación formal ha sido una constante en la historia de Occidente, evidentemente durante muchos siglos reservada a los varones miembros de las clases altas. En Grecia, la escuela formaba parte de la vida pública, pues era considerada muy importante para la formación

de los futuros ciudadanos (como señalan Platón y Aristóteles). Durante el Imperio Romano, la instrucción también estaba dirigida a templar el carácter para transformar al niño en adulto: en los primeros años estaba a cargo de una nodriza y un pedagogo, y posteriormente asistía a la escuela hasta los doce años. Los varones de familia acomodada seguían estudiando con un profesor de literatura a los clásicos y la mitología. En la Antigüedad tardía, el centro de la educación se traslada al foro, centro principal de la vida urbana, a donde el niño era llevado por el pedagogo para que se le formara en los *officia vitae*, "las solemnes y tradicionales técnicas de relación humana que se esperaba llenaran la vida del varón de clase alta" (Veyne 1988, p. 234).

Posteriormente, la función educativa se traslada al monasterio adquiriendo tintes religiosos y convirtiéndose éstos en los espacios de socialización de los varones jóvenes, desplazando a los sitios públicos. La formación dentro del claustro (en su mayoría de los niños ofrecidos como oblatos) era totalmente distinta a la que se daba fuera, pues se trataba de conservar las virtudes de la infancia, consideradas como debilidades por los demás educadores y por una sociedad en la que tenía mucho valor la fuerza física como preparación para los enfrentamientos armados. No es sino hasta el Renacimiento que sabemos que algunas niñas asistían ya al colegio y que se da un debate en torno a la conveniencia de la instrucción femenina.

Ariès (1987, p. 541) señala como un acontecimiento fundamental en la historia de la infancia, la reaparición durante el siglo XVI del interés por la educación, impulsado por algunos moralistas, cada vez más numerosos, que posteriormente se mezclaron con los partidarios de la reforma. Lucharon contra la anarquía medieval, buscando establecer un nuevo régimen moral en la sociedad. El medio fue la escuela. Así, las órdenes religiosas fundadas en esa época se transforman en órdenes docentes y su enseñanza se dirige a los niños y jóvenes. En 1530 se publica *De civilitate morum puerilium libellus*, de Erasmo de Rotterdam, que enseguida consiguió un éxito inmenso y que a pesar de la neutralidad respecto del cisma religioso que intentó mantener el autor, los reformadores adoptaron (aunque partiendo de distintos presupuestos sobe la infancia, a la que concebían con una inclinación natural hacia el mal) y escolarizaron.[45] Los reformadores creían que era indispensable la disciplina escolar para apar-

[45] A pesar de que Erasmo era partidario de la educación doméstica.

tar al niño de sus inclinaciones malignas. Este tratado fue utilizado durante más de tres siglos como libro de texto para enseñar el alfabeto y el deletreo, luego el latín, después la lengua vulgar y por último la letra manuscrita.[46] Más tarde se le añaden nuevas cosas para hacerlo un manual completo.

Juan Luis Vives habla de la educación como medio para vencer la inclinación al mal, aunque recomienda que, de ser posible, sea la propia madre quien enseñe a sus hijos: "Si la madre sabe letras, enséñelas ella misma a sus hijos pequeñuelos, porque en ella tengan, a la vez, madre, ama y maestra y la amen más y aprendan más rápidamente, ayudándoles el amor que profesan a la que les enseña" (Vives [1523] 1947, p. 1140).

El siglo XVII marca definitivamente la historia de la educación formal, ya que, como reacción a la importancia adquirida por el niño durante el siglo anterior, se pretenden imponer reglas de comportamiento (disciplina) destinadas a contrarrestar el exceso afectivo. La Iglesia y el Estado asumen este cometido y se hacen cargo del sistema educativo:[47]

> Así, pues, se efectúa un doble paso: de la familia troncal a la familia nuclear; de una educación pública comunitaria y abierta, destinada a integrar al niño en la colectividad para que adopte los intereses y los sistemas de representación de la estirpe, a una educación pública de tipo escolar, destinada también a integrarle y, al mismo tiempo, a facilitar el desarrollo de sus capacidades (Gélis 1988, p. 325).

En este mismo siglo (XVII), Jan Amos Komensky señala la importancia de que la educación comience por los sentidos y se manifiesta en contra de la educación basada en la memorización de textos. Gracias a Komensky se logró que muchos de los manuales fueran acompañados de ilustraciones (Delval 1994, p. 35). Por su parte, Locke, en *Pensamientos sobre la educación*, pone de relieve su valor como medio para escapar a la ley natural y doblegar el espíritu; subraya la importancia de las impresiones recibidas durante la infancia y critica el exceso afectivo de los pa-

46 A finales del siglo XVI se extiende el uso del *civilitas* a la reforma católica (Revel 1988, p. 181).

47 Durante este siglo se fundan numerosas congregaciones religiosas con fines educativos; por ejemplo, José de Calasanz (1556-1648), Escuelas pías; Juan Bautista de la Salle (1651-1648), Escuelas Cristianas; Vicente de Paúl (1581-1660), Hijas de la caridad y Hospital de niños abandonados.

dres. Señala que el secreto consiste en encontrar un justo medio entre la disciplina y la conservación de la viveza del niño, recomienda el juego como instrumento de enseñanza, la formación de hábitos, el trato al niño como criatura racional y realiza una descripción muy amplia acerca de las cosas que se deben enseñar, el orden y la importancia de cada una con hincapié en la formación moral. Asimismo, insiste en no economizar en la búsqueda de un buen preceptor. El modelo que propone es sumamente rígido, pero demuestra interés y conocimiento del niño y concluye que los métodos deben adaptarse a los rasgos de cada alumno.

El siglo XVIII podría considerarse el siglo del triunfo de la institución educativa y, como consecuencia, la infancia queda definitivamente separada de los adultos. Los padres confían a sus hijos a las escuelas para que les ayuden en su tarea parental y formadora. Se escriben tratados sobre educación, entre ellos la obra de Rousseau,[48] aunque es necesario mencionar que tardó en llevarse a la práctica y su influencia no se dejó sentir sino hasta el siglo siguiente. Habla, entre otras cosas, de la trascendencia de las experiencias infantiles, la importancia del juego y la motivación para el aprendizaje.

Durante el siglo XIX se dieron grandes avances en relación con los sistemas pedagógicos. Fröbel crea los jardines de infancia, en los que por primera vez el niño desplaza al maestro como centro y destaca la importancia del juego infantil, de las dramatizaciones, de la música y de las actividades al aire libre (Delgado 1998, p. 163). Las preocupaciones relacionadas con la educación formal motivaron también durante este siglo los dos primeros estudios sistemáticos sobre psicología infantil. El primero de ellos, realizado por la Sociedad Pedagógica de Berlín en 1870, titulado *Los contenidos de las mentes infantiles al entrar en la escuela a la edad de seis años*, buscaba conocer lo que los niños sabían al momento de entrar a la escuela, con el fin de que la educación fuera más eficaz, y puede considerarse el primer tratado de psicología de la educación. El segundo, *Los contenidos de las mentes infantiles*, realizado por Stanley Hall con una metodología mucho más precisa, apareció en 1883 en los Estados Unidos (Delval 1994, p. 43).

[48] A pesar de que en muchas ocasiones se considera a Rousseau como el iniciador de la ciencia sobre el niño, el *Emilio* es un tratado de educación, no de psicología infantil, pues no hay en éste ni siquiera las pretensiones de sistematicidad necesarias para considerarse una ciencia, aunque sea incipiente (Planchard 1956, p. 124).

La escuela contribuyó a la consolidación de la categoría infancia; sin embargo, García Méndez señala que quienes no tenían acceso a esta institución o eran expulsados se convertirían, en el siglo XX, en "menores". Para la infancia existe la escuela, para los menores el tribunal de menores (García Méndez 1994, p. 76). Aun en los países en los que la escolarización obligatoria constituye una realidad, el estar fuera del sistema educativo constituye un factor de exclusión social, generalmente reservado a niños pertenecientes a grupos minoritarios.

La educación formal proporciona al sujeto las herramientas para desenvolverse en la sociedad a la que pertenece, y es mediante esta institución (junto con la familia y otras organizaciones sociales) que se preserva y transmite la cultura. Aparentemente también este tipo de enseñanza ha intervenido en la formación de nuevas estructuras mentales y formas de relación. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el acceso a la educación como un derecho fundamental, e impone a los Estados la obligación de garantizarla con carácter gratuito y obligatorio; sin embargo, esto está muy lejos de constituir una realidad para millones de niños y sobre todo niñas en el mundo.[49]

Concluir si efectivamente a lo largo de la historia existió una actitud generalizada de maltrato infantil es sumamente difícil, pues implica juzgar desde nuestra óptica situaciones que respondieron a otras circunstancias, formas de pensar y representar la realidad. Hoy sabemos que el movimiento irrefrenable y los gritos de los que hablaba Platón y que consideraba indispensable controlar para someter la parte irracional, son los movimientos reflejos y los intentos de comunicación de los bebés, muy importantes para el desarrollo motor, psicológico y social. Pero ¿se puede desprender una disposición al maltrato si se ignoraba esto? La consideración de la existencia de una naturaleza inclinada al mal en el niño deriva también de un desconocimiento, pues probablemente se creía que era malo porque no se comprendía cómo razonaba y buscaba satisfacer ciertas necesidades, por ejemplo al hacer berrinches o intentar transgredir las normas.

49 "Casi 120 millones de niños, más de la mitad de ellos niñas, no asisten a la escuela. Un niño de cada cuatro no completa los cinco años de educación básica. La mala calidad de la educación básica es un problema importante en muchos países y contribuye al bajo nivel de matrícula y a que los niños abandonen la escuela a edad temprana" (UNICEF 2001, p. 10).

Lo que sí se es posible sostener a partir de la información que nos aportan los investigadores de la historia de la infancia es que ciertas conductas eran contrarias a los requerimientos del desarrollo y que hoy serían inaceptables. La construcción del concepto de niño y el estudio de sus características nos han hecho más competentes para tratarle y nos proporcionan las herramientas necesarias para estimular el desarrollo y evitar prácticas que podrían causar daños o sufrimiento innecesarios. El conocimiento del niño nos permite entender que simplemente es distinto, que no razona como los adultos, pero que es necesario comprenderle y ayudarlo a desarrollarse, respondiendo a las necesidades especiales de cada etapa.

Sin embargo, como se ha visto, esto no constituye una obviedad; se necesitó mucho tiempo y estudios para que el adulto comprendiera que el niño tiene una forma peculiar de pensar, sentir y relacionarse y que no es simplemente el ser humano inacabado que muchos consideraban y que tal vez sigue latente en el concepto de algunos.

II. El niño desde la psicología del desarrollo

La psicología del desarrollo se encarga de estudiar los procesos de cambio que se producen durante la infancia y la manera como se van adquiriendo nuevas conductas. En este sentido se distingue de la psicología del niño, pues pretende no sólo estudiar al hombre en los primeros años de su vida sino descubrir las leyes que rigen el desarrollo, su naturaleza, los factores que influyen en él, así como si se puede hablar de normas universales independientes de elementos externos como la cultura, la geografía, etcétera. En este sentido resulta indispensable para la construcción teórica del concepto de niño y de sus necesidades, pues puede ayudarnos a delimitar si es que en realidad es posible predicar de la categoría infancia ciertas características propias que limiten la capacidad de autodeterminación y, en consecuencia, justifiquen un trato restrictivo en el ejercicio de los derechos.

Esta especialidad de la psicología es relativamente nueva, por lo que no se puede hablar de una larga tradición en la investigación sobre el desarrollo como tal. A pesar de que en el siglo XIX el niño comienza a ser objeto de estudio de distintas disciplinas, la psicología evolutiva surge

mucho tiempo después, una vez que la infancia como categoría social estaba firmemente asentada y que los estudios acerca de la niñez permitieron aventurar la hipótesis de la existencia de leyes comunes en el proceso de crecimiento de los seres humanos.

La psicología evolutiva y sus distintas corrientes de pensamiento ponen de manifiesto, en mi opinión, que, lejos de ser una evidencia, las características del niño y la descripción de la infancia como etapa de la vida han sido y son objeto de múltiples interpretaciones y análisis, sin que pueda decirse que se han alcanzado conclusiones definitivas.

1. *El concepto de desarrollo humano*

Puede afirmarse que en la actualidad existe un acuerdo generalizado en considerar que el desarrollo humano se compone de una serie de cambios en todas las facetas de la persona que se dan a lo largo del ciclo vital como consecuencia de la interacción entre las características personales del individuo, contenidas en la información genética, y el entorno en el cual se desenvuelve. Durante los primeros años de la vida estas transformaciones son especialmente significativas tanto cualitativa como cuantitativamente, razón por la cual la infancia es considerada como un periodo de desarrollo acelerado y constituye objeto de estudio privilegiado de la psicología evolutiva. El resultado de este proceso en cada individuo es único, pues no existen dos personas con idéntica información genética que compartan la misma representación interna sobre sus entornos.[50] Delval define el desarrollo de la siguiente manera:

> El desarrollo es el proceso que experimenta un organismo que cambia con el tiempo hasta alcanzar un estado de equilibrio. En el caso del ser humano éste nace con una serie de conductas y de disposiciones que se van a ir especificando a lo largo del tiempo. Hay, sin duda, disposiciones internas

50 El tema de la información genética idéntica en los gemelos monocigóticos ha sido objeto de numerosos estudios que ponen de manifiesto que la interacción con el entorno y la representación interna de la realidad producen resultados distintos en el desarrollo. Por otra parte, los estudios sobre individuos dados en adopción también arrojan datos sobre el tema, pues han demostrado que la información genética puede llegar a manifestarse de una manera u otra, o hasta no mostrarse en absoluto dependiendo del entorno en el que crece la persona.

> que se van actualizando, pero la interacción entre los factores internos y las influencias exteriores es muy estrecha (Delval 1999, p. 22).

El desarrollo humano se caracteriza por tener una larga etapa de inmadurez, que se ha ido incrementando a lo largo de la filogénesis,[51] en la cual el individuo va adquiriendo las habilidades necesarias para desenvolverse en la sociedad. Esta inmadurez prolongada es una característica de las especies más evolucionadas, pues a un largo periodo de dependencia de los adultos por parte de las nuevas generaciones, corresponde un mayor grado de desarrollo en la madurez. En las especies más alejadas de la humana este lapso es más breve, ya que las crías nacen prácticamente con todas las conductas que les serán indispensables para la vida adulta y el aprendizaje necesario es mínimo.[52] Por el contrario, los animales más parecidos al hombre tienen también lo que podríamos identificar como una infancia larga y dependen fuertemente de los adultos de su grupo para sobrevivir y aprender (Delval 1999, p. 15).

Otro rasgo característico del desarrollo humano asociado a la infancia prolongada es la plasticidad. Durante esta larga fase el hombre tiene una gran capacidad de aprendizaje que le permite adaptarse a las condiciones del entorno, lo que hace posible que exista una gran variabilidad en el desarrollo, es decir, que cada ser humano recorra un camino distinto como consecuencia de la fusión entre la información heredada y el ambiente. El resultado es una inteligencia flexible que ha conducido la filogénesis, pues permitió al hombre adaptarse al medio y adaptar el medio para no depender de las condiciones climáticas, producir alimentos en abundancia y poder dedicar su tiempo a actividades no productivas, lo que a su vez propicia una plasticidad y capacidad de adaptación cada vez mayor.[53]

51 Se refiere aquí al desarrollo de la especie, tal como lo utiliza Delval (1999, pp. 12 y 37). Como se mencionó previamente, algunas teorías (principalmente Haeckel) establecen un paralelo: la ontogénesis (el desarrollo del individuo) y la filogénesis (el desarrollo de la especie).

52 Delval cita dos ejemplos: los pollos, que a las pocas horas de haber salido del cascarón picotean y seleccionan sus alimentos, y el salmón, que al llegar el momento de la reproducción regresa al lugar donde nació, pone los huevos y muere (Delval 1999, pp. 13-15).

53 Hay quien atribuye a esta evolución el hecho de que al parecer en los países industrializados el periodo de inmadurez, específicamente la adolescencia, es cada vez más

Las distintas escuelas de la psicología evolutiva atribuyen los cambios que se producen durante la infancia y adolescencia a diferentes factores y se agrupan en torno a dos grandes líneas de pensamiento: *variacional* y *transformacional*. Para quienes defienden la postura variacional, el cambio sería un proceso aditivo en el que los factores internos o biológicos son considerados independientes de los elementos externos o socioculturales, lo que supone una visión *rupturista*[54] del desarrollo.

Por su parte, el cambio transformacional supone el surgimiento de nuevas estructuras, cada vez más complejas, que implican una fusión entre lo interno y lo externo, por lo que el desarrollo se percibe como un proceso de carácter holístico en el que no hay una ruptura entre lo biológico y lo sociocultural (Espinosa 2001, p. 110). Estas dos perspectivas teóricas han dado lugar a diversas hipótesis acerca de la naturaleza del desarrollo y las causas del cambio evolutivo, que se han centrado en cuatro grandes debates (Espinosa 2001, pp. 115-117):

a) *Influencia de la herencia y el ambiente en el desarrollo*. Desde los inicios de la psicología evolutiva se ha debatido sobre las causas del desarrollo: si éste es determinado por la información genética del individuo o si, por el contrario, cada persona es moldeada por el entorno en el que crece. En la actualidad esta polémica parece ya superada, pues la mayoría de los psicólogos del desarrollo estarían de acuerdo en sostener una postura no rupturista, es decir, que el desarrollo es resultado de una interacción entre ambos factores y que no es posible separarlos por tratarse de un proceso sistémico en el que los dos elementos se interrelacionan de manera constante. Un buen ejemplo de la interacción entre herencia y medio es la altura que puede alcanzar una persona, ya que ésta se encuentra determinada por la información genética contenida en sus cromosomas desde el momento de la concepción, pero el que ese individuo llegue a alcanzar su estatura máxima depende de factores como la alimenta-

prolongado, lo cual dificulta también el considerar a la infancia como una clase cerrada y perfectamente delimitada.

54 La tradición rupturista tiene sus orígenes en los trabajos de Galileo, para quien la materia era lo único real; más tarde fue desarrollada por Descartes con la teoría del dualismo ontológico (diferenciación entre sujeto que conoce y objeto a conocer). En la misma tradición se sitúan los empiristas racionalistas (Espinosa 2001, p. 112).

ción, el ejercicio, el tipo de vida, etcétera; en otras palabras, el entorno será decisivo para que esa información genética se manifieste de una u otra manera. De modo que no podemos considerar que el desarrollo se debe exclusivamente a un factor, sino que genética y medio ambiente interactúan para conducir el desarrollo en un camino único y distinto en cada persona. Sin embargo, es necesario señalar que a pesar de que parece existir un consenso básico en relación con la intervención de los factores internos y externos, algunas teorías se inclinan a dar un mayor peso en el desarrollo a alguno de los dos, tal como se verá más adelante.

b) *Continuidad o discontinuidad del desarrollo*. La postura que sostiene la continuidad del desarrollo adopta una concepción de cambio variacional, puesto que argumenta que los cambios que se producen son cuantitativos, consecuencia de la acumulación de experiencias o aprendizajes. Desde esta perspectiva, la infancia sería una serie de etapas bien definidas o secuencias evolutivas. Por su parte, la teoría de la discontinuidad en el desarrollo parte de que éste se produce mediante cambios cualitativos, es decir, que hay una transformación en las estructuras que dan lugar a distintos estadios durante los primeros años de la vida.

c) *Cambios universales o particulares*. El debate sobre los cambios universales o particulares se relaciona estrechamente con la cuestión del objeto de estudio de la psicología evolutiva. Para quienes sostienen la universalidad del cambio, las diferencias individuales son una desviación de la norma del comportamiento humano único, mientras que para quienes defienden la postura contraria, las diferencias deberían constituir el objeto de estudio de la disciplina, pues los cambios siguen cursos particulares, distintos en cada individuo.

d) *Cambio reversible o irreversible*. Diversos autores (entre ellos Freud y Piaget) han defendido la visión de la infancia y la adolescencia como periodos críticos durante los cuales el individuo es especialmente sensible a los cambios, de tal modo que las experiencias vividas en este tiempo tendrían efectos psicológicos prácticamente irreversibles. De igual manera, serían periodos óptimos para ciertos aprendizajes. Otros psicólogos matizan estas afirmaciones respecto de las consecuencias para el desarrollo de eventos vividos a temprana edad, pues a pesar de que ciertamente la situación del individuo

es más vulnerable, existen diversos factores que pueden intervenir para que estas vivencias repercutan negativamente en el desarrollo o no.[55] Respecto del aprendizaje sucede algo similar, ya que efectivamente existen etapas en las que los conocimientos se asimilan con mayor facilidad, pero esto no significa que sea imposible que se produzca en otro momento (Espinosa 2001, pp. 116 y 117; Grace 2001, pp. 9 y 10).

Las teorías no rupturistas señalan que la base del cambio está en las relaciones entre los distintos niveles de organización del sujeto: biológico, psicológico, social, etcétera, de manera que el desarrollo no puede ser estudiado desde una sola perspectiva al ser producto de la fusión entre los distintos elementos. En este sentido se critica la postura que sostiene la existencia de periodos críticos o sensibles, pues una característica tendrá significado para el desarrollo psicológico en combinación con el momento en que se producen sus relaciones con el medio, es decir, el tiempo.[56] Así, la existencia de periodos críticos se convierte en una explicación simplista de los cambios, cuando en realidad el desarrollo es un proceso complejo en el que intervienen numerosos factores (niveles de organización) (Ochaíta 2000, p. 96).

En la actualidad existe una tendencia a adoptar una postura sistémica del cambio, desde la cual se percibe el desarrollo como una serie de transformaciones determinadas por diversos elementos. El camino recorrido para llegar a esta posición, desde mi punto de vista más acorde con la dignidad del niño, ha sido largo y aún hoy existen quienes privilegian o centran su investigación en algunos de los aspectos del crecimiento. Sin embargo, creo que hoy en día nadie negaría la influencia de la herencia y

55 Boris Cyrulink aborda el tema de las consecuencias de las experiencias infantiles y sus efectos en la vida adulta en su libro *Los patitos feos* (2002), en el que habla de los factores de resilencia, es decir, cualidades del individuo que pueden influir positivamente en el desarrollo, compensando situaciones desfavorables durante la infancia. Existen otros estudios en los cuales se ha encontrado la existencia de los llamados *factores de compensación*, que actuarían como elementos para activar la resilencia.

56 Un ejemplo que muestra la relevancia de considerar los distintos niveles de organización al estudiar el desarrollo es la serie de cambios que se producen en chicos y chicas durante la adolescencia. Estos cambios pueden afectar diferentes aspectos de la vida de los adolescentes, dependiendo del momento en que se produzcan, ya que si se dan cuando no se tiene la suficiente madurez cognitiva, puede tener efectos negativos en el desarrollo (Espinosa 2001, pp. 128 y 129).

del ambiente y su importancia para el desarrollo, tal como se podrá apreciar en el siguiente apartado.

2. *La infancia como periodo de la vida con características propias desde las distintas escuelas de la psicología del desarrollo*

Desde principios del siglo XX se han sucedido distintas hipótesis acerca del desarrollo de la mente infantil. Dichas teorías han intentado explicar de qué manera se van adquiriendo las nuevas conductas, especialmente durante los primeros años de la vida, en los que el ser humano tiene que aprender prácticamente todas las habilidades necesarias para vivir y relacionarse en la sociedad a la que pertenece. De esta manera van apareciendo a lo largo del siglo distintas escuelas que abordan el desarrollo y todos los factores que intervienen en él desde distintas perspectivas. Cada una de ellas puede enfatizar un aspecto diferente de este proceso; sin embargo, creo que es posible decir que en el tiempo relativamente corto de existencia de la psicología evolutiva, contamos ya con acuerdos importantes que nos permiten suponer una aproximación al funcionamiento de la mente infantil y al conocimiento del mundo de los niños.

A. *Etología*

La etología pretende comprender el comportamiento humano utilizando como herramientas la observación y el análisis de los patrones de las conductas instintivas de los animales, partiendo del presupuesto de que si una conducta se conserva a través del tiempo en una especie determinada es debido a que es valiosa desde el punto de vista adaptativo. Existen tres criterios para determinar si una conducta responde al instinto: "1) debe observarse en todos los miembros de la especie; 2) debe realizarse siempre en las mismas condiciones; 3) todas las veces debe ocurrir de la misma forma" (Grace 2001, p. 101).

La etología explica el comportamiento humano como un conjunto de capacidades innatas con las que llegan al mundo los seres humanos y que les permiten sobrevivir. En el caso de la especie humana resulta más complicado distinguir los comportamientos que son puramente instintivos de los que han sido adquiridos, debido a la rapidez con que el hom-

bre aprende nuevas conductas durante los primeros años de la vida. Por esta razón, algunos autores prefieren hablar de conductas preprogramadas en el ser humano como una disposición para responder de determinada manera ante algunos estímulos. Ejemplos de estas conductas preprogramadas pueden ser la inclinación del bebé a interesarse por su entorno e interactuar con él, la disposición que sienten los adultos hacia la forma física del bebé, la reacción de angustia hacia el llanto de un niño, la formación del vínculo de apego, etcétera.

Entre las grandes aportaciones de esta escuela podemos citar los estudios de Bowlby, quien recurre a datos procedentes de la etología para formular su teoría sobre el apego, fundamental para comprender el desarrollo infantil. El autor establece un paralelismo entre la conducta animal y la conducta del hombre y señala que toda conducta instintiva debe contribuir a la supervivencia y propagación de la especie,[57] pero que es necesario que el organismo cuente con el entorno apropiado para que se pongan en marcha los sistemas que integran el comportamiento instintivo (Espinosa 2001, pp. 182 y 183).

B. *Teorías del aprendizaje*

Las teorías del aprendizaje surgen con la pretensión de hacer de la psicología una ciencia natural, sobre la base de que el único objeto de estudio de esta disciplina debe ser la conducta observable. Las conductas encubiertas, como aprendizaje, motivación, pulsión, incentivos e inhibición, son aceptadas únicamente en la medida en que se definen por comportamientos externos. Los primeros representantes de esta corriente comienzan a estudiar las conductas instrumentales en los animales, es decir, aquellas que se realizan para obtener algún objetivo, como por ejemplo el tiempo que tarda una rata en recorrer un laberinto para llegar a una caja con comida (Grace 2001, p. 30).

Esta aproximación teórica estudia la evolución del individuo desde la perspectiva del aprendizaje, entendido como el "proceso básico del desarrollo en que el individuo cambia por la experiencia o la práctica" (Grace 2001, p. 29). En este sentido, el estudio de la infancia resulta fundamen-

57 Es importante señalar que Bowlby pretende encontrar una explicación a la conducta instintiva alternativa a la del psicoanálisis, que señala que ésta es motivada por la existencia de una determinada energía psíquica.

tal, por ser la etapa de la vida humana en que la adquisición de nuevas conductas se produce de manera más acelerada. El problema de esta línea de investigación es que el aprendizaje no se manifiesta siempre de manera inmediata en conductas observables, sino que los cambios en el sujeto pueden darse a nivel interno y expresarse de manera indirecta. Los tres principales sistemas de aprendizaje sometidos a estudio y desarrollados por los teóricos de esta escuela son el *condicionamiento clásico*, el *condicionamiento operante* y el *aprendizaje por observación*.

Los primeros trabajos sobre el condicionamiento clásico, que consiste básicamente en relacionar dos estímulos que después quedan asociados en el cerebro del individuo, fueron realizados por Ivan Pavlov (1849-1936). En su famoso experimento, Pavlov logra en un perro la asociación del estímulo de la comida con el sonido de una campana para producir la respuesta de la salivación. Tomando como base los trabajos de Pavlov y en reacción a la crisis de la psicología introspectiva, a principios del siglo XX John B. Watson (1878-1958) propone centrar la investigación en el comportamiento observable con el objeto de predecirla y controlarla (Delval 1999, pp. 57 y 58). Watson sostiene que todas las conductas están compuestas por un conjunto de reflejos condicionados, tanto en animales como en seres humanos, por lo que es posible moldear al individuo mediante el aprendizaje para conseguir las conductas deseadas. En su opinión, este proceso debe constituir el objeto de estudio de la psicología. De estas premisas surge el interés por el aprendizaje de los niños y el experimento con el pequeño Albert B, que se dio a conocer en 1920 y en el que se enseñó a un pequeño de once meses a temer a una rata de laboratorio mediante el condicionamiento clásico.

El condicionamiento operante fue estudiado por Burrus F. Skinner (1904-1990). También llamado instrumental, este tipo de aprendizaje se basa en las consecuencias, es decir, la conducta constituye un instrumento para producir los resultados, y a través de la manipulación de éstos es posible modificar el comportamiento. El condicionamiento operante se lleva a cabo premiando o castigando conductas espontáneas para reforzar los comportamientos que se desea que el sujeto repita y desalentar los que no se consideran adecuados.

Más tarde, Bandura y Walters estudian el aprendizaje observacional y concluyen que éste desempeña un papel importante en el desarrollo de la personalidad; sin embargo, estudios posteriores han demostrado la dificultad para generalizar los resultados de sus experimentos. La investiga-

ción se realizó sometiendo a tres grupos de niños a la observación de escenas de conductas agresivas con un muñeco, pero presentando una consecuencia distinta a cada grupo: premio, castigo y sin consecuencia. Más tarde se les permitió jugar con el muñeco, observándose en los niños que vieron el castigo como respuesta una menor incidencia de comportamiento agresivo con el muñeco. Posteriormente se les ofreció una recompensa a quienes agredieran al muñeco y aumentó significativamente este tipo de conductas en los niños de los tres grupos (Grace 2001, p. 31). Los científicos pretendían demostrar que los niños adquieren nuevos comportamientos por observación; sin embargo, el proceso de aprendizaje no se puede reducir a la simple imitación, ya que intervienen numerosos factores que la escuela conductista no considera al asumir una postura rupturista del desarrollo.

Las teorías del aprendizaje ponen el énfasis del desarrollo en las respuestas que el niño va adquiriendo a través de los condicionamientos o de la imitación. De manera que el ambiente es considerado como el responsable del desarrollo y el niño es percibido como cera moldeable susceptible de ser formada a través del aprendizaje. En este sentido, sus orígenes pueden remontarse a las concepciones de Locke, Berkeley y Hume, que veían en la educación la posibilidad de hacer del niño el hombre que se deseaba. Parece que todo comportamiento puede ser aprendido. Esta visión, que ha tenido una gran influencia dentro de la psicología instrumental, puede deberse al hecho de que la mayor parte de la experimentación se ha hecho con animales y los resultados se han intentado generalizar sin tener en cuenta la complejidad del ser humano.

A pesar de las contribuciones del conductismo al conocimiento de los procesos de aprendizaje, éste no puede considerarse en sí mismo un modelo adecuado para estudiar el desarrollo infantil, pues presenta una visión simplista y parcial del hombre, ya que aunque es verdad que el aprendizaje resulta fundamental para el proceso de crecimiento, es falso que el niño sea absolutamente moldeable. Esta perspectiva, además de ser contraria a la dignidad del niño, puede derivar en peligrosos intentos de manipulación o de imposición de ideales de vida contrarios al libre albedrío. Por otra parte, como ya se ha expuesto, la línea divisoria entre el ambiente y las características personales resulta difícil de trazar, por lo que una postura que no contemple esta interacción presentará necesariamente una visión parcial del desarrollo.

C. *Piaget y otras teorías cognitivas*

La psicología cognitiva intenta explicar los procesos mediante los cuales el ser humano obtiene y utiliza los conocimientos relacionados con el mundo. Por desarrollo cognitivo se entiende, entonces, la evolución de los procesos de pensamiento, percepción, recuerdo y comprensión (Grace, 2001, p. 145). Uno de los iniciadores de esta línea teórica es Jean Piaget (1896-1980), quien dedicó su vida a investigar sobre el desarrollo cognitivo del niño. Este autor descubre que la inteligencia del niño es diferente a la del adulto, no sólo por la cantidad de información o conocimientos que tiene, sino porque opera de manera distinta; es decir, tiene sus propios mecanismos de funcionamiento que van evolucionando a través de la interacción entre las estructuras heredadas y el entorno. Piaget sostiene que la inteligencia no es innata sino que se va construyendo a partir de la creación continua de estructuras que surgen como respuesta a la necesidad de adaptación del individuo. Los trabajos sobre el nacimiento de la inteligencia y el desarrollo moral constituyeron hitos en el campo de la psicología evolutiva y fueron punto de partida para nuevas investigaciones sobre la infancia.

Piaget utiliza varios conceptos para describir de qué manera funciona la inteligencia humana. En primer lugar la *equilibración*, que es responsable de la construcción de nuevas estructuras durante el desarrollo y es definida por el autor como "autorregulación", es decir, como respuesta del individuo ante las perturbaciones ambientales (Espinosa 2001, p. 144). Toda conducta responde a una situación de desequilibrio que se manifiesta como una necesidad y pone en marcha el mecanismo de la acción humana para reajustar y equilibrar (Piaget 1977, p. 15). De esta manera, el organismo va construyendo por medio de la actividad sus propias estructuras biológicas y mentales partiendo de la herencia estructural (relacionada con la constitución del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos), que permite al individuo relacionarse con su entorno, y la herencia funcional (funciones de coherencia, capacidad para establecer relaciones, etcétera), que permite la producción de nuevas estructuras a través de las *invariantes funcionales*: *adaptación* y *organización* (Piaget 1977, p. 13).

La conducta del hombre se encuentra estructurada en *esquemas* que hacen posible que éstas se puedan repetir en situaciones parecidas pero

no absolutamente idénticas.[58] El esquema permite la adaptación a través de la *asimilación*[59] y al mismo tiempo es modificado gracias a un proceso de *acomodación*,[60] que a su vez genera la aparición de nuevos esquemas permitiendo al sujeto alcanzar niveles cada vez más complejos de conocimiento. Los esquemas se organizan y jerarquizan en sistemas de conjunto que se relacionan con otros esquemas y hacen posible que cada individuo vaya construyendo una representación de la realidad y actuando sobre ella. A este proceso Piaget le denomina *operaciones* y describe el desarrollo intelectual desde el nacimiento hasta el final de la adolescencia dividiéndole en estadios caracterizados por una estructura de conjunto propia (Delval 1999, pp. 65 y 66).

El desarrollo psíquico se inicia con el nacimiento y termina en la edad adulta, y al igual que el desarrollo orgánico es un proceso en el que se van alcanzando estados de equilibrio cada vez más avanzados. El niño evoluciona de la incoherencia e inestabilidad de las ideas infantiles hacia la sistematicidad de la vida adulta atravesando por varias etapas que se caracterizan por la aparición de estructuras originales distintas de las etapas anteriores y se definen por una forma particular de equilibrio:

1) *Etapa sensoriomotriz* (recién nacido y lactante). Este periodo se encuentra marcado por un extraordinario desarrollo mental, en el que el niño va conquistando todo el universo que le rodea a través de percepciones y movimientos, es decir, se produce una *asimilación sensoriomotriz* que comienza con los reflejos del bebé y se va afi-

58 Para que los esquemas permitan al individuo actuar en situaciones nuevas es necesario que la realidad a la que el sujeto busca adaptarse tenga dos elementos: cierta similitud y cierta novedad. Si la situación es totalmente nueva, será imposible la asimilación, pues la mente no cuenta con un referente que le permita acomodar la nueva experiencia, y si, por el contrario, es absolutamente idéntica a las anteriores, no será posible generar ninguna modificación en el esquema ya existente.

59 "En efecto, la inteligencia es asimilación en la medida en que incorpora a sus marcos todo lo proporcionado por la experiencia. Bien se trate del pensamiento, que, gracias al juicio, hace entrar lo nuevo en lo conocido y reduce así el universo a sus nociones propias, o de la inteligencia sensoriomotriz, que estructura igualmente las cosas percibidas reduciéndolas a sus esquemas" (Piaget 1977, p. 16).

60 "Que la vida mental sea también acomodación al medio ambiente, no permite la más mínima duda. La asimilación jamás puede ser pura, porque al incorporar los elementos nuevos a los esquemas anteriores, la inteligencia modifica sin cesar estos últimos para ajustarlos a los datos nuevos" (Piaget 1994, p. 17).

nando con el ejercicio. La inteligencia de esta etapa es práctica, se aplica a la manipulación de objetos y se va organizando en *esquemas de acción*. En el ámbito afectivo, complementario e indisociable de la vida intelectual, se van dando emociones primarias y los sentimientos se proyectan primero a la madre y más tarde a las personas más próximas (Piaget 1977, pp. 18-28).

2) *Etapa preoperacional* (primera infancia: dos a siete años). La aparición del lenguaje durante esta etapa provoca una gran transformación en los ámbitos intelectual y afectivo, ya que capacita al niño para reconstruir acciones pasadas y anticipar acciones futuras. El lenguaje hace posible también la aparición del pensamiento propiamente dicho, aunque éste se limita a las experiencias próximas y concretas sin llegar a realizar generalizaciones ni entender la causalidad. En esta etapa se dan dos tipos de pensamiento: el egocéntrico y el intuitivo.[61] Las nuevas capacidades hacen posible la comunicación con otros sujetos durante la acción; sin embargo, no se puede hablar de intercambio real de pensamiento, pues prevalece un egocentrismo respecto del grupo social. En el terreno afectivo comienzan a aparecer los sentimientos interindividuales, los sentimientos morales y las regulaciones de intereses y valores. El criterio moral se caracteriza por la confusión de las normas morales con las leyes naturales y del determinismo con la obligación. El control moral deriva del adulto, se identifica lo justo y lo injusto con las nociones de deber y obediencia, es decir, lo justo es lo establecido por la ley, que es heterónoma e impuesta por la autoridad (Piaget 1977, pp. 28-54).[62]

61 El pensamiento egocéntrico se presenta en el juego simbólico, es decir, de imaginación e imitación y busca satisfacer al yo, adaptando la realidad a los deseos del niño (Piaget 1977, p. 35).

Mediante el pensamiento intuitivo el niño suple la lógica, mediante la simple interiorización de percepciones y movimientos bajo la forma de imágenes representativas y experiencias mentales, que son rígidas e irreversibles (Piaget 1977, p. 44).

62 La descripción que aquí se hace respecto del desarrollo moral está realizada en términos muy generales y simplificados, pues en primer lugar Piaget (1974) afirma que la realidad aparece con un contenido sin cortes y no lineal, incluso puede haber diferencias en niños de la misma edad o aparentes "retrocesos" en el desarrollo del criterio moral. En segundo lugar, el autor investiga el criterio moral desde varios puntos de vista: práctica de las reglas, conciencia de la regla, la responsabilidad objetiva, la mentira y el respeto, etcétera, y los resultados que arrojan las investigaciones son distintos; es decir, en cada

3) *Etapa de las operaciones concretas* (infancia: siete a doce años). Durante esta fase comienza a aparecer la lógica en el pensamiento como resultado de la organización de sistemas de operaciones que obedecen a leyes de conjunto comunes. Las acciones del niño se convierten en operatorias a partir de la idea de reversibilidad; esto permite la aparición de las primeras nociones de conservación de la sustancia, peso y volumen y la comprensión de conceptos matemáticos.[63] Estos cambios hacen posible la concentración individual y la colaboración efectiva, pues desaparece casi completamente el lenguaje egocéntrico y el niño va adquiriendo capacidad de reflexión, es decir, piensa antes de actuar, puede tener una deliberación interior. La afectividad se caracteriza por el surgimiento de nuevos sentimientos morales. La noción de equivalencia del valor personal del otro hace posible la aparición de los sentimientos de respeto mutuo y cooperación, que a su vez despiertan un nuevo sentimiento de justicia y conducen a la percepción de la regla como expresión de la voluntad común. Aparece también la voluntad cuando existe conflicto entre una tendencia superior y débil (por ejemplo el deber) y una inferior y fuerte (por ejemplo el placer) para hacer prevalecer la primera (Piaget 1977, pp. 63-80).
4) *Etapa de las operaciones formales* (adolescencia). Piaget enfatiza el valor de la adolescencia como etapa con características propias en la que se producen importantes cambios en el proceso evolutivo, a diferencia de la visión generalizada de ésta como un simple periodo de transición hacia la vida adulta.[64] El pensamiento adolescente es hipotético-deductivo, es decir, durante este tiempo el individuo

uno de los aspectos el desarrollo es diferente, de manera que no coinciden exactamente con los estadios del desarrollo intelectual.

63 "Las acciones se convierten en operatorias a partir del momento en que dos acciones del mismo tipo pueden ser invertidas o vueltas al revés: así pues, la acción de reunir (adición lógica o adición aritmética) es una operación debida a que varias reuniones sucesivas equivalen a una sola reunión (composición de las adiciones) y a que las reuniones pueden ser invertidas en disociaciones (sustracciones)" (Piaget 1977, pp. 67 y 68).

64 "Las reflexiones precedentes podrían hacer creer que el desarrollo mental finaliza a los once o doce años y que la adolescencia es, simplemente, una crisis pasajera que separa la infancia de la edad adulta, y que se debe a la pubertad... en realidad, a pesar de las apariencias, las conquistas características de la adolescencia aseguran al pensamiento y a la afectividad un equilibrio superior al que existía durante la segunda infancia" (Piaget 1977, p. 82).

> comienza a construir sistemas y teorías que no requieren ya de un referente real y es capaz de representación de acciones posibles. Este cambio trae como consecuencia una actitud egocéntrica, como si el mundo debiera amoldarse a sus reflexiones, que más tarde se reduce y reconcilia representación y realidad. En el ámbito afectivo existe una doble conquista: la personalidad y la inserción en la sociedad. La personalidad se integra a partir de la construcción de un programa de vida al que debe someterse la voluntad, lo que supone la intervención del pensamiento y la reflexión libres. Por otra parte, el adolescente ve la necesidad de reformar la sociedad y reflexiona con sus iguales acerca del tema, pero su adaptación a la comunidad sólo se dará cuando cambie su papel de reformador por el de realizador (Piaget 1977, pp. 82-92). Con el sentimiento de reciprocidad aparece la autonomía, cuando el individuo descubre que las relaciones interpersonales exigen que trate a los demás como él quisiera ser tratado. Así, la justicia igualitaria se ve moderada por las nociones de equidad y los derechos se conciben con base en la situación particular del individuo (Piaget 1974, pp. 164 y 165).

Es indudable que los trabajos de Piaget constituyen una aportación fundamental para el conocimiento de la mente del niño, pues su método de investigación y las conclusiones acerca del desarrollo infantil han sido retomados y enriquecidos por numerosos investigadores. La consideración del individuo como sujeto activo de su propio desarrollo y el descubrimiento de la particularidad de los procesos mentales en el niño han sido muy importantes en el estudio de la infancia. Sin embargo, la obra de Piaget también ha sido criticada, especialmente en relación con los métodos utilizados en sus trabajos. Se le recrimina la pretensión de realizar una teoría del desarrollo infantil universal cuando los datos de su investigación provienen casi exclusivamente de niños pertenecientes a una misma cultura y parecida condición social. Aun así, Piaget pretende generalizar sus conclusiones a todos los niños del mundo. Por otra parte, se reprocha al autor el poco énfasis que pone en la influencia del medio en el desarrollo infantil, que se traduce en una ruptura de hecho entre el desarrollo afectivo y cognitivo. Parece que se considera al individuo aislado, sin entrar en el análisis del entorno, pues a pesar de que en su teoría subraya la importancia del medio, en el trabajo de campo no se ve reflejado el interés por estudiar su influencia real.

Vygotsky (1896-1934) es otro de los grandes representantes de la psicología cognitiva y sus trabajos se centran en tres grandes temas: el desarrollo de la mente dentro de un contexto social, el desarrollo histórico del conocimiento y la comprensión de la comunidad. Sostiene que el proceso de formación de la personalidad está constituido por la fusión entre el desarrollo biológico (funciones elementales) y el desarrollo cultural (funciones superiores),[65] de manera que el desarrollo infantil puede definirse como las "formas peculiares en que se entrelazan los procesos biológicos y culturales, que a menudo dan lugar a cambios que denomina *revolucionarios*" (Ochaíta 2000, p. 119).

Vygotsky parte de la idea de que cada comunidad construye significados en forma colectiva de objetos y acontecimientos que se transmiten de generación en generación por medio del lenguaje. El desarrollo cognitivo es entonces un proceso fundamentalmente social, en el que el lenguaje desempeña un papel esencial, dado que es el medio por el cual los más conocedores pueden compartir sus experiencias y conocimientos con los nuevos miembros. De esta manera, los primeros mediadores del desarrollo son los padres que atribuyen significado a los gestos del bebé, y más tarde esta función será desempeñada por los maestros y compañeros más adelantados que guían a los niños en la comprensión y adquisición de habilidades. Así, Vygotsky distingue entre lo que él denomina *zona de desarrollo potencial*, que representa el grado de desarrollo cognitivo que un sujeto puede alcanzar apoyado por otro más conocedor, de la *zona de desarrollo real*, que es el nivel que un sujeto alcanza a través de la solución independiente de problemas. La *zona de desarrollo próximo* sería la distancia entre ambos niveles, que es necesario conocer para diseñar una atención adecuada para cada niño. Vygotsky concede una gran importancia a la educación formal y destaca la necesidad de una evaluación dinámica basada en el potencial de desarrollo del alumno. La educación informal también es considerada como un eje del desarrollo, ya que la

65 El desarrollo de las funciones psíquicas superiores debe ser el objeto de estudio de la psicología según Vygotsky: "Con esta terminología se refiere Vygotsky (1931) a dos tipos de fenómenos, dos cauces de desarrollo de esas funciones que inicialmente parecen heterogéneos pero que están indisolublemente unidas. Por una parte se trata del dominio de los medios externos del desarrollo cultural y del pensamiento: el lenguaje, la escritura, el cálculo y el dibujo. Por otra parte considera también funciones superiores la atención voluntaria, la memoria, la formación de conceptos, etcétera" (Ochaíta 2000, p. 118).

convivencia social (desarrollo cultural) es fundamental para la formación de las funciones psicológicas superiores.

La teoría del desarrollo cognitivo social, en particular el enfoque de Vygotsky, ha tenido una gran influencia en la teoría y práctica educativas, al poner de manifiesto la importancia del medio social en el desarrollo cognitivo. Sin embargo, se le critica la explicación del desarrollo basado únicamente en mecanismos externos; es decir, el excesivo énfasis en las estructuras sociales en la evolución del individuo, dejando de lado los factores internos que influyen en el desarrollo.

Finalmente, la teoría del procesamiento de la información, también en la línea cognitiva, surge a partir de la influencia de otras disciplinas en la psicología del desarrollo, especialmente las relacionadas con las computadoras y el procesamiento de la información. A partir de la observación y resolución de problemas en las máquinas se intenta, estableciendo una analogía, conocer los procesos de la mente humana relacionados también con la recepción, procesamiento y salida de la información; es decir, describir de qué modo el ser humano percibe la realidad a través de sus sentidos, la elabora internamente, la guarda y genera una salida. El objeto de estudio principal son las operaciones internas que se producen en el individuo para dar como resultado la respuesta a los estímulos, con el fin de construir modelos que permitan describir y predecir el comportamiento humano en situaciones múltiples. Desde esta visión teórica, los cambios que se producen en el desarrollo durante la infancia y adolescencia pueden describirse como modificaciones en el programa o estrategias que se utilizan para resolver problemas: "El niño elabora una información que recibe de acuerdo con el programa o con las estrategias de que dispone y las respuestas o las salidas del sistema dependen de la salida de esa elaboración, lo que va cambiando entonces a lo largo del desarrollo es el programa" (Delval, 1999, p. 75).

D. *Teorías psicoanalíticas (Freud y Erikson)*

La teoría psicoanalítica nace con los trabajos de Sigmund Freud (1856-1939) y tiene como objeto el estudio de la energía del organismo que da origen a la conducta. Propone que todo comportamiento se encuentra motivado por determinantes inconscientes que buscan reducir la tensión provocada por los estímulos a través de dos mecanismos: exte-

riores, que se resuelven por medio de movimientos musculares, e interiores o *pulsiones*, que son las exigencias que plantea el cuerpo a la vida psíquica y cuya satisfacción es más difícil. Las *pulsiones*, a su vez, pueden clasificarse en dos tipos: de autoconservación, relacionadas con las necesidades físicas más sencillas (respiración, hambre, sueño, etcétera), y sexuales, que se pueden satisfacer de forma indirecta, por ejemplo cambiando de objeto, de fin, reprimiéndolas o sublimándolas, y dan lugar a numerosos procesos psíquicos a través de la circulación y distribución de la energía pulsional conocida como *libido* (Delval 1999, pp. 52-55).

Freud atribuye una gran importancia a las experiencias infantiles en la formación de la personalidad y sitúa el origen de la neurosis adulta en acontecimientos de la niñez. Explica el desarrollo psíquico utilizando tres conceptos: *ello*, en donde se deposita la energía pulsional y constituye el componente primitivo y egoísta, heredado, determinado por los instintos biológicos y dominado por el principio del placer; el *yo*, que se va formando a través del contacto del *ello* con el mundo exterior y concilia los impulsos inconscientes con la realidad social; y el *superyó*, que evoluciona a partir del *yo* durante el periodo preescolar y se elabora con las ideas de lo que deberíamos ser como personas de acuerdo con los patrones culturales, rigiéndose por el principio de moralidad. Durante esta evolución el individuo atraviesa varias etapas *psicosexuales* relacionadas con el desarrollo de la sexualidad y en cada una de las cuales predomina una zona erógena en el cuerpo.

a) *Oral*. Se da durante el primer año de vida; el centro de la actividad es la boca y el placer es producido por la alimentación, el chupar y el morder; por esta razón el objeto de deseo es el pecho de la madre.
b) *Anal* (uno a tres años). Se presenta durante el periodo de entrenamiento en el control de esfínteres, por lo que el placer se encuentra relacionado con la retención y eliminación.
c) *Fálica* (tres a seis años). El centro de la actividad se traslada a los genitales y se descubre la diferencia entre los sexos. Durante esta etapa los niños sienten deseos sexuales hacia el progenitor del sexo opuesto, dando lugar a los complejos de Edipo en el caso de los varones y de Electra en el caso de las mujeres, que tendrá como con-

secuencia la formación del *superyó* a través de la imitación del progenitor del mismo sexo.

d) *Periodo de latencia* (seis a doce años). Durante este lapso la sexualidad se reprime y oculta, permaneciendo latentes los impulsos sexuales.
e) *Genital* (doce años en adelante). Esta etapa se caracteriza por el dominio de los impulsos sexuales, lo que lleva a la búsqueda del compañero del sexo opuesto (Grace 2001, p. 18; Delval 1999, pp. 54-56).

La evolución adecuada de una etapa a otra es fundamental en el desarrollo de la personalidad, ya que de lo contrario se producirá una *fijación* que tendrá como consecuencia que el adulto busque gratificación en formas que sólo son apropiadas para los niños. Las experiencias infantiles llegan al individuo como contenidos inconscientes y pueden dar origen a un trastorno de la personalidad que se manifestará en una conducta neurótica en la vida adulta, que únicamente podrá ser superada a través del psicoanálisis.

Freud enfocó sus estudios principalmente a las tres primeras etapas a través de las experiencias de sus pacientes. De esta circunstancia deriva la principal impugnación que se le hace, pues las conclusiones de sus investigaciones no provienen de individuos normales, sino de adultos que presentaban trastornos de personalidad. Muchos de los planteamientos de Freud no han sido confirmados por estudios posteriores, en especial los referentes a los complejos que relaciona con la etapa fálica y a la teoría de las fijaciones. Sin embargo, es innegable que sus aportaciones han sido muy importantes en el campo de la psicología evolutiva, pues puso de manifiesto la importancia de las experiencias vividas durante la infancia, a pesar de que les atribuía validez en función únicamente de las consecuencias para la vida adulta.

Otra de las grandes aportaciones de la teoría psicoanalítica ha sido el reconocimiento de la existencia de la sexualidad infantil, que como se desprende de los antecedentes del concepto moderno de niño, fue negada durante mucho siglos. Finalmente, es necesario mencionar la trascendencia de la idea de la mente inconsciente, que ha sido fundamental en el camino para comprender el funcionamiento de la psique humana.

Anna Freud (1895-1982), considerada como la fundadora del psicoanálisis de niños, realiza la primera investigación sistemática sobre la infan-

cia y la adolescencia desde esta perspectiva teórica. En sus trabajos atribuye las tensiones y conflictos entre el adolescente y sus padres a la búsqueda de la autonomía e independencia que, en su opinión, constituye la tarea fundamental del individuo durante este periodo de la vida. Por otra parte, dedica también una parte importante de su obra al estudio de los *mecanismos de defensa* que el niño aprende a utilizar para atenuar o disfrazar los sentimientos de ansiedad y a los que continuará recurriendo durante el resto de su vida.

Erik H. Erikson (1904-1994) pertenece también a la escuela psicoanalítica, sin embargo, a diferencia de Freud, centró sus estudios en la influencia de la interacción social en el desarrollo de la personalidad, es decir, se interesó por la formación y evolución del *yo*, razón por la cual su trabajo se conoce como *teoría psicosocial*. Erikson describe el desarrollo infantil como un proceso de intercambio entre el individuo y su medio, específicamente la familia, en el cual padres e hijos se desarrollan conjuntamente: "…los niños controlan y educan a su familia, tanto como sufren el control de aquélla; en realidad, podemos decir que la familia educa a un niño al ser educada por él" (Erikson 1987, p. 0).

A partir de estas premisas divide el desarrollo en varias etapas psicosociales que abarcan la totalidad del ciclo de la vida, a través de las cuales va evolucionando la *identidad del yo* de acuerdo con el autoconcepto y la imagen personal del sujeto. En cada uno de estos periodos el individuo se ve enfrentado a conflictos que debe resolver, y del éxito en la solución de cada uno de ellos depende la formación de una personalidad sana.

Primera etapa: *confianza básica vs. desconfianza básica* (bebé, primer año de vida). El gestor durante esta etapa es la madre, que mediante una adecuada satisfacción y atención de las necesidades del bebé va construyendo la confianza de manera tal que aunque ella se aleje, el niño no experimenta rabia ni ansiedad: "Las madres crean en sus hijos un sentimiento de confianza mediante ese tipo de manejo que en su cualidad combina el cuidado sensible de las necesidades del niño y un firme sentido de confiabilidad personal dentro del marco seguro del estilo de vida de su cultura" (Erikson 1987, p. 224).

Segunda etapa: *autonomía vs. vergüenza y duda* (primera infancia, de uno a tres años). El niño debe aprender durante esta etapa, en la que ambos padres desempeñan el papel de gestores, que la confianza adquirida no corre peligro por la búsqueda de mayor autonomía. El medio debe

alentar la independencia, pero al mismo tiempo proteger al pequeño de su inexperiencia, pues ésta podría originar el sentimiento de *vergüenza* al verse expuesto ante los demás, y de *duda* al tener conciencia de que hay una parte de la realidad que no es posible ver.

Tercera etapa: *iniciativa vs. culpa* (segunda infancia, tres a cinco años). A partir de la autonomía conseguida, el niño comienza a tomar un papel más activo dentro de su entorno, que se amplía a la familia extensa, y busca atrapar, conquistar y explorar el mundo por sí mismo. En la medida en que se le promueva y apoye en esta búsqueda desarrollará la *iniciativa*; por el contrario, el fracaso habitual y la desaprobación del medio tendrá como consecuencia la *culpa.* Durante esta etapa comienza a surgir la responsabilidad moral.

Cuarta etapa: *industria vs. inferioridad* (infancia, cinco a doce años). El niño aprende a manejar herramientas, utensilios y armas y a obtener reconocimiento mediante la producción de cosas. En las sociedades modernas esto se traduce en la adquisición de habilidades y conocimientos a través de la instrucción formal. El riesgo durante este periodo consiste en que el niño sienta *inferioridad* respecto a sus compañeros y esto le haga renunciar a identificarse con ellos y con el mundo de las herramientas. En el contexto educativo, el peligro radica en las consecuencias negativas del fracaso escolar en la autoestima del niño; sin embargo, varios autores señalan que éste puede ser compensado por el desarrollo de otras habilidades como arte, deportes, etcétera (Grace 2001, p. 313).

Sexta etapa: *identidad vs. confusión de rol* (adolescencia, doce a dieciocho años). El conflicto de esta etapa, que constituye un periodo de transición entre la moral aprendida del niño y la ética del adulto, consiste en la búsqueda de la *identidad* propia y se manifiesta en la preocupación por la imagen que se proyecta a los demás en contraste con la que el sujeto tiene de sí mismo. Como parte de este proceso aparece el enamoramiento como proyección y reflejo en el otro. El riesgo durante este tiempo está en la incapacidad para optar por una identidad ocupacional, como consecuencia de una inadecuada integración del *yo*, provocada por la falta de identidad de las etapas anteriores.

Sexta etapa: *intimidad vs. aislamiento* (dieciocho a cuarenta años). La aptitud para establecer la *intimidad*, entendida como la capacidad de entregarse a asociaciones y afiliaciones concretas sin perder la propia identidad, constituye el logro de este periodo. La inadecuada resolución de

conflictos en las etapas anteriores puede llevar al individuo a percibir las relaciones con otras personas como un peligro para el yo y tener como consecuencia el aislamiento, es decir, la evitación de las experiencias de *intimidad*.

Séptima etapa: *generatividad vs. estancamiento* (cuarenta a sesenta y cinco años). La *generatividad* es la capacidad para emplear la energía en ayudar a otros, que con frecuencia se expresa en el deseo de establecer y guiar a las nuevas generaciones, en especial a los propios hijos. Una inadecuada resolución de las crisis pasadas puede inhabilitar al individuo para proyectarse de esta manera, llevándolo a vivir centrado en sí mismo y con preocupaciones constantes acerca de su salud, comodidad, necesidades psicológicas, etcétera.

Octava etapa: *integridad del yo vs. desesperación* (a partir de los sesenta y cinco años). La *integridad del yo* deriva de la aceptación del ciclo de la vida como único e irrepetible que se consigue al haber superado los conflictos de cada una de las fases. En el caso contrario aparece la *desesperación*, que se manifiesta como temor a la muerte e insatisfacción con la vida propia. Erikson concede una gran importancia al éxito de los adultos en este último periodo, pues en el contexto de su teoría psicosocial, la debida *integración del yo* resulta necesaria para el desarrollo de la *confianza* durante los inicios de la vida de las nuevas generaciones: "...los niños sanos no temerán a la vida si sus mayores tienen la integridad necesaria como para no temer a la muerte" (Erikson 1987, p. 243).

Erikson realizó sus investigaciones con base no únicamente en casos clínicos como Freud, sino que se preocupó por la observación de sujetos normales y por el estudio de diversas culturas. En este sentido, sus conclusiones parecen ser menos subjetivas. La teoría eriksoniana ha tenido una gran influencia en la rama de la psicología evolutiva, pues a pesar de señalar la importancia de los primeros años, no considera que una experiencia negativa condene irremediablemente al individuo a padecer una neurosis durante su vida adulta, pues percibe el desarrollo como un proceso dinámico en el que influyen diversos factores y que no termina con la adolescencia, sino que se prolonga a lo largo de toda la vida.

En materia de desarrollo infantil Erikson considera la educación y la interacción social como elementos fundamentales para el desarrollo. El juego tiene también un papel central en su teoría, pues en su opinión constituye una herramienta mediante la cual el niño se representa la rea-

lidad y resuelve conflictos, que incluso puede ser utilizada terapéuticamente para conocer, diagnosticar y ayudar a los pequeños pacientes.[66]

E. *Teorías contextualistas (Bronfenbrenner y la psicología evolutiva cultural)*

Las teorías contextualistas enfatizan la influencia del medio en el desarrollo humano. En este sentido, se les relaciona con una postura ruptura rista por concebir una separación entre lo biológico y lo social e intentar estudiar de qué manera se relacionan entre sí. Dos grandes representantes de esta línea son: el modelo ecológico de Bronfenbrenner y la psicología evolutiva cultural.

Bronfenbrenner propone una nueva perspectiva para el estudio del desarrollo humano en la cual sea posible comprender los factores que intervienen, observando la manera en que el individuo interactúa con los contextos que le rodean. Define el desarrollo como el cambio perdurable en el modo en que una persona percibe su ambiente y se relaciona con su entorno, es decir, como el resultado de las múltiples transacciones entre las características únicas de cada individuo y las de los distintos medios con los que se vincula, de manera que se ve afectado por ellos y al mismo tiempo produce cambios dentro de éstos.[67]

Una de las grandes novedades de la propuesta de este autor la constituye el concepto de *ambiente ecológico*, que está compuesto por un "conjunto de estructuras seriadas, cada una de las cuales cabe dentro de la siguiente" y que se relacionan con el individuo de manera directa o indirecta. Estos sistemas funcionan por medio de interconexiones sociales

66 El mismo Erikson utilizó como herramienta de diagnóstico y tratamiento el juego, tal como narra en su libro *Infancia y sociedad:* "propongo una teoría de que el juego del niño es la forma infantil de la capacidad humana para manejar la experiencia mediante la creación de situaciones modelo y para dominar la realidad mediante la experiencia y el planteamiento" (Erikson 1987, p. 200).

67 Me parece necesario destacar que para el autor lo importante es la percepción que el individuo tenga de su entorno, más que las posibles características "objetivas" que pueda tener éste: "Desarrollo humano es el proceso por el cual la persona en desarrollo adquiere una concepción del ambiente ecológico más amplia, diferenciada y válida, y se motiva y se vuelve capaz de realizar actividades que revelen las propiedades de ese ambiente, lo apoyen y lo reestructuren, a niveles de igual o mayor complejidad, en cuanto a su forma y contenido" (Bronfenbrenner 1987, p. 47).

y se representan mediante cuatro círculos concéntricos, en cuyo centro está el individuo y cada uno de los siguientes contiene al anterior. El sujeto se desenvuelve dentro de cada uno de los sistemas asumiendo diferentes roles, es decir, ajusta su conducta de acuerdo con lo que se espera de él en relación con la posición que ocupa dentro de la estructura. Así, los roles son fundamentales en el desarrollo, pues determinan en buena medida la manera en que piensa y siente el individuo, de acuerdo con lo que él percibe que constituyen las expectativas sociales acerca de su conducta. A los cambios de roles o de entorno que ocurren a lo largo de la vida Bronfenbrenner les denomina *transiciones ecológicas*, y su importancia deriva de que casi siempre implican un cambio de rol, es decir, "de las expectativas de conducta asociadas con determinadas posiciones en la sociedad" (Bronfenbrenner 1987, p. 26), por lo que constituyen periodos de riesgo en el desarrollo.

El concepto de transición ecológica es muy importante en el estudio de la infancia, pues los primeros años de la vida se caracterizan por la necesidad de ir asumiendo nuevos roles en cortos periodos de tiempo y aprendiendo las conductas asociadas con cada uno de ellos. Los primeros roles que el niño asume son los relacionados con el parentesco: hijo, nieto, sobrino, primo, etcétera; también es probable que se produzcan cambios durante esta etapa como la llegada de un nuevo hermano, la incorporación a la educación escolarizada, etcétera. Las transiciones se realizarán con éxito en la medida en que el individuo pueda contar con un vínculo del entorno originario y exista una buena comunicación y coordinación entre los distintos ambientes en que se desenvuelve.

Bronfenbrenner identifica cuatro sistemas que componen el ambiente ecológico del individuo:

1) *Microsistema*. El microsistema está compuesto por el complejo de interrelaciones que rodea al individuo en su entorno inmediato: familia, escuela, amigos, etcétera. Se define como "un patrón de actividades, roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en un entorno determinado, con características físicas y materiales particulares" (Bronfenbrenner 1987, p. 41).
2) *Mesosistema*. El mesosistema comprende la interrelación entre dos o más entornos en los que el niño participa realmente, es decir, es un sistema de microsistemas. Ejemplos de mesosistemas pueden ser

las relaciones entre el hogar, la escuela y el grupo de iguales (Bronfenbrenner 1987, p. 44). El desarrollo del niño se verá favorecido en la medida en que los microsistemas mantengan una buena coordinación y comunicación, por ejemplo si los padres y maestros están en contacto.

Dentro de este sistema son posibles cuatro tipos de relaciones: *a) participación en entornos múltiples*, cuando el individuo está vinculado a más de un entorno; *b) vinculación indirecta*, que se produce cuando la persona no participa directamente en el entorno, sino que lo hace a través de un tercero; *c) comunicaciones entre entornos*, generada por el intercambio de mensajes que puede ser directo (en persona) o a través de otros medios (teléfono, correo, etcétera), y *d) conocimiento entre entornos*, es decir, la información que tiene cada entorno de los demás. La participación de la persona en contextos diversos favorece el desarrollo, en la medida en que el individuo pueda ser acompañado por alguien con quien mantenga un nexo dentro del ambiente inicial y las demandas de los roles, relaciones y actividades tengan metas compatibles, así como que exista comunicación (de preferencia directa) entre los entornos. La participación en medios culturales y sociales diferentes a los propios, supone una riqueza que también contribuye al desarrollo (Espinosa 2001, pp. 199 y 200).

3) *Exosistemas*. El exosistema se integra por diferentes ambientes en los que la persona en desarrollo no participa activamente, pero en los cuales se producen hechos que afectan o influyen en el entorno del individuo. Ejemplos de exosistemas pueden ser las condiciones de trabajo de los padres, los servicios comunitarios, la escuela del hermano mayor, etcétera.
4) *Macrosistemas*. El complejo de sistemas derivados de los patrones de ideología y organización de las instituciones sociales de una cultura o subcultura constituyen un macrosistema, es decir, "se refiere a las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden (microsistema, mesosistema y exosistema) que existen o podrían existir al nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad, junto con cualquier sistema de creencias o ideología que sustente estas correspondencias" (Bronfenbrenner 1987, p. 45). En este complejo entrarían, por ejemplo, las ideas en relación con la educa-

> ción o las prácticas de crianza de una sociedad, que afectan profundamente la vida del niño.

El autor critica los trabajos sobre desarrollo (especialmente los realizados en Estados Unidos) por dirigir su atención en la interpretación de los problemas, centrándose primero en las características personales del niño y después en el entorno inmediato (familia, escuela, etcétera) sin comprometerse en el estudio de los macrosistemas que afectan profundamente la vida del individuo, especialmente durante la infancia. Bronfenbrenner atribuye esta omisión a que para ello sería necesario realizar un análisis político sin el cual no es posible comprender el desarrollo y sus problemas. En mi opinión, el examen no debe ser únicamente político, sino también cultural y social, porque las creencias de la sociedad acerca de lo que es un niño y sus necesidades determinan el papel que éste ocupa en la comunidad, la manera en que se le trata y la atención a sus requerimientos.

La principal crítica que se ha hecho a la construcción teórica de Bronfenbrenner es el peso excesivo que se atribuye al medio ambiente y la poca atención al individuo dentro de los estudios sobre el desarrollo. Para subsanar esta omisión, Ochaíta y Espinosa proponen incluir en el modelo el concepto de *mini-microsistema*, el cual hace referencia a las características biológicas y psicológicas del niño, es decir, sería el sistema correspondiente al propio individuo en crecimiento (Ochaíta y Espinosa 1999). De esta manera, la perspectiva de estudio incluiría necesariamente las características personales, integrándolas como parte dentro del complejo que afecta el desarrollo.

Las aportaciones de Bronfenbrenner al estudio del desarrollo humano permiten comprender al individuo en su contexto más amplio, y a la sociedad como una compleja red de relaciones que marcan el proceso de evolución de la persona, y que al mismo tiempo son afectadas por ésta. La teoría de Bronfenbrenner pone de manifiesto la importancia de las instituciones públicas en el desarrollo infantil, y en este sentido la necesidad de que éstas faciliten y apoyen este proceso. Por otra parte, permite también situar al niño más allá del papel de simple beneficiario que tradicionalmente se le ha atribuido, interactuando y a su vez afectando las relaciones del macrosistema: “La dirección y el grado de desarrollo psicológico se rigen según la medida en que la persona en desarrollo tenga

abiertas o cerradas las oportunidades para acceder a entornos que conducen al desarrollo" (Ochaíta 2000, p. 144).

La psicología evolutiva cultural se sitúa también dentro de una perspectiva contextualista del desarrollo; sin embargo, a diferencia del modelo ecológico no constituye un modelo teórico único, sino que se compone de un conjunto de aproximaciones con algunos elementos comunes que subrayan la importancia del macrosistema (en términos ecológicos) y estudian la relación entre una cultura determinada, la comunidad y la persona. Las primeras aproximaciones de este tipo podemos situarlas en algunos autores de los siglos XVIII y XIX (Herder, Vico, Dilthey); sin embargo, ha sido retomada de manera especial desde hace 25 años, en parte motivada por los estudios sobre desarrollo realizados desde la cultura occidental durante el siglo pasado —por ejemplo los de Piaget— que no contemplan las diferencias culturales en el desarrollo y pretenden generalizar las conclusiones a todos los seres humanos sin tomar en cuenta las distintas formas de vivir y entender la vida (Ochaíta 2000, p. 147).

La psicología cultural sostiene la existencia de psicologías múltiples, partiendo de la premisa de Herder "según la cual ser miembro de un grupo es pensar y actuar de cierta manera, a la luz de unas determinadas metas, valores y representaciones del mundo" (citado en Espinosa 2001, p. 208). En este sentido, la pertenencia a un contexto cultural constituye un elemento indispensable para la construcción de la mente, ya que las potencialidades abstractas únicamente adquieren sentido cuando se trasladan a la práctica y se convierten en mentalidades funcionales.

La psicología evolutiva cultural permite encontrar los elementos comunes al desarrollo humano para distinguirlos de los que se encuentran determinados por el contexto cultural. De la misma manera, puede servir para diferenciar las necesidades propias de la condición de ser humano de los satisfactores que están condicionados por la forma en que cada sociedad entiende que debe responder a las demandas de la persona en desarrollo. Sin embargo, hasta el momento los estudios se han centrado más en conocer los rasgos distintivos que caracterizan a una comunidad determinada, que en la búsqueda de las constantes de la mente. Hasta ahora los rasgos universales admitidos por los autores de la psicología cultural son los siguientes:

1) El individuo como sujeto activo en la construcción de su propio desarrollo.
2) Los procesos psicológicos superiores como resultado de la actividad interpersonal, es decir, de la relación del niño con otros.
3) La educación formal como una constante en todas las culturas.
4) El desarrollo del lenguaje como herramienta de comunicación.
5) La existencia de una narrativa para organizar e interpretar las experiencias.
6) La capacidad de automatización, es decir, de transformar los procesos conscientes en inconscientes con el objetivo de economizar funcionamiento.
7) El juego como elemento de aprendizaje y transmisión cultural (Ochaíta 2000, p. 154).

A pesar de que no existe una concepción unitaria de lo que se entiende por cultura, la psicología evolutiva cultural es indispensable para el estudio sobre el desarrollo humano, no sólo por lo que señalan los especialistas en el sentido de que permite encontrar los elementos comunes al desarrollo de todos los hombres, sino, sobre todo, porque pone de manifiesto que la pertenencia a una cultura es necesaria para el desarrollo de la mente y de la personalidad, pues hace posible la transformación de las potencialidades abstractas universales en formas concretas de vida y evolución.

Todas las escuelas nos enseñan algo acerca del funcionamiento de la mente del niño y del desarrollo. Ciertamente, cada una de las corrientes de la psicología evolutiva abordan el problema de la infancia desde una perspectiva teórica distinta; sin embargo, tienen en común el atribuir una importancia especial a los primeros años de la vida y la identificación de ésta como un periodo con características y necesidades propias y muy específicas. De tal forma que creo que es posible construir un concepto de niño y describir sus necesidades a partir de los datos aportados por la evolución histórica y las disciplinas que consideran a esta etapa su objeto de estudio.

3. *La edad adulta*

A pesar de las discrepancias entre las distintas teorías evolutivas acerca de algunos aspectos del desarrollo (que serían más bien un problema

de énfasis en estos aspectos que de desacuerdos sobre características de la niñez), no hay duda de que existe consenso generalizado en identificar a la infancia como categoría y en asignarle ciertas cualidades. Esto nos conduce entonces a preguntarnos qué es lo que significa ser adulto, pues aunque se haya superado la concepción del niño como un hombre en miniatura o como un ser inacabado, no podemos negar la evidencia de que la intuición de la necesidad de dar un tratamiento jurídico especial a la infancia deriva de atribuir determinadas características a la edad adulta de las que los niños carecerían, sobre todo porque esto se traduce en la imposición de limitaciones a la voluntad en el ejercicio de los derechos. Suponemos entonces que la madurez implica tener ciertas aptitudes que facultan al individuo para poder actuar con plena autonomía.

En general la ley no define lo que significa ser adulto, ni siquiera lo que es ser niño, sino que se limita a establecer un criterio temporal en el que se marca una edad a partir de la cual el individuo dejará de estar bajo la tutela del "padre"[68] y pasará a tener capacidad de ejercicio total, así como ser titular de los derechos de participación, cesando la protección de las normas especiales. Por el contrario, en el ámbito de la psicología evolutiva, la mayoría de las teorías realizan una descripción de las características de la infancia sin señalar un límite temporal concreto —con excepción de algunas propuestas, como la de Erikson— y relacionan el paso a la edad adulta con la adquisición de determinadas habilidades como resultado del proceso de desarrollo de los primeros años de la vida.

Resulta evidente la imposibilidad de establecer criterios de índole particular para alcanzar la edad adulta ante la ley, en primer lugar porque ello violaría, por lo menos en apariencia, el principio de igualdad, sin contar con la dificultad práctica de aplicar parámetros individuales. Pero además, la definición de adultez con base en determinadas características implicaría una postura axiológica acerca de lo que debe ser la vida de los individuos y lo que significan cuestiones tales como madurez, responsa-

68 "Para la ley ser adulto significa no ser niño. Ser niño para la ley es estar por debajo de la mayoría de edad y, por tanto, ser dependiente de, por lo menos, un adulto llamado «padre». De acuerdo con el derecho secular, el rito de iniciación mediante el cual se pasa de la infancia a la adultez es sencillo, seguro y fácil de establecer. Lo único que necesita una persona para llegar a esa mágica mayoría de edad establecida por ley es ser «independiente» del dominio paterno y de su protección, y para que el Estado presuponga que es competente para cuidarse por sí misma, es decir, para hacerse responsable de sus propios actos y decisiones" (Goldstein 1978, p. 372).

bilidad, conciencia, etcétera, por lo que resulta más objetivo establecer un criterio temporal. Sin embargo, es claro que a pesar de los intentos de neutralidad moral al definir el inicio de la autonomía plena, se ha considerado necesario excluir de la regla general de la capacidad total por la edad cronológica a quienes no se ajustan a los patrones de "normalidad" y en consecuencia considerarlos incapaces de ejercer personalmente sus derechos a pesar de estar dentro del rango de edad establecido como adulta. Se sigue entonces que sí se atribuye al hecho de ser adulto determinadas características y habilidades a las que el desarrollo debe tender y que se supone se consiguen en la mayoría de los sujetos cerca de la franja de dieciocho años, determinada por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución mexicana y muchas otras en el mundo como el inicio de la madurez.

Es difícil rastrear a lo largo de la historia occidental el significado de ser adulto durante las diferentes etapas, pues este concepto se encuentra determinado por las creencias y significados asignados por el contexto cultural y social, de manera que todo intento de aproximación será una interpretación a la luz de nuestras propias representaciones. De cualquier manera, lo más probable es que durante siglos no hubiera un concepto de adultez (aunque al parecer sí existía una noción de "mayoría de edad"), de la misma manera que no existía el de infancia, pues como se ha mencionado anteriormente, una vez superado el periodo de mayor dependencia, gente de todas las edades compartía los mismos espacios. A pesar de que muchos autores consideran que los niños se incorporaban al mundo de los mayores, no se puede negar que este universo adulto estaba formado por muchas actividades que hoy consideramos exclusivas de los niños. Los ejemplos más claros son el juego y la literatura, pues chicos y grandes compartían los pasatiempos que hoy serían impropios de las personas "maduras"; las letras tampoco estaban diferenciadas, pues los pequeños escuchaban y leían las mismas cosas que los adultos y no porque fueran precisamente obras que hoy estarían destinadas a los mayores, sino porque en un principio toda literatura tuvo un rasgo "infantil".[69] Res-

[69] "En el estadio primitivo de nuestra literatura, niños y grandes escucharían las mismas cosas y tendrían las mismas lecturas. El infantilismo de los orígenes de casi todas las literaturas explica que ésta fuera apta para niños. En este sentido, es verdad lo que dice don Juan Valera: «Cuando todos los hombres eran niños tenían razón los poetas de meterse a pedagogos, y los pedagogos a poetas»" (Bravo Villasante 1979, p. 12).

pecto del ejercicio de los derechos, se sabe que la limitación a la capacidad jurídica es muy antigua, aunque al parecer ésta tenía una vinculación más directa con el hecho de ser hijo de familia que con el de no tener la edad adecuada. La restricción derivaba del hecho de estar sometido a un *pater familiae* que concentraba toda la capacidad para actuar y tenía poder sobre los miembros de su grupo.

En Grecia encontramos ya cierta distinción entre mayoría y minoría de edad, marcada por el cese de la patria potestad que en el caso de los varones ocurría a los dieciocho años, edad en la que se convertían en ciudadanos, y para las mujeres al contraer matrimonio. En Roma, el joven de quince y dieciséis años dejaba el mundo infantil mediante una ceremonia en la que se ponía la "toga viril" para asistir al Foro, aunque años más tarde se retrasó el ingreso a la vida adulta hasta después de los 25 años. Esta transición comenzaba en el caso de las chicas con un rito de iniciación el día anterior a su matrimonio, una vez alcanzada la pubertad,[70] en el que ofrecían sus muñecas a los dioses familiares y vestían la túnica "recta" (Moreno 2000, pp. 18 y 19). Esta distinción del derecho romano implicaba también una delimitación de la responsabilidad penal a través de un régimen legal exclusivo para los impúberes, en el que las penas eran atenuadas. Hierro (1991, p. 223) señala que en el derecho antiguo la mayoría de edad se determinaba en relación con la aparición de la pubertad, mientras que Goldstein vincula los orígenes de la edad tradicional de veintiún años como criterio para llegar a la mayoría de edad con la fuerza física para ser soldado, ya que era el momento en el cual se alcanzaba la capacidad para llevar una armadura y levantar al mismo tiempo una lanza o una espada. Sabemos también que las Partidas contemplaban un sistema diferenciado en la imposición de penas, en el cual se consideraba totalmente exentos a los menores de diez años y medio, y

70 Según algunos autores, resulta difícil conocer la edad en que aparecía la pubertad en épocas remotas de la historia, pues no existen prácticamente fuentes que hablen del tema. El problema se agrava en el caso de los varones, al no tener un signo tan visible de este acontecimiento como lo es la menarquía en las mujeres. Por otra parte, parece ser que también a lo largo de la historia ha variado la edad de inicio de la pubertad, debido a factores tales como la alimentación en los primeros años de la vida. Por ejemplo, la literatura del tema parece confirmar la probabilidad de que durante la Edad Media y la Edad Moderna temprana, la menarquía se presentaba alrededor de los 14 años en la mayoría de las mujeres y que durante el siglo XIX se elevó a los 17 años en Europa (Laslett 1973, pp. 30-43).

hasta los dieciséis se aplicaban sanciones atenuadas. El Código Napoleónico reconocía también los 21 años como fin de la minoría de edad y de ahí se generalizó al resto de los códigos europeos. Esta norma permaneció durante mucho tiempo, hasta que a partir de la Segunda Guerra Mundial se difundió la tendencia a disminuir el límite por intereses que ya no tenían que ver con la capacidad militar (Goldstein 1978, p. 373).

De lo anterior se sigue que el establecimiento de la mayoría de edad respondía a criterios que poco tienen que ver con las teorías sobre el desarrollo. Incluso es muy probable que, considerando la fusión entre herencia y ambiente de la que se hablaba en el apartado anterior, la "madurez" en la actualidad sea consecuencia en buena medida de las expectativas sociales derivadas del hecho de alcanzar la mayoría de edad, que a su vez se delimitó atendiendo a factores de desarrollo físico. Esta idea se refuerza al observar que en la actualidad el ascenso en los niveles de vida de las sociedades industrializadas ha sido causa de que las características asociadas a la edad adulta aparezcan cada vez más tardíamente entre sus habitantes. Hasta hace pocos años se identificaba el inicio de la madurez con la adquisición de cierta independencia, sobre todo económica y social; factores como el primer empleo y el matrimonio eran indicadores de esta autonomía. Sin embargo, en los países que cuentan con un Estado de bienestar, estos fenómenos aparecen hoy con posterioridad: el periodo de estudios se prolonga (con el argumento de la dificultad para ingresar en el mercado laboral) y, en consecuencia, la dependencia económica de los padres y la permanencia en la casa familiar. El matrimonio aparece también a edades cada vez más avanzadas. En este sentido, parecería que el periodo de inmadurez estaría determinado no tanto por la dependencia "natural" de los descendientes, sino por la capacidad de los progenitores de atender al bienestar de los hijos, de manera que los acontecimientos que antes indicaban el ingreso a la edad adulta se han vuelto poco representativos en nuestros días.

De cualquier manera, y al margen de la evolución contemporánea, es posible afirmar que el desarrollo durante la edad adulta presenta diferencias importantes respecto de la infancia, pues en primer lugar los cambios no se dan de una manera tan acelerada en el tiempo ni en la forma, es decir, se producen de forma paulatina y no se manifiestan de modo tan evidente como durante el periodo infantil. En segundo lugar, las trans-

formaciones durante la adultez no pueden identificarse tan fácilmente con estadios como sucede con los niños, pues se presentan diferencias significativas relacionadas con la cultura y el proceso personal de cada individuo.

Casi todos los aspectos del desarrollo físico alcanzan su mayor nivel al comienzo de la vida adulta. El funcionamiento de los órganos, el tiempo de reacción, las habilidades motoras y la coordinación sensoriomotora alcanzan su nivel máximo entre los 25 y 30 años. Por ejemplo, la fuerza máxima de las piernas se alcanza entre los 20 y 30 años, la de las manos alrededor de los 20, mientras que la de los músculos estriados entre los 23 y 27 años (Grace 2001, pp. 414 y 415)

En el plano de desarrollo psicosocial, el significado de ser adulto está condicionado en buena medida por las representaciones sociales del grupo de referencia del sujeto, pues se supone que la consolidación de la identidad hacia el final de la adolescencia permite al individuo situarse adecuadamente en la sociedad con una dirección, propósito y significado de la vida. Esta posición también le capacita para enfrentarse a los cambios y adaptarse a nuevas circunstancias, resolviendo positivamente las contradicciones:

> Aunque las edades biológica, social y psicológica se combinan para producir la madurez, hay ciertos rasgos psicológicos que son sus elementos primarios. Éstos pueden variar según la cultura, pero incluyen la independencia y autonomía física y social; la capacidad para tomar decisiones independientes; y algo de estabilidad, sabiduría, confiabilidad, integridad y compasión. Diferentes investigadores incorporan diversas características en la mezcla y cada cultura impone sus propias exigencias, de modo que no existe una definición universal de madurez (Grace 2001, p. 412).

Desde las teorías cognitivas, especialmente la de Piaget, la madurez estaría marcada por el fin de la etapa de las operaciones formales,[71] con la conquista de la personalidad y la integración social. Ser adulto representa haber superado el egocentrismo adolescente, asumir un papel de realizador con una participación activa en la comunidad y tener autono-

[71] Piaget ha sido duramente criticado por esta concepción, ya que no todos los individuos alcanzan la capacidad de resolver las *operaciones formales*, pues ello requiere de una educación formal que desarrolle ciertas habilidades.

mía en el ámbito moral.[72] El desarrollo cognitivo permite al individuo analizar los roles sociales, reconocer y resolver incongruencias y conflictos, sin que esto signifique un riesgo para la propia identidad. En términos de Erikson, la edad adulta (que él sitúa a los 18 años) se alcanzaría una vez que se ha superado la crisis de identidad de la adolescencia y el individuo es capaz de fundir su identidad con la de otros, entregándose a asociaciones concretas, cumpliendo los compromisos que éstas requieran y enfrentando los temores que ocasionan las situaciones de intimidad. Si el logro de la etapa anterior no se ha conseguido se produce el *aislamiento* producto del miedo a la pérdida del *yo*: "El peligro de esta etapa es que las relaciones íntimas, competitivas y combativas se experimentan con y contra las mismas personas" (Erikson 1987, p. 238).[73]

De las distintas perspectivas de las escuelas del desarrollo podemos concluir que hacia el final de la adolescencia están dadas las condiciones físicas, cognitivas, afectivas, emocionales y sociales para el que individuo consolide su identidad. Esta situación conlleva una nueva autonomía, pues supone que la persona, a través de cada una de las etapas y sus logros, ha llegado a construir un *yo* con valores, creencias y formas de vida particulares. Esta autonomía supone a su vez la eficacia de la voluntad, pues ya no hay peligro de que ésta sea coaccionada de manera que el sujeto deba ser protegido contra los efectos negativos de la expresión de sus propios deseos. Se ha desarrollado la capacidad para prever las consecuencias de las acciones propias y responder por ellas. De esta manera, podemos asumir que se considera que lo que se protege cuando se da un tratamiento especial a la infancia es la formación de esa voluntad.

En lenguaje de necesidades, la madurez implica superar la vulnerabilidad que pone al niño en situación de riesgo, pues la autonomía permite al

72 Kohlberg (1984) propone la existencia de tres niveles en el desarrollo moral: *preconvencional*, basado en castigos y recompensas; *convencional*, basado en la conformidad social, y *posconvencional*, basado en principios morales. Resulta interesante observar que Grace (2001, p. 218) menciona que muchos ciudadanos estadounidenses en "situaciones ordinarias" pueden permanecer toda la vida en el segundo nivel moral de convencionalismo, si no hay ningún motivo que les lleve a ir más allá, de manera que parece dudoso que el desarrollo moral por sí mismo pueda constituir un parámetro fiable para definir la adultez.

73 Es importante recordar que para Erikson la edad adulta no implica el fin del desarrollo, sino que identifica durante ésta otros dos estadios con crisis y logros propios: *generatividad vs. estancamiento* e *integridad del yo vs. desesperación.*

individuo actuar eficazmente para conseguir la satisfacción de las necesidades básicas, es decir, tiene capacidad potencial[74] para cubrirlas por sus propios medios.[75]

Los datos aportados por la psicología evolutiva, si bien nos ayudan a definir las cualidades del adulto, dejan abierta la cuestión de su traducción en la mayoría de edad para efectos jurídicos. En otras palabras, ¿significa lo mismo ser adulto que ser mayor de edad? La respuesta negativa parece evidente, en primer lugar por la dificultad de encontrar parámetros objetivos que permitan evaluar la autonomía, sin mencionar el riesgo de adjudicar al Estado un papel perfeccionista. Pero además, el inicio de la edad adulta no es algo que se produzca de manera uniforme en todos los individuos ni mediante una transformación definitiva, sino que se va dando mediante un proceso en el que se combinan diferentes elementos de la personalidad y el entorno. Prueba de lo anterior es el alargamiento de la adolescencia en las sociedades de bienestar, mencionado anteriormente. Entonces, ¿cómo otorgar eficacia a la voluntad mediante una norma general, cuando el término de la adolescencia es incierto?

La manera en que se ha enfrentado este dilema es mediante lo que Goldstein llama la distinción entre lo que es ser adulto y lo que el Estado reconoce como "un adulto": "el derecho secular no define «adulto», sino que determina, de una manera general, a qué persona habrá de reconocer el Estado como «un adulto» en oposición a un niño" (Goldstein 1978, p. 368). La ley establece una competencia general y distingue mediante la edad cronológica a la persona que es "un adulto" —o, lo que es lo mismo, mayor de edad— aunque ésta no necesariamente sea adulta.

Resulta entonces que la ley protege al niño-menor de edad sustituyendo su voluntad por el juicio de un adulto-mayor de edad que garantice la satisfacción adecuada de sus necesidades. La importancia de esta tarea es

74 Se utiliza el término potencial debido a que, en primer lugar, no todas las personas tiene un desarrollo igual, además de que con el alargamiento de la adolescencia en las sociedades modernas es posible que el momento cronológico se retrase debido a los factores ambientales, a pesar de que las condiciones físicas y cognitivas estén dadas.

75 Los propios medios se tienen; otra situación distinta es que sea más cómodo prolongar la dependencia. Este fenómeno se aprecia claramente cuando comparamos el proceso de los niños o adolescentes de los sectores favorecidos con aquellos que por causas sociales o económicas se ven obligados a buscar sus propios medios de subsistencia. Esta situación los lleva a "madurar" a más temprana edad, aunque con un gravísimo costo para su desarrollo.

tal que, en caso de que el adulto-mayor de edad no sea competente para cumplir con su función, el Estado pasa a ocupar este papel que asegure lo necesario para el desarrollo,[76] como se explicará con mayor amplitud en la sección dedicada al análisis del paternalismo jurídico. Empero, la sustitución de la voluntad no puede ser ilimitada ni arbitraria, sino que debe ajustarse a determinados criterios que se intentarán delimitar en los siguientes capítulos a partir de una teoría de los derechos del niño fundamentada desde las necesidades básicas.

76 Es claro que la sustitución del Estado como "padre" es un ideal que sólo puede aplicarse en algunas sociedades desarrolladas económicamente.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO SEGUNDO
EL NIÑO Y LAS NECESIDADES HUMANAS 105

I. Necesidades de la infancia y adolescencia 105

1. Las teorías de las necesidades humanas 107
A. Maslow: necesidades como impulsos 107
B. Max-Neef: necesidades y desarrollo a escala humana . 111
C. Doyal y Gough: necesidades como objetivos 115
D. Rawls: las necesidades desde una teoría de la justicia . 120
2. Necesidades básicas y derechos 126

II. Necesidades específicas de cada una de las etapas de la infancia 133

1. Recién nacido 136
A. Necesidades intermedias de salud física en el recién nacido 136
B. Necesidades intermedias de autonomía en el recién nacido 137
2. Primera infancia 138
A. Necesidades intermedias de salud física en la primera infancia 139
B. Necesidades intermedias de autonomía en la primera infancia 140
3. Etapa preescolar 142
A. Necesidades intermedias de salud física en la etapa preescolar 143
B. Necesidades intermedias de autonomía en la etapa preescolar 143
4. Etapa escolar 144
A. Necesidades intermedias de salud física en la etapa escolar 145

B. Necesidades intermedias de autonomía en la etapa escolar 145
5. Pubertad y adolescencia 147
A. Necesidades intermedias de salud física en la adolescencia 149
B. Necesidades intermedias de autonomía en la adolescencia 149
III. Las necesidades de los niños y adolescentes y sus derechos 150

Capítulo segundo

EL NIÑO Y LAS NECESIDADES HUMANAS

I. Necesidades de la infancia y adolescencia

La historia de la infancia, así como las distintas teorías evolutivas, han demostrado la importancia de la existencia del concepto de niño y de la descripción de las características que le hacen constituir un grupo de riesgo. Sabemos que la infancia es un periodo de la vida humana de desarrollo acelerado en el que se van transformando los distintos aspectos de la persona y que la inmadurez supone una gran dependencia hacia los adultos, razón por la que el entorno determina en gran medida el despliegue de las capacidades del niño. Resulta necesario entonces generar los medios y proporcionar al individuo lo necesario para que el desarrollo se produzca de manera adecuada hasta el momento en que alcance cierto grado de autonomía y pueda proveerse a sí mismo de lo que requiere para vivir.

Queda entonces pendiente la tarea de definir varios puntos en relación con la protección de los niños: en primer lugar es necesario determinar el significado de esta tutela, es decir, distinguir los bienes indispensables para el desarrollo y el logro de la autonomía; en segundo lugar se precisa describir de qué manera se va a instrumentar esta atención o garantizar el acceso a los recursos necesarios y si es que éstos pueden constituir el contenido de "intereses" que justifiquen la existencia de ciertos derechos; y finalmente aclarar qué papel debe jugar la autonomía en el ejercicio de los derechos de la infancia y si hay razones suficientes para aceptar una excepción al principio liberal de autonomía de la voluntad. Lo anterior no es otra cosa que buscar los elementos de fundamentación a la premisa implícita de MacCormick acerca de la justificación de la no intervención de la voluntad en el ejercicio de los derechos de los niños.

En mi opinión, las cuestiones relacionadas con la protección infantil y los bienes indispensables para el desarrollo pueden explicarse mediante una teoría de las necesidades humanas y su aplicación específica a las necesidades de los niños. Las necesidades permiten determinar los bienes (satisfactores) que requiere cada ser humano para subsistir y, en el caso de los niños, para además poder desarrollarse plenamente en todos los aspectos. Las necesidades también ayudan a definir la manera en que esta protección debe aplicarse, pues en primer lugar posibilitan el saber si el titular de los derechos (en este caso el niño) tiene la capacidad para decidir lo que constituye su bien, así como conocer el papel de la autonomía como necesidad humana en sí misma y, por último, demostrar si las necesidades pueden ser el criterio para definir el bien en el caso de los niños de manera que puedan identificarse como razones que justifiquen la atribución de derechos y si éstas son exigencias en un sentido tan fuerte que justifique la obligatoriedad de la obtención de determinados bienes como mecanismo para garantizar los derechos. Por otra parte, una teoría de las necesidades humanas ayudará también a definir el ámbito temporal de la protección; es decir, se requiere para determinar qué es un niño en el sentido del límite del periodo de vulnerabilidad que caracteriza a esta etapa de la vida y que por tanto justifica la protección especial.

La fundamentación de los derechos a partir de necesidades ha sido ampliamente desarrollada por algunos autores y me parece la teoría más adecuada para abordar los derechos de la infancia, por las características propias de este periodo. En efecto, la pretensión de una teoría de los derechos de la infancia desde las teorías del desarrollo —como la que aquí se pretende exponer— tiene como premisa fundamental que durante esta etapa de la vida el ser humano requiere que le sean proporcionados todos los elementos necesarios para crecer, y que éstos son de tal importancia que existe el derecho del niño antes o independientemente de que se determine quién tiene la obligación correspondiente. Se trata de sostener que los derechos de los niños son una prueba para las teorías de los derechos porque contrarían los supuestos tradicionales de las mismas. Sólo una propuesta que encuentre su fundamento en las necesidades humanas y de los niños tendrá la fuerza suficiente para argumentar una excepción a estos paradigmas.

Es necesario entonces encontrar una teoría de las necesidades humanas que haga posible sustentar la existencia de necesidades especiales de

los niños de acuerdo con los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y que permita describir el contenido del bien para este colectivo. De esta manera, tendremos una base para identificar los intereses que pueden constituir el fundamento para la existencia de ciertos derechos, encontrar los mecanismos para hacerlos efectivos y explicar si existen buenas razones para que el legislador no permita a los niños "decidir si tener o no lo que para ellos es bueno".

1. *Las teorías de las necesidades humanas*

El tema de las necesidades humanas ha sido objeto de estudio durante mucho tiempo en distintas disciplinas. Una de las primeras formulaciones teóricas se encuentra en los trabajos de Marx, pues del contenido de su obra se desprende una concepción de las necesidades como creaciones humanas derivadas de la evolución de la sociedad en la historia, es decir, que no pueden entenderse como necesidades universales. Por otra parte, las necesidades también han sido explicadas desde la perspectiva psicológica, identificándolas con los instintos (Freud y psicoanalistas), con la motivación (Murray), o con objetivos y estrategias para evitar daños graves (Bay y Galtung). Finalmente, las necesidades se han propuesto también como criterios de justicia y legitimidad de los sistemas políticos y como fundamento de ciertos derechos de contenido social y económico. Los trabajos que se exponen a continuación aportan, a mi juicio, elementos importantes para la construcción de una teoría de las necesidades humanas que permita la descripción de necesidades especiales en la infancia y la adolescencia.

A. *Maslow: necesidades como impulsos*

El propósito de Maslow[1] en su libro *Motivation and Personality* (1954) es hacer una teoría de la motivación humana partiendo de la base de que el individuo es un todo integrado, y descubre en las necesidades básicas

[1] A. H. Maslow pertenece a la escuela de la psicología humanista que se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, y desde esta perspectiva se ocupó de la investigación de la motivación humana. Su aportación es muy importante para el estudio de las necesidades humanas, ya que su obra (1943, 1955, 1971) se encuentra entre las pocas que abordan el tema desde el campo de la psicología.

el elemento común a los seres humanos que motiva sus comportamientos, más allá de las diferencias culturales. "Nuestra clasificación de necesidades básicas es, en parte, un intento por determinar esta unidad, tras la diversidad aparente de una cultura a otra… las necesidades básicas son más comunes que los deseos superficiales o los comportamientos". Aunque no se atreve a realizar una afirmación categórica de que sean absolutamente genéricas, señala que esta unidad es "más definitiva, más universal, más básica, que los deseos superficiales conscientes y se caracteriza por su aproximación mayor a las características humanas comunes" (Maslow 1975, p. 106).

Maslow propone como alternativa a la explicación de la motivación a través de los instintos la existencia de necesidades básicas con carácter *instintoide*, en el sentido de que son exclusivas de la especie humana, actúan como motivadoras del comportamiento humano y son resultado de la herencia en interacción con el medio ambiente. Estas necesidades están ordenadas jerárquicamente de tal manera que para que las necesidades superiores puedan aparecer es requisito que se encuentren satisfechas (por lo menos parcialmente) las necesidades inferiores. Así, el concepto de satisfacción de necesidades es tan decisivo como el de privación, pues libera al organismo y permite la aparición de impulsos superiores. Sin embargo, reconoce el autor que la jerarquía, aunque aparece en la mayoría de los casos, no es tan rígida y admite la existencia de excepciones, además de que hay grados de satisfacción relativa de las necesidades que permiten la aparición de las superiores. El orden propuesto por Maslow es el siguiente:

1) *Necesidades fisiológicas*. Son las necesidades más básicas, cuya satisfacción (aunque sólo sea relativa) es la condición de posibilidad para que aparezcan las necesidades sociales.
2) *Necesidades de seguridad*. Estas necesidades pueden, al igual que las fisiológicas, actuar como organizadores exclusivos del comportamiento cuando se experimenta una carencia importante. Maslow pone las reacciones de los niños como ejemplo de este tipo de necesidad, ya que los pequeños no inhiben la expresión de sus sensaciones y sentimientos ante el peligro y se puede observar más claramente su funcionamiento: "los niños reaccionan de una forma total y como si estuvieran comprometidos, si son molestados o apartados

súbitamente de algo, alarmados por grandes ruidos, o por una luz muy fuerte, por un trato áspero, por pérdida general de ayuda de los brazos de la madre, por protección inadecuada u otro estímulo sensorio poco corriente" (Maslow 1975, p. 90). A medida que va creciendo, mediante el desarrollo cognitivo el niño va superando el miedo a través del conocimiento de las cosas. El pequeño necesita vivir en un medio estable, previsible, confiable y seguro, en un mundo organizado y la familia juega un papel decisivo en la satisfacción de esta necesidad, pues al tiempo que brinda equilibrio le permite asirse a sus padres protectores en caso de peligro. Los niños que tienen una familia amante y protectora perciben el mundo como un lugar seguro. La inseguridad tiene como consecuencia más extrema la neurosis obsesiva-compulsiva (Maslow 1975, pp. 90-92).

3) *Necesidades de pertenencia y amor*. Este tipo de necesidades se refiere al "hambre" de afectos y pertenencia a un grupo; comprenden el amor en sus aspectos pasivo y activo: dar y recibir.
4) *Necesidades de estima*. Incluyen la necesidad de autorrespeto, autoaprecio y consideración por parte de otros, el sentimiento de valía, fuerza, capacidad y suficiencia de ser útil y necesario en el mundo, pues de lo contrario surge un sentimiento de inferioridad, debilidad e impotencia. Se clasifican en dos categorías: *a)* suficiencia, competencia, confianza, independencia y libertad, y *b)* reputación, prestigio, reconocimiento y aprecio.
5) *Necesidades de autorrealización ("self-actualization")*. Esta necesidad deriva de la tendencia del hombre a actualizar sus potencialidades: "Un hombre tiene que ser lo que puede ser" (Maslow 1975, p. 96). La aparición de esta necesidad descansa en la satisfacción de las necesidades fisiológicas, de seguridad, de amor y de estima.

Las necesidades básicas son "aparentemente los únicos fines en sí"; sin embargo, el autor señala que se requiere de ciertas condiciones sociales como requisitos previos para la satisfacción de las mismas: libertad de expresión, información, derecho a la justicia, a la equidad y honestidad.

Aunque el trabajo de Maslow no se enfoca a la etapa infantil, atribuye una gran importancia a este periodo de la vida, pues la satisfacción adecuada de las necesidades básicas propicia la formación de una personalidad autónoma y segura con un grado mayor de tolerancia a la frustración

durante la edad adulta. Por el contrario, una insatisfacción crónica de las necesidades básicas durante la niñez puede tener como consecuencia una patología posterior: "Las personas que han estado seguras y fuertes en los años tempranos, tienden a permanecer seguras y fuertes después, frente a cualquier cosa que amenace" (Maslow 1975, p. 105).

A pesar de que la satisfacción de las necesidades inferiores se requiere para que aparezcan las superiores, Maslow sostiene que las últimas tienen "autonomía funcional", es decir, que son independientes si las más básicas han sido cubiertas adecuadamente por un periodo prolongado de tiempo. Las necesidades inferiores y superiores forman parte de la compleja naturaleza humana y tienen diferencias reales, operacionales y psicológicas:

a) Cuanto más superior es una necesidad, tanto más específicamente humana.
b) Las necesidades superiores aparecen más tarde en el desarrollo ontogenético. Por ejemplo, las necesidades fisiológicas están ya presentes en el bebé, mientras que la necesidad de autorrealización no aparece hasta los tres o cuatro años de creado el hogar.
c) La satisfacción de necesidades superiores produce mejores resultados subjetivos, es decir, de felicidad, serenidad y riqueza de vida interna.
d) Quienes han satisfecho ambas necesidades conceden más importancia a las superiores.
e) Mientras más básica sea la necesidad, más egoísta será el sujeto, mientras que la búsqueda y satisfacción de las necesidades superiores tiene consecuencias cívicas y sociales deseables, esto es, que implican satisfacción para los demás (Maslow 1975, p. 153).

La visión de Maslow acerca de la motivación basada en las necesidades humanas es de gran ayuda en el esfuerzo por formular una teoría de necesidades básicas universales. En primer lugar, pone de manifiesto la complejidad del ser humano y de las necesidades como elemento común a todos los hombres, así como la relación entre carencias importantes en la satisfacción de éstas, especialmente durante la infancia, y la aparición de dificultades en la vida adulta, en concreto graves trastornos de personalidad. Me parece también valiosa su aportación a la descripción de la necesidad de seguridad en los niños. Sin embargo, la jerarquía de las ne-

cesidades y su clasificación entre superiores e inferiores ha sido duramente criticada, pues supone atribuir mayor importancia a las necesidades fisiológicas negando el carácter básico de las necesidades que identifica como superiores, con el riesgo de llegar al extremo de justificar ciertos estilos autoritarios con el pretexto de garantizar la satisfacción de necesidades inferiores. Por otra parte, se ha demostrado también que las necesidades, por ejemplo, de amor son tan básicas como las de alimento (por lo menos durante la infancia). La jerarquización tiene también como consecuencia que la teoría resulte excesivamente occidentalizada, pues no toma en consideración los valores y formas de vida de otras culturas.

B. *Max-Neef: necesidades y desarrollo a escala humana*

Max-Neef[2] (1986) propone una teoría de necesidades humanas básicas que sirva como criterio para determinar el desarrollo a escala humana, partiendo de la base de que los indicadores macroeconómicos no sirven para evaluar el grado de desarrollo real de una sociedad. Sostiene que "hoy es aceptado casi como un lugar común que desarrollo y necesidades humanas son componentes de una ecuación irreductible" (Max-Neef 1998, p. 37). El estudio de necesidades, según este autor, debe entonces realizarse desde un enfoque *transdisciplinar*, debido a que las realidades humanas son complejas y los factores se encuentran interrelacionados; por ejemplo, la mala salud no se limita a ser un problema médico, sino que probablemente esté vinculada a malas políticas públicas y a carencias económicas. De acuerdo con estos presupuestos propone un nuevo modelo de interpretación de la realidad con base en tres postulados básicos:

1) "El desarrollo se refiere a las personas y no a los objetos". Los indicadores tradicionales miden el crecimiento material de un país, es decir, el aumento de la riqueza, sin embargo, esto no refleja la calidad de vida de sus habitantes. Es necesario entonces generar nuevos modelos, de ma-

[2] El chileno Manfred Max-Neef plantea su teoría de las necesidades humanas desde un enfoque de la economía para el desarrollo; en especial busca construir un modelo que responda a la realidad de América Latina. Su propuesta surge en el contexto de las crisis económicas de estos países en las últimas décadas del siglo XX y busca superar las concepciones neoliberales para elaborar una teoría desde una propuesta interdisciplinaria con base en una nueva forma de entender el desarrollo que sobrepase los modelos clásicos mecanicistas (por ejemplo el PIB) y se enfoque en las necesidades humanas.

nera que "el mejor proceso de desarrollo será aquel que permita elevar más la vida de las personas" y a su vez "la calidad de vida dependerá de las posibilidades que tengan las personas de satisfacer adecuadamente sus necesidades humanas fundamentales" (Max-Neef 1998, p. 40).

2) La distinción entre "necesidades", "satisfactores" y "bienes económicos". La creencia de que las necesidades humanas son infinitas y particulares, pues dependen de los contextos culturales e históricos (que sostiene, entre otras, la teoría marxista) parte de un error conceptual, ya que se confunden las "necesidades" con los "satisfactores". Las necesidades tienen una doble dimensión, pues se refieren a la carencia, a la falta de algo, pero a la vez son potencia pues comprometen, motivan y movilizan a las personas. Se pueden utilizar dos criterios para desagregar las necesidades: "categorías existenciales": necesidades de ser, tener, hacer y estar, y "categorías axiológicas": necesidades de subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad (Max- Neef 1998, p. 41).

En cambio, los satisfactores son todo aquello que contribuye a la realización de las necesidades; son formas de ser, tener, hacer y estar —individuales y colectivas— que tienen como objetivo la actualización de necesidades. Abarcan otras categorías además de los bienes: formas de organización, estructuras políticas, prácticas sociales, valores y normas, etcétera. Las necesidades y los satisfactores se interrelacionan e interactúan, no tienen una correspondencia unívoca, pues una necesidad puede requerir de varios satisfactores y, a su vez, un solo satisfactor puede realizar varias necesidades. De acuerdo con estos criterios se pueden identificar varios tipos:

a) *Destructores*. Son aquellos que aniquilan la satisfacción de una necesidad en un plazo mediato e imposibilitan la satisfacción de otras necesidades. Se vinculan sobre todo a la necesidad de protección y su atributo especial es que son siempre impuestos. Ejemplos: el armamentismo, que pretende satisfacer la necesidad de protección e imposibilita la necesidad de subsistencia, afecto, participación y libertad; o la censura, que pretende satisfacer también la necesidad de protección e imposibilita la realización de las necesidades de entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad.
b) *Pseudosatisfactores*. Estimulan una falsa sensación de satisfacción de una necesidad determinada, pero pueden aniquilar la posibilidad

de satisfacer la necesidad a la que originalmente se dirigían en un plazo mediato. Su atributo especial es que generalmente son inducidos a través de distintos medios de persuasión. Ejemplos: la sobreexplotación de recursos naturales que aparenta satisfacer la necesidad de subsistencia; la prostitución que aparenta satisfacer la necesidad de afecto, o la moda que aparenta satisfacer la necesidad de identidad.

c) *Inhibidores*. Aquellos que por el modo en que satisfacen o sobresatisfacen una necesidad determinada, dificultan la posibilidad de realizar otras, siendo su atributo especial que generalmente se hallan ritualizados, en el sentido que suelen emanar de hábitos arraigados. Ejemplos: la familia sobreprotectora, que sobresatisface la necesidad de protección e inhibe las necesidades de afecto, entendimiento, participación, ocio, libertad e identidad; o la televisión comercial, que sobresatisface la necesidad de ocio e inhibe las necesidades de entendimiento, creación e identidad.
d) *Satisfactores singulares*. Apuntan a la satisfacción de una sola necesidad y son neutros respecto a las demás. Su atributo es que son institucionalizados. Ejemplos: los programas de suministro de alimentos, que satisfacen la necesidad de supervivencia; los espectáculos deportivos, que satisfacen la necesidad de ocio, o los regalos, que satisfacen la necesidad de afecto.
e) *Satisfactores sinérgicos*. Son aquellos que satisfacen varias necesidades a la vez; su principal propiedad es ser contrahegemónicos en el sentido de que revierten racionalidades dominantes tales como competencia y coacción. Ejemplos: lactancia materna, que satisface la necesidad de subsistencia y estimula la satisfacción de las necesidades de protección, afecto e identidad; la educación popular, que satisface la necesidad de entendimiento y al mismo tiempo estimula la satisfacción de las necesidades de protección, participación, creación, identidad y libertad, o los juegos didácticos, que satisfacen la necesidad de ocio y a la vez estimulan la satisfacción de las necesidades de entendimiento y creación (Max-Neef 1998, pp. 60-64).

Finalmente están los bienes económicos, que son la materialización de las necesidades, los medios mediante los cuales el sujeto potencia los satisfactores para vivir sus necesidades; son objetos y artefactos que permiten afectar la eficiencia de un satisfactor (Max-Neef 1998, pp. 41-43).

A partir de esta distinción y definición de necesidades, satisfactores y bienes económicos, llega a dos postulados:

A) Las necesidades humanas fundamentales son finitas, pocas y clasificables.
B) Las necesidades humanas fundamentales son las mismas en todas las culturas y en todos los periodos históricos. Lo que cambia, a través del tiempo y de las culturas, es la manera o los medios utilizados para la satisfacción de las necesidades (Max-Neef 1998, p. 42).

Las necesidades humanas son universales no sólo por ser comunes a todos los seres humanos, sino porque, según el autor, están superpuestas a la evolución de la especie y tienen una trayectoria única. Seguramente las necesidades relacionadas con la subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio y creación estuvieron presentes desde los orígenes de la especie, mientras que la evolución del hombre y de la organización social determinaron la aparición, por ejemplo, de la necesidad de identidad y posteriormente la de libertad (Max-Neef 1998, p. 54). Podemos entonces, en mi opinión, concluir la existencia de un proceso dinámico entre el ser humano y las necesidades, en el cual el hombre desarrolló nuevas necesidades como resultado de la evolución, y éstas a su vez motivaron la evolución del hombre, sobre todo entendiéndolas en su doble dimensión de potencia y carencia.

Max-Neef señala que las necesidades no son jerarquizables, pues forman un sistema; sin embargo, admite que "es preciso reconocer un umbral pre-sistema, por debajo del cual la urgencia por satisfacer una determinada necesidad llega a asumir características de urgencia absoluta". Aparece entonces la necesidad como único impulso; por ejemplo, la ausencia total de satisfactores de subsistencia bloquea otras necesidades, o la ausencia total de afecto puede llevar a la aniquilación.

3) La distinción entre la "pobreza" y las "pobrezas". Max-Neef propone hablar de *pobrezas*, para referirse a todas aquellas situaciones en las que alguna necesidad básica no se satisface adecuadamente. De esta manera se supera la vinculación entre el término pobreza y factores exclusivamente económicos, para considerar la carencia o no satisfacción de un modo más amplio. Cita como ejemplos la pobreza de protección, debido

a sistemas de salud ineficaces, a la carrera armamentista, pobreza de afecto debido al autoritarismo, a la opresión, etcétera, y señala que cada pobreza genera patologías, es decir, trasciende los efectos meramente económicos (Max-Neef 1998, pp. 43-45). Esta distinción es muy importante en el caso de la infancia, pues los indicadores de desarrollo generalmente no consideran la falta de atención a las necesidades que no tienen un componente medible económicamente. Por ejemplo, la falta de apegos seguros generalmente no se toma en cuenta para determinar el grado de desarrollo de una sociedad.

El autor pretende diseñar un método de evaluación del desarrollo a escala humana utilizando como herramienta una matriz que combine las dos categorías de necesidades y cuyos satisfactores sean propuestos por la comunidad. Él mismo realiza una propuesta, señalando que consiste únicamente en un ejemplo, pero que no pretende ser normativa.

La principal crítica que se le hace a la propuesta de Max-Neef es que no tiene una base teórica que sustente la clasificación de las necesidades que propone, de manera que podría incurrir en apreciaciones meramente subjetivas y etnocéntricas. Sin embargo, me parece que la distinción y definición entre necesidades, satisfactores y bienes económicos resulta fundamental para cualquier planteamiento que pretenda sustentar la existencia de necesidades básicas universales. Esta diferenciación nos permite superar los relativismos culturales para defender las necesidades universales, al mismo tiempo que rescatar el valor y la riqueza de las diferencias cuando nos referimos a los satisfactores de las mismas.

C. *Doyal y Gough: necesidades como objetivos*

Doyal y Gough[3] (1992) pretenden elaborar una teoría de las necesidades básicas comunes a todos los seres humanos cimentada en un conocimiento científico del hombre que permita determinar cuáles son y servir como criterio para determinar el progreso de una sociedad. Parten de una

[3] Len Doyal e Ian Gough, con formación en las áreas de filosofía y economía política, respectivamente, sostienen la existencia de necesidades humanas de índole universal y el derecho de todos los seres humanos a su satisfacción. Su objetivo es elaborar una teoría sobre necesidades que no pueda utilizarse de manera autoritaria ni paternalista y que constituya una tercera vía "en la que no tengan cabida ni el individualismo de mercado ni el colectivismo de Estado" (1994, p. 28) y sugerir cómo llevarla a la práctica.

crítica a las posturas que niegan la existencia de necesidades básicas y las relacionan con aspectos relativos al contexto del individuo: las necesidades determinadas históricamente (posturas marxistas), las necesidades vinculadas a preferencias del individuo, las necesidades condicionadas por la cultura, las necesidades como contenidos peligrosos por ser instrumentos de dominación o la negación de la importancia de las necesidades.

Para los autores, el primer problema a resolver consiste en la vaguedad del término "necesidades", pues en el lenguaje cotidiano se utiliza para hacer referencia a distintas cosas. Uno de los usos más comunes es el que emplea Maslow, que identifica necesidades con impulsos como "fuerza motivadora" que surge de un estado de tensión o desequilibrio por una carencia. La tesis de Maslow, además de ser falsa por la jerarquización que plantea, confunde las necesidades como motivaciones o impulsos con las necesidades como objetivos universalizables, pues aunque no se niegan los impulsos fisiológicos compartidos con otras especies, debe distinguirse la motivación o impulso para actuar de determinada manera de la justificación normativa o empírica para hacerlo. El problema de esta confusión es que incluye algunos impulsos que no constituyen necesidades y deja fuera algunas necesidades que no son impulsos; por ejemplo, los impulsos a consumir alcohol, drogas o simplemente chocolate no se pueden clasificar como una necesidad y, por el contrario, la necesidad de hacer ejercicio o llevar una dieta sana pueden no percibirse en absoluto como un impulso. La alternativa que proponen los autores es entender las necesidades como objetivos y estrategias universalizables para diferenciarlas de las "aspiraciones" (*wants*), que serían objetivos relacionados con las preferencias particulares del individuo y de su contexto cultural.[4] El criterio para considerar que los objetivos que constituyen necesidades son universalizables está en la creencia de que la no realización (o no satisfacción) de éstos tendrá como consecuencia un daño gra-

[4] Garzón considera que una diferencia importante entre necesidades y deseos es que respecto de las primeras uno puede equivocarse, pero no respecto de los últimos: "Mientras que con respecto a las necesidades básicas, o intereses vitales, uno puede equivocarse… es decir, creer que uno no necesita lo que en realidad necesita o, al revés, en el caso de los deseos (si ellos están formulados en primera persona singular) uno no puede equivocarse con respecto a lo que desea. Tiene sentido decir: necesito X, pero puede ser que me equivoque y que en verdad no lo necesite; pero resulta absurdo decir: deseo X pero puede ser que me equivoque y que no desee X" (Garzón 1993, p. 426).

ve: "Todas las definiciones de necesidades se adaptan al esquema de relaciones: «A necesita X para lograr Y». Aquí, el que X constituya o no una necesidad no se refiere a la universalidad, sino a su eficacia estratégica para lograr algún objetivo específico Y, con independencia del tipo que sea" (Doyal y Gough 1994, p. 68).

La distinción se realiza entonces a través de la gramática de mediación: mientras que las razones que se aducen para expresar una necesidad son esencialmente públicas "en tanto se refieren a un conocimiento compartido de qué tipo de estrategia es necesaria para evitar un daño" y no dependen del conocimiento del sujeto, sino de cómo *es* el mundo, las manifestaciones de las aspiraciones son intencionales y derivan de la experiencia que tenga la persona del mundo (Doyal y Gough 1994, pp. 69-71). De esta manera, las necesidades básicas son la condición para evitar perjuicios graves, que son aquellos que incapacitan al hombre para desenvolverse y participar activamente en la sociedad: "Por perjuicio grave se entiende, explícita o implícitamente, la búsqueda significativamente dañada de objetivos que los individuos juzgan valiosos. Estar perjudicado gravemente significa por tanto estar básicamente incapacitado en la búsqueda de la visión propia de lo bueno" (Doyal y Gough 1994, p. 78).

De acuerdo con este criterio, las necesidades básicas —a juicio de los autores— serán "salud física" y "autonomía" como las condiciones indispensables para la realización de cualquier acción humana, entendiendo esta acción como gradual y que se verifica a través del tiempo, pues autonomía y salud física son al mismo tiempo las condiciones de posibilidad para que el individuo persiga sus propios fines y los objetivos o logros que deben ser alcanzados para evitar el perjuicio:

> …puesto que la salud física y la autonomía personal son condiciones previas de toda acción individual en cualquier cultura, constituyen las necesidades humanas más elementales: aquellas que han de ser satisfechas en cierta medida antes de que los agentes puedan participar de manera efectiva en su forma de vida con el fin de alcanzar cualquier otro objetivo que crean valioso (Doyal y Gough 1994, p. 83).

La salud física se considera una necesidad básica debido a que se refiere a la subsistencia, pero abarca mucho más que ella. A juicio de los autores, la mera supervivencia no "hace justicia a lo que significa ser persona", es decir, se requiere un mínimo de salud para poder desenvol-

verse como individuo. En este sentido, significa optimizar la esperanza de vida (determinada genéticamente) y no padecer enfermedades o dolencias graves. Por su parte, el concepto de autonomía se entiende como la capacidad de iniciar acciones, proponerse planes de vida propios y utilizar los medios para llevarlos a cabo. El nivel de autonomía se determina con base en tres variables:

a) Comprensión del yo y de la cultura, que depende de la calidad y disponibilidad de los enseñantes.
b) Salud mental, determinada por la capacidad cognitiva y emocional del individuo.
c) Oportunidades de acciones nuevas y significativas que se abren ante los actores.

De esta manera, salud física y autonomía constituyen el criterio para hacer la distinción entre aspiraciones y deseos, así como para medir el progreso de una sociedad. Para realizar esta evaluación se utiliza el concepto de niveles óptimos, referidos a una esperanza de vida tan larga y tan exenta de enfermedades y dolencias físicas como sea posible (de acuerdo con la información genética de cada individuo) y con una minimización de las limitaciones sociales a la participación de la persona, unido a una comprensión cognitiva tan amplia como sea posible. El grado máximo de la autonomía será el conocimiento de otras culturas y la participación en los cambios cuando se considere necesario (libertades políticas). En este sentido, realizan una distinción entre autonomía como "libertad de agencia" y el grado superior de autonomía crítica: "libertad de acción" y "libertad política".

Las necesidades básicas no dependen del contexto, son objetivas y universales y tienen un sustento derivado del conocimiento científico —tanto de las ciencias naturales como sociales—, mientras que lo que se encuentra determinado culturalmente son los satisfactores. Siguiendo a Sen, distinguen entre el bien material y sus características o cualidades deseables[5] y definen las "características de los satisfactores universales"

[5] Ponen como ejemplo una comida que puede servir tanto para satisfacer el hambre como para establecer contactos sociales o propiciar la reunión familiar, y a la inversa, varios bienes pueden compartir una o más características, como en el caso de los productos alimenticios, que pueden ser muy distintos pero todos satisfacen el hambre (Doyal y Gough 1994, p. 200).

como "aquellas cualidades de los bienes, servicios, actividades y relaciones que favorecen la salud física y la autonomía en todas las culturas" (Doyal y Gough 1992, pp. 201 y 202). Al ser las características de los satisfactores universales, objetivos que pueden ser alcanzados mediante satisfactores específicos, los autores proponen denominarlas "necesidades intermedias" —para hacer menos oscura la frase, afirman— y pueden entenderse entonces como objetivos derivados de las necesidades de salud física y autonomía comunes a todas las sociedades, ya que contribuyen de forma positiva y universal a la realización de las dos necesidades básicas. Doyal y Gough proponen agrupar las necesidades intermedias de la siguiente manera:

— Alimentos nutritivos y agua limpia.
— Alojamientos adecuados a la protección contra los elementos.
— Ambiente laboral desprovisto de riesgos.
— Medio físico desprovisto de riesgos.
— Atención sanitaria apropiada.
— Seguridad de la infancia.
— Relaciones primarias significativas.
— Seguridad física.
— Seguridad económica.
— Enseñanza adecuada.
— Seguridad en el control de nacimientos, en el embarazo y en el parto[6] (Doyal y Gough 1994, pp. 202 y 203).

Los autores abordan también el tema de las necesidades especiales de ciertos grupos y señalan que son las mismas en todos los seres humanos, pero que en virtud de sus circunstancias están expuestos a "riesgos adicionales para su salud física y autonomía" y, en consecuencia, "requieren de satisfactores adicionales y específicos y de procedimientos para encararlos y corregirlos", de manera que una política de necesidades es com-

[6] Los autores admiten una excepción parcial a la definición de necesidades intermedias basada en diferencias biológicas significativas dentro de la especie humana, siendo la más relevante la relativa al sexo entre varón y mujer, lo que requiere de una característica satisfactoria universal adicional, esencial para la salud física y autonomía de la mitad de la especie humana; es por ello que se incluye la seguridad en el control de nacimientos y en el embarazo y parto, para que puedan gozar de las mismas oportunidades de participación en la sociedad que el hombre (Doyal y Gough 1994, p. 203).

patible con una política de la diferencia. Así, una teoría de las necesidades de los niños y adolescentes es compatible con las necesidades humanas y los satisfactores agregados serían explicados como mecanismos de protección complementarios por pertenecer a un grupo en una situación de riesgo derivada del proceso de desarrollo.

D. *Rawls: las necesidades desde una teoría de la justicia*

La teoría de la justicia de Rawls es particularmente interesante al abordar el tema de las necesidades de la infancia y adolescencia por varias razones. En primer lugar, la noción de necesidades básicas entendidas como "bienes primarios" indispensables para la participación del individuo en la sociedad está en el fundamento de su propuesta. Por otra parte, la teoría de este autor pretende dar una respuesta a la tensión entre las demandas de libertad e igualdad —derechos sociales y derechos individuales de tradición liberal— que se manifiesta de manera particular en el caso de los niños, sobre todo en las instituciones diseñadas para su protección y en la limitación de su autonomía en el ejercicio de los derechos. Finalmente, la idea de que la interacción entre actores sólo podrá ser justa si las posiciones en el punto de partida son equitativas se relaciona con la infancia y la manera en que se instrumenta la satisfacción de sus necesidades.

Rawls pretende construir su teoría de la justicia desde una base contractualista en la que el origen de la noción de justicia estaría en un acuerdo hipotético entre personas morales libres[7] e iguales, miembros de una sociedad. La concepción pública de la justicia daría lugar así a lo que denomina una "*sociedad bien ordenada*" en la que las instituciones sociales y políticas básicas reguladas por este entendimiento establecerían el marco dentro del cual los ciudadanos podrían interactuar y promover su propia perspectiva del bien.[8]

[7] Los ciudadanos son libres en dos sentidos: 1) en el sentido de que se conciben a sí mismos y a los otros con la facultad moral de tener una concepción del "bien", y 2) en el sentido de que se perciben con derecho de presentar sus exigencias a las instituciones con el fin de promover sus concepciones del "bien" (Rawls 2002, pp. 46-48). Rawls distingue su concepto de persona libre e igual de una concepción del ser humano derivada de la psicología o biología.

[8] Rawls concibe a la sociedad democrática como un sistema equitativo de cooperación en el cual los ciudadanos comparten ciertas ideas de cultura política, entre ellas la

Los miembros de la sociedad participarían en el acto colectivo de decisión sobre los principios de justicia a través de representantes situados en una "posición original", cubiertos por un "velo de ignorancia" acerca de su situación en la sociedad, así como la distribución de talentos y capacidades naturales, de modo que nadie salga beneficiado o perjudicado por las contingencias de clase social o de buena o mala fortuna. Los ciudadanos quedarían vinculados por los principios de justicia, que determinarían la "estructura básica de la sociedad", regulando los aspectos distributivos de las instituciones sociales, asignando derechos y deberes y ocupándose de las situaciones de desigualdad que derivan del hecho de haber nacido en las distintas posiciones sociales.

A través de los principios de justicia se pretende mejorar las expectativas sociales de quienes nacieron en situaciones desfavorecidas, para hacer posible la interacción de todos los ciudadanos de la sociedad como libres e iguales. Los principios que según Rawls serían el resultado de este acuerdo son los siguientes:

a) Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.
b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posibilidades abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia) (Rawls 2002, p. 73).[9]

Los principios de justicia permiten definir los derechos y libertades básicas y regular las desigualdades sociales y económicas de los ciudadanos a lo largo de toda su vida. Rawls propone una lista de bienes para delimitar el tipo de pretensiones que los ciudadanos pueden plantear cuando hay un problema de justicia, ya que sirve como criterio para rea-

idea de ciudadanos libres e iguales y la idea de una sociedad bien ordenada, es decir, regulada por una concepción pública de justicia; es la "idea de sociedad como un sistema equitativo de cooperación social a lo largo del tiempo de una generación a otra" (Rawls, 2002, p. 28).

9 La versión que se cita de los principios de justicia es la reformulación que presenta Rawls en *Justicia como equidad: una reformulación*, publicada en 2001.

lizar comparaciones interpersonales. Esta lista permite definir quiénes son en la sociedad los miembros "menos aventajados". Se entiende que estos bienes primarios mejoran la situación de los ciudadanos en términos de justicia, es decir, permiten hacer efectivo el principio de diferencia:

— Los derechos y libertades básicos: la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, junto con las demás. Estos derechos y libertades son condiciones institucionales esenciales requeridas para el adecuado desarrollo y el pleno e informado ejercicio de las dos facultades morales (en los dos casos fundamentales).
— La libertad de movimiento y la libre elección del empleo en un marco de oportunidades variadas que permitan perseguir diversos fines y que dejen lugar a la decisión de revisarlos y alterarlos.
— Los poderes y las prerrogativas que acompañan a cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad.
— Ingresos y riqueza, ambas como medios de uso universal (con un valor de cambio) que suelen necesitarse para lograr un amplio abanico de fines, cualquiera que sean éstos.
— Las bases sociales del autorrespeto, con lo que entendemos aquellos aspectos de las instituciones básicas normalmente esenciales si los ciudadanos han de tener clara conciencia de su valor como personas y han de ser capaces de promover sus fines con autoconfianza (Rawls 2002, pp. 91 y 92).[10]

Los bienes primarios son las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollarse plenamente y ejercitar las facultades de la persona moral, que son: la capacidad para tener un sentido de lo recto y de la justicia y la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción de bien. Estas facultades constituyen la base misma de la igualdad, pues permiten participar plenamente en la vida cooperativa de la sociedad. Los bienes primarios son "cosas generalmente requeridas o necesitadas por los ciudadanos en tanto que personas morales libres e iguales que buscan promover concepciones (admisibles y determinadas) del bien" (Rawls 1986, p. 199). Están constituidos por lo que Rawls considera que son un tipo especial de necesidades, como exigencias que las

[10] La versión que se cita de los bienes primarios es la reformulación que presenta Rawls en *Justicia como equidad: una reformulación*, publicada en 2001.

personas requieren para "mantener su rol o status,[11] o realizar sus aspiraciones esenciales" (Rawls 1986, p. 200). Los bienes primarios son cosas que necesitan las personas en su calidad de ciudadanos miembros de una sociedad, no simplemente como seres humanos, y en este sentido sólo éstos son relevantes en cuestiones de justicia, pues a diferencia de las aspiraciones y deseos son objetivos:

> Guiados por la concepción de la justicia, junto con su concepción de la persona y de la cooperación social, seleccionamos una lista práctica y limitada de cosas (los bienes primarios) que personas morales libres e iguales, que se han de embarcar en la cooperación social a lo largo de una vida completa, puedan aceptar como aquello que en general necesitan en cuanto ciudadanos de una sociedad justa. Esta lista proporciona una base para comparaciones interpersonales compatible con la autonomía (Rawls 1986, p. 209).

De esta manera, los principios de justicia junto con los bienes primarios proporcionan el marco adecuado para que cada ciudadano persiga su propia concepción del bien. Justicia y bien tiene papeles complementarios, aunque el concepto de justicia es anterior al de bien, pues limita las concepciones admisibles de bien y sirven para articular las instituciones sociales.

La propuesta de los bienes primarios permite incorporar a la teoría de la justicia el criterio de la satisfacción de necesidades básicas como elemento de equidad en una sociedad. De acuerdo con los dos principios de justicia propuestos por Rawls, podemos intuir que la satisfacción de las necesidades básicas constituye el fundamento de la sociedad cooperativa, en la que los ciudadanos pueden interactuar como personas libres e iguales.

Al proponer su lista de bienes primarios (independientemente de que se esté o no de acuerdo con su contenido) el autor realiza también una distinción entre aspiraciones o deseos y necesidades, pues los primeros no pueden ser elementos de legitimidad ni constituyen condiciones para la equidad, mientras que las necesidades efectivamente son el criterio de distribución de derechos y deberes a través de los cuales se hace posible la justicia. A pesar de que el mismo Rawls reconoce los límites de su teo-

[11] El estatus se refiere a la posición como persona libre e igual en la sociedad.

ría en el sentido de que es aplicable únicamente a un cierto tipo de sociedad, la idea de la equidad como elemento legitimador de las instituciones políticas y sociales parece ser acorde con una teoría de las necesidades humanas básicas, pues sustenta la intuición moral de que los hombres y mujeres somos libres e iguales, lo cual constituye el presupuesto para poder llegar a un acuerdo acerca de los principios de justicia.

Sin embargo, la teoría de la justicia como equidad tiene ciertas limitaciones al analizarse desde la perspectiva de las necesidades y derechos de la infancia. Rawls utiliza el concepto de ciudadano para referirse a quienes podrían participar en el convenio sobre los principios de justicia y a quienes les sería aplicable el criterio de los bienes primarios, pero nunca menciona su significado. Se entiende que si se utiliza el término ciudadano y no otro más genérico, como persona o miembro de la sociedad, es porque pretende describir a una clase restringida. El problema es que los límites no están definidos y esto puede tener como resultado que la equidad se entienda como dirigida a un grupo cerrado y justifique la exclusión de los que no pertenecen a él.[12]

En *A Theory of Justice* (1973) Rawls aborda de cierta manera este problema de la exclusión de los no-ciudadanos en el acuerdo sobre la justicia, afirmando que las personas situadas en la posición original desean que sus descendientes tengan un sistema semejante de libertades al que eligen para ellos mismos. De esta manera, en su opinión, quedan descartados los conflictos entre generaciones, pues estas libertades están aseguradas mediante el principio de libertad equitativa y dado que desde la posición original no se tiene la información sobre las futuras generaciones, los participantes suponen que los descendientes querrán tener protegida su libertad, de acuerdo con el criterio de los bienes primarios (Rawls 1973, pp. 208 y 209).

A pesar de que el autor defiende con mucha fuerza las libertades de los ciudadanos, el caso de los niños es considerado como una de las circunstancias que justifican una restricción a estas libertades, derivada de las condiciones naturales de la situación humana. El paternalismo sería entonces legítimo en el caso de los menores, aunque debe respetar los in-

12 En *La justicia como equidad: una reformulación* (2002) Rawls hace referencia explícita a algunos colectivos que han sido tradicionalmente discriminados, como es el caso de las mujeres, y al hablar de los derechos dentro de la familia lo resuelve al atribuirles la calidad de ciudadanos.

tereses y actuar como lo haría el interesado en caso de que tuviese facultad para decidir racionalmente, con el objetivo de proteger el consentimiento posterior. El paternalismo supone una menor libertad, ya que tiene como fin proteger al individuo en contra de sus propias decisiones o acciones irracionales y autoriza a una persona a actuar en beneficio de otra, guiada por las preferencias e intereses del individuo o, en su defecto, por los bienes primarios (Rawls 1973, pp. 244-250). Sin embargo, en mi opinión no queda claro de qué forma podría materializarse el contenido de las medidas paternalistas de acuerdo con los bienes primarios ni cuáles serían sus límites. De esta manera, parecería que al tratarse de los niños la autonomía no es tan importante y tampoco es relevante la adjudicación de derechos, pues la crianza de los hijos es competencia de la familia y pertenece al ámbito privado. Además, el valor de los menores, así como sus pretensiones, parecen estar en función únicamente de su condición de futuros ciudadanos: "Los derechos iguales de las mujeres y las legítimas pretensiones de sus hijos como futuros ciudadanos son inalienables y los protegen allí donde están" (Rawls 2002, p. 221).

Por otra parte, parecería también que el ser ciudadano está relacionado con tener cierta capacidad intelectual, pues se menciona un proceso de desarrollo gradual de esta facultad que se alcanza al llegar a la "edad de la razón", además de que las intervenciones paternalistas únicamente estarían justificadas por la pérdida o ausencia de razón o voluntad, de manera que se asume que éstas son inexistentes o al menos insuficientes en el caso de los menores: "En las circunstancias normales de la vida humana, estas facultades se desarrollan gradualmente y, a partir de la edad de la razón, se ejercen muchos tipos de juicios sobre la justicia de todo tipo de objetos, desde la estructura básica de la sociedad hasta las acciones particulares y el carácter de la gente en la vida cotidiana" (Rawls 2002, p. 55).

El problema es que se asume como evidente el límite entre la "edad de la no-razón" y la "edad de la razón", es decir, el límite entre el niño y el adulto, y esta diferencia es importante sobre todo considerando que los bienes primarios están destinados a promover la equidad y justificar un principio de diferencia en la asignación de los recursos sociales entre los ciudadanos, de manera que no queda claro de qué manera sería aplicable a los miembros de la clase infancia —es decir, no ciudadanos—.[13] Al pa-

[13] Rawls reconoce un papel a las necesidades de los niños (crianza y educación) únicamente en la asignación de los recursos sociales que debe decidirse en la etapa legislati-

recer, Rawls se inclina por la consideración tradicional de incluir los derechos de los menores en el ámbito familiar, y supone que dentro de éste se proveerá al "futuro ciudadano" de todo lo necesario, no sólo para vivir, sino para convertirse en un miembro que coopere con la sociedad, leal a las instituciones políticas y sociales y que ejerza de manera responsable su autonomía: "El trabajo reproductivo es trabajo socialmente necesario. Aceptado esto, resulta esencial, para el papel de la familia, que la crianza y el cuidado de los niños sean quehaceres dispuestos de un modo razonable y efectivo, para que quede asegurado su desarrollo moral y su educación en una cultura más amplia" (Rawls 2002, p. 217).

2. *Necesidades básicas y derechos*

Una vez expuestas algunas de las teorías sobre las necesidades humanas queda pendiente la cuestión de la vinculación con los derechos. ¿De qué manera pueden las necesidades básicas traducirse al lenguaje jurídico?, y ¿de qué tipo de derechos hablamos cuando nos referimos a necesidades básicas? La relación entre necesidades y derechos parece formar parte de una intuición; sin embargo, se requiere justificar cómo se produce este nexo, pues resulta claro que de la simple evidencia empírica de la existencia de determinadas condiciones necesarias para la vida humana no se puede desprender directamente la existencia de derechos fundamentales, ya que ello supondría saltar la brecha entre lo fáctico y lo normativo, incurriendo en la llamada falacia iusnaturalista.

Como muestran las teorías expuestas, cuando hablamos de necesidades humanas básicas en un contexto de justificación —ya sea ética o jurídica— parece claro que se está haciendo referencia a la existencia de ciertas condiciones objetivas y universales. Para Vázquez, la idea de necesidades permite situarnos en una posición de objetivismo moral[14] en la

va, al concretar los representantes los principios de justicia (Rawls 2002, p. 230); sin embargo, los niños no parecen tener un lugar por derecho propio en relación con la utilización de los bienes primarios como criterio de comparaciones interpersonales en términos de justicia.

14 Para Vázquez existen tres versiones del objetivismo moral: la característica común es que parten de la idea de que los principios morales se apoyan en consideraciones que cualquiera podría aceptar; sin embargo, una primera versión pretende "deducir" estos principios de propiedades, deseos o preferencias de los individuos sin apelar a ninguna premisa normativa como fundamento, incurriendo en la falacia iusnaturalista; la segunda

que los principios morales se apoyan en consideraciones que cualquiera podría admitir; en otras palabras, "parte de la aceptación de premisas normativas a partir de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad y de la imparcialidad". Esta vía se conoce como constructivismo (y se explica más detalladamente en el capítulo cuarto de este trabajo) e implica que dichas premisas deben ser aceptadas sin justificación ulterior, pero al ser producto del consenso discursivo podrán ser siempre cuestionadas de tal manera que los principios no tienen validez absoluta sino *prima facie* (Vázquez 1999, pp. 34 y 35). Sin embargo, el discurso moral se basa en el reconocimiento objetivo y en la necesidad práctica de superar las limitaciones del ser humano, de tal manera que, tal como sostiene Zimmerling, es necesario establecer un criterio que pueda servir como límite inferior de la moral.

Zimmerling parte de la idea de que el objetivo básico de la moral puede interpretarse como el de "determinar en qué medida el ejercicio de la capacidad de decisión de unos puede, o incluso debe ser restringido en aras de la capacidad de acción de otros" (Zimmerling 1990, pp. 36 y 37). De modo que propone como punto de partida de la discusión ética —que cumpla la función de premisa sin justificación ulterior— dos criterios fundamentales de la moral: por un lado el criterio de la libertad, la existencia del ser humano en tanto agente, de modo que el que llama "prejuicio" en favor de la libertad podría servir como "límite superior" de la moral, mientras que el "límite inferior" estaría dado por un "prejuicio" a favor de la subsistencia del agente humano, esto es, por aquellas condiciones que requiere para actuar como agente y ser sujeto de la moral, es decir, las necesidades básicas. Para Zimmerling, de la idea misma de libertad surge la necesidad práctica de otro criterio que sirva como límite inferior y permita a los individuos gozar y ejercer la libertad. El concepto de necesidades básicas tiene varias ventajas para desempeñar esta función, pues en primer lugar se trata de un concepto ampliamente reconocido como criterio normativo, hasta el punto de que muchas veces se alude a las necesidades básicas como si eso constituyera ya la reivindicación

pretende obtener las premisas normativas a través de un consenso fáctico, convirtiéndose así en una variante del subjetivismo relativista por no tener ninguna valoración objetiva; finalmente, el único aceptable es el que consiste en la aceptación de premisas normativas a través del discurso moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad y de la imparcialidad, que es el que se expone (Vázquez 1999, pp. 33-35).

de un derecho —aunque si no se explica la existencia de un "puente", esto significa confundir los planos óntico y deóntico—; por otra parte, el concepto de necesidad cumple también con los requisitos de objetividad —al derivar de datos empíricos— y de universalidad —que se consigue a través de la delimitación de lo que se entiende por necesidades básicas relevantes para el discurso ético, distinguiéndola por ejemplo de las aspiraciones y deseos, como han hecho Doyal y Gough y Garzón, entre otros— (Zimmerling 1990, pp. 38-47). Creo que es posible reconocer el papel del concepto de necesidades básicas en el discurso moral cumpliendo con la función propuesta por Zimmerling, pero ¿cómo se traduce esto al lenguaje propiamente jurídico? Hace falta detallar cómo se articula el paso de las necesidades básicas como límite inferior de la moral a la fundamentación de los derechos subjetivos.

De Lucas y Añón explican que la fundamentación de los derechos desde las necesidades puede ser formulada desde dos puntos de vista:

1) Según el primero, un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica, porque se entiende que existe una conexión directa entre ambos. La necesidad va dirigida a algo que se considera valioso, las necesidades y los valores son afines y el derecho no se funda directamente en la necesidad, que sería un soporte ulterior, sino en el valor al que dan lugar y por lo que existe una necesidad "en orden a".
2) La segunda versión estima que entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la "prueba" de una exigencia fuerte (*claim*), donde las necesidades apoyarían, argumentarían a favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho. Este último planteamiento exige no confundir necesidades como razones para la existencia de un derecho con la necesidad como derecho (De Lucas y Añón 1990, p. 76).

Para los autores, las necesidades básicas cumplen su función en la esfera de la fundamentación de los derechos humanos, los últimos como exigencia de satisfacción de las primeras. Las necesidades constituyen razones para la acción, aunque no todas las necesidades son traducibles a derechos; se requiere recurrir al criterio de racionalidad y razonabilidad para su traslación al ámbito jurídico, "proceso que pasa por el consenso

de la comunicación para su aceptabilidad y legitimación, pero que exige además un aparato discursivo racional previo" (De Lucas y Añón 1990, p. 81).

El papel de las necesidades en la fundamentación de los derechos había sido ya expuesta por Hierro, aunque desde una perspectiva distinta a la de De Lucas y Añón, derivada, aparentemente, de un concepto de derecho subjetivo distinto, entendido desde la teoría del beneficiario. Hierro concluye "aproximadamente que tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso" (Hierro 1982, p. 57). En este sentido, la libertad —que es considerada por los defensores de las teorías voluntaristas como elemento esencial de cualquier derecho— se percibe como una necesidad, dando así lugar a un tipo de derechos —derechos discrecionales—, aunque existe otra clase de derechos que no suponen una obligación de dejar actuar con libertad —derechos obligatorios— (Hierro 1982, pp. 58-60). Para Hierro se trata de un problema conceptual, además de normativo, pues en su opinión "en cuestión de valores, concepto y fundamento son aspectos muy cercanos" (Hierro 1995, p. 250); el concepto de necesidades básicas deriva su carácter normativo del valor que se da a la existencia y realización humanas, ya que esto les convierte en un "bien no negociable":

> Supongo que lo único que hay que dar por supuesto es que atribuimos un valor infinito a la existencia y realización de cada ser humano individual. Si alguien lo niega, pocas razones le quedarán para sostener que su propia existencia y realización ha de ser valiosa para los demás. Si, por el contrario, lo acepta, tiene ya suficiente bagaje para atribuir carácter normativo a las necesidades básicas de los seres humanos… (Hierro 1995, p. 252).

Para Garzón —siguiendo a Bunge—, la vinculación entre necesidades básicas, derechos y deberes morales se da a través de un proceso de tres pasos: constatación, evaluación y exigencia. Los enunciados sobre necesidades son relativos respecto a un doble marco de referencia: primero, la existencia de leyes naturales que establecen una relación causal entre la satisfacción de necesidades básicas y el bienestar de las personas, que aporta un elemento de objetividad; y, segundo, por la evaluación que las personas establecen con respecto a su propio bienestar. El tercer paso estaría dado porque los individuos no sólo evalúan positivamente su bienestar, sino que exigen su satisfacción; este paso es claramente normati-

vo y estaría contenido en la suposición de que la no satisfacción de las necesidades básicas afecta intereses vitales de las personas, de tal manera que puede concluirse un derecho a no ser dañado en éstos: "La conclusión que de aquí pude inferirse reza: las personas tienen derecho a no ser dañadas en sus intereses vitales y tienen el deber de no dañar a los demás impidiendo la satisfacción de sus necesidades básicas o de sus intereses vitales" (Garzón 1993, p. 423).

Sin embargo, es obvio que no todas las necesidades pueden tener un papel en la fundamentación de los derechos subjetivos, de tal manera que se requiere de otros criterios para delimitar más exactamente cuáles pueden ser candidatas a actuar en esta labor de justificación. En primer lugar, debe ser posible su exigencia como derechos y debe ser posible su satisfacción. La primera condición quiere decir que no todas las necesidades se pueden especificar en términos de derechos; De Lucas y Añón citan la necesidad de amor y afecto como ejemplo del tipo que no puede ser traducido a derechos (aunque, como veremos, en el caso de los niños existen maneras de atender a la necesidad de apego). En cuanto a la segunda, Hierro se refiere con ello a que para que exista un derecho deben existir razones suficientes (que excluyen, entre otras cosas, la escasez) para imponer un deber correlativo que garantice su efectividad; de lo contrario, hay que deducir que no puede sostenerse la existencia de tal derecho.

Por otra parte, las necesidades básicas que constituyen buenas razones para la fundamentación de los derechos humanos deben exigir incondicionalmente su satisfacción. Esto significa que, al ser el concepto mismo de necesidad condicional, las necesidades básicas se distinguen de otro tipo de necesidades porque el fin al que apelan no necesita justificación. Una de las propuestas para subrayar este carácter incondicional de las necesidades ha sido recurrir a la noción de daño, de una manera similar a la propuesta por Doyal y Gough. Añón recurre a esta idea para argumentar que las necesidades proporcionan razones a favor de determinadas exigencias y pueden aportar argumentos para reclamar su proyección en la esfera de los derechos. Las necesidades que podrían alcanzar articulación jurídica son aquellas fundamentales, categóricas o básicas, de acuerdo con los siguientes criterios:

> Los criterios relevantes son: sufrimiento o daño, insoslayabilidad y ausencia de una situación alternativa, o imposibilidad de una situación futura

> sustitutoria, de acuerdo con una previsión lo más realista posible. El segundo criterio a tener en cuenta aparte de este tipo de necesidades haría referencia a la idea de que no pueden ser satisfechos por uno mismo y, finalmente, habría que explicitar una tercera exigencia según la cual los medios de satisfacción han de poder ser articulados a través de normas vinculantes. Estos criterios considerados conjuntamente pueden encontrarse en la base de los derechos y también analizar qué relaciones pueden establecerse entre ellas y los valores (Añón 1994, p. 287).

Una precisión importante respecto de este concepto es el que hace Garzón al diferenciar entre "ser dañado" y "sentirse dañado", que refleja la posibilidad de que el individuo se equivoque respecto de sus necesidades básicas. El ser dañado da cuenta de una situación objetiva, mientras que el sentirse dañado puede expresar un estado mental subjetivo que puede no tener relación con datos fácticos. Esta diferencia es importante para los casos de justificación del paternalismo, ya que en el caso de los incompetentes básicos no resulta relevante la apreciación subjetiva, sino las situaciones que objetivamente pueden constituir un riesgo para las personas; esta afirmación será objeto de un análisis más detallado en el capítulo cuarto. No hay que olvidar tampoco que Doyal y Gough relacionan la idea de perjuicio con la incapacidad para buscar la visión propia de lo bueno, de tal manera que éste puede servir como criterio para determinar cuándo se ha producido un daño.

Zimmerling propone también vincular las necesidades básicas con la integridad física y psíquica de las personas como criterio para distinguirlas de las necesidades en un sentido más débil y establecer así su universalidad. En mi opinión, esta postura coincide con la clasificación de Doyal y Gough en salud física y autonomía para las necesidades humanas en general y la especificación de las necesidades de los niños de Ochaíta y Espinosa, y que se tomará como fundamento para una argumentación sobre los derechos del niño en este trabajo.

Por otra parte, se hace énfasis también en el carácter cambiante de las necesidades en un doble sentido: relativas a su historicidad y a la pertenencia del individuo a una sociedad determinada. A esto creo que se refiere Garzón cuando dice que el concepto normativo de daño debe interpretarse en un sentido amplio que presenta características universales y especiales relativas a la sociedad a la que pertenezca el sujeto, dada la re-

lación que guardan éstas con el bienestar de las personas. Esto se debe a que, de acuerdo con la definición de Bunge, las necesidades pueden ser primarias —comunes a cualquier sociedad— y secundarias en un sentido amplio[15] —relativas a una sociedad en especial—, y el concepto de daño debe tomar en cuenta ambos aspectos, aunque aclara que los resultados de la conjunción pueden variar en virtud del carácter dinámico de las necesidades básicas secundarias (Garzón 1993, p. 430). Zimmerling dice que las "necesidades convencionales" son aquellas "derivadas" de las circunstancias en las que viven las personas, pero que son igualmente básicas en el sentido de que definen requisitos para la salud física y psíquica —salud física y autonomía— en el contexto en el que vive (Zimmerling 1990, p. 50). De Lucas y Añón consideran que el carácter cambiante de las necesidades, específicamente su historicidad, tiene como consecuencia que no se pueda establecer un catálogo cerrado de las mismas, ya que de otro modo se caería en las construcciones basadas en concepciones de la naturaleza humana como inmutable, además de que permiten un acercamiento a la fundamentación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (De Lucas y Añón 1990, pp. 79 y 80).

La historicidad de las necesidades básicas parece contradecir la conclusión de Max-Neef en lo que se refiere a su universalidad, es decir, que son comunes a todas las culturas y periodos históricos. No obstante, el mismo autor acepta la transformación de las necesidades conforme a la evolución de la especie, de acuerdo con un proceso dinámico de interacción entre desarrollo y necesidades. Esta aparente paradoja parece diluirse si consideramos la distinción de Max-Neef entre necesidades y satisfactores, pero sobre todo si aceptamos la propuesta de Doyal y Gough de considerar como necesidades básicas la salud física y la autonomía, y el resto como necesidades intermedias. Esta postura permite presumir la permanencia en el tiempo y entre los contextos de las necesidades de salud física y autonomía, y admitir la modificación en las necesidades derivadas. Ciertamente, la utilización del término "básicas" puede acarrear confusión en el sentido de excluir a las necesidades intermedias como ra-

[15] Garzón propone ampliar la noción de necesidades básicas secundarias, ya que Bunge considera que su satisfacción es indispensable para mantener o conservar la salud en una determinada sociedad; por ejemplo, la falta de educación escolar suficiente de acuerdo con los estándares de una determinada sociedad puede "ser "indecente" y afectar sustancialmente el bienestar de una persona" (Garzón 1993, p. 430).

zones a favor de los derechos; sin embargo, como se desprende de la misma teoría, el carácter intermedio no menoscaba su función, simplemente se trata de una distinción con fines metodológicos que busca facilitar el consenso en torno a la universalidad de las necesidades. De acuerdo con estos argumentos, me referiré a ambos tipos de necesidades —salud física y autonomía, y las derivadas de éstas— como "necesidades básicas", considerando que desempeñan un papel en la fundamentación de los derechos.

En conclusión, parece posible afirmar que las "necesidades básicas" desempeñan un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos en tanto constituyen razones para que su satisfacción sea exigible mediante la imposición de un deber correlativo. Estas necesidades deben reunir varios requisitos: ser traducibles al lenguaje de los derechos, existir la posibilidad de su realización, ser universales, apelar a fines últimos y ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que su no satisfacción tenga como consecuencia un daño grave para el individuo. A pesar de que esta definición nos da una idea bastante cercana al tipo de necesidades a las que se hace referencia cuando se las vincula con los derechos, hace falta mayor explicación; es decir, describir específicamente cuáles son estas necesidades y cuáles exigen incondicionalmente su satisfacción, especialmente en el caso de los niños. En otras palabras, si es que existen necesidades básicas características de la infancia, cuáles son y por qué pueden ser consideradas como base de los derechos de los niños, lo que se intentará responder desde un enfoque multidisciplinario.

II. Necesidades específicas de cada una de las etapas de la infancia

Como se ha dicho ya, una de las dificultades al intentar construir una teoría de las necesidades durante la infancia es que la exclusión de la consideración de las características particulares de los niños en las distintas teorías de las necesidades básicas es relativamente común, pues Doyal y Gough están entre los pocos que hacen un intento por considerar las necesidades especiales de ciertos grupos. No obstante, en los últimos tiempos podemos ver esfuerzos por realizar esta construcción teórica, en-

tre los cuales podemos destacar especialmente los trabajos de F. López[16] (López 1995), E. Ochaíta (Ochaíta, 2000) y M. A. Espinosa (Espinosa, 2001), que han intentado construir, a partir de los conocimientos del niño aportados por las distintas disciplinas relacionadas con la infancia y el desarrollo, una teoría sobre las necesidades de los niños y adolescentes. Grude Flekkøy, ex defensora del Menor en Noruega, propone ciertos requisitos que debe cumplir una propuesta de esta naturaleza:

— Considerar que el niño es eminentemente activo en la construcción de su desarrollo.
— Diferenciar entre necesidades y deseos.
— Tener en cuenta que las necesidades se manifiestan de diferentes formas en las distintas etapas del desarrollo infantil y adolescente.
— Aceptar las diferencias culturales en la satisfacción de las necesidades infantiles (citado en Ochaíta 2000, p. 163).

Los trabajos sobre las necesidades servirán como herramientas para el desarrollo de una teoría de las necesidades de los niños y adolescentes que además nos lleve a comprender de qué manera se puede instrumentar el ejercicio de sus derechos. La distinción entre necesidades y satisfactores de Max-Neef hace posible sostener la existencia de necesidades básicas en los niños, distinguiendo la forma en que se muestran durante estas etapas y reconocer que dichas necesidades pueden ser satisfechas de diversas maneras de acuerdo con el contexto cultural, pues al ser un periodo de desarrollo caracterizado por el crecimiento acelerado en todos los aspectos de la persona, las necesidades se manifiestan de manera muy específica y requieren de satisfactores también diferentes de acuerdo con cada edad. Por otra parte, tal como lo señalan Doyal y Gough, por sus circunstancias particulares los niños constituyen un grupo especialmente vulnerable, ya que, en primer lugar, son dependientes durante los primeros años de vida de un adulto que les proporcione los bienes que requieren, además de que se les ha negado tradicionalmente la capacidad para ejercer su autonomía en la satisfacción de necesidades y, por último, des-

[16] F. López propone una taxonomía de necesidades del niño clasificándolas en tres grandes grupos: *a)* necesidades de carácter físico biológico; *b)* necesidades cognitivas, y *c)* necesidades emocionales y sociales, que a su vez pueden ser sociales, sexuales y con el entorno físico y social (López 1995, p. 54).

de una teoría de la justicia —como la de Rawls—, los niños no tienen voz para manifestar ni participar en las decisiones públicas acerca de la distribución de recursos.

E. Ochaíta (2000) y M. A. Espinosa (2001) han desarrollado una teoría de las necesidades de la infancia y la adolescencia en la que, tomando como punto de partida la clasificación de Doyal y Gough en necesidades de salud física y autonomía, realizan una propuesta de satisfactores primarios o necesidades secundarias para la infancia y adolescencia, así como para cada una de las etapas tradicionales en que se distinguen según varias escuelas de la psicología del desarrollo. Los satisfactores básicos o necesidades secundarias propuestas son las siguientes:

Salud física	*Autonomía*
— Alimentación adecuada — Vivienda adecuada — Vestidos e higiene adecuados — Atención sanitaria — Sueño y descanso — Espacio exterior adecuado — Ejercicio físico — Protección de riesgos físicos	— Participación activa y normas estables — Vinculación afectiva primaria — Interacción con adultos — Interacción con iguales — Educación formal — Educación no formal — Juego y tiempo de ocio — Protección de riesgos psicológicos
— Necesidades sexuales[17]	

La separación y clasificación de los satisfactores primarios o necesidades secundarias obedece a un esfuerzo de simplificación, ya que éstos funcionan como un todo integrado, y tal como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, satisfactores, necesidades, características del individuo y contexto cultural interactúan como un sistema complejo. Es necesario aclarar que la división por etapas no implica la aceptación de periodos críticos durante el desarrollo (que correspondería a una postura rupturista), pues este proceso es único en cada ser humano y se va produciendo a lo largo del tiempo y de manera gradual. La división responde a

[17] La aceptación de necesidades sexuales es una novedad respecto de la taxonomía propuesta por Doyal y Gough.

un intento por hacer más fácil la comprensión de las transformaciones que se producen durante la infancia y de las características genéricas de cada periodo evolutivo.

1. *Recién nacido*

Las primeras semanas de vida constituyen el periodo de mayor dependencia del ser humano, ya que, como se ha mencionado, el nacimiento prematuro propio de la especie tiene como consecuencia que en este tiempo sea absolutamente indispensable la intervención de los adultos para la satisfacción de las necesidades básicas. Por otra parte, es una época en la que se producen numerosos cambios, pues el bebé tiene que aprender muchas cosas para adaptarse al medio en los primeros días fuera del vientre materno: respirar, regular su temperatura corporal, recibir información del entorno físico y social, etcétera.

A. *Necesidades intermedias de salud física en el recién nacido*

Debido al gran esfuerzo de adaptación y crecimiento que tiene que realizar el individuo durante los primeros días de su vida, es fundamental que los satisfactores de salud física le sean proporcionados en la cantidad y oportunidad adecuados. La mejor alimentación para el bebé durante los primeros seis meses es la lactancia materna, pues además de contener una combinación balanceada de nutrientes, estimula la creación del vínculo de apego entre madre e hijo, ayuda a fortalecer las mandíbulas y proporciona anticuerpos que protegen al niño contra las enfermedades (sería lo que Max-Neef llamaría un satisfactor sinérgico). Erikson señala también que en el ejercicio de la lactancia el niño aprende a recibir, ya que necesita realizar un ejercicio de coordinación con la madre que requiere de mutualidad de relajación, lo que constituye la primera experiencia cordial de "el otro", indispensable para posteriormente llegar a ser un "dador" (Erikson 1987, pp. 65 y 66). En relación con la vivienda y el vestido, las necesidades también son peculiares, pues durante los primeros días el bebé no ha desarrollado completamente el mecanismo de regulación de la temperatura corporal, por lo que requiere estar bien abrigado, de lo contrario el organismo buscará compensar la falta de ca-

lor con riesgo de producir daños graves; además, la ropa del bebé debe permitirle realizar movimientos físicos y reflejos, ya que mediante éstos empieza a interactuar con el mundo y a ejercitar su autonomía.[18] Las condiciones de higiene son también fundamentales, pues el bebé es más propenso a contraer enfermedades por no tener completamente desarrollado el sistema inmunológico. Las necesidades de sueño presentan grandes diferencias con las de los adultos; un recién nacido requiere de 16 a 20 horas diarias de sueño en un lugar seguro, tranquilo y con temperatura adecuada, al igual que la atención sanitaria, pues tanto el parto como los primeros días deben ser vigilados por personal médico especializado y es necesario un seguimiento médico y un calendario de vacunación (Espinosa 2001, pp. 300-306).

B. *Necesidades intermedias de autonomía en el recién nacido*

A pesar de la aparente vulnerabilidad del bebé, ya en los primeros momentos comienza a ser activo en su desarrollo, desde el inicio empieza a interactuar con los adultos y a comunicarse para expresar sus demandas (por ejemplo, a través del llanto). La atención a estas necesidades, tal como señala Erikson, estimulará en él la confianza básica. De la respuesta que reciba a estos intentos de comunicación dependerá en muy buena medida el interés para seguir interactuando y, por tanto, será fundamental para el desarrollo. En este sentido, las conductas preprogramadas ayudan al bebé a relacionarse con los adultos y a éstos a reaccionar adecuadamente ante sus gestos. Los reflejos, que se presentan como una respuesta ante determinados estímulos,[19] permiten al recién nacido comenzar a actuar sobre el mundo,[20] de ahí la importancia de que los adultos que estén

18 Es por esta razón que hoy en día la costumbre de fajar a los bebés, tan común durante muchos siglos, es considerada una práctica de maltrato infantil.

19 Algunos ejemplos de reflejos del recién nacido son: succión, que responde al introducir un objeto en la boca y le sirve al bebé para alimentarse; búsqueda, que se da al contacto con la mejilla y sirve para orientar la boca hacia la fuente de alimentación, y prensión, que responde al contacto con la palma de la mano y sirve para mantenerse agarrado (Delval 1999, p. 110).

20 Existen algunos reflejos que se van a conservar a lo largo de toda la vida y cuyo valor adaptativo es visible; sin embargo, algunos otros como natación, reptación, Moro (nombre con el que se conoce al reflejo que se produce ante un sonido intenso, pérdida de sustentación o golpe sobre la superficie que sostiene al niño y consiste en la apertura y

al cuidado del niño respondan y alienten sus conductas, satisfaciendo también así la necesidad de educación informal. Esta interacción favorecerá también la creación de los vínculos afectivos que se irán desarrollando con el tiempo. La relación con iguales puede darse con hermanos u otros bebés; sin embargo, durante esta etapa no resulta tan importante como posteriormente, al igual que la educación formal y el juego, que aún no puede considerarse propiamente como tal, pues se limita al ejercicio de los movimientos reflejos que servirán como punto de partida para la construcción del desarrollo. Sin embargo, al parecer, desde los primeros días de su vida los bebés son buscadores de estímulos sociales que les permiten irse adaptando a su entorno (Espinosa 2001, pp. 306-309).

2. *Primera infancia*

La primera infancia abarca el periodo comprendido desde el primer mes de vida hasta aproximadamente los dos años de edad. Durante esta fase se producen también grandes transformaciones en poco tiempo y el niño sigue teniendo un alto grado de dependencia de los adultos, por lo que necesita protección contra los riesgos que conlleva este desarrollo. Crece rápidamente y va adquiriendo control sobre su cuerpo, va aprendiendo a girar sobre sí mismo, sentarse, gatear, caminar,[21] lo que le permite ir explorando su entorno y ampliando su círculo de relaciones sociales. Además, va aumentando su capacidad de comunicación con las personas y más tarde se produce el desarrollo del lenguaje oral. Por otra

luego el cierre de los brazos y piernas) o presión plantar desaparecen al cabo de algunos meses y se desconoce su utilidad y significado. Probablemente sean resquicios que han quedado de nuestro pasado remoto: "Por el momento no sabemos con certeza su utilidad, pero no es improbable que efectivamente sean un resto de nuestra historia y nos sirva para recordar de dónde venimos" (Delval 1999, pp. 115 y 116).

21 El desarrollo motor es un buen ejemplo de la interacción entre herencia y ambiente, en concreto de la importancia de la estimulación por parte de los adultos durante la primera infancia, pues las representaciones sociales condicionan el tipo de respuestas que va dando el bebé. Cyrulink ejemplifica esto con las diferencias en los logros del desarrollo motor de acuerdo con las pautas culturales: por ejemplo, en Costa Rica las madres conceden especial importancia a los balbuceos y a la posición de sentado; estos logros son celebrados efusivamente, por lo que a partir del décimo mes los niños utilizan sus logros motores para influir en sus madres, lo que favorece que éstos aparezcan a más temprana edad (Cyrulink 2002, pp. 95 y 96).

parte, durante este periodo tiene lugar la formación de los vínculos de apego, que definen un estilo relacional que será decisivo para toda la vida.[22]

A. *Necesidades intermedias de salud física en la primera infancia*

La alimentación a lo largo de esta etapa requiere una atención especial, pues se van incorporando alimentos a la dieta del bebé a partir de los seis meses y debe cuidarse la adaptación al nuevo régimen, ya que su tolerancia es limitada. El destete es un momento crítico, pues existe riesgo de desnutrición por no alimentarlo adecuadamente, sobre todo cuando el medio social impide costear alimentos nutritivos o cuando los cuidadores no disponen de información al respecto. El crecimiento fisiológico durante este tiempo es el más acelerado que se produce durante la vida de una persona, pues durante el primer año el niño triplica su peso y aumenta aproximadamente un 50% de estatura, y al final del segundo año su peso se ha multiplicado por cuatro y ha crecido un 75%. Todo ello, unido a la intensa actividad física, requiere un aporte calórico extra, por lo que se precisa de un cuidado especial en este aspecto. La vivienda debe tener las condiciones de higiene necesarias y permitir que el niño pueda moverse libremente, explorando su mundo sin riesgo de lastimarse; los vestidos deben ser acordes con la temperatura y permitir la movilidad, protegiendo al niño de posibles daños. Aumenta también la necesidad de espacios exteriores adecuados donde poder respirar aire libre y comenzar a conocer su entorno. De igual manera es importante el seguimiento sanitario, especialmente respecto de la vacunación, ya que la defensa antiinfecciosa es aún imperfecta. Durante esta etapa los niños van adaptando sus horarios de sueño al de los adultos que les rodean, es decir, el periodo de vigilia va aumentando, aunque sigue siendo mayor su demanda, ya que hacia el final de la primera infancia el niño duerme un promedio de doce horas al día. En relación con las necesidades sexuales,

[22] Durante mucho tiempo, conductistas y psicoanalistas afirmaron que los intereses afectivos por los demás eran aprendidos; sin embargo, tras numerosas investigaciones sobre el tema se ha concluido que no es así: "Hoy puede decirse que toda la psicología evolutiva reconoce que los niños están originalmente orientados e interesados por los miembros de su especie y que dicho interés y preorientación incluye como un elemento básico la necesidad original de establecer vínculos afectivos" (López 1995, p. 22).

a partir de los cinco meses los bebés comienzan también a explorar su cuerpo y a realizar conductas de autoestimulación, por lo que los adultos deben aceptarlo con naturalidad y protegerlo de posibles abusos sexuales (Espinosa 2001, pp. 312-316).

B. *Necesidades intermedias de autonomía en la primera infancia*

La autonomía durante esta etapa aumenta considerablemente, pues el niño ya es capaz de desplazarse por sus propios medios y necesita ir descubriendo el mundo que le rodea para aprender y construir su desarrollo. Es cada vez más activo tanto con los objetos como con las personas, aunque, como se ha mencionado, las respuestas de los adultos a sus intentos de comunicación y de aprendizaje le animarán a continuar realizando estas actividades. En la interacción íntima los niños reciben estimulación social "que se adapta a sus capacidades, es contingente a sus demandas y está contextualizada en un clima afectivo que le permite aprender a la vez que sentirse seguro" (López 1995, p. 27), por lo que la figura de apego es fundamental no únicamente en el plano emocional, sino también en el aprendizaje y estimulación, pues además los adultos fungen como mediadores interpretando los movimientos del niño al señalar los objetos o situaciones externas, lo que contribuye a la formación del lenguaje y al desarrollo de la función simbólica que hará posible más tarde la comprensión de los símbolos de la cultura.

El niño comienza a manifestar preferencia por algunas personas y hacia los seis u ocho meses se van formando los vínculos de apego con el o los cuidadores primarios, indispensables para el desarrollo de la personalidad. Se ha demostrado que el vínculo de apego es una necesidad tan vital como el alimento o el sueño, ya que permite al niño tener la seguridad necesaria para desarrollar su autonomía,[23] pues el sentirse querido le per-

[23] Bowlby habla sobre las consecuencias de la falta de cuidados maternales en el niño, siendo tres las condiciones a las que puede estar vinculada la insuficiencia de la relación de dependencia con la madre: ausencia de la madre o sustituto materno, discontinuidad de relación con el objeto materno e inseguridad de relación con el objeto materno. Aunque Bowlby estudió a los niños sin hogar, señala junto con Spitz que pueden existir carencias importantes en los niños que viven con sus madres si no se da la formación de un apego seguro. Spitz denominó "depresión anaclítica" al trastorno que provoca en un niño la privación de los cuidados maternos, por su parecido con los síntomas de la depresión adulta y la describe de la siguiente manera: durante el primer mes de ausencia el ni-

mite explorar el mundo y, tal como señala Erikson, buscar la autonomía sin que corra peligro la confianza adquirida, permitiendo que la madre (o el padre) se aleje sin experimentar ansiedad. Por otra parte, se ha descubierto que el vínculo de apego puede establecerse con más de una persona a la vez (pues tradicionalmente ha sido la madre la principal figura), lo que favorece la adaptación ante el caso de separación de la madre o de la llegada de un nuevo bebé. Se ha demostrado también que la falta de vínculos afectivos ocasiona sufrimientos psicológicos y hacen al niño un ser más vulnerable social y biológicamente,[24] y que los niños que son objeto de maltrato generalmente desarrollan un apego inseguro que tiene como consecuencia un retraso en el crecimiento físico y cognitivo, así como en la aparición del lenguaje y del sentido del yo. Por el contrario, los que han logrado un apego seguro generalmente son curiosos, sociables, independientes y competentes en la etapa preescolar.

La interacción con los iguales comenzará a ser fundamental hacia el final de este periodo, al igual que la educación formal, que no es necesaria durante esta fase, pues la educación informal proporciona al niño las herramientas y habilidades necesarias para estos años, siempre y cuando sea coherente y establezca límites claros que le proporcionen fuentes externas de autocontrol antes de que pueda ejercer por sí mismo un mayor grado de autonomía (Espinosa 2001, pp. 317-324). Los padres deben

ño gimotea, se hace exigente y agarra al observador que entra en contacto con él; al segundo mes se presentan chillidos, pérdida de peso y detención del proceso de desarrollo; en el tercer mes el niño rechaza el contacto, adopta una posición patognomónica (acostado sobre el vientre), continúa la pérdida de peso, junto con tendencia a contraer enfermedades, generalización del retraso motor y rigidez de expresión en el rostro; más tarde persiste el retardo, haciéndose letárgico, y queda establecida la rigidez facial. La perturbación desaparece si la madre regresa o surge un sustituto entre el final del tercer mes y el final del quinto. También realizaron estudios sobre el hospitalismo y la separación materna con consecuencias muy graves para el desarrollo. La falta de un apego seguro deja también secuelas a largo plazo, siendo las funciones más dañadas el desarrollo del lenguaje y de las reacciones sociales, y es posible que repercuta también sobre la aptitud para establecer vínculos de afecto (Lebovici y Soulé 1993, pp. 275-296).

24 "Se ha comprobado que los niños, especialmente los de corta edad, se desarrollan menos en los orfanatos, incluso cuando están mejor organizados en todos los sentidos (higiénico, médico, pedagógico) que una familia mediocre, por lo demás, se puede medir de un modo preciso este "déficit": los niños de corta edad, en orfanatos, crecen más lentamente, tiene menos incremento de peso, su vocabulario es más reducido, contraen con más facilidad enfermedades contagiosas y se recuperan con más lentitud, etcétera" (König 1981, p. 67).

conciliar los intentos de independencia y expresión creativa con la disciplina necesaria y reglas claras y estables para un sano desarrollo de la personalidad.

Atención especial durante este tiempo merece el juego, pues por una parte el ejercicio físico es de vital importancia para el desarrollo motor y cognitivo; además, hacia los dieciocho meses de edad el niño comienza a desarrollar la capacidad para el juego simbólico, en el que representa roles y ensaya distintas conductas (incluidas las conductas y roles atribuidos socialmente al sexo al que pertenece), lo que permitirá más adelante la comprensión de los estados mentales.[25] Asimismo, es muy importante la protección de riesgos psicológicos, pues tal como señala Maslow, el cuidado de los padres hará al niño percibir el mundo como un lugar seguro y sin riesgos y le harán capaz de no reaccionar con miedo ante situaciones que no son peligrosas (Maslow 1975, p. 92).

3. *Etapa preescolar*

La etapa preescolar va desde los dos a los seis años, y durante ella ocurren numerosos cambios tanto físicos como intelectuales. En primer lugar, tal como señala Piaget, la aparición del leguaje produce una transformación en el desarrollo cognitivo, pues además de permitir una comunicación mucho más eficaz con los otros, hace posible la aparición del pensamiento propiamente dicho y de una lógica muy incipiente, así como los primeros pasos del desarrollo moral a través de las normas establecidas por el adulto (Piaget 1977, pp. 28-54). En muchos casos, durante esta etapa también se producen numerosas "transiciones ecológicas" (en términos de Bronfenbrenner), pues los niños que ingresan al colegio deben adaptarse a nuevas rutinas, relaciones, actividades, etcétera.

[25] La teoría de la mente permite al ser humano relacionarse con los demás, comprender los estados mentales propios y su atribución a otros: "Sentir, pensar, desear, creer, suponer, dudar, tratar, saber, recordar, olvidar y otros muchos, son términos que designan estados o actividades mentales que el niño empieza a conocer desde muy pronto, posiblemente antes de que conozca las palabras, y que no sólo reconoce en él mismo sino que atribuye a los demás. Sin esa comprensión de los estados mentales sería imposible entender la actividad propia, la de los demás, y tratar de coordinar ambas. Todo eso forma parte de la «teoría de la mente» que el niño empieza a elaborar pronto" (Delval 1999, pp. 357 y 358).

A. *Necesidades intermedias de salud física en la etapa preescolar*

El crecimiento físico se vuelve más lento y estable durante este periodo, por lo que hay menores requerimientos energéticos; sin embargo, la creación de hábitos alimenticios, así como de higiene personal y sueño serán muy importantes para su desarrollo en ésta y posteriores etapas. Las rutinas de limpieza son especialmente relevantes, ya que se comienza el entrenamiento en el control de esfínteres, que debe ir acompañado de una buena educación en la salud. De la misma manera, requieren de los espacios exteriores libres de riesgos y de sustancias contaminantes, adecuados para hacer ejercicio y practicar su autonomía.

Durante esta etapa aparecen aspectos muy concretos de las necesidades sexuales, pues los niños comienzan a distinguir las diferencias entre los sexos y a mostrar ciertas conductas como autoexploración, autoestimulación, curiosidad por los compañeros del sexo opuesto, etcétera. Manifiestan también interés por aspectos relacionados con la sexualidad, a las que se debe responder con veracidad y un nivel adecuado a su edad, pues además durante este periodo descubren su identidad de género y se identifican con los roles estereotipados que corresponden a su sexo (Espinosa 2001, pp. 326-329).

B. *Necesidades intermedias de autonomía en la etapa preescolar*

Los niños comienzan a mostrar deseos de participar activamente en las decisiones relacionadas con las rutinas diarias, intentando oponerse a ellas. Este proceso es necesario, pues permite el desarrollo moral, ya que al intentar transgredir las normas es posible el aprendizaje de la estabilidad y obligatoriedad de las mismas, haciendo su mundo confiable y predecible. Gracias a las habilidades cognitivas desarrolladas es posible comenzar la educación formal durante esta etapa y con ello dar un gran paso en relación con el ejercicio de su autonomía al integrarse a un grupo escolar con mayor interacción con iguales y con profesores, y alejarse de la madre o cuidador. A pesar de esto, el vínculo de apego sigue siendo importante, pues da al niño la seguridad para ir construyendo su independencia. La interacción con adultos se amplía de los padres y familiares próximos a los profesores, que van estableciendo también los límites y las normas y actúan como mediadores en el proceso de ayudar al niño

a comprender el significado de la realidad que los rodea, explorando, haciendo preguntas, etcétera. Sin embargo, es necesario que los planes educativos y el estilo de enseñanza sean acordes con las capacidades de esta fase, pues la lógica infantil difiere mucho de la lógica adulta, ya que su capacidad de razonamiento, así como su memoria y habilidad para manipular la información, no se han desarrollado plenamente, de manera que su percepción y representación del mundo son muy particulares.[26]

La aparición de ciertos sentimientos morales como la solidaridad, la justicia y el respeto, que son resultado de las nuevas capacidades adquiridas (especialmente el lenguaje), permite una interacción con otros niños más igualitaria, lo que ayuda también en el desarrollo moral. Esto se refleja en el juego,[27] que constituye la actividad más importante durante este periodo, pues mediante él se da una buena parte del aprendizaje, la interacción con iguales, el ejercicio físico y el desarrollo moral, así como la comprensión de la mente de los demás a través del juego simbólico. A través de este tipo de juego el niño puede resolver también conflictos, manifestar sus temores, sentimientos y deseos, representando y explorando la realidad física y social.

4. *Etapa escolar*

La etapa escolar comprende el periodo de la vida desde los seis años hasta la pubertad, que se presenta alrededor de los doce o trece años. El niño asiste ya con regularidad al colegio, y la escolarización,[28] sumada a

26 Bettelheim habla de la importancia que tienen los cuentos de hadas para comprender la realidad y elaborar las propias emociones, enfrentarse al temor y poner orden en su mundo. Señala también el peligro de la llamada "psicología infantil", que —desde su punto de vista— ayuda a conocer y comprender al niño desde el punto de vista del adulto (Bettelheim 1978, p. 171).

27 Para Erikson el juego tiene una gran importancia durante la infancia, pues a través de él el niño va aprendiendo a dominar la realidad mediante la creación de situaciones modelos: "¿Qué es entonces el juego infantil? Vimos que no constituye el equivalente del juego adulto, que no se trata de una recreación. El adulto que juega pasa a otra realidad; el niño que juega avanza hacia nuevas etapas de dominio" (Erikson 1987, p. 199).

28 La Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita (artículo 28, I-a), aunque el acceso a la misma aún esté lejos de constituir una realidad para millones de niños en el mundo.

la interacción con los iguales, adquiere una gran importancia para el desarrollo, pues proporciona las herramientas básicas de la cultura. Las habilidades adquiridas durante las etapas anteriores permiten que su razonamiento sea cada vez más parecido al de los adultos.

A. *Necesidades intermedias de salud física en la etapa escolar*

Los satisfactores de salud física permanecen relativamente estables con respecto a la etapa anterior, pues se supone que el niño ha adquirido ya los hábitos de alimentación, sueño, higiene, etcétera. Durante este periodo es especialmente importante el espacio exterior adecuado, libre de peligros y contaminantes, en el que el niño pueda jugar, hacer ejercicio físico y respirar aire limpio, aunque es necesario poner atención a la protección de riesgos físicos, pues a medida que aumenta su tamaño, fuerza y coordinación, realiza actividades cada vez más peligrosas. En lo que se refiere a las necesidades sexuales, el niño desarrolla una imagen de su identidad sexual y de género y flexibiliza los estereotipos tan marcados durante la etapa anterior. Es capaz de comprender que la identidad sexual y de género permanecerá constante durante toda la vida y que no depende de los factores externos (como por ejemplo su biología, su ropa, sus adornos o su profesión). En este proceso el papel de los progenitores es fundamental, pues constituye el patrón de referencia de los niños para aprender los elementos más esenciales y significativos sobre la conducta sexual (Espinosa 2001, pp. 337-340).

B. *Necesidades intermedias de autonomía en la etapa escolar*

De acuerdo con la teoría de Piaget, esta etapa se caracteriza por la capacidad de realizar operaciones concretas y el desarrollo del pensamiento reflexivo, lo que hace que su forma de pensar sea más lógica y parecida a la de los adultos (Piaget 1977, pp. 67 y 68). El niño busca intervenir cada vez más activamente en el ambiente escolar y familiar, por lo que es importante crear estos espacios de participación de acuerdo con sus capacidades, en los que pueda ejercitar su autonomía dentro de unos límites claros y coherentes. Los últimos estudios demuestran que los hijos de las familias que fomentan la participación de sus miembros (comunicación,

calidez afectiva, relación de apoyo) alcanzan un nivel de desarrollo moral más avanzado que los hijos de padres con estilos educativos autoritarios, permisivos o negligentes[29] (Espinosa 2001, pp. 330-357).

La escuela es fundamental para el desarrollo de la autonomía durante este periodo, pues permite un alejamiento del núcleo familiar, aunque los vínculos afectivos primarios siguen proporcionando seguridad. Para Erikson, la instrucción formal es el medio mediante el cual el niño aprende a utilizar las herramientas que le serán necesarias para desenvolverse en la sociedad. Sin embargo, no basta con que el niño acuda a recibir instrucción; la escuela debe propiciar la construcción activa del conocimiento en un clima de confianza y participación proporcionando información para que la persona pueda elegir, pero implicando también a los alumnos en los temas que les afectan, de acuerdo con su edad —al igual que dentro de la familia—.[30] Esto no quiere decir que se deje a discreción de los niños todas las decisiones, pues aún no tienen la madurez ni la información suficiente para ser totalmente autónomos y requieren de reglas claras y firmes que establezcan límites y les den seguridad, pero dentro de ese marco debe haber un espacio para la participación y el diálogo. La educación también es un factor indispensable para la igualdad, que debe producirse en cuatro niveles: igualdad de oportunidades, igualdad en el acceso, igualdad en el tratamiento educativo e igualdad de resultados.

Las interacciones con iguales pueden ser de varios tipos: lúdicas, agresivas (disminuyen en esta etapa las físicas y aumentan las verbales), prosociales y de amistad. Las relaciones de amistad tiene un gran desarrollo durante este periodo, pues pasan de tener un carácter basado en la ayuda y el apoyo unidireccional (5-8 años) a fundamentarse sobre la reciprocidad, la compatibilidad psicológica, la confianza y el afecto (8-11 años),

[29] Se habla de cuatro estilos de crianza que combinan calidez y control: *a)* autoritativo (con autoridad) con control moderadamente estricto y mucha calidez; *b)* autoritario con gran control y poca calidez; *c)* permisivo, poco control y mucha calidez, y *d)* indiferente, con poco control y poca calidez. Los hijos de padres autoritativos no sólo alcanzan el mayor grado de desarrollo moral, sino que son más seguros de sí mismos, tienen mayor autocontrol y competencia social y con el tiempo adquieren mayor autoestima y tienen mejor desempeño escolar que los niños criados en otros estilos (Grace 2001, p. 264).

[30] Maslow resalta otro aspecto importante de la educación formal, pues considera que una de las principales funciones cognitivas de la educación está en el plano de la satisfacción de la necesidad de seguridad a través de "la neutralización de peligros aparentes por medio del conocimiento: «no me asusta el trueno porque sé algo de él»" (Maslow 1975, p. 90).

para finalmente convertirse en un espacio de intercambio de pensamientos, sentimientos y secretos íntimos. El juego simbólico deja paso al juego de reglas, en el que cada participante debe respetar las normas que determinan quién gana y quién pierde. Este tipo de juego es muy importante para el desarrollo moral ya que, tal como señaló Piaget, durante este tiempo se pasa de una concepción de las reglas como heterónomas e inmutables a las reglas como expresión de la voluntad común (Piaget 1977, pp. 63-80).

5. *Pubertad y adolescencia*

La adolescencia es, sin duda alguna, el periodo más difícil de describir y por tanto de incluir dentro de la categoría infancia y sus necesidades especiales. Tal como se mencionó con anterioridad, la adolescencia fue la etapa de la infancia que apareció más tardíamente en la historia y, como se ha dicho también, presenta variaciones significativas relativas a cada contexto cultural,[31] ya que en los países industrializados se observa un fenómeno que tiende al alargamiento de esta fase, de modo que resulta complicado establecer límites precisos a su duración, sobre todo si se trata de sostener la existencia de necesidades intermedias. Por otra parte, tradicionalmente se ha considerado la adolescencia como un tiempo de transición entre la infancia y la edad adulta, visión que fue criticada por Piaget a causa de que ignoraba que se trata de un periodo con características particulares tanto en las formas de pensamiento como de afectividad. Moreno, por su parte, señala que hay dos razones fundamentales para considerar a la adolescencia como periodo con entidad propia: "los cambios que se producen en esta etapa, cuantitativamente, se dan en una mayor proporción y, cualitativamente, se asiste al desarrollo de una nueva organización psicológica y social", a pesar de que hay un continuo en el desarrollo del niño-adolescente-adulto (Moreno 2000, p. 17).

Durante la adolescencia se producen cambios importantes en los aspectos biológico, psicológico y social que ocurren con mucha rapidez y que exigen readaptaciones continuas. Los cambios biológicos comienzan

31 "La gran lección que nos han brindado los antropólogos se concreta en que la adolescencia se vive de forma diferente dependiendo de la cultura a la que se pertenece" (Moreno 2000, pp. 22 y 23).

con la llegada de la pubertad, cuando el cerebro (hipotálamo e hipófisis) envía la orden de aumentar la producción de hormonas sexuales que se manifiesta en transformaciones muy aceleradas de crecimiento, talla, peso, forma y tamaño del cuerpo, así como el desarrollo de los órganos reproductivos y la aparición de las características sexuales secundarias. La pubertad es semejante en todas las culturas, pues está determinada por programaciones genéticas propias de la especie humana estrechamente relacionadas con la edad, presentando únicamente ligeras variaciones respecto del momento en que ocurren algunos cambios, por ejemplo la menarquía en las chicas, de acuerdo con el programa genético de cada persona en combinación con factores tales como la alimentación, peso, etcétera (Delval 1999, p. 544). Piaget identifica esta etapa con el periodo de las operaciones formales en el desarrollo cognitivo que se caracteriza por la aparición de nuevas estructuras de pensamiento que capacitan al sujeto para alejarse de la realidad concreta e inmediata y pensar en lo posible. Sin embargo, como ya se ha mencionado, esta tesis de Piaget ha sido criticada, pues al parecer no todos los individuos alcanzan las habilidades para realizar las operaciones que según este autor son propias de esta etapa. Delval atribuye esta situación a que las capacidades adquiridas durante el periodo concreto son suficientes para un individuo que vive en un "mundo estable y relativamente sencillo", mientras que para quien se desenvuelve en una sociedad más compleja que requiere del manejo de una gran cantidad de información es necesario el desarrollo de ciertas habilidades adicionales, "por eso es posible que el pensamiento formal no exista en todas las culturas" (Delval 1999, p. 562).

Por su parte, Erikson señala como tarea principal el logro de la identidad o del concepto de uno mismo con adhesión a un conjunto de valores, metas educacionales y ocupacionales y una orientación sexual que determina los modelos de relación entre hombre y mujeres (Moreno 1997, p. 448). Todo esto tiene como consecuencia una gran cantidad de cambios sociales, pues se espera que el niño deje de serlo y se incorpore al mundo de los adultos, asumiendo nuevas responsabilidades y con un sistema ético propio que le lleva a tener cierta independencia. Durante mucho tiempo se sostuvo la idea de la adolescencia como un periodo lleno de peligros y turbulencias; sin embargo, se ha visto que la mayoría de los jóvenes transcurre esta etapa sin grandes rupturas, viviéndola como un proceso largo y paulatino.

A. *Necesidades intermedias de salud física en la adolescencia*

La adolescencia se caracteriza por una aceleración en los cambios físicos, "que sólo tiene comparación con las que habían tenido lugar durante la etapa fetal y los momentos posteriores al nacimiento" (Delval 1999, p. 532), de manera que la alimentación se vuelve especialmente importante. Son muchos los problemas que se presentan vinculados con este satisfactor, pues por un lado los habitantes menos favorecidos del planeta padecen desnutrición por falta de recursos, mientras que muchos adolescentes de sociedades económicamente poderosas presentan otras alteraciones que van desde la mala alimentación hasta los trastornos de la conducta alimentaria (anorexia nerviosa y bulimia, por ejemplo) por el afán de perseguir los estereotipos de belleza que marcan la publicidad y los medios de comunicación. Los numerosos cambios fisiológicos, unidos a la búsqueda de la identidad, exigen continuas readaptaciones y tienen como consecuencia que el adolescente manifieste una gran preocupación por su imagen corporal, de manera que es especialmente vulnerable en este sentido, por lo que resultan muy importantes los hábitos de vida saludable: alimentos, ejercicio físico, higiene, no consumo de alcohol, tabaco y sustancias tóxicas. Los espacios exteriores adecuados son también fundamentales durante esta etapa, pues además de que estimulan el deporte, permiten espacios de interacción con iguales. En cuanto a las necesidades sexuales comienzan a cobrar una gran relevancia, pues la maduración sexual permite a los jóvenes tener relaciones coitales, por lo que se debe prestar especial atención a la educación sexual y a la prevención de embarazos y enfermedades de transmisión sexual.

B. *Necesidades intermedias de autonomía en la adolescencia*

La autonomía se experimenta durante esta edad como una necesidad creciente; el adolescente quiere tener más espacios de participación y poder de decisión. En algunas comunidades con menor nivel de bienestar la transición al mundo adulto se vive sin grandes conflictos, ya que las expectativas sociales son claras y se comienza a ejercer la independencia una vez que se ha pasado el rito correspondiente.[32] Sin embargo, en las

[32] Los ritos pueden ser: desde haber alcanzado determinada edad hasta ceremonias tradicionales en las que el joven debe superar determinadas pruebas físicas.

sociedades con más recursos económicos, la importancia que se atribuye a la preparación académica retrasa el momento de ingreso en la edad adulta, lo que muchas veces tiene como consecuencia cierta tensión respecto del ejercicio de la autonomía. Los vínculos afectivos siguen teniendo una gran importancia, pero aunque la familia sigue siendo un referente importante, hay un desplazamiento hacia los iguales. Por otra parte, Piaget señala que durante esta etapa el individuo ha desarrollado la capacidad para analizar una experiencia y disociar entre los factores que intervienen en ella, lo que hace posible observar, interrogar y reflexionar sobre la realidad y ver la necesidad de transformarla, lo que es causa también de un alejamiento de los padres, a los que deja de percibir como figuras idealizadas. De esta manera, las relaciones de amistad pasan a ocupar un lugar preferente en la vida del joven, basadas en la reciprocidad, el conocimiento y apoyo mutuos y la estabilidad. La vinculación con los iguales tiene un papel importante en la búsqueda de la identidad, pues constituyen el grupo de referencia del adolescente, que ha dejado de ser niño, pero aún no se convierte en adulto.

Gracias a las habilidades adquiridas, el adolescente tiene capacidad para construir proyectos vitales en los que se representa a sí mismo en el futuro y a la propia sociedad a la que pertenece; elabora teorías acerca de la vida, la política, las relaciones y la moral, que le hacen ser crítico y le capacitan para su inserción en la comunidad adulta. Muchas de las tensiones que se atribuyen generalmente a la adolescencia derivan de la distancia que existe entre lo que el individuo cree que es capaz de hacer y sus verdaderas limitaciones, de modo que en combinación con otras circunstancias pueden constituir un factor de riesgo para que intente recurrir a elementos externos que le ayuden a enfrentar esta situación, como alcohol, drogas, etcétera. Los adolescentes deben tener los espacios adecuados para desplegar sus capacidades y satisfacer sus necesidades, participar con iniciativas, críticas y mejoras de la organización propuesta por los adultos, con la certeza de que podrán integrarse de manera tranquila y paulatina a la sociedad a la que pertenecen.

III. Las necesidades de los niños y adolescentes y sus derechos

Una vez definida brevemente la relación entre necesidades y derechos, así como las necesidades específicas de la infancia y adolescencia, queda

pendiente la tarea de abordar el tema de los mecanismos destinados a instrumentar o garantizar su protección o satisfacción. Como se ha mencionado, han sido varios los autores que han propuesto la utilización de las necesidades y satisfactores como criterio de justicia y legitimidad, ya sea por medio de la evaluación del grado de desarrollo humano o del progreso —Max-Neef (1998) y Doyal y Gough (1994)— o como criterio para la distribución de recursos desde una teoría de la justicia como equidad —Rawls (1973, 1986, 2001)—. Asimismo, se expuso la manera en que las necesidades pueden desempeñar un papel importante en la fundamentación de los derechos. Sin embargo, parecen existir ciertas dificultades teóricas y prácticas que hacen que los niños parezcan no encajar del todo en estas propuestas, y mucho menos sus necesidades particulares, especialmente cuando se trata de los satisfactores básicos de autonomía y se plantea que se garanticen a través del otorgamiento de derechos. La objeción parece tener que ver principalmente con el ejercicio de estos derechos.

Tradicionalmente se ha atribuido la atención de las necesidades de los niños a la familia, tal vez por asumir que dentro de ella el menor se encuentra protegido y puede desarrollarse. Hoy resulta insostenible este mito de la familia como institución garante de los satisfactores básicos de los niños. En primer lugar porque es evidente que no todas las familias responden a este esquema (aunque fueran la mayoría) y es necesario otorgar derechos que garanticen la satisfacción cuando los padres no cumplan con esta función o, peor aún, sean ellos mismos quienes ocasionen daños graves a sus hijos. Pero aun así, no es necesario demostrar la falta de satisfacción de necesidades básicas de millones de niños en el mundo que viven en condiciones de pobreza y explotación y que son ellos muchas veces las principales víctimas de la guerra, los desastres naturales, etcétera. Es por esto necesario construir una teoría de los derechos que contemple la satisfacción de las necesidades de los niños como elemento de legitimidad del sistema jurídico.

Mediante su teoría, Rawls pretende dar una respuesta a la tensión entre las demandas de libertad e igualdad y establece como criterio para la justicia como equidad un listado de bienes primarios que servirían para la aplicación del principio de diferencia. Esta lista de bienes sirve para realizar comparaciones interpersonales y definir el tipo de pretensiones que los ciudadanos pueden plantear cuando hay un problema de justicia. Los bienes primarios determinarán la asignación de recursos de acuerdo con

el principio de diferencia, es decir, actúan como factor compensador de las desigualdades sociales derivadas de la posición social de origen. Pero ¿en qué posición quedan los niños en la distribución de estos bienes? Es patente que desde la postura de Rawls los menores no son personas morales porque no son ciudadanos y no poseen autonomía para tener una visión propia del bien y perseguirla, pero tampoco queda claro cómo encajan en la distribución de derechos y deberes en la aplicación del principio de diferencia de acuerdo con los bienes primarios, ni parece posible que puedan entrar en la categoría de los menos aventajados a pesar de estar limitados en varios sentidos. Podemos aceptar que los niños no son ciudadanos en sentido estricto, pero no que se les considere a tal grado insignificantes que ni siquiera se les atribuya un lugar en la sociedad y sean ignorados en el diseño de las instituciones de la estructura social.

Como ya se ha mencionado, al parecer Rawls deja el asunto de la equidad en los niños a su papel como futuros ciudadanos y a su pertenencia a la familia. A pesar de que menciona que los representantes en la etapa legislativa deben considerar las variantes relacionadas con la edad al asignar los recursos sociales (Rawls 2002, p. 230) y que puede ser que parezca lógico presuponer que el acuerdo sobre la justicia desde la posición original incluirá la atención a la infancia —intervenciones paternalistas—, me parece que se asume con demasiada facilidad, en primer lugar, el concepto de ciudadano (en relación con la edad "de la razón") y el desarrollo de la autonomía (para ser un buen ciudadano) dentro de la familia y en la estructura de la sociedad (lo que se refiere a instituciones públicas, como educación, salud, etcétera). En otras palabras, creo que la equidad no puede considerarse tal si ignora a un colectivo tan importante como el de la infancia, aun suponiendo sin conceder que su valor estuviera en su papel como futuros adultos.

La propuesta de Añón, aunque desde una visión diferente a la de Rawls,[33] sugiere también que las necesidades pueden servir para concre-

[33] Añón considera la teoría de Rawls dentro de la corriente que defiende las necesidades en relación con la igualdad de oportunidades, reproduciendo la crítica de Sen en el sentido de que la propuesta de los "bienes primarios" no toma en cuenta las capacidades, aptitudes o necesidades básicas de cada individuo, por lo que el principio de diferencia resulta demasiado inflexible por no tener en consideración estas circunstancias para la distribución de los bienes. Rawls responde a esta crítica en la reformulación a la teoría de la justicia como equidad publicada en 2001 y muestra de qué manera su teoría puede ser flexible para considerar las capacidades.

tar el principio de igualdad, actuando como un criterio de distribución que permita articular pretensiones basadas en necesidades y su satisfacción para que cada sujeto pueda alcanzar como meta la autonomía plena, "lo que significa conjugar satisfacción de necesidades e igualdad de trato material como diferenciación" (Añón 1994, p. 291). El requisito para que opere este principio de justicia en el nivel de adjudicación de recursos es que al individuo le sea imposible satisfacer las necesidades por sí mismo: "entiendo que el criterio de distribución en atención a las necesidades básicas sólo puede tener lugar allí donde se dan necesidades de este carácter que no pueden ser satisfechas por uno mismo" (Añón 1994, p. 304).

Las necesidades de los niños cumplen todos los requisitos para constituir exigencias en sentido fuerte, de manera que deban ser protegidas mediante derechos, pues su no satisfacción conlleva un daño inevitablemente y no es posible reemplazarlas por una acción futura. Pero además son susceptibles de actuar como criterio de distribución de bienes en el sentido que utiliza Añón, por existir una doble imposibilidad de satisfacción por el sujeto mismo: la inviabilidad derivada de la situación de dependencia en la que se encuentra el ser humano en el inicio de su vida y que está íntimamente relacionada con el desarrollo humano; y la incapacidad impuesta por la limitación de la autonomía en el ejercicio de los derechos que le impiden acceder por sí mismo a los satisfactores básicos. A pesar de que tampoco Añón se refiere a las necesidades de los grupos de riesgo, la relación entre las necesidades y la justicia en el nivel de principio de distribución de bienes puede ayudar a integrar las necesidades de los niños en una teoría de la justicia.

Una teoría de la justicia no puede ignorar las necesidades de las clases en situación de vulnerabilidad, sobre todo cuando éstas son causa de que se limite el ejercicio de su autogobierno. En primer lugar, desde una postura liberal y democrática no parece aceptable realizar discriminaciones o limitar el ejercicio de las libertades sin dar razones fuertes que constituyan una justificación moral de tal exclusión. Además, la formación de la autonomía, como se ha intentado demostrar a lo largo de este trabajo, requiere de satisfactores especiales. Finalmente, lo que subyace a la idea de mecanismos de protección a la infancia y su instrumentación como derechos que no tienen un poder de disposición sobre quien tiene el deber correspondiente —que sostiene la teoría de la voluntad—, sino como

derechos con origen en un interés del individuo, es precisamente un principio de igualdad. La limitación en el ejercicio de los derechos se sustenta en una idea de equidad, pues se sacrifica la autonomía porque tiene más fuerza el contenido de los derechos como intereses que constituyen el bien de una persona: el bien de un niño es tan importante que debe prevalecer aún en contra de su propia concepción del bien.[34] El menor no puede decidir por sí mismo porque una mala determinación podría causarle un perjuicio, situarlo en posición de desventaja respecto de las demás personas y constituir una diferencia en la igualdad de oportunidades como punto de partida. Se busca que, llegado el momento, todos los niños tengan la misma oportunidad para elegir sus propios planes de vida, su propia concepción de "bien". El principio de desigualdad se aplica supliendo la voluntad para situarlo en condiciones de igualdad en la sociedad. Hay una intuición de que dar un tratamiento distinto a la infancia es justo, y es así como las necesidades de los niños y adolescentes pueden ser identificadas como intereses y originar derechos sobre los cuales no hay facultad de elección sobre su exigibilidad o cumplimiento (como se verá con más detenimiento en la sección dedicada al tratamiento del principio de igualdad como fundamento de los derechos humanos).

Es entonces aplicable el principio de justicia como criterio para la distribución de bienes: las necesidades básicas de los niños y adolescentes deben ser consideradas en la asignación de recursos, ya que carecen de los medios para satisfacerlas por sí mismos, y son exigencias de tal importancia que constituyen derechos. El desarrollo no puede ser dejado exclusivamente al arbitrio y actuación de la familia, se requiere incorporar a la niños como miembros de la sociedad que demandan ciertos bienes para la satisfacción de sus necesidades, y para hacer operativa la equidad se debe contemplar esta realidad en el diseño y asignación de derechos y deberes mediante las instituciones políticas y sociales. Si las necesidades pueden aportar razones para reclamar el reconocimiento en términos de derechos, por ser exigencias en sentido fuerte, en el caso de los niños las necesidades tienen un carácter más sólido como demanda, por la limitación en la autonomía que les incapacita para satisfacerlos por

34 El bien se convierte entonces en el contenido mismo de los derechos, y sólo una teoría basada en las necesidades derivada de un conocimiento científico del hombre (como proponen Doyal y Gough) puede evitar que este contenido tenga connotaciones perfeccionistas.

sí mismos por la situación de dependencia y vulnerabilidad, así como por el riesgo de sufrir un daño mayor que en el caso del adulto como consecuencia del proceso de desarrollo. Como dice F. López:

> Los adultos debemos responder a estas necesidades de los menores, porque ellos no tienen la misma capacidad de autoprotección que los adultos: son más vulnerables, no pueden decidir sobre su vida de la misma forma, no se saben defender bien de los peligros y pueden sufrir efectos más irreversibles. Estos hechos, entre otros, hacen necesaria la función protectora de los adultos (López 1995, p. 53).

Pues bien, me parece que las necesidades de la infancia como fundamento de los derechos, entendidos como criterio para la diferenciación en el trato, es la única justificación posible a la limitación de la autonomía en el ejercicio de los derechos: los niños y adolescentes deben ser tratados de manera diferente, ya que las necesidades como exigencias requieren de un sistema especial de protección (que incluye el nivel de la asignación de recursos) que garantice de manera especial sus necesidades. La demanda es de tal manera fuerte, que justifica de alguna manera que la autonomía se vea limitada en el ejercicio de los derechos, pues el acceso a los satisfactores es de tal trascendencia que la voluntad del beneficiario no se ve involucrada en el ejercicio. Que la manera en que se ha articulado sea la adecuada es otro asunto, pero en principio se acepta cierto sacrificio de la autonomía en beneficio de la garantía de los satisfactores. De esta manera, no hay otro lenguaje que el de los derechos para asegurar estas necesidades en un sentido fuerte, lo que se intentará argumentar con más profundidad en los siguientes capítulos.

Es necesario aclarar que a pesar de que se admite en principio la limitación al autogobierno en beneficio de la equidad, esta negación no puede ser absoluta. Se ha privado también al niño de involucrarse en el ejercicio de los derechos, es decir, se han impuesto limitaciones a la autonomía como si se asumiera que es incapaz de tomar decisiones propias, a pesar de que en los últimos tiempos se han hecho esfuerzos por ir concediendo gradualmente espacios de participación en el ejercicio de ciertos derechos al ir alcanzando determinadas edades.

Las necesidades de los niños y adolescentes operan en un doble sentido en la fundamentación: como razones para el reconocimiento de dere-

chos —*por qué* los menores deben tener derechos— y como razones para determinar el contenido de los derechos —*cuáles* deben ser los derechos de los menores—. Pese a ello, no han sido pocos los autores que a lo largo de la historia y en fechas recientes se resisten a hablar de los niños en términos de derechos, como si la infancia fuera una edad privilegiada en peligro de ser corrompida por el lenguaje jurídico. Nada más lejos de la realidad, pues tal como nos muestran las escuelas de la psicología del desarrollo y las teorías de las necesidades infantiles, el niño tiene capacidad y necesidad de ir ejerciendo y desarrollando gradualmente su autonomía, entendida ésta no como un estado final, sino como la capacidad del ser humano para actuar e influir en su entorno, y es falsa la imagen del niño como ser totalmente irracional. Desde recién nacido, el bebé puede recurrir tanto a los mecanismos inherentes a la condición humana que proponen la mayor parte de las teorías evolutivas —Piaget, Vygotsky, entre otros— de la existencia de una tendencia a la actividad, como a la posibilidad de actuar sobre el mundo que los rodea a través de los reflejos y los sistemas para recibir y transmitir información. Es cierto que las capacidades cognitivas van evolucionando con el tiempo, pero esto no incapacita absolutamente al ser humano durante toda su infancia y adolescencia para tomar decisiones que le afecten directamente. Es necesario adaptar los esquemas de participación de acuerdo con las edades, de manera que pueda ser ejercida esta necesidad que tan estrechamente está ligada con la dignidad del ser humano:

> Tampoco debe entenderse al niño como un receptor pasivo en la satisfacción de sus necesidades. Él es un agente activo en las decisiones que le afectan y en todas las actividades de interacción con los demás. Desde pequeño, en la medida de sus posibilidades, deben tenerse en cuenta sus peticiones, hacerle partícipe de las decisiones que le afectan y conseguir que sea agente activo que contribuya eficazmente a satisfacer sus propias necesidades y las de los demás (López 1995, p. 53).

Queda aún por delimitar el ámbito temporal de la consideración de la infancia, es decir, la duración de la adolescencia. Me parece que ha quedado manifiesta la dificultad de determinar una edad precisa que sea aplicable a todas las culturas, de tal manera que la mejor solución parece el consenso social, que es la solución que adopta la Convención de Na-

ciones Unidas sobre los Derechos del Niño: cada país determina la edad en la que el niño se convierte en "un adulto".[35] Sin embargo, es necesario que se generen las estructuras sociales para que los adolescentes tengan una intervención activa en la vida social, ya que, en primer lugar, tiene la capacidad y, en segundo, esto facilitará su inserción en el mundo de los adultos.

35 "Artículo 1o. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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" (Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 1989).

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO TERCERO
EL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 159

I. Las teorías sobre el concepto de derecho subjetivo 160

II. El concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva de las relaciones jurídicas 163

1. Derecho como pretensión 168
2. Derecho como privilegio (permiso o libertad) 176
3. Derecho como potestad 184
4. Derecho como inmunidad 191
5. Críticas al modelo de Hohfeld 195

A. Críticas relacionadas con la terminología utilizada por Hohfeld 196

B. Críticas relacionadas con la utilidad de la teoría de Hohfeld 199

C. Críticas a la tesis de la correlatividad 201

D. Críticas a la falta de criterio unificador del concepto de derecho subjetivo 202

III. El concepto de derecho subjetivo en las teorías de la voluntad y del interés 204

1. Las teorías de la voluntad o de la elección 207

A. Los derechos del niño desde las teorías voluntaristas que niegan la titularidad de derechos durante la infancia . . 216

B. Teorías que atribuyen la titularidad de derechos a los niños 227

2. Las teorías del interés y otras teorías no-voluntaristas . . . 232

A. Los derechos como pretensiones o demandas (*claims*) 239

B. Los derechos del niño desde las teorías del interés . . . 244

C. El contenido de los intereses que justifican los derechos de los niños 250

CAPÍTULO TERCERO

EL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Una vez delimitado lo que entendemos por niño, así como el concepto de necesidades y su vinculación con los derechos, debemos abordar el problema de precisar qué significa tener un derecho (es decir, el concepto de derecho subjetivo) si es que queremos determinar la aplicación del lenguaje de los derechos a los menores de edad. Para ello es necesario, en primer lugar, distinguir entre derecho objetivo y derecho subjetivo, entendiendo el primero como el término que se utiliza para denominar un conjunto de reglas, mientras que el segundo hace referencia a cierta facultad, capacidad o fuerza para exigir un comportamiento determinado, propia de ciertos sujetos. El concepto que interesa dilucidar aquí es el derecho en sentido subjetivo, pues es precisamente la falta de capacidad (o como se ha dicho inmadurez, desarrollo inconcluso, etcétera) atribuida a los niños la causa por la que se pone en tela de juicio que pueda asignárseles esa facultad o fuerza para exigir conductas de otros sujetos. En este sentido, muchos autores niegan que —mientras no se alcance la mayoría de edad— los menores puedan ser titulares de derechos y, en consecuencia, que sea válida la utilización del lenguaje jurídico para los niños.

De modo que es necesario aclarar qué es lo que se entiende por *tener un derecho* desde varias perspectivas: desde el punto de vista de su utilización en el lenguaje de los derechos y con base en la existencia real de normas; es decir, describir a qué nos referimos cuando utilizamos esta expresión, y posteriormente buscar si de hecho existen en algún ordenamiento o sistema jurídico reglas que sean aplicables a los niños y que los reconozcan como titulares de derechos de acuerdo con el uso ordinario del término. Por otra parte, la elucidación del concepto requiere también de una explicación en el contexto de justificación, esto es, *por qué* al-

guien (en este caso concreto los niños) *debería* tener derechos y cuáles deberían ser éstos.

El debate teórico sobre los derechos subjetivos en los diversos niveles desde los cuales se aborda, y que es materia del presente capítulo, pone en evidencia la importancia que tiene para el ser humano el lenguaje de los derechos. Esto nos revela, en contra de lo que intentan argumentar algunos autores, que el lenguaje jurídico en ningún caso es trivial o irrelevante, sino que es de tal modo importante que aún hoy, después de muchos años y hasta siglos de iniciada la discusión en relación con este tema, siguen surgiendo nuevas propuestas o reformulaciones a las tesis existentes, es decir, no hay acuerdo generalizado y esto no refleja otra cosa que los derechos son algo valioso. No parece haber razones para que el caso de los niños sea una excepción. El hecho de que las características propias de la infancia en sus distintas etapas requieran de un tratamiento especial es un problema distinto que habrá que afrontar con ayuda de otras disciplinas, pero no parece ser motivo para negarles un lugar en el discurso de aquello que consideramos tan importante y digno de atención para nosotros los adultos.

I. Las teorías sobre el concepto de derecho subjetivo

Tal como se ha dicho, la respuesta a la pregunta *¿qué significa tener un derecho?* es esencial en la construcción de una teoría que pretenda servir como una fundamentación de los derechos de los niños. Evidentemente, los intentos por responder a este cuestionamiento han sido muy numerosos y pueden remontarse a siglos atrás; sin embargo, en el contexto del debate actual, desde mi punto de vista es posible identificar dos niveles de discusión alrededor de los cuales ha girado la polémica en relación con la definición del derecho subjetivo.

El primero de ellos podría identificarse como una delimitación conceptual *descriptiva*, es decir, el objetivo de esta discusión es reseñar cómo se usa el término derecho en el lenguaje común o jurídico. Se trataría de una reconstrucción lexicográfica que deriva de la observación y el análisis de las ocasiones y circunstancias en las que nos referimos a algo como un *derecho*. Parker (1995) distingue este tipo de teorías por estar

centradas en los *elementos normativos*,[1] siendo los que con más frecuencia se mencionan: demandas, libertades, poderes e inmunidades. El autor más representativo de este tipo de teoría es W. Hohfeld, con su explicación de los conceptos jurídicos fundamentales.[2]

El segundo nivel de discusión sobre los derechos subjetivos sería el que Parker relaciona con la *función* a la que sirve un derecho, que se sitúan en un contexto relacionado más bien con la justificación de los derechos y que tienen como objetivo, a través de la construcción teórica, señalar lo qué *debe* ser considerado como derecho. En este tipo de discusión se ubican las teorías de la voluntad o del reclamante y la teoría del interés o del beneficiario con sus distintas variantes. La finalidad de ambas teorías —como se verá más adelante— no es simplemente describir los usos convencionales del término *derecho subjetivo*, su intención es servir como justificación para la utilización del concepto, dar razones, argumentar qué es lo que debe ser considerado como tal y en muchas ocasiones descalificar las acepciones que se consideran incorrectas desde la óptica particular del razonamiento expuesto.

Desde las dos perspectivas teóricas el caso de los niños presenta características especiales. En primer lugar porque, desde el punto de vista descriptivo, no ha sido frecuente la utilización del lenguaje de los derechos para los menores de edad y tampoco constituye una preocupación constante de los teóricos las características especiales de este lenguaje

[1] Parker (1995, p. 152) sostiene que un modo de categorizar las teorías sobre derechos es por referencia a los aspectos en que se centran, y de acuerdo con ello distingue tres: 1) los elementos normativos que constituyen un derecho; 2) la función a la que sirve un derecho, y 3) la justificación para decir que un derecho existe o debería existir (principios fundantes). Las dos primeras se exponen en el presente capítulo y la tercera es objeto de análisis en el siguiente capítulo.

[2] Según dice Genaro Carrió en la "nota preliminar", Hohfeld busca solucionar el caos terminológico de las expresiones utilizadas por los juristas para describir las distintas situaciones jurídicas que derivan de la existencia de un ordenamiento. La solución propuesta por este autor es "…mantenerse *relativamente* cerca de los usos vigentes, para *reconstruir* los distintos conceptos jurídicos fundamentales que la profusa terminología en boga encubre. No se trata aquí de recoger definiciones puramente estipulativas, como de recoger, con las necesarias precisiones, el núcleo del significado central de expresiones vigentes". Lo anterior tomando como punto de partida los términos utilizados en el lenguaje de los juristas (Hohfeld 2001, p. 11). Carrió llama a ésta la "pretensión moderada" del ensayo de Hohfeld, a diferencia de la "pretensión máxima" que consiste en que los ocho conceptos identificados permitieran definir todas los posiciones jurídicas imaginables.

aplicado a los niños al realizar la descripción, lo que da como resultado que en ocasiones sea difícil encontrar casos concretos de aplicación de las posiciones —sobre todo de algunas— en el caso de los derechos subjetivos que actualmente tienen los menores (por ejemplo en la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta situación es una muestra clara, en mi opinión, de la dificultad que tiene el tratamiento jurídico de los niños, pues hasta hace muy poco han sido ajenos al universo de los derechos subjetivos y aún hoy hay posturas que se resisten a incluirlos. Esto no quiere decir que los niños hasta ahora no hayan sido protegidos por normas —jurídicas o morales— o que algunos autores nieguen que deban recibir un tratamiento especial; lo que se afirma es que no eran titulares de derechos subjetivos, de manera que la protección no se desprendía de derechos propios sino que derivaba de la esfera jurídica paterna y en ocasiones subsidiaria del Estado. De aquí la importancia de cuestionar este paradigma y, por lo menos, poner sobre la mesa el debate sobre la titularidad de derechos subjetivos en el caso de los niños, dada la importancia que tiene para el ser humano en la sociedad actual.

El segundo grupo de teorías, que comprenden, como se ha dicho, el viejo debate entre las teorías de la voluntad o del reclamante y las teorías del interés o del beneficiario, desempeñan también un papel fundamental en la discusión sobre los derechos de los niños. De hecho, los niños han sido considerados como *test-case* por los defensores y detractores de ambas posturas, inclinándose desde luego los seguidores del interés por descalificar a la teoría de la voluntad, al ser incapaz de justificar los derechos de los niños, mientras que los voluntaristas proponen diversas salidas para garantizar la atención a la infancia mediante otros mecanismos que no impliquen el reconocimiento de derechos subjetivos. Hasta el momento, el centro del debate sobre el tema que nos ocupa ha girado en torno a la discusión entre estas dos posturas teóricas, pues la adhesión a cualquiera de ellas puede hacer posible —o imposible— la justificación de los derechos de los niños y la argumentación a favor —o en contra— de su positivización. En pocas palabras, pueden explicar por qué los niños *deben —o no deben—* tener derechos.

Es claro que la distinción entre los dos tipos de teorías sobre los derechos subjetivos que serán materia del presente capítulo es convencional, es decir, no existe de manera claramente diferenciada ni es posible trazar tajantemente una línea divisoria. La explicación de las posiciones jurídi-

cas está fuertemente determinada por la percepción de lo que quien escribe estima que debe ser entendido como un derecho. En el sentido opuesto ocurre algo similar, ya que la perspectiva de lo que debe ser considerado como un derecho tiene una base en la realidad del uso que se le da al término, pues como todo concepto, su validez deriva de la aceptación del significado que se manifiesta en el discurso, es decir, de lo que comúnmente se entiende cuando nos referimos al término derecho subjetivo. De manera que la distinción planteada tiene un objetivo metodológico que consiste en servir como una herramienta de análisis para el tema de los derechos de los niños.[3]

II. El concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva de las relaciones jurídicas

W. N. Hohfeld, en su famoso trabajo *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, propone una clasificación de los derechos subjetivos con base en ocho tipos de relaciones jurídicas estrictamente fundamentales y con pretensión de ser exhaustivas.[4] Dichas relaciones son *sui generis*, por lo que considera que los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, de modo que las exhibe en un esquema de "opuestos" y "correlativos", ejemplificando posteriormente su alcance y aplicación individuales a los casos concretos (Hohfeld 2001, p. 47). A las cuatro primeras modalidades, que suelen ser identificadas como "derechos" del sujeto A: *derecho* (en sentido estricto), *privilegio, potestad* y *sujeción,* les corresponden cuatro modalidades pasivas que recaen en otro sujeto B, las que suelen reconocerse como "deberes": *deber, no-derecho*, *sujeción* e *incompetencia*, respectivamente. Los opuestos, por su parte, se relacionan con una modalidad pasiva respecto del mismo sujeto A y serían *no-derecho, deber, incompetencia* y *sujeción*. De modo que el esquema quedaría de la siguiente manera:

[3] También es cierto que las categorías de teorías en relación con los derechos subjetivos no se agotan en las que se tratan en el presente capítulo; sin embargo, parecen las más adecuadas para realizar el tipo de análisis que se propone en este trabajo.

[4] Hohfeld pretende que sus ocho conceptos jurídicos son constitutivos del "mínimo común denominador del derecho" y, en su opinión, este nivel de análisis refleja "la fundamental unidad y armonía que existe en el campo del derecho" (Hohfeld 2001, p. 87).

Opuestos jurídicos	Derecho (subjetivo) (*right*)	Privilegio (*privilege*)	Potestad (*power*)	Inmunidad (*immunity*)
	No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción
Correlativos jurídicos	Derecho (subjetivo)	Privilegio	Potestad	Inmunidad
	Deber (*duty*)	No-derecho (*no-right*)	Sujeción (*liability*)	Incompetencia (*disability*)

El objetivo del autor en la obra mencionada es "destacar ciertos temas a menudo desatendidos que pueden ayudar a entender y solucionar problemas prácticos, cotidianos del derecho" (Hohfeld 2001, p. 28). Para ello, comienza señalando la importancia de distinguir entre conceptos jurídicos y no jurídicos, que a su juicio tienden a mezclarse por dos razones: en primer lugar debido a que las asociaciones de ideas involucradas en las relaciones jurídicas, por un lado, y físicas y psíquicas, por otra, son muy cercanas (por ejemplo, señala —citando a Pollock y Maitland— la dificultad para entender la cesión de un derecho sin la transferencia de la posesión), y en segundo lugar la ambigüedad y falta de precisión de la terminología jurídica.

Una de las reformulaciones a la teoría de Hohfeld es la propuesta por Ross (1977) y retomada por Hierro (2000a), que con la intención de mejorar el uso de la terminología de deberes, facultades, etcétera, y siguiendo las líneas generales del sistema elaborado por Hohfeld, introduce la distinción entre normas de conducta:[5] *deber*, *libertad*, *facultad* y *no facultad*, y normas de competencia:[6] *sujeción*, *inmunidad*, *competencia* e

[5] Ross afirma que las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, las normas de conducta son definidas como "aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción" (Ross 1977, p. 32).

[6] Las normas de competencia se entienden como aquellas que crean un poder o autoridad. "Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamientos de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa" (Ross 1977, p. 32).

incompetencia. Ross señala también que su postura difiere de la de Hohfeld, ya que ésta "no intenta interpretar las modalidades según su función jurídica" y parece no advertir que éstas "no son otra cosa que herramientas del lenguaje del derecho" (Ross 1977, p. 163). Mejora también la descripción del término privilegio, cambiándolo por el de libertad. Hierro, por su parte, considera que las posiciones que denomina pretensión, libertad, potestad e inmunidad pueden identificarse, desde un punto de vista convencional, como derechos, al ser situaciones "positivas" o "favorables" para el sujeto, mientras que sus correlativos obligación, abstención, sujeción e incompetencia se consideran "negativas" o "desfavorables" y por tanto se les denomina genéricamente deberes (Hierro 2000a, p. 162). El esquema propuesto por Ross quedaría entonces como sigue:

	Normas de conducta		*Normas de competencia*	
Derechos	Pretensión de A (*claim*)	Permiso de A (*permission*)	Competencia de A (*competence*)	Inmunidad de A (*immunity*)
Opuestos				
Deberes	No-pretensión de A	Obligación de A	Incompetencia de A	Sujeción de A
Derechos	Pretensión de A	Permiso de A	Competencia de A	Inmunidad de A
Correlativos				
Deberes	Obligación de B (*obligation*)	No-pretensión de B (*no-claim*)	Sujeción de B (*subjection*)	Incompetencia de B (*disability*)

Parece que la terminología empleada por Ross se adapta o responde mejor al uso real de la palabra derecho, pues es claro que cuando en el lenguaje común o jurídico utilizamos la expresión "tener un derecho", nos referimos, y así lo entienden nuestros interlocutores, a algo más que el restringido derecho correspondiente a deber que Hohfeld considera el uso correcto de "tener un derecho". Por ejemplo, la mayor parte de los derechos liberales clásicos tiene por núcleo una libertad (aunque necesariamente su instrumentación conlleva deberes por parte de los demás y del Estado). De modo que parece más claro adoptar un significado más amplio del término derecho subjetivo, pues refleja mejor el uso efectivo de esta expresión.

Llegado este punto no es posible ignorar la fuerza que tiene la expresión tener un derecho en el lenguaje actual, y que sirve también como argumento para rechazar un uso restringido del término. La palabra en sí misma evoca, como propone el mismo Hohfeld, una pretensión, algo que legítimamente corresponde a quien reclama el contenido del mismo; tiene una fuerza de exigencia. Esto tiene especial relevancia en el caso de los niños, pues la importancia que se atribuye al lenguaje de los derechos como medio para manifestar las pretensiones que nos corresponden legítimamente, difícilmente puede ser sustituida por otras expresiones, aunque muchos sostengan que el resultado (en este caso la satisfacción de las necesidades de los niños) es el mismo.

Otra de las precisiones que se ha hecho a la construcción teórica de Hohfeld se relaciona con los elementos de las relaciones jurídicas. Finnis afirma que según la visión de este autor —aunque reconoce que se aparta del estilo de exposición de Hohfeld— los derechos son relaciones triádicas entre titular o portador del derecho, destinatario del derecho y objeto del derecho. Cruz entiende también que ésta es la forma correcta de enfocar la teoría de Hohfeld, aunque a diferencia de Finnis, cree que esta concepción sobre la estructura de los derechos es acertada.

Otro defensor de la estructura triádica es Alexy, quien sostiene que ésta tiene sentido, ya que el objeto del derecho es siempre una acción del destinatario.[7] Alexy expresa esta configuración diciendo que la relación

[7] Alexy pone el ejemplo de la expresión de esta relación triádica en los derechos fundamentales con el derecho a la vida: podría parecer, sostiene, que la formulación "todos tiene derecho a la vida" expresa un derecho con estructura diádica entre titular y objeto, sin embargo, esta formulación es una designación abreviada de un conjunto de dere-

triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber o del mandato.

> De:
>
> (1) *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* lo ayude se sigue:
>
> (2) *b* está obligado frente a *a* a ayudar a *a* y viceversa. (2) expresa una *obligación relacional.* Por el contrario, (3) *b* está obligado a ayudar a *a* expresa una obligación no relacional. El que exista esta obligación no significa que *a* tenga frente a *b* un derecho a una ayuda. Puede suceder que nadie o que algún tercero tenga derecho a ello.
>
> ...los enunciados sobre derechos a algo y los enunciados sobre obligaciones relacionales describen lo mismo, una vez desde la perspectiva de *a* y otra desde la perspectiva de *b* (Alexy 2002, pp. 201 y 202).

La libertad también es descrita como una relación triádica: "…es descrita completamente sólo con enunciados que mencionan tres cosas, la persona que no es libre, el impedimento y aquello que lo obstaculiza… La base del concepto de la libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no libertad)" (Alexy 2002, pp. 211 y 212).

Finnis, sin embargo, concluye que los juristas han preferido un modelo distinto al de Hohfeld, pues conciben los derechos como relaciones de dos términos entre dos personas y una cosa, ya que "confiere unidad inteligible a una serie temporal de los muchos y variados conjuntos de derechos hohfeldianos que un mismo y único conjunto de reglas proporciona en momentos distintos para asegurar y dar contenido a un objetivo *subsistente* único" (Finnis 2000, pp. 230 y 231).

La teoría de Hohfeld ha sido objeto de numerosas críticas y reelaboraciones; hay autores que, como Finnis, se resisten a aceptar que todo lo que consideramos como derechos sea reducible a las relaciones jurídicas fundamentales. En este mismo sentido, MacCormick afirma que empleando pocas palabras, la legislación puede otorgar una protección legal compleja que puede involucrar varias de las posiciones de Hohfeld y que los derechos no pueden reducirse a un simple conjunto de relaciones ju-

chos a algo, libertades y/o competencias. Cita como ejemplo el criterio del Tribunal Constitucional Federal que ha dicho que este derecho incluye un derecho "*negativamente* que excluye el asesinato organizado estatalmente" y "*positivamente*, un derecho a que el Estado intervenga promoviendo y protegiendo la vida. Estos dos derechos se diferencian en cuanto a su objeto: el primero es una acción negativa (omisión) y el segundo una acción positiva (hacer) del destinatario" (Alexy 2002, pp. 187 y 188).

rídicas de las propuestas por el autor. Propone que cuanto más complejos sean los derechos, más necesario es entenderlos como conceptos institucionales.

Parece, sin embargo, que las críticas a la teoría no invalidan la utilidad de la misma como instrumento de análisis, sobre todo porque (aun aceptando que el resultado de la creación de una ley que protege un derecho sea mucho más complejo que la suma de posiciones atómicas hohfeldianas) permite situar a los sujetos en las relaciones jurídicas previstas por las normas de cualquier ordenamiento. En el caso de los niños, esto nos permitirá distinguir si efectivamente el lenguaje jurídico contempla todas las posiciones y establece sus correlativos, independientemente de que el resultado de la norma sea algo mucho más complejo que la posición jurídica.

Pues bien, siguiendo la intención original del autor, además de usar el ensayo de Hohfeld para delimitar el concepto de derecho subjetivo, se utilizará como herramienta para comprender e intentar resolver ciertos aspectos relacionados con los derechos de los niños. Para ello se intentará seguir el método desplegado en su ensayo: realizar una descripción de las posiciones jurídicas fundamentales, de acuerdo con la definición expuesta y con las reformulaciones propuestas por otros especialistas, para ejemplificar su alcance y aplicación en el caso de los derechos de los niños, en particular los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, para determinar si es que efectivamente encontramos casos concretos de aplicación de cada una de las relaciones y cuáles presentan alguna dificultad.

1. *Derecho como pretensión*

El punto de partida del ensayo de Hohfeld es el señalamiento del uso indiscriminado del término *derecho subjetivo* para referirse a cosas muy diversas como puede ser un *privilegio*, *potestad* o *inmunidad*, en contraposición a lo que él considera un derecho subjetivo en sentido estricto y que delimita mediante la identificación de su correlativo, el *deber*. De esta manera, lo que el autor denomina también *pretensión* se distingue de las demás posiciones jurídicas fundamentales en que necesariamente el derecho de un sujeto A (pretensión) será correlativo al deber de otro sujeto B:

> Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra "derecho" (subjetivo), cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el "deber" correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto "derecho" (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en "deber" como su correlativo invariable (Hohfeld 2001, p. 49).

De modo que la posición "favorable" o derecho sería una pretensión, mientras que la parte "negativa" o deber se identifica con la obligación correspondiente a esa pretensión: "si X tiene derecho a excluir a Y del inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar". Por otra parte, desde el punto de vista del mismo sujeto titular del derecho, su opuesto sería una situación de no-derecho.

En la "nota preliminar" al ensayo de Hohfeld, Genaro Carrió reconoce al autor el mérito de poner orden en el caos terminológico de los juristas al distinguir derecho (pretensión) como correlativo a deber, diferenciándolo de las otras posiciones jurídicas. Para ilustrarlo pone el caso de lo que ocurre cuando hay dos boxeadores A y B en el ring, suponiendo que las reglas del boxeo son las únicas aplicables. Podemos entonces identificar una serie de derechos y deberes para ambos sujetos, por ejemplo el deber de no dar golpes bajos ni cabezazos al contrario y el derecho de que el oponente no le dé golpes bajos ni cabezazos, pero ello no agota todas las situaciones que se pueden presentar en este deporte:

> Pero, ¿qué diremos de dar un golpe "correcto" al oponente? No cabe duda de que las reglas del boxeo no prohíben que A aseste a B un impecable golpe de puño en la mandíbula. Lejos de ello, el esfuerzo de A en tal sentido parece corresponder claramente al espíritu del deporte y A está autorizado expresamente a hacerlo. Es más, las reglas del mismo lo estimulan a comportarse así. Pero aunque las reglas del boxeo autorizan a A a dar golpes "correctos" a B, sería indudablemente falso decir que A tiene el derecho de golpear así a B (en el sentido de "derecho" caracterizado más arriba). A no tiene ese derecho, por la sencilla razón de que sería no sólo falso, sino absurdo, sostener que B tiene el deber de no impedir que A le dé golpes de esa clase… (Hohfeld 2001, p. 17).

Nino, siguiendo a Hohfeld, distingue la expresión *derecho subjetivo* de los enunciados formulados en contextos jurídicos y morales como correlato de obligaciones activas o pasivas, que se refieren a una norma que impone a otros un deber de dejar de hacer o de facilitarme la realización de X, proporcionarme o no quitarme X si es un bien o beneficio. Aclara, empero, que no basta, como muchos autores sostienen, con ser el destinatario de la conducta de otro para ser titular del correlativo derecho, pues, por ejemplo, el condenado a muerte es el destinatario de la conducta del verdugo y no por ello diríamos que tiene derecho a ser ejecutado. Como respuesta a este problema propone la introducción del concepto de bien, en una variante de la teoría del interés, pero esto será objeto de descripción más adelante.

Alexy se cuestiona, al igual que Hohfeld, la conveniencia de reservar la expresión *derecho subjetivo* para designar sólo algunas posiciones o utilizarla de la manera más amplia posible. Aunque su clasificación se basa más bien en la distinción tradicional de Bentham en *rights to services*, *liberties* y *powers*, que él a su vez denomina d*erechos a algo*, *libertades* y *competencias*, menciona la clasificación de Hohfeld y señala que las relaciones de *right*, *duty*, así como las de *no right*, *privilege*, se refieren al ámbito de los *derechos a algo*, ya que éstos se subdividen a su vez en derechos a acciones negativas, que serían el no impedimento de acciones, la no afectación de propiedades y situaciones y no eliminación de posiciones jurídicas, y derechos a acciones positivas, que abarcan las acciones positivas fácticas y acciones positivas normativas, aunque no distingue qué posiciones corresponden a cada una de las modalidades de Hohfeld.[8]

Es importante hacer notar que Hohfeld no define exactamente lo que debe entenderse como deber; se limita a señalarlo como correlativo al concepto de derecho y de su obra no puede concluirse que atribuya prioridad lógica o conceptual a ninguna de las dos posiciones. Sin embargo, son numerosos los autores que han rechazado la tesis de la correlatividad derecho-deber en sentido fuerte, señalando que el concepto de deber parece no ser necesariamente relacional con el de derecho, lo que quiere

[8] Es importante mencionar que Alexy está hablando de derechos fundamentales, de modo que su clasificación de derechos subjetivos se refiere a relaciones entre el individuo y el Estado, y por ello no corresponden exactamente a las de Hohfeld, que abarcan también relaciones entre particulares.

decir que existen deberes que no tienen un derecho correlativo (por ejemplo, las limitaciones en la libertad de actuar que no se establecen a favor de nadie), mientras que los derechos subjetivos siempre tienen un deber correlativo. Para Finnis, por ejemplo, resulta también inapropiado sostener que el deber es anterior al derecho o viceversa; sin embargo, al explicar las exigencias de justicia (el bien común en distintos niveles) señala que el concepto de deber desempeña un rol más explicativo y estratégico que el de derecho, aunque no por ello tiene menos dignidad el concepto derecho, ya que el bien común es el bien de los individuos cuyo beneficio derivado del deber constituye su derecho porque les es exigido a otros con justicia (Finnis 2000, p. 239). De la definición de lo que para este autor constituye un derecho subjetivo podemos extraer que considera las pretensiones como exigencias positivas,[9] tener la ventaja de "ser el destinatario de las abstenciones o de los actos de servicio de otras personas" (Finnis 2000, p. 233).

Ross, en cambio, subraya la importancia de la distinción entre el deber como correlato de derecho y las demás modalidades. Considera fundamental el concepto de deber, pues las ocho modalidades (*deber*, *libertad*, *facultad*, *no-facultad*, *sujeción*, *inmunidad*, *competencia* e *incompetencia*) pueden ser reducidas a términos de deber, de modo que en su obra es imprescindible la formulación de una definición "razonablemente libre de ambigüedades del término «deber»". Apunta que este término puede ser reemplazado por *prescripción* o *prohibición*, es decir, afirmar que un acto está prescrito quiere decir que existe un deber de realizarlo, mientras que afirmar que un acto está prohibido significa que existe un deber de no hacerlo. Al deber de B corresponde la facultad de A, lo que

[9] Finnis se inclina también por la utilización del término *derecho subjetivo* en un sentido amplio, es decir, que considera dentro de esta expresión a las obligaciones positivas o negativas (libertades y pretensiones), habilidades (potestad) e inmunidades: "…podemos hablar de derechos siempre que una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) impuesta a B (incluyendo *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo" (Finnis 2000, p. 234). Como bien puede verse, para llegar a esta definición, que contiene de cierta manera las categorías de Hohfeld, previamente Finnis se decantó por la teoría del interés, sin embargo, por razones de método esto se explicará más adelante.

para Ross equivale a que A puede poner en movimiento la maquinaria jurídica para obtener una sentencia contra B; o que el hecho de que A inicie un juicio es condición necesaria para que se pueda condenar a B[10] (Ross 1977, pp. 155 y 156).

Finalmente, Hart se niega a aceptar la correlatividad, pero afirma que también es posible encontrar derechos sin deberes correspondientes, lo que trata de demostrar con su famoso ejemplo de las dos personas que encuentran un billete en la calle:

> Dos personas que van caminando ven en el suelo un billete de cien pesos, a cinco metros de distancia, y no se sabe quién pueda ser el dueño. Ninguno de los dos tiene el "deber" de permitir que el otro lo recoja. Por supuesto, puede haber muchas cosas que ambos tengan el "deber" de no hacer en el curso de la carrera hacia el billete —ninguno puede matar o herir al otro—, y en correspondencia a estos "deberes" hay derechos a las tolerancias (Hart 1974, p. 90).

No obstante, también se ha dicho ya, criticando el ejemplo de Hart, que en realidad lo que sucede en el caso que se describe es que ambas personas tienen la libertad de intentar coger el billete: "sólo cuando uno de ellos haya cogido el billete podríamos hablar de que, siempre y cuando este modo de adquisición esté autorizado por una norma, tiene derecho a poseerlo, pero entonces el otro tiene, desde ese momento, el deber correlativo de abstenerse de quitárselo" (Hierro 2000a, p. 169).

Nino plantea también una distinción importante en el terreno moral entre lo que moralmente *se debe* hacer y los *deberes* u *obligaciones* morales, ya que los últimos son individualizados, siempre presuponen un titular, mientras que algo que *debe hacerse* (por ejemplo, acabar con el hambre en la India) no implica que existe alguien encargado de su concreción.

De modo que, con las precisiones mencionadas, podemos concluir que es valiosa la distinción entre los derechos en sentido amplio y las preten-

10 Para Ross, tanto las normas de conducta como las de competencia son directivas a los tribunales acerca de cómo han de ejercer su autoridad en un caso que caiga bajo esa regla. Pone como ejemplo de esto las normas de derecho penal, que no están redactadas a modo de prohibición, sino que indican al juez qué sentencia debe aplicarse ante la comisión de un acto delictivo. "Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada de aquélla" (Ross 1977, p. 33).

siones o derechos en sentido estricto, y que el modo de identificar estos últimos es que se distinguen por su relación con un deber correspondiente. Ahora bien, esto no resuelve una de las interrogantes que a menudo son expuestas al tratar este tipo de derechos y las condiciones que deben existir para el cumplimiento de la obligación: muchos autores opinan que el titular de la pretensión debe necesariamente tener una facultad discrecional para exigir o no exigir la materialización del contenido del derecho, mientras que otros sostienen que esta situación es irrelevante para considerar que una persona tiene un derecho. Estas dos posturas se manifiestan en el debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés, que serán objeto de análisis más adelante. Por el momento, supongamos que basta con el requisito de que exista un deber correlativo para analizar si los niños pueden ser sujetos de estas posiciones.

Es necesario aclarar que a pesar de que se reconozca que los niños pueden tener pretensiones en el sentido descrito, éstas tienen varias particularidades. En primer lugar, como se ha dicho ya, no hay discrecionalidad en el ejercicio de las mismas, es decir, la demanda de su cumplimiento no es voluntaria sino que constituye el contenido de una obligación. Pero también se caracterizan porque la mayoría de ellas —por lo menos tradicionalmente— no pueden ser adquiridas ni reclamadas personalmente, esto es, en ambos casos se requiere generalmente de la intervención de una persona que represente al menor de edad; tanto cuando se pretende, por ejemplo, celebrar contratos que originen una facultad u obligación para las partes, así como en el caso de las pretensiones derivadas de la ley (por ejemplo, educación, salud, etcétera) se necesita de un representante adulto que supla la voluntad del titular. Muchos de los autores que se oponen a la utilización del lenguaje jurídico en el caso de los niños esgrimen argumentos en esta línea, sosteniendo que los niños son incapaces de tener pretensiones. Sin embargo, parece existir una diferencia entre la capacidad para tener pretensiones y por tanto ser el destinatario de las obligaciones correlativas y estar facultado para exigirlas personalmente, que es lo que sucede en el caso de los niños. De todos modos, esto depende en buena medida de lo que se entienda por pretensión o, mejor dicho, el modo en que se justifica la existencia de ésta, que es materia de otro debate que será abordado posteriormente. Por ahora, parece que desde la teoría de las posiciones jurídicas, éstos —la discrecionalidad para pedir el cumplimiento de la obligación y la facultad para reclamar per-

sonalmente— no parecen ser rasgos esenciales a las mismas, de modo que sería posible sostener que los niños pueden ser titulares de éstas aunque su operación funcione de manera distinta.

La aceptación de la aptitud de los niños para situarse en la posición de pretensión nos lleva a destacar otro de los atributos característicos —aunque no exclusivos— de los derechos de la infancia, que es que éstos se configuran como derechos (pretensiones) de contenido obligatorio. Esto significa que además de que la voluntad del titular no interviene en la exigencia de las pretensiones, en muchas ocasiones éstas constituyen el contenido de una obligación, es decir, su cumplimiento es forzoso aun para quien la ostenta. Se ha dicho en repetidas ocasiones —sobre todo para rebatir a quienes intentan utilizar este argumento en contra de los derechos de los niños— que este rasgo no es exclusivo de los derechos de los menores de edad, pues podemos encontrar algunos de los derechos liberales tradicionales que también tienen estas características (por ejemplo, la igualdad ante la ley o el derecho a un juicio imparcial). Llegado este punto, es interesante preguntarse entonces, ¿ante quién se está obligado en estos casos?, ¿puede hablarse de que alguien es titular de una pretensión correspondiente a este tipo de deber? La repuesta a esta interrogante ha sido objeto de debate, pues hay quien llega a responder con tesis tan elaboradas como que el destinatario del derecho es la sociedad, ya que los niños son el futuro.[11] Tampoco parece coherente alegar que se trata de un derecho de los padres o del Estado, dado que son ellos los que deben exigir el cumplimiento del deber (por ejemplo, mandar a un niño a que asista a la escuela). La respuesta parece más bien ir en el sentido de reforzar la tesis de la correlatividad en el sentido débil, es decir, sostener que se trata de un deber sin pretensión correspondiente, tanto para los niños que deben cumplirlo como para los padres o el Estado que tienen la responsabilidad de imponer su ejecución en caso necesario.

11 Al hablar de los derechos obligatorios (*mandatory rights*) Feinberg hace referencia a los argumentos utilizados al hablar del derecho a la educación por quienes niegan la existencia de este tipo de derechos. Señala que quienes consideran los derechos obligatorios intolerablemente paradójicos intentan explicar que el derecho a la educación —y la discrecionalidad en su ejercicio— lo tienen los demás ciudadanos en una sociedad bien educada y por ello se convierte en una obligación para quien recibe la educación. Según Feinberg, el problema es que esta visión no es coherente con el discurso político cuando se menciona el derecho a la educación, ya que pensamos que éste es un derecho del niño a recibir educación (Feinberg 1980, p. 232).

Parece ser que la mayoría de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño se formulan como pretensiones con la particularidad ya descrita, es decir, que éstas no se entienden como una facultad discrecional del titular, sino que son de cumplimiento obligatorio para quien las ostenta (en este caso el niño). Por otra parte, se caracterizan también porque con mucha frecuencia establecen obligaciones para dos actores: los padres y el Estado, este último con un doble papel, primero como obligado a establecer las instituciones adecuadas para que los padres puedan satisfacer las pretensiones de los niños y en segundo lugar como responsable subsidiario del cumplimiento en el caso de que los padres fallen en su deber.

La existencia de esta doble obligación (padres y Estado) y la pretensión correlativa de los niños se reconoce expresamente en el artículo 3.2 de la Convención: "2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

Es verdad que la Convención, al ser un tratado internacional, reviste características distintas a las de cualquier legislación interna, en el sentido de que es frecuente que este tipo de instrumentos impongan obligaciones a los Estados, sobre todo en materia legislativa, pues es necesario desarrollar los puntos del acuerdo internacional en las leyes locales. Sin embargo, a diferencia de otros derechos derivados de este tipo de convenios, la mayoría de los derechos de los niños conservan esa forma al incorporarse a las legislaciones propias de cada país.

El artículo 7o., que establece el derecho a un nombre y una nacionalidad, es otra muestra de derechos formulados como pretensiones para los niños. Generalmente, los padres son los obligados a garantizar esta pretensión; sin embargo, el Estado debe establecer previamente los medios adecuados para que esto sea posible: la creación de un registro civil, los procedimientos necesarios para poder registrar a un niño, etcétera. Otros ejemplos claros en los que el núcleo del derecho sería una pretensión son el derecho a la salud y a servicios médicos, consagrado en el artículo 24, y el derecho a la educación que se establece en el artículo 28. Resulta claro que en ambos casos existe una pretensión por parte del titular del derecho y alguien que debe asumir el deber correspondiente, en este caso el Estado, de proporcionar salud y educación.

Tal como se desprende de los ejemplos citados y como han dicho muchos autores, es evidente que un solo derecho generalmente involucra una gran variedad de relaciones jurídicas para su protección y eficacia. Sin embargo, es posible distinguir en muchas ocasiones cuál es el tipo de relación que constituye el núcleo de un derecho: si es una pretensión, libertad, inmunidad o potestad.

2. *Derecho como privilegio (permiso o libertad)*

Al realizar un examen de precedentes judiciales, Hohfeld se encuentra con que el sentido técnico predominante del término *privilegio* es el de negación del *deber jurídico*. Es importante, continúa, distinguir el concepto de derecho en sentido estricto (pretensión) del de privilegio, ya que mientras el correlativo del primero es un deber, el correlativo del segundo es un *no derecho*, y es frecuente la confusión de ambos términos. Por ejemplo, siguiendo con el caso del inmueble, citado para ilustrar en qué consiste la pretensión, afirma: "el correlativo del derecho de X a que Y no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene X de entrar es, de modo manifiesto, el «no-derecho» de Y a que X no entre" (Hohfeld 2001, pp. 51 y 52).

El opuesto de un privilegio es, como aparece en el cuadro correspondiente, un deber, ya que en la persona que es titular del privilegio está ausente la obligación de actuar de una cierta manera, aunque esto no se traduce en una incompatibilidad entre el privilegio y un deber cuyo contenido sea exactamente igual al del privilegio, es decir, el deber opuesto al privilegio es únicamente la obligación que tiene un contenido o tenor opuesto al del derecho (privilegio). Esto queda claro con el ejemplo expuesto: el privilegio de X de entrar en el inmueble significa la negación del deber de abstenerse de entrar. Empero, podría ser que el privilegio de X fuera también un deber si, por ejemplo, hubiese celebrado un contrato con Y en virtud del cual se obligara a entrar en el inmueble. Así, X tendría como opuesto a su privilegio de entrar en la propiedad el no deber de permanecer fuera de la misma, aunque también la obligación frente a Y de no abandonarla.

Para nuestro autor, el sinónimo más cercano para designar un privilegio jurídico sería el de *libertad* jurídica, aunque señala el inconveniente de no ser tan precisa como el término privilegio, por ser utilizada con

frecuencia para referirse a la libertad física o personal o para referirse a la libertad política general, en lugar de la relación entre dos individuos. Es incorrecto también confundir un privilegio con una *licencia*, ya que ésta hace referencia a un conjunto de hechos operativos necesarios para crear un privilegio particular.

Se ha señalado que el concepto de privilegio puede ser usado en dos sentidos; en primer lugar, como negación de un deber de hacer A o como negación de un deber de no hacer A, o como negación de un deber de hacer ambos. Al parecer, Hohfeld se refiere a ambas acepciones, pues considera que si una acción está ordenada, por consiguiente no está prohibida y por tanto es un privilegio, y sólo sería excluyente de considerarse como privilegio a la omisión de la misma. No obstante, esta opinión no es compartida por muchos autores, quienes estiman que en el lenguaje común el término privilegio se entiende como la negación de un deber de hacer y de no hacer A.

Hohfeld distingue también un privilegio de ciertos deberes y derechos que se presentan generalmente concomitantes a los privilegios, señalando que, aunque frecuentemente aparecen juntos, no deben ser confundidos. Por ejemplo, mi privilegio de caminar por el bosque generalmente va unido a deberes de otros de no interferir en mi derecho de caminar, pero se trata de cosas distintas: el privilegio deriva de una norma —o la falta de ella— que me impida caminar por ese sitio, mientras que mi derecho a no ser impedido de caminar es correlativo a la obligación de otros de no impedírmelo.

Ross mejora la terminología de Hohfeld y distingue entre conducta *libre* y conducta *permitida*, señalando que ambas tienen en común el hecho de que no están prohibidas. Mientras que calificar a una conducta como permitida puede significar que ésta es una conducta prescrita (como se permite cumplir con el deber propio), si una conducta es libre quiere decir que no está prohibida ni permitida, es decir, se encuentra fuera de las normas jurídicas y por tanto ni su realización ni su no-realización dan lugar a reacciones jurídicas: si C es libre, entonces también no-C es libre. Alexy también marca una distinción entre la que llama *posición libre* (conjunción de la negación tanto de mandato como de prohibición) y *permisión positiva* y *permisión negativa* (negación de prohibición y mandato, respectivamente). Por ello, continúa Ross, es imposible enumerar todas las libertades que tiene una persona, pues es aquello que

se encuentra fuera del ámbito de regulación de las normas jurídicas. Distingue también Ross entre *libertades generales* y *libertades especiales*, para las cuales reserva el término privilegios. Las segundas se distinguen porque se presentan como excepciones a las primeras, ya sea porque pertenecen a un solo individuo o porque aparecen como excepciones a una regla general aceptada. A este segundo tipo pertenecen las libertades reconocidas en muchas Constituciones en tanto esferas protegidas de la intervención estatal: libertad religiosa, libertad de expresión, etcétera.

La libertad en el sentido empleado por Ross tampoco implica la existencia de un derecho (facultad) frente a los demás; esto queda claro en el ejemplo: "Estoy en libertad de sentarme en un banco de Hyde Park. Pero esta libertad no me sirve de nada si el banco está ocupado. No tengo derecho a que otros me cedan el asiento" (Ross 1977, p. 159). Queda también patente la manera en que se entiende la afirmación de que los privilegios no implican el deber correlativo de no-interferencia para otros, al señalar que para evitar la lucha que se desencadenaría como resultado del choque de privilegios, se establecen ciertas facultades que limitan los medios para desplazar al prójimo: "Si estoy sentado en un banco, ciertamente no tengo la facultad de que otros me dejen sentar allí. Pero tengo la facultad de que los demás no me ataquen, y esto tiene el resultado reflejo de que (jurídicamente) no puedo ser sacado del banco por la fuerza" (Ross 1977, pp. 160 y 161). Mediante este ejemplo queda delimitada la diferencia entre el privilegio y la facultad, ya que ambos aparecen con frecuencia unidos en las normas.

Nino resalta también el hecho de que el derecho como ausencia de prohibición se refiere, en algunos contextos, a la ausencia de una disposición o principio que prohíba una conducta. Señala también que salvo que exista una norma de clausura que permita toda conducta no prohibida, se trata de una *laguna normativa*, por lo que el derecho en este sentido no implica protección a esa conducta (Nino 1989, p. 26).

Otra forma en la que se ha planteado esta situación expuesta por Nino y Ross es mediante la distinción entre permiso débil y permiso fuerte —o permisión directa—. El permiso débil es aquel que deriva de la inexistencia de una norma que contemple cierta conducta, de manera que al no estar regulada es una acción permitida pero en sentido débil, porque no podemos asumir que al no estar expresamente prevista el legislador haya tenido la intención de autorizarla. Dicho de otra manera, cuando existe

una laguna normativa, para utilizar la terminología de Nino, se entiende que la acción es irrelevante jurídicamente y por tanto no tiene consecuencias normativas. Los permisos fuertes, por el contrario, constituyen el contenido de una norma, es decir, son conductas que se autorizan directamente. Ahora bien, tal como dice Ross, es imposible enumerar todas las libertades por estar fuera, arguye, del ámbito de regulación de las normas jurídicas; sin embargo, esto no necesariamente es así, pues existe la posibilidad de que todas las conductas constituyan permisos en sentido fuerte por estar reguladas directamente. Esto eliminaría el problema de considerar que son conductas no previstas por el legislador, y se da cuando existe una norma de clausura en el ordenamiento, ya sea de tipo permisivo (todo lo no prohibido u obligatorio está permitido), prohibitivo (todo lo no permitido u obligatorio está prohibido) u obligatorio (todo lo no prohibido o permitido es obligatorio). Un sistema normativo con una regla de este tipo tiene la pretensión de ser un sistema hermético y completo, que contempla todas las acciones posibles y les da relevancia jurídica, de modo que no hay espacio para suponer que una conducta puede realizarse por no estar prevista dentro de la legislación. Esta sería una forma de contemplar todas las libertades humanas y adjudicarles consecuencias normativas.

En la obra de Alexy no es sencillo situar claramente los privilegios hohfeldianos (*no right*, *privilege*), pues por un lado afirma que están dentro del ámbito de los derechos a algo, y efectivamente los ejemplos que pone corresponden a un tipo de privilegios, pero por otra parte desarrolla ampliamente el tema de los permisos cuando habla de las libertades.[12] Alexy identifica dos tipos de derechos a algo: derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Parece ser que las libertades serían un tipo de derechos a acciones negativas, ya sea al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades y situaciones o a la no eliminación de posiciones jurídicas. Dentro del derecho al no impedimento de acciones distingue entre impedimento y obstaculización; el primero se presenta cuando se crean circunstancias que hacen fácticamente imposible la realización de la acción, mientras que el segundo se da cuando se crean condiciones que pueden impedir realizar una acción (cuando la obs-

[12] La clasificación de Alexy difiere de la de Hohfeld, pues está inspirada en Bentham. Clasifica las posiciones jurídicas en tres tipos: *derechos a algo*, *libertades* y *competencias*.

taculización tiene como resultado el que A no realice la acción, puede decirse que se ha impedido la acción de A). Alexy sitúa dentro de este grupo la libertad de movimiento, de manifestación de fe, de expresión, de opinión, de creación de una obra de arte, de reunión en una calle, de elección de profesión y de educación de los hijos.[13]

Al hablar de las libertades jurídicas, Alexy distingue entre libertades protegidas y no protegidas. Las segundas son aquellas que resultan de la conjunción de una permisión jurídica de hacer algo y una permisión jurídica de omitirlo. La libertad protegida, en cambio, requiere de un derecho añadido a la combinación de permisiones, como serían, por ejemplo, las normas de derechos fundamentales que permiten algo. En este sentido, una libertad protegida es algo mucho más complejo que la posición hohfeldiana de privilegio, pues incluye otra serie de posiciones jurídicas diversas, ya que está constituida por "un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar acciones permitidas" (Alexy 2002, p. 225).[14]

En efecto, si consideramos libertad en el sentido más amplio propuesto por Ross, los derechos a algo identificados por Alexy serían libertades especiales, es decir, aquellas libertades que constituyen una excepción a la regla general. El problema de la clasificación de Alexy puede ser que ésta tiene como fin abordar el tema de los derechos fundamentales, y parece que en su clasificación no traza la distinción entre el privilegio como posición jurídica y las facultades que generalmente aparecen vinculadas a la misma para protegerla.

Para concluir con la descripción genérica del concepto de privilegio es necesario apuntar que no resulta claro que todos los autores convengan en identificar simplemente el no-derecho como correlativo de privilegio (libertad) y aparentemente hay quien sostiene que a esta posición del su-

13 No parece muy claro, al menos desde mi punto de vista, que la educación de los hijos pueda (o deba) tener como núcleo una libertad de los padres. En mi opinión, ésta sería una de las posiciones derivadas del núcleo del derecho, que sería el derecho del niño a ser educado, entendiendo esta educación en su manera más amplia, incluyendo ser cuidado, protegido, etcétera. Esta visión refleja la postura sostenida durante mucho tiempo, y aun en nuestros días, de que los niños se encuentran dentro del perímetro de las libertades de los padres.

14 Alexy distingue también entre las libertades que están protegidas por un perímetro protector que denomina libertades *protegidas indirectamente*, mientras que las libertades que están contenidas por una protección de igual contenido son libertades *directamente protegidas* (Alexy 2002, p. 225).

jeto A corresponde una *abstención* del sujeto B. Hierro (2000a) parece afirmar que la posición relacionada con una libertad es una abstención: "La «abstención» es así la situación correlativa deónticamente de los permisos o libertades relacionales, y es también una situación que garantiza la autonomía de Viernes y Sábada, recíprocamente, para cumplir o incumplir sus obligaciones" (Hierro 2000a, p. 159).

Finnis señala que desde la teoría del interés, un privilegio se entiende como "la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar" (Finnis 2000, p. 233). Sin embargo, al definir cuándo podemos hablar de derechos subjetivos, parece incluir el privilegio como la exigencia de una no intervención: dice que podemos considerar hablar de derechos subjetivos cuando existe una exigencia o principio básico de la *razonabilidad práctica*[15] o una regla derivada de que a una clase pertenece el beneficio de una "exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo *inter alia* cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna forma de bien)"[16] (Finnis 2000, p. 234).

Martin (2001), por su parte, no niega explícitamente la correlatividad, pero se opone a considerar que una libertad que no establece una orientación normativa para nadie pueda ser constitutiva de un derecho. Utilizando el ejemplo puesto por Hohfeld en su libro para ilustrar la postura de privilegio, en el cual el derecho de un individuo a comer una ensalada se reduce a que las otras personas únicamente no pueden señalar el deber de parte del titular de no comer la ensalada, sostiene que este derecho es extraño, dado que no hay una orientación normativa "importante" para la conducta de otras personas, y por tanto los excluye de la categoría de derechos:

15 Mediante la *razonabilidad práctica* se determina cómo han de aplicarse los principios que expresan los fines generales de la vida humana a rangos definidos de proyectos, disposiciones o acciones, o a proyectos, disposiciones o acciones particulares, pues según Finnis sólo así adquieren lo que hoy se llamaría fuerza "moral" (Finnis 2000, p. 132).

16 Los otros beneficios que Finnis considera como que dan origen a un derecho subjetivo se ajustan a lo que se entiende por inmunidad e incompetencia, de acuerdo con la definición citada con anterioridad.

Parece que esta falta de distinción de Finnis se advierte también cuando habla de las posiciones jurídicas desde la teoría de la voluntad: "…todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente, no impidiéndole y obstruyéndola (libertad e inmunidad), ya afirmativamente, otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder)" (Finnis 2000, p. 233).

> Entonces, del análisis que he estado desarrollando se desprendería que aquellas libertades (en el sentido de Hohfeld) que proporcionan una orientación normativa *insignificante* para la conducta de los demás (al ser correlacionadas con meras ausencias de derechos, por ejemplo) y que no se basan de manera importante en deberes establecidos (que, aunque independientes de la libertad, proporcionan un considerable grado de protección a su ejercicio) serían excluidas de la categoría de derechos (Martin 2001, p. 51).

El tema de las libertades es especialmente importante en el caso de los niños por dos razones:

En primer lugar, parece fácil asumir que, al hablar de las conductas permitidas, los casos de lagunas normativas en los sistemas jurídicos, esto es, conductas no reguladas expresamente, son acciones permitidas o libres. En otras palabras, serían permisos débiles para diferenciar el estatus deóntico de éstas con aquellas objeto de regulación expresa. El caso de los niños es distinto, pues en general no se asume que gocen de este espacio de libertad respecto de las conductas que no se encuentran contempladas por una norma. Hierro trata este problema (2000a, p. 155) y hace notar que un argumento que se utiliza en contra de la idea de permiso débil es que se considera absurdo suponer que en el caso de los niños todo lo que no está prohibido les está permitido, y se defiende más bien la existencia de una norma general prohibitiva para los menores de edad. Hierro, en cambio, se inclina hacia una visión en la que los agentes de socialización van introduciendo paulatinamente reglas de conducta, de acuerdo con la capacidad de comprensión moral de cada etapa de la infancia. Opino también que parece absurdo dar validez a esta idea de norma general prohibitiva, ya que uno de los presupuestos básicos es que las conductas prohibidas pueden ser posibles, y aplicando dicha regla llegaríamos a tener que sostener que —utilizando el ejemplo de Hierro— un bebé recién nacido tiene prohibido fumar o que un niño de tres años tiene prohibido conducir; y esto sin mencionar la grave violación a la satisfacción de la necesidad de autonomía en cada una de las etapas de desarrollo, que han sido ampliamente tratadas en los capítulos precedentes. Parece mejor considerar, y así se ha hecho al legislar para la infancia, que toda una serie de conductas que se consideran inadecuadas para los niños (entre las cuales podemos incluir desde fumar, beber y conducir hasta casarse, trabajar y transitar libremente) no entrarían dentro de la

categoría de una norma general prohibitiva, sino que serían consecuencias derivadas de otras pretensiones como la de ser cuidado y alimentado, o protegido de riesgos físicos y psicológicos.

El segundo tema al que nos enfrentamos tratándose de las libertades en el caso de los niños es que éstas deben ser entendidas considerando el ámbito de la familia y la autoridad paterna. Es decir, se debe asumir que gran parte de la regulación en la conducta de los niños dentro de los sistemas jurídicos se encuentra delegada o reservada —por llamarlo de alguna manera— a la autoridad de los padres; no en vano Alexy cita como ejemplo de uno de los derechos a acciones negativas la libertad de los padres de educar a sus hijos. Tenemos que admitir entonces que en cierta medida las libertades se encuentran más limitadas en el caso de los niños que en el caso de los adultos en atención a su desarrollo y a la falta de autonomía.

En el tema de las libertades en el caso de los niños tenemos que tomar en cuenta también que su regulación obedece a la necesidad de protección para facilitar el desarrollo, y en especial el desarrollo de la autonomía y, por tanto, de las libertades futuras. En otras palabras, se sacrifican libertades presentes —libertades que se reconocen a los adultos de las cuales se excluye a los pequeños— para preservar libertades futuras. Así, por ejemplo, el niño tiene limitada su libertad de trabajar o celebrar contratos sobre sus bienes para garantizarle un adecuado desarrollo, de manera que cuando pueda decidir por sí mismo tenga salvaguardada su integridad física y mental y su patrimonio.

En la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos varios ejemplos de derechos cuyo núcleo está formado por las llamadas libertades especiales, que constituyen una esfera de protección de la intervención estatal (que comparten con los adultos en el sentido de que son derechos de libertad tradicionalmente reconocidos): el artículo 13, que establece la libertad de expresión, y el artículo 15, que reconoce la libertad de asociación. El artículo 14 es un ejemplo interesante de la peculiaridad de los derechos de los niños debido a la existencia de la autoridad paterna, ya que para tratar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en primer lugar se establece la obligación de los Estados de respetar estas libertades, pero enseguida se reduce esta esfera de protección para contemplar los derechos de los padres:

> Artículo 14
>
> 1. Los Estados partes respetarán el derecho de niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
>
> 2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Uno de los derechos más típicamente específicos de los niños es el derecho al juego que la Convención recoge en el artículo 31, y resulta interesante pensar desde la óptica de las relaciones jurídicas de Hohfeld cuál es la posición nuclear del mismo. Si tomamos en consideración las características del juego infantil descritas en los capítulos precedentes, en mi opinión éste debe entenderse como una libertad —especial por ser específica de los niños—, que evidentemente se complementa con otras relaciones jurídicas. El juego en el niño es algo espontáneo, que él mismo hace por imitación y que constituye una herramienta indispensable para el desarrollo. De modo que este derecho puede entenderse como la libertad de dejar al niño desarrollar sus propios juegos, relacionándose con otros pequeños sin intervención de los adultos (más que en caso necesario, evidentemente). Conlleva también la necesidad de dejar tiempo y espacios libres para que el niño pueda ejercitar su actividad lúdica, aunque muchos adultos erróneamente interpretan que el derecho al juego consiste en dotarlo de juguetes y actividades para que esté ocupado. Esta última actitud demostraría un caso en el que no se atenderían adecuadamente las necesidades y por tanto se violaría este derecho tan importante, por no comprender el tipo de relación jurídica que supone. Parece que con este ejemplo queda de manifiesto otra de las utilidades del sistema de Hohfeld, por lo menos en el caso de los niños: la de resaltar la trascendencia de que la posición jurídica núcleo sea entendida como tal y así sea protegida. Finalmente, lo que refleja también en este caso es hasta qué punto es importante que comprendamos la necesidad de estas *libertades* para los niños, fundamentales para el desarrollo de la autonomía.

3. *Derecho como potestad*

Siguiendo con la clasificación hohfeldiana llegamos a la tercera de las posiciones que se suele identificar como derecho subjetivo: la *potestad*,

que este autor define como la capacidad de producir cambios en una relación jurídica determinada:[17]

> Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se pude decir que la persona (o personas) cuyo control es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego (Hohfeld 2001, p. 68).

Frente al sujeto A que tiene la potestad está la *sujeción* de un sujeto B. Hohfeld ejemplifica de qué manera se produce esta relación: el propietario de una cosa mueble tiene la potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa (derechos, potestades, inmunidades, etcétera) mediante la totalidad de los hechos operativos que constituyen el abandono, y al mismo tiempo la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, como sería la potestad de adquirir el dominio del mismo mediante apropiación. Otro ejemplo que arroja luz sobre el término es la situación de sujeción en la que se encuentra una persona que ofrece alojamiento al público frente a la potestad de quien solicita el mismo cumpliendo con los requisitos estipulados. El solicitante tiene el poder de imponer al posadero el deber de darle hospedaje, y en caso de negativa del segundo, el primero tendrá una acción. Por otra parte, este tipo de relación jurídica se da también en los casos de representación (*agency*) o en una oferta de compraventa. Lo opuesto de la potestad es una *incompetencia*.

A diferencia de las otras relaciones jurídicas, la posición correlativa a la potestad, es decir, la sujeción, no siempre constituye una situación ne-

[17] Cruz (1999, p. 85) añade al señalamiento de Hohfeld acerca de las causas que pueden dar lugar a un cambio en una relación jurídica: la necesidad de que exista una norma que así lo prevea: "Para entender esta relación jurídica es oportuno señalar que toda relación jurídica está sujeta a cambio, el cual tendrá lugar cuando: *a)* una norma establezca que algún hecho o grupo de hechos tengan lugar y éstos no estén bajo el control de la voluntad de algún individuo; o *b)* la norma establezca que la realización de ciertos actos, bajo el control de uno o más individuos, en determinadas circunstancias modificarán una relación jurídica, y es el caso que tales actos tienen lugar" (Cruz 1999, p. 85).

gativa o desfavorable para quien se encuentra en ella, pues el ejercicio de un poder puede crear en la persona sujeta un privilegio, como es el caso del otorgamiento de licencias, exención de impuestos, etcétera (aunque es necesario puntualizar que hay quien no está conforme con considerar las potestades públicas como derechos subjetivos). Hohfeld no da cuenta de esta doble faceta de la sujeción, y por ello acepta como sinónimos los términos *sometimiento* y *responsabilidad*, que sugieren otro significado de este concepto. Esta actitud es comprensible, porque de otra manera Hohfeld hubiera tenido que admitir que sujeción se utilizaba de alguna forma como otra acepción de derecho subjetivo, de modo que se limita a relacionarla como correlativo del vocablo potestad. La sujeción no implica estar obligado, pues un testador tiene la potestad de modificar la situación jurídica de su heredero, pero éste no tiene la obligación de aceptarlo (Cruz 1999, pp. 139 y 140). Ross señala también el inconveniente de que el término sujeción tiene una connotación negativa, a pesar de que existen situaciones "positivas" en esta posición, por ejemplo la sujeción de los ciudadanos a la potestad del legislador, la de los herederos a la del testador, quien hace una oferta al destinatario de ella, etcétera (Ross 1977, p. 161).

Hierro, por su parte, habla también de la postura que se limita a considerar como derechos subjetivos únicamente las potestades reconocidas a las personas en sus relaciones particulares, negándo que las concedidas a individuos en cuanto autoridades normativas sean tales, ya que se les vincula con el ejercicio de las funciones derivadas de su cargo público. Hierro atribuye esta actitud a dos causas: en primer lugar, a la identificación de un derecho subjetivo como una posición favorable al sujeto, con la correspondiente situación negativa para quien está en la posición correlativa, lo que no sucede en estos casos, ya que más bien se asimilan las potestades públicas al cumplimiento de una obligación. Por otra parte, existe una tendencia a vincular el ejercicio de un derecho subjetivo con una libertad, una acción facultativa que queda a discreción del sujeto ejercer o no, características que no presentan evidentemente las potestades públicas. Sin embargo, como ya hemos visto, no todos los derechos poseen esta característica de ser discrecionales, además de que, como dice Hierro, analíticamente no hay distinción entre ambos tipos de potestades, ya que las dos implican la competencia de un individuo para regular la acción de quien se encuentra sujeto a él (Hierro 2000a, p. 164).

Alexy sitúa los poderes o potestades en el grupo de las competencias, distinguiéndolos de la permisión por el hecho de que esta última posición no modifica situaciones jurídicas. De las competencias en general señala que son un *poder hacer* conferido expresamente por el ordenamiento jurídico y cuya relación conversa es una *sujeción*: "Si *a* tiene frente a *b* la competencia para modificar una posición de *b*, *b* se encuentra frente a *a* con respecto a esta posición en una situación de sujeción y viceversa" (Alexy 2002, p. 236). Alexy destaca la importancia de distinguir de entre los actos jurídicos aquellos que son efectivamente el ejercicio de una competencia, pues no toda acción que modifica una situación jurídica es un ejercicio de ésta. Para probarlo cita como ejemplo la comisión de un acto delictivo que efectivamente modifica la situación jurídica, ya que puede dar lugar al surgimiento de una obligación del pago de daños y confiere derechos de compensación, pero que no puede considerarse como el ejercicio de una competencia. Habla también de las *normas de competencia* —al igual que Ross— que marcan la diferencia entre lo que es el poder fáctico y la competencia, ya que las "acciones que constituyen ejercicios de competencia son acciones institucionales", es decir, que para ser realizadas presuponen reglas constitutivas cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia la nulidad o deficiencia del acto. Respecto de los derechos fundamentales —que como hemos dicho son el tema principal de su obra— las competencias del ciudadano se relacionan con las libertades, dado que amplían el campo de acción del individuo: "la libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto" (Alexy 2002, p. 238).[18]

Ross ubica la relación jurídica sujeción-competencia en el ámbito de las normas de competencia,[19] aunque señala que la competencia es un caso especial de potestad: "la competencia es la potestad de disposición y es ejercida por una declaración dispositiva, esto es, una declaración que normalmente produce efectos jurídicos concordantes con su contenido" (Ross 1977, p. 160). Señala asimismo que, por regla general, los particu-

18 Alexy señala también respecto de las libertades y las competencias: "Mientras que en el otorgamiento de una libertad jurídica… el orden jurídico se comporta pasivamente frente a la alternativa de acción, en el otorgamiento de una competencia se comporta activamente, crea una alternativa de acción" (Alexy 2002, p. 239).

19 Ross señala también que "las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también pueden ser interpretadas como directivas para los tribunales" (Ross 1977, p. 33).

lares sólo son competentes para efectuar disposiciones que los obligan a sí mismos, mientras que las autoridades pueden obligar también a otras personas. Sin embargo, puede haber casos en que una disposición antecedente hecha por otra persona faculte a un sujeto a hacer disposiciones que obliguen a dicha persona; tal es el caso del que hace una oferta y con ello confiere al destinatario la potestad de obligar a quien la hizo mediante su aceptación.

Por último, Finnis utiliza el término potestad en el sentido de "la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo" (refiriéndose a exigencia de la razonabilidad práctica, siendo A el titular de la potestad) (Finnis 2000, p. 234).

Al hablar de los niños y las potestades debemos considerar dos perspectivas: en primer lugar, analizar si es posible que los niños sean titulares de alguna potestad, y en segundo de qué manera se ubican en la posición de sujeción. A diferencia de las pretensiones, en donde fácilmente encontramos ejemplos de derechos formulados como tales y en cambio nos es más difícil identificar o imaginar una relación jurídica en la que el niño sea el obligado frente a otra persona, resulta más sencillo imaginarnos al niño en una situación de sujeción que como titular de una potestad. Ejemplo de esta segunda afirmación es una de las instituciones más antiguas de tratamiento a la infancia: la patria potestad.

Efectivamente, al pensar en los derechos de los niños desde el punto de vista del poder, resulta claro que, independientemente de la posición teórica que se sostenga sobre los mismos, el niño se percibe en mayor o menor grado dentro de la esfera de derechos que constituyen la patria potestad de los padres. La diferencia derivada de la postura que se sostenga respecto de la autonomía de los menores de edad marcará una diferencia en la fundamentación, ejercicio y límites de la misma, pero, salvo algunas posturas liberacionistas, no es habitual negar la existencia de esta autoridad reconocida a los progenitores. Aunque, como se ha expuesto en el primer capítulo, la patria potestad ha evolucionado a lo largo de la historia, ha sido una constante a través del tiempo y se le ha vinculado estrechamente con la situación de minoría de edad: ser adulto significaba la emancipación de la patria potestad, superar la sujeción derivada del hecho de ser dependiente o incapaz.

Resulta entonces interesante analizar si el núcleo de esta institución tan compleja es una potestad como la entienden Hohfeld y sus seguidores, que da origen, como es evidente, a una gran variedad de derechos,

deberes, inmunidades, etcétera. Por ejemplo, Ross menciona como un caso de potestad: "los padres tienen potestad para permitir que sus hijos de cierta edad contraigan matrimonio" (Ross 1977, p. 160). No está claro si en este tipo de casos se puede entender el poder como motivado por la posición de sujeción del hijo como beneficiario, algo así como quien se beneficia por el otorgamiento de una licencia, o como una sujeción derivada de un poder del padre de controlar la vida de sus hijos. La postura tradicional sería la segunda, aún sostenida por muchos, mientras que la concepción moderna se inclina por la primera. La Convención reconoce la visión favorable a la infancia introduciendo el concepto de interés superior del niño, que se entiende como finalidad del ejercicio de los poderes paternos y al mismo tiempo límite de los mismos.

La Convención no habla expresamente de patria potestad, aunque reconoce varios derechos y obligaciones relacionados con ésta, como el derecho de los padres o personas responsables del niño a dirigirle en el ejercicio de los derechos contenidos en la misma. Por otra parte, en el artículo 9o. se reconoce como un derecho del niño el no ser separado de sus padres y al mismo tiempo contempla la posibilidad de alejamiento en el caso de que sea objeto de maltrato o descuido, mientras el artículo 18 habla de las obligaciones comunes de ambos padres respecto de la crianza y desarrollo del niño. Aunque efectivamente no parece que estos derechos estén regulados a modo de potestad de los padres, entendida como poder para cambiar su situación jurídica, se entiende que la autoridad de los padres sobre los hijos es necesaria para su protección y desarrollo.

Esta posición se aprecia con mucho más claridad en la legislación interna, por ser ésta más específica. En el Código Civil Federal, la patria potestad establece la posición de sujeción que tiene el hijo frente al padre. Esta situación, como se ha dicho ya, tiene como objetivo la protección del niño y el que no falte nada para su desarrollo, así como el reconocimiento de los derechos de los padres a educar a sus hijos como mejor les parezca.

> Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.
>
> Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los menores…

> Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

Cabe mencionar respecto de los supuestos en los que el niño puede ser titular de una potestad, que la filiación involucra también ciertos poderes de los hijos sobre los padres, aunque éstos no puedan ser ejercidos directamente. Al igual que sucede con las pretensiones, dependiendo de la postura teórica que se asuma será la conclusión de si éstas pueden ser consideradas o no derechos, pues no tendría el titular —en este caso el menor de edad— discrecionalidad en el ejercicio de las mismas. Pero suponiendo que para tener una potestad basta con la capacidad para provocar un cambio en alguna situación jurídica de un sujeto que se encuentre en una posición de sujeción frente al titular del derecho, me parece que podemos concluir que el niño efectivamente puede estar en una situación de potestad. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho del niño a conocer a sus padres establecido en el artículo 7o. de la Convención.[20] Si se ejercita este derecho, que depende del niño, cambia la situación jurídica del progenitor de muy diversas maneras, pues puede surgir, entre otras, la obligación de reconocerle y darle su apellido y los deberes relacionados con los alimentos.

De los pocos ejemplos de derechos que constituyen una potestad y que son reconocidos en la Convención, se encuentra el derecho a dar su opinión en los asuntos que le afecten y a ser escuchado en los procedimientos en los que esté involucrado que consagra el artículo 12:

> 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
>
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya

[20] La Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho a, "en la medida de lo posible... conocer a sus padres y ser cuidado por ellos". Este derecho se encuentra también consagrado en el artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: "El derecho a la identidad está compuesto por: C. Conocer su filiación y origen, salvo en los casos en que las leyes lo prohíban".

> sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Ejemplos como éste encontramos también en la legislación interna, como es el caso del derecho del niño mayor de doce años a dar su consentimiento para que la adopción pueda tener lugar (artículo 397 del Código Civil) o el derecho de los menores a ser oídos en los juicios de divorcio de sus progenitores para resolver todo lo relativo a la patria potestad, custodia y cuidado (artículo 283 del Código Civil), pues la consecuencia de la falta de estos requisitos debería ser la nulidad del acto, por ser el otorgamiento de la autorización o el ser escuchado elemento de validez del acto jurídico.

4. *Derecho como inmunidad*

Llegamos a la última posición mencionada por Hohfeld, la *inmunidad*, cuyo correlativo es una *incompetencia* y su opuesto una *sujeción*. El autor equipara la relación que existe entre una pretensión y un privilegio a la que existe entre una potestad y una inmunidad, ya que mientras que el privilegio es la libertad frente a la pretensión del otro, la potestad es el control afirmativo frente a otros sujetos en una relación jurídica, y por consiguiente la inmunidad es la libertad frente a una potestad con respecto a una relación jurídica. Utilizando nuevamente la propiedad de un inmueble como ejemplo, el autor muestra en qué consiste una inmunidad: "…X, propietario de un inmueble, tiene, como hemos visto, la potestad de enajenarlo a Y o a cualquier otra persona. Por otra parte, X tiene también varias inmunidades frente a Y y todos los demás. Porque Y está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo o a un tercero" (Hohfeld 2001, p. 81). Propone como sinónimos los términos *exención* e *impunidad.*

Ross, por su parte, se limita a comentar que la modalidad negativa inmunidad-incompetencia es análoga a la de libertad-no facultad, de modo que resulta, a su juicio, imposible enumerar y designar las inmunidades específicas: "Toda persona goza de inmunidad frente a cualquier otra persona, siempre que la otra persona no tenga una potestad en relación con la primera" (Ross 1977, p. 162). Aclara, empero, que se reconocen algunas inmunidades específicas, como las concedidas a ciertos funcio-

narios respecto de la jurisdicción de los tribunales o la de los ciudadanos frente a la legislatura cuando hay una norma expresa que limita su competencia.

Finnis reconoce también las posición jurídica de inmunidad como derecho y la define como "la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de este tipo" (Finnis 2000, p. 234).

Según la clasificación de Alexy, las inmunidades, al igual que las competencias —en el sentido hohfeldiano—, pertenecen a un mismo grupo que él denomina genéricamente *competencias*. Distingue las normas iusfundamentales que establecen normas de competencia negativa, cuya función es limitar las normas de competencia positiva: "De esta manera, coloca al Estado en la posición de no-competencia y a los ciudadanos en la de no-sujeción" (Alexy 2002, p. 240).

Para Nino, la posición jurídica denominada *inmunidad* alude a la "falta de competencia de un cierto órgano para alterar nuestra situación normativa o para realizar un acto que va en nuestro detrimento", y señala que parece implicar la falta de normas y no la existencia de normas de algún tipo, especialmente si hay una regla de reconocimiento aplicable a los actos normativos del poder soberano que indique cuáles serán las normas aplicables de acuerdo a su procedimiento de creación. Cuestiona entonces si es que tiene sentido hablar de este tipo de derechos, al igual que en el caso de las lagunas normativas. Sin embargo, parece que este sentido no contempla todas las posibilidades que pueden dar origen a una inmunidad, pues aunque ciertamente la ausencia de regulación de ciertas acciones constituye una esfera de inmunidad, pueden existir también dentro de los sistemas jurídicos ciertas normas que crean inmunidades a través de una norma; es decir, el Poder Legislativo se autolimita para regular ciertos ámbitos de la vida de las personas. Hierro lo define claramente al señalar que en un análisis normativo se considera a la incompetencia como una situación de deber, "sin embargo, es claro que, bajo el punto de vista normativo, una situación de incompetencia es una situación de deber, es decir, una prohibición de mandar" (Hierro 2000a, p. 165).[21]

[21] Hierro utiliza un ejemplo muy ilustrativo para ejemplificar cada una de las posiciones, pero en materia de inmunidad me parece especialmente útil: plantea la situación en la que se encuentra Robinson Crusoe en una isla a la cual llegan dos personajes, Viernes y Sábada, que adoran a dioses distintos. Una de las medidas que impone Robinson —que

La Convención contiene ciertas normas destinadas a establecer una inmunidad a favor de los niños, con el fin de proteger su desarrollo. Tal es el caso del artículo 38, que compromete a los Estados firmantes a impedir que los niños menores de quince años participen directamente en conflictos armados. En este caso, el Estado que asume esta obligación se autoimpone la limitación —entre otras cosas— de, por ejemplo, no dictar una norma que obligue a las personas en este rango de edad a integrarse al ejército en caso de guerra.[22] Otro ejemplo de este tipo de derecho encaminado a proteger al niño es la obligación de establecer una edad mínima para trabajar del artículo 32.2, inciso *a*.

Otro de los ejemplos típicos de inmunidad lo constituye la inimputabilidad en materia penal que se encuentra en el artículo 40 de la Convención, que contempla el establecimiento de un régimen de administración de justicia especial para los menores de edad. El inciso *a* del numeral 3 establece la obligación de determinar una edad mínima para ser imputado penalmente, aunque por las características de la Convención, que deben ajustarse a muy diversas realidades de distintas culturas, no se especifica cuál debe ser ésta:

> Artículo 40
>
> 3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
>
> a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
>
> b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

se adjudica la potestad de legislar— es la de no dictar leyes en materia religiosa: "Nunca dictaré ninguna norma que prohíba practicar ritos religiosos ni obligue a practicarlos" (Hierro 2000a, p. 159).

22 Aunque es evidente que este compromiso de los Estados partes va más allá de la inmunidad de no reclutar niños para participar como soldados del Estado, ya que implica también tomar medidas para evitar que los niños participen en conflictos armados como parte de otro tipo de fuerzas beligerantes; para ello tendrían que establecerse otras posiciones como derechos, deberes, etcétera.

Al ratificar la Convención y hacerla parte del ordenamiento jurídico, el órgano encargado de legislar de cada país se autoimpone la limitación de regular de una manera contraria a lo establecido en este instrumento, lo cual se traduce en que los menores de las edades determinadas en cada Estado parte tienen una inmunidad respecto de las normas penales, que no solamente son inaplicables para ellos, sino que el legislador es incompetente para legislar con el fin de hacerlas aplicables a los niños. Cabe recordar en este punto que, tal como se expuso en el capítulo primero, hasta hace relativamente poco la esfera de inmunidad del niño no se encontraba bien delimitada y existía una gran discrecionalidad por parte de las autoridades encargadas de la impartición y administración de justicia. Por una parte, existía una intuición a favor de dar un trato diferenciado a los menores que cometían conductas calificadas como ilícitas; sin embargo, esto se tradujo en la vulneración de las garantías procesales y de seguridad jurídica en materia penal. El juez actuaba como un padre de familia imponiendo las penas que consideraba adecuadas según cada caso, sin ningún criterio preestablecido y teniendo como resultado un amplio grado de indeterminación en las sentencias. Podría incluso decirse que la relación entre el juez y el menor infractor era más bien una potestad-sujeción. La inmunidad en materia penal, tal como se entiende en la Convención, ha sido uno de los grandes triunfos del siglo XX en materia de derechos de la infancia.

Las inmunidades tradicionales otorgadas a las personas en los Estados liberales tienen características distintas en el caso de los menores de edad, ya que no conforman una esfera independiente de toda injerencia. En el caso de los niños, la mayoría de las veces ciertas inmunidades se reconocen, pero limitadas por la intervención paterna, especialmente aquellas vinculadas a los aspectos en los cuales se considera inaceptable la intervención estatal por pertenecer al ámbito estrictamente privado, como es el caso de la libertad religiosa o la libertad de expresión. En este sentido, sí que podríamos decir que se consideran como una extensión de la inmunidad paterna, pues se entiende que éstos tienen el derecho (inmunidad) de transmitir a sus hijos ciertos valores que juzgan importantes.[23]

23 Esta postura ha sido cuestionada por quienes defienden la utilización del lenguaje de los derechos para los niños, pues refleja la visión de quienes sostienen la tesis opuesta y afirman que la autonomía de los padres tendrá como consecuencia el bienestar del niño.

Un ejemplo de ello es el artículo 14 sobre la libertad religiosa, que establece una obligación para el Estado de respetar la libertad de pensamiento, conciencia y religión del niño, pero al mismo tiempo incluye a los niños en la esfera de inmunidad de los padres al reconocer el derecho de éstos a dirigirle en el ejercicio de estas libertades:

> Artículo 14
>
> 1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
>
> 2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Esta tendencia de incluir a los niños dentro de la esfera de inmunidad de los padres fue generalizada durante mucho tiempo. Toda la legislación del siglo XIX destinada a proteger a la infancia se basaba en la idea de que los niños eran posesión de sus progenitores, quienes tenían el control sobre sus vidas y su ser. Afortunadamente para quienes creemos en los niños como seres con necesidades, intereses, deseos y derechos autónomos, cada vez las leyes se inclinan más a reconocer al niño como un ser independiente y a reconocer la realidad de que no todos los padres protegen como sería deseable a sus hijos.

5. *Críticas al modelo de Hohfeld*

Como es lógico suponer, el modelo de conceptos jurídicos fundamentales propuesto por Hohfeld no está exento de críticas. Ya se ha visto cómo ha sido objeto de diversas reformulaciones, de modo que ahora se expondrán algunas de las objeciones que se le han hecho para analizar si es que pueden cuestionar su validez como instrumento para la comprensión de los derechos del niño. Es evidente que tratándose de una teoría que ha sido objeto de una gran cantidad de discusiones, tanto sus adeptos como sus críticos son muy numerosos y su estudio podría ser materia por sí misma de un trabajo de investigación completo, por lo cual me limitaré a señalar y resolver sólo algunas impugnaciones que considero relevantes

Incluso se ha llegado a sostener el "derecho del niño" a "padres más autónomos" (Freeman 1995, pp. 55 y 56).

para el tema de los derechos de los menores de edad. Es claro que las críticas están relacionadas entre sí; sin embargo, me parece que para fines metodológicos pueden ser clasificadas en cuatro grandes grupos:

A. *Críticas relacionadas con la terminología utilizada por Hohfeld*

Este primer grupo de objeciones puede a su vez subdividirse en otros dos niveles: en primer lugar, quienes juzgan inadecuada la terminología utilizada por el autor para designar las distintas posiciones jurídicas, es decir, consideran que el vocabulario utilizado es vago o ambiguo. Cruz no concede importancia a este crítica, por considerar, de acuerdo con Hart, que de cualquier forma nos encontraremos con el problema de la textura abierta del lenguaje, de modo que lo importante para quien pretende estudiar los conceptos propuestos es "ocuparse en determinar y entender su significado y aplicación" (Cruz 1999, p. 101).[24]

El segundo grupo está constituido por quienes se oponen a la utilización del término *derecho subjetivo* tal como lo emplea Hohfeld. Estos autores se niegan a denominar *derechos* a los conceptos jurídicos por considerar que esta palabra designa algo distinto a lo que se propone en el ensayo. Esta objeción no es puramente lexicográfica, sino que afecta a la teoría en cuanto a que se opone a considerar como *derechos subjetivos* a las posiciones, alegando que éstas son otra cosa. En este grupo podemos situar la argumentación de Laporta, en el sentido de que las aportaciones inspiradas por Hohfeld confunden los derechos con las técnicas de protección de los derechos. Es decir que, para este autor, las posiciones jurídicas no serían derechos subjetivos, sino únicamente una manera de garantizar que ciertos contenidos se hagan efectivos. Los derechos serían entonces las razones que justifican la existencia de las normas constitutivas de las relaciones jurídicas; el derecho es, por tanto, un título que subyace a las técnicas de protección que se estructuran como pretensiones, poderes normativos, libertades, inmunidades, etcétera:[25] "Lo que

[24] Por otra parte, la obra de Hohfeld, como hemos visto, también ha sido objeto de nuevas propuestas terminológicas, como la de Ross, con el fin de hacer más precisos y redefinir algunos conceptos.

[25] Hay otros autores que distinguen entre el contenido de los derechos y los mecanismos para su protección, la diferencia es que muchos de ellos no se oponen a la utilización amplia del término derecho: Nino, Alexy y el mismo Ihering.

quiero sugerir es que los «derechos» son algo que, por así decirlo, está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status" (Laporta 1987, p. 27).[26]

White se inclina también por una concepción del derecho subjetivo como un *título.* Después de hacer un recorrido en el que analiza los que a su juicio son los candidatos más comunes a desempeñar el papel de un fundamento lógicamente necesario y/o suficiente de un derecho,[27] concluye que no hay nada cuya sola naturaleza conceptualmente haga surgir un derecho y sostiene que tener un derecho es tener un título que acredita al portador para hacer o recibir algo, para ser o sentir algo, da una razón fuerte, ya sea moral, legal o de otro tipo a favor o en contra de cierta conducta. Un derecho otorga una inmunidad hacia cierto tipo de críticas que en otras circunstancias o en otros sujetos resultarían fundadas: "Whoever has a right has a title, something which entitles him, which gives him a sort of ticket of justification to do or be given so and so, to be or to feel such and such... it provides a strong reason, moral, legal or otherwise, for or against such behaviour, where it would be appropriate" (White 1984, p. 175).

Finalmente, Celano contrapone también la visión dinámica del derecho a la consideración de los derechos subjetivos como posiciones hohfeldianas. Ésta se inclina por rechazar que los derechos son relaciones jurídicas o agregados de dichas relaciones y los identifica más bien como aquello que justifica el reconocimiento o la atribución de un conjunto de posiciones, como razones para la imposición de deberes (Celano 2001, p. 46).

Para el análisis de estas objeciones puede ser de alguna ayuda la distinción de Alexy entre *a)* razones para los derechos subjetivos; *b)* derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, y *c)* imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos, y la de Ihering entre los elementos que constituyen el término derecho: 1) sustancial, el fin práctico, la utilidad o

26 Para comprender la postura de Laporta (1987) es necesario situar esta crítica en el contexto completo de su teoría, ya que ésta se opone a la ampliación del catálogo de lo que se entiende como derechos humanos, y a esta intención responde su definición del término *derecho subjetivo.*

27 Los "candidatos" a servir como fundamento de los derechos que somete a examen son: *right*, *good*, *need*, *duty*, *choice*, *claim*, *rules* y *title*.

ganancia que ha de ser proporcionada por el derecho, y 2) formal, entendido como el medio que se emplea para proteger el derecho. Es evidente que los autores que se oponen a la utilización de la palabra derecho para designar los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld se inclinan por identificar la primera de las acepciones tanto de Alexy como de Ihering como el único significado válido del término. La clasificación de estos juristas sirve para distinguir que, aunque la oposición es fuerte porque atañe al contenido mismo de los derechos, puede haber un punto de acuerdo en la justificación; es decir, las razones que fundamentan un derecho o medida de protección y que la discrepancia está en aceptar un uso restringido o amplio del vocablo.

Parece que ésta es una objeción que plantean quienes intentan justificar o construir una teoría sobre derechos humanos o derechos fundamentales —por lo menos esto parece claro en el caso de Laporta—, pues esta perspectiva de los derechos como algo diferente de los medios de protección permite sostener las características que se predican de éstos: que son *universales*, en el sentido de que no dependen del reconocimiento de algún sistema jurídico para existir y, en todo caso, servir como fundamento para exigir que se instrumenten los medios para hacerlos efectivos; su carácter *prima facie*, que se refiere a que son exigencias morales vinculantes que desplazan otras consideraciones, y su *inalienabilidad*, es decir, que no puede renunciarse a su titularidad. El problema, desde mi punto de vista, es que ello da como resultado un concepto demasiado restringido sobre los derechos subjetivos, además de que no da cuenta de la importancia de las normas identificadas como mecanismos de protección de estos títulos o fundamentos para los derechos. Estas reflexiones cobran relevancia al intentar aplicarlas a los niños, pues la consideración de las posiciones jurídicas como derechos subjetivos está íntimamente relacionada con la autonomía, entendida en el doble sentido de la independencia que se les reconoce como centro de intereses y como necesidad que debe irse desarrollando a través del ejercicio de ciertos derechos, tal como se explicó en capítulos precedentes.

Me permito defender una acepción amplia del concepto de derecho subjetivo por dos razones, la primera meramente convencional, ya que me parece que lo contrario, es decir, una concepción restringida, no refleja el uso común del vocablo derecho. Aparentemente, en el lenguaje ordinario, y aun en el jurídico, nos referimos con este término a algo más

que a los contenidos o razones para la imposición de normas, y en este sentido opino que el análisis de Hohfeld es válido. Pero otra razón, que pretende ser justificativa, se relaciona directamente con el tema que nos ocupa, ya que una gran cantidad de autores que se inclinan por un uso restringido del término comienzan por excluir a los niños de la titularidad de los derechos. Además, desde la teoría de las necesidades expuesta anteriormente, los derechos entendidos en el sentido formal que describe Ihering son muy importantes en el lenguaje de los derechos de los niños, pues su reconocimiento significa un triunfo primordial en su consideración como personas; creo que esta conclusión se desprende del análisis de la Convención desde las distintas posiciones jurídicas de Hohfeld, sin que esto implique —por el momento al menos— una concesión a favor de la utilización ampliada del catálogo de derechos humanos.

B. *Críticas relacionadas con la utilidad de la teoría de Hohfeld*

Aunque, como es evidente, quienes formulan oposiciones terminológicas del tipo de las expuestas en el apartado anterior negarían también la utilidad de la teoría —y así lo expresan los autores—, podemos distinguir los argumentos que descalifican que la clasificación hohfeldiana constituya un instrumento útil para el análisis de los derechos. Celano denomina a la corriente que sostiene este tipo de razonamientos "*la rivolta contro l'ortodossia*" y la sitúa en los años setenta. Esta aproximación se caracteriza por oponerse tanto a la tesis de Hohfeld como a la de Hart, y por una inclinación de los críticos hacia la teoría del interés. El principal representante de esta teoría es Neil MacCormick, aunque su oposición es compartida y retomada por otros autores.

El argumento central de MacCormick (1977) es que resulta inaceptable la visión de los derechos de Hohfeld, debido a que es imposible reducir sin residuos éstos a posiciones atómicas entre pares de individuos, ya que ninguna serie particular de derechos resulta de una serie variable de pretensiones, poderes, etcétera. Señalan los críticos que un derecho no es una posición hohfeldiana o un agregado de tales posiciones, ya que una norma puede establecer una gran variedad de relaciones atómicas mediante un solo derecho; con pocas y simples palabras se pueden conseguir protecciones legales complejas, pero no al revés, ya que ningún conjunto de posiciones sería equivalente a un derecho. La ley puede establecer

una protección normativa que involucre uno, varios o todos los modelos identificados por Hohfeld y otros, lo que resulta contrario a la visión de los derechos como relaciones atómicas entre individuos. Para demostrarlo cita como ejemplo la sección 5(1) de la *Trade Union and Labour Relations Act 1974*, que establece el derecho del trabajador de no-exclusión y no-expulsión, los cuales, dependiendo de las circunstancias, se traducirán en pretensiones, poderes, etcétera:

> But although such individual atomic relationships are derivable form the existence of the right conferred by the Act, the converse is not true. The legislature can establish the vast myriad of atomic relationships by establishing the right to non-exclusion and non-expulsion. It could not establish the latter by establishing the former (Of course, the legislature could establish a whole set of such 'atomic' relationships, but no particular set would be equivalent to the right actually established, which, depending on the circumstances which emerge, results in a variable set of claims, powers, etcetera) (MacCormick 1977, p. 206).

MacCormick propone imaginar los derechos como conceptos "institucionales" para comprenderlos mejor. En los derechos deben distinguirse tres tipos de provisiones: *institucionales*, que establecen las condiciones que cualifican al individuo; *consecuenciales*, que establecen las distintas protecciones normativas que disfrutan los titulares del derecho, y *despojo* o *terminación*, que indican el modo y condiciones para la cesación del derecho (MacCormick 1977, p. 207).

En otro sentido, se cuestiona también la utilidad de la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales con el argumento de que el vocabulario de las relaciones hohfeldianas es reducible a las modalidades deónticas básicas; es decir, cada una de las relaciones puede traducirse en términos de obligatorio, prohibido y permitido más la negación, y éstas gozan de prioridad conceptual y lógica. En consecuencia, siguiendo este razonamiento, el vocabulario de posiciones jurídicas podría ser eliminado del lenguaje normativo por ser redundante de las modalidades deónticas.

Para responder a estas impugnaciones que he relacionado con la utilidad de la teoría de Hohfeld, me permito utilizar la metáfora planteada por Hierro para explicar la relación entre las modalidades deónticas, los conceptos jurídicos fundamentales y las situaciones jurídicas complejas, a los que equipara respectivamente con los quarcks, los átomos y las mo-

léculas. Dichos elementos se van combinando y forman parte del mundo con el que interactuamos en todo momento, a pesar de que a simple vista no percibimos estos componentes. Sólo en un laboratorio conseguiríamos distinguir estos elementos, lo cual no quiere decir que no existan ni que la investigación y estudio en este campo sea imposible o inútil. Lo mismo sucede en el mundo jurídico: "Tampoco nosotros, cuando nos movemos en el mundo jurídico —o mejor dicho: cuando nos movemos jurídicamente por el mundo—, nos encontramos simplemente con una libertad o con un deber, ni podemos ver aisladamente, como en un laboratorio, una responsabilidad o una sanción" (Hierro 2000a, p. 141).

En mi opinión, las modalidades deónticas y los conceptos jurídicos fundamentales son útiles para conocer mejor el funcionamiento del mundo de los derechos, en especial del lenguaje jurídico, y a comprender a qué nos referimos cuando utilizamos el término derecho subjetivo. Así ha sido patente a lo largo de mucho tiempo, sirviendo como punto de partida de la discusión moderna sobre los derechos, lo cual no quiere decir que la formulación original de Hohfeld no sea mejorable, como se ha tratado de exponer a lo largo del presente capítulo.

C. *Críticas a la tesis de la correlatividad*

Una de las críticas más frecuentes a la obra de Hohfeld —que ha sido objeto de exposición al explicar los derechos como pretensión— es, sin duda alguna, la relacionada con la correlatividad entre derechos y deberes, ya que, en su sentido más fuerte, de ésta se desprende la prioridad lógica de los últimos respecto de los primeros, con la consecuencia de que los derechos serían entonces reducibles a deberes y el lenguaje de los derechos redundante.[28]

Muchos autores han discutido que ésta no es la idea que tenemos cuando hablamos de "tener un derecho", pues generalmente el lenguaje normativo quiere expresar lo contrario, que el deber de otra persona es el resultado de la titularidad de un derecho. La tesis fuerte de la correlativi-

[28] Laporta es uno de los objetores de la tesis de la correlatividad y la utiliza como argumentación para sustentar el concepto de derechos subjetivos que defiende. Señala que Hohfeld parte de un presupuesto equivocado que es el de confundir "*derechos* con tipos de *protección normativa*" (Laporta 1987, p. 27).

dad terminaría por hacer inútil el lenguaje de los derechos, pues bastaría con definir una serie de obligaciones.

La argumentación en contra de la tesis de la correlatividad más conocida es la de Hart, con el ejemplo —expuesto en el apartado 3.2.1, correspondiente a los derechos y deberes— de las dos personas que se encuentran un billete en la calle y que, según este autor, tienen un derecho a coger el dinero sin que exista obligación correlativa. Como se dijo también, Hierro ha expuesto las razones por las que este ejemplo no logra demostrar lo que se propone.

Sin embargo, la mayoría de quienes se oponen a la teoría de la correlatividad en sentido fuerte sostienen, a diferencia de Hart, que existen deberes que no tienen un derecho correlativo; "mientras que los derechos son correlativos a determinados deberes, los deberes no son siempre correlativos a determinados derechos" (Hierro 2000a, p. 168). Concluye Hierro que, "por el contrario, los derechos si parecen ser, en todo caso, correlativos de deberes, lo cual supone que el concepto de «derecho subjetivo» designa una situación más compleja que la de «deber»". De modo que parece que el valor de la obra de Hohfeld como instrumento para el conocimiento del derecho podría rescatarse si se sostiene una tesis de la correlatividad débil, es decir, que sin negar la existencia de la relación derecho-deber, admita que ésta no es una relación de necesidad y que pueden existir deberes sin derechos correlativos.

D. *Críticas a la falta de criterio unificador del concepto de derecho subjetivo*

Finalmente, se reprocha a Hohfeld la falta de un criterio unificador de su teoría, es decir, los presupuestos de lo que ha de entenderse como derecho subjetivo en sentido amplio. En palabras de Finnis, el autor omite proporcionar un "postulado definicional posterior" que responda a los cuestionamientos de ¿cuándo diremos que existe un derecho-exigencia correlativo a un deber?, ¿en quién reside este deber? Los intentos de respuesta pueden clasificarse en dos grupos opuestos: la teoría del interés y la teoría de la voluntad.[29]

29 Finnis señala que la discusión entre las teorías del interés y de la voluntad derivan de un postulado definicional ulterior que Hohfeld omitió proporcionar: "Porque supuesto que B tiene un *deber* cuando, en virtud de una regla determinada, se le exige que actúe de

Para responder a este señalamiento hacia la obra de Hohfeld es útil recordar la intención[30] de su obra, que es ayudar a elucidar el significado de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas: "...si el título de este ensayo sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas —esto es, un estudio que podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación" (Hohfeld 2001, p. 28).

Parece entonces que esta pretensión es exigir demasiado del ensayo de Hohfeld, alterando su objetivo original. En consecuencia, este reproche no restaría valor a la obra como instrumento. Sin embargo, no puede negarse que lo argumentado por los autores que hacen este señalamiento deja al descubierto una realidad, que es la importancia que tiene el abordar la discusión sobre la naturaleza de los derechos subjetivos si es que se quiere tener un concepto completo. Por esta razón, será objeto de los siguientes apartados la discusión del concepto unificador de los derechos subjetivos.

Es posible concluir entonces que en la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos ejemplos de cada una de las relaciones normativas propuestas por Hohfeld. La importancia de esto deriva de que, al ser un instrumento ratificado por la mayoría de los países (aunque no tan claramente en muchos casos por la gran cantidad de reservas, como se verá más adelante), constituye derecho positivo. De modo que, independientemente de la fundamentación o argumentación a favor o en contra de los derechos de los niños, éstos existen en muchos ordenamientos jurídicos, aunque sea de manera incipiente y vaga en muchas ocasiones, y que éstos derechos se ajustan a la descripción tradicional propuesta por Hohfeld y por sus seguidores.

determinada manera, ¿cuándo diremos qué existe un derecho-exigencia correlativo a ese deber? ¿Y en quién reside este derecho-exigencia? A estas preguntas hay dos respuestas opuestas. La primera respuesta es que hay un derecho-exigencia correlativo al deber de B si y sólo si hay una persona determinable A en cuyo beneficio ha sido impuesto el deber, en el sentido de que él ha de ser el destinatario de la ventaja (presumible) derivada del cumplimiento de o la conformidad con su deber por parte de B; y que esa persona A tiene el derecho-exigencia correlativo al deber de B. La respuesta alternativa es que hay una persona A en el derecho-exigencia correlativo al deber de B, si y sólo si hay alguna persona A que tiene el poder de entablar una apropiada acción legal de reparación en el caso de que B deje de cumplir su deber" (Finnis 2000, p. 231).

30 Se hace referencia aquí a lo que Carrió denomina la "pretensión moderada" de la obra de Hohfeld, citada con anterioridad.

III. El concepto de derecho subjetivo en las teorías de la voluntad y del interés

Corresponde ahora intentar explicar el concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva del criterio unificador, es decir, hablar sobre la justificación de los derechos subjetivos, describir su naturaleza jurídica e intentar enumerar los rasgos comunes. Antes de entrar en materia es importante señalar que hay quienes, como Hart, niegan que existan tales rasgos, pues al reconocer que la teoría de la voluntad es incapaz de abarcar todos los usos que se hace en el lenguaje normativo del término derecho subjetivo, rechaza que exista una naturaleza común a todo lo que se considera como tal. El peligro de asumir una postura contraria a una caracterización general de los derechos subjetivos es que puede restar fuerza moral a este lenguaje, pues tendríamos que admitir como válido casi cualquier uso que quisiera dársele, por lo que me parece que es valioso el esfuerzo por intentar realizar este tipo de precisión teórica.

Nos enfrentamos entonces a un tema problemático, pues, por un lado, como se ha dicho, se trata del debate en torno a la justificación de los derechos subjetivos, esto es, las razones para considerar un enunciado como un derecho, y por otro lado se habla de encontrar rasgos comunes, lo que algunos llaman la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos. En principio, ambas tareas parecen opuestas, pues la argumentación pertenece al ámbito constructivo, es decir, aparentemente pretende formular un criterio que sirva para calificar si un enunciado pertenece al lenguaje de los derechos subjetivos, mientras que la caracterización común y la referencia a una "naturaleza jurídica" requiere de un ejercicio analítico y descriptivo. La labor de justificación podría también verse como un asunto meramente convencional, pues un derecho es lo que consideremos que es un derecho, en el sentido de que el razonamiento más plausible y que lograra mayor adhesión constituiría el criterio para determinar lo que puede considerarse como un derecho subjetivo. Lo anterior tiene como consecuencia en primer lugar el problema de establecer los mecanismos para decidir cuándo el acuerdo sobre determinados usos es aceptable, de modo que pueda decirse que los derechos subjetivos han superado la prueba de la convención o de la razonabilidad. Por otra parte, se deja de lado la intuición —compartida por muchos autores— de que existe algo en el concepto de derecho subjetivo que aspira a estar más allá de la simple

aceptación, que está vinculado con el ser humano independientemente de un sistema jurídico concreto, que no tiene que ver con un acuerdo que se circunscribe a un determinado territorio y sociedad y parece que esto es lo que busca ser expresado cuando se habla de la naturaleza de los derechos subjetivos. En otros casos, lo que se busca por algún autor es precisamente argumentar en contra de esta concepción, negando cualquier carácter más allá de lo meramente convencional a los derechos, y oponiéndose a la idea de un rasgo común que no tenga que ver con un acuerdo.[31]

En ambas posiciones —a favor o en contra de una naturaleza común— hay una postura acerca de lo que *debería* ser considerado como derecho subjetivo. Desde mi punto de vista, la labor de la explicación del concepto de derecho subjetivo debe precisamente integrar los dos ámbitos: por un lado, debe intentar construir una argumentación razonable acerca de lo que debe ser calificado como un derecho, pero no se trata de construir cualquier tipo de razonamiento, sino que debe responder a determinadas concepciones y valores, tales como autonomía, igualdad, dignidad, democracia, etcétera, y sobre todo a la noción de persona moral, que determinarán la línea de lo que deben ser los rasgos comunes a todos los derechos subjetivos. En este sentido, Sumner (1990) considera que cualquier teoría de los derechos no debe limitarse a ser descriptiva, sino que debe ser parcialmente reconstructiva o estipulativa: "All of this is to say that an interesting conception of a right will not be merely descriptive of our actual usage but also partially reconstructive or stipulative" (Sumner 1990, p. 50).

La argumentación relacionada con este tema se ha canalizado hacia la polémica entre las teorías de la voluntad o de la elección y del interés o del beneficiario. Ambas posturas tienen múltiples variantes que se han formulado a lo largo del tiempo con la intención de superar algunas obje-

31 Martin (2001) es un ejemplo de quienes se oponen a la idea de una teoría sobre la naturaleza de los derechos individuales por considerar que puede inducir a error: "Una teoría surge de un conjunto de problemas; tiene un contexto y, en última instancia, refleja un objetivo limitado. Entonces, las teorías sobre los derechos individuales deberían considerarse como explicaciones o caracterizaciones parciales, que intentan resolver algún tema crucial en particular. Es tentador, pero engañoso, considerar que las teorías resultantes se ocupan de la naturaleza de los derechos individuales; es mucho más probable que una caracterización atractiva y aceptable sea una manera exitosa de evitar determinados errores que aún continúan apareciendo en estas teorías" (Martin 2001, pp. 37 y 38).

ciones o lagunas,[32] o incluso con la pretensión de demostrar que ambas son erróneas. Sumner opina que ambas teorías son normativas en el sentido que pretenden determinar qué derechos deben ser considerados como auténticos:

> Thus both the interest conception and the choice conception purport to tell us what rights really are. Better: each provides a model which will enable us to distinguish between standard or normal cases and non-standard or deviant cases. In establishing a paradigm or ideal each conception is therefore itself normative, and consequently intolerant of the competing normative claims of the other (Sumner 1990, pp. 46 y 47).

Páramo sostiene que las teorías que pretenden justificar los derechos subjetivos derivan de la conexión correlativa entre derecho y deber. En efecto, de manera muy general se podría decir que la teoría de la voluntad vincula el derecho al deber mediante una elección del titular, mientras que para la teoría del interés ésta tiene su origen en un interés de quien tiene el derecho. En opinión de este autor, ambas teorías han puesto de manifiesto los elementos que es necesario tener en cuenta cuando se habla de derechos subjetivos: "la discrecionalidad o poder del titular, y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión" (Páramo 1996, p. 378). Alexy señala también que ambas teorías se encuentran en distintos niveles, tomando la distinción hecha por Ihering entre los elementos sustancial y formal del concepto de derecho. La teoría del interés centra su atención en el elemento sustancial, que se refiere al fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia que ha de ser proporcionada por el derecho, mientras la teoría de la voluntad considera el rasgo común a todos los derechos el elemento formal, que constituye el medio para alcanzar ese fin, que es la protección del derecho, la demanda.

32 Para Celano, las dos posturas teóricas más que coexistentes se suceden en el tiempo como parte de la historia de la elaboración teórica sobre el tema de los derechos subjetivos: con el cambio de la concepción estática de los derechos propia de la jurisprudencia analítica a una visión dinámica, se produce una transformación en el concepto de derecho subjetivo como conjunto de posiciones normativas al derecho subjetivo como razones que justifican o podrían justificar su atribución o reconocimiento a individuos que satisfagan ciertas condiciones, lo que significa el abandono de la *choice theory* por la *benefit theory* (Celano 2001, p. 7). Según este autor cada una de las concepciones sobre el derecho subjetivo responde a posturas ideológicas.

El caso de los derechos de los niños constituye un punto destacado en los razonamientos en torno a este debate debido a las características de los primeros años de la vida, en los que por la carencia de autonomía moral la vinculación con los derechos debe tener características específicas. Este tema se ha convertido, como sostiene MacCormick, en un *test-case*[33] para las teorías de los derechos. Los resultados, como se verá más adelante, han sido muy distintos, pues algunos autores han utilizado los derechos de los niños como argumento para decantarse por una postura teórica, mientras que otros han concluido, después de un análisis, que no es razonable hablar sobre derechos de los niños.

Lo que se intentará hacer en el presente capítulo es exponer las dos teorías con algunas de sus variantes de una manera general; posteriormente describir de qué manera se ha argumentado para sostener o negar la titularidad de derechos en los niños y, finalmente, intentar una argumentación que permita tomar una posición.

Es importante precisar que las divergencias que se presentan desde las dos perspectivas teóricas en relación con los derechos de la infancia no se traducen en la negación de una protección especial para los menores de edad ni la obligación por parte de los adultos de atender sus necesidades de modo que puedan desarrollarse adecuadamente. El punto de desacuerdo está en si la titularidad de derechos es deseable y teóricamente sustentable, o si, por el contrario, la tutela debe tener otros conductos. Como dice Sumner: "Whichever choice you make, it will determine only the way in which you characterize the moral protection to be afforded welfare subjects who do not qualify as agents; it will not weaken your commitment to providing them with that protection" (Sumner 1990, p. 205).

1. *Las teorías de la voluntad o de la elección*

El presupuesto más elemental que subyace a las teorías que se denominarán genéricamente voluntaristas es la consideración de que "la característica unificadora de las normas que crean derechos consiste en que

[33] Hierro (1994) define el término *test-case* como "aquel caso cuya decisión constituye un nuevo argumento que se configura como precedente para decidir nuevos casos similares, en los que se plantee la misma cuestión jurídica" (Hierro 1994, p. 378).

dichas normas protegen y respetan la voluntad de las personas por acción u omisión" (Páramo 1996, p. 383). Los derechos son considerados como instrumentos para promover la libertad o la autonomía, y tienen la función de crear un perímetro protector en el que el individuo sea libre de las intervenciones ajenas y actúe como un soberano a pequeña escala con poder sobre la obligación correlativa a su derecho, para lo que es indispensable la discrecionalidad en relación con el contenido del derecho. De acuerdo con esto, las posiciones hohfeldianas —pretensión, privilegio e inmunidad— únicamente pueden ser consideradas como derechos si el titular tiene libre disposición en su ejercicio:

> …todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente, no impidiéndola y obstruyéndola (libertad e inmunidad), ya afirmativamente, otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder) (Finnis 2000, p. 233).

A pesar de que esta importancia que se atribuye a la voluntad o poder del individuo constituye el núcleo común de esta posición teórica, no podemos hablar de una teoría de la voluntad, sino de teorías voluntaristas, pues tal como se desprende de las distintas denominaciones con las que se les reconoce —voluntad o elección, por mencionar algunas—, aun cuando comparten una concepción común sobre el elemento básico de los derechos, difieren en cuanto a otros aspectos relativos a éstos.

Una de las formulaciones clásicas de esta teoría es sin duda alguna la de Hart (1974), quien vincula la posesión de un derecho natural con la capacidad de elección. Al intentar demostrar lo que llama el "derecho igual de todos los hombres a ser libres", concluye que la libertad es una característica esencial a la noción de derecho, por lo que únicamente pueden ser titulares de los mismos quienes tienen la facultad de decidir libremente si hacer o no efectivo el contenido del derecho: "Este derecho es uno que tienen todos los hombres si son capaces de elegir: lo tienen todos los hombres y no sólo si son miembros de alguna sociedad o se encuentran en alguna relación especial entre sí" (Hart 1974, p. 85).

Hart concede una importancia especial a los principios morales que regulan la distribución de la libertad humana, ya que en su opinión éstos legitiman la intervención de un ser humano en la libertad de otro, deter-

minando las circunstancias en las que una persona puede decidir cómo debe actuar otra. Por esta razón, para tener un derecho no basta con tener la capacidad para beneficiarse de la conducta de otro —y cita el caso de los niños expresamente—. Utiliza como argumento para probar la distinción entre tener un derecho y beneficiarse de un deber el caso de los terceros favorecidos por el cumplimiento de una promesa:

> X promete a Y, a cambio de algún favor, que cuidará, en su ausencia, de su madre anciana. De esta transacción surgen derechos, pero es seguramente Y, a quien se ha hecho la promesa, y no a su madre, quien *tiene* o *posee* estos derechos… es Y quien tiene una reclamación moral contra X, quien tiene *derecho* a que se cuide a su madre y quien puede *olvidar* la reclamación y *liberar* a Y de su obligación. En otras palabras, Y se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar con esa forma la libertad de elección de X; y es este hecho, no el que pueda beneficiarse, el que hace cierta la afirmación de que tiene *un derecho* (Hart 1974, p. 92).

Kearns (1975), por su parte, propone una variante a la teoría de Hart, y a pesar de que conserva la intuición de una vinculación entre los beneficios y los derechos, señala que la idea del beneficiario —a pesar de sus reformulaciones (de Bentham y posteriormente de Lyons)— es incapaz de dar una respuesta al problema de las terceras partes beneficiadas por el cumplimiento de una obligación. Propone como alternativa la que llama *Adjustment rules account of rights.* Kearns utiliza como ejemplo para demostrar las inconsistencias de la teoría del beneficiario el caso de una persona que contribuye a obras de caridad si y sólo si sus deudores le pagan, pues a quien se debe la obligación es una persona distinta de quien se beneficiará de su cumplimiento. En este caso los beneficiarios no pueden exigir el pago de la deuda, de modo que, concluye el autor, hace falta otra explicación a la conexión entre derechos y beneficios. Por otra parte, continúa, no todas las obligaciones confieren derechos y por tanto los beneficios —reales o supuestos— no pueden comprender todo el análisis de los derechos.

La aportación novedosa de Kearns consiste en una explicación utilitarista de los derechos en la cual la vinculación entre éstos y los beneficios se produce a través de las reglas de un sistema normativo que se supone

son beneficiosas en su conjunto. Los derechos, en su opinión, son mejor entendidos en términos de reglas de segundo orden que identifican a aquellos que pueden exigir, modificar o extinguir la obligación de otro: "In bold line, the view proposed here is that one has a right if and only if he is the addressee of a second-order norm or rule by means of which he can alter or discharge another's obligation, or, in connection with that obligation (and, again, as a rule's addressee) he can activate new enforcement responsibilities lodged in others" (Kearns 1975, p. 477).

En una línea distinta, Gerber (1978) intenta también una explicación de la naturaleza de los derechos, aduciendo que ni las teorías del beneficiario (*beneficiary theories*) ni las del reclamante (*claimant theories*) han conseguido dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión. Señala que la teoría del beneficiario es incapaz de explicar que una persona tenga un derecho, dado que el cumplimiento de ciertas obligaciones puede no constituir un beneficio para el destinatario, como por ejemplo el derecho a ser castigado.[34] Los mismos ejemplos se aplican para las teorías del reclamante, pues aunque se tenga la posibilidad de exigir el cumplimiento de este tipo de obligaciones, un titular razonable jamás lo haría.

Tomando como referencia las posiciones jurídicas de Hohfeld, Gerber propone la existencia de tres tipos de derechos, dos de los cuales son activos y uno no activo. La primera categoría surge de la unión de las posiciones hohfeldianas de privilegio y derecho en sentido estricto (lo que anteriormente se identificó como pretensión), ya que Gerber niega que lo que Hohfeld entiende como privilegio pueda considerarse en sí mismo como un derecho, pues en primer lugar no se entiende que sea incompatible con una obligación idéntica a la del contenido del privilegio (esto es, que se considera que un privilegio es consistente con una obligación de actuar en el mismo sentido).[35] Pero tampoco sería suficiente para constituir un derecho, aun considerándolo como tal, sólo si no existe ni obligación de hacer ni de abstenerse de hacer, puesto que la discreciona-

[34] Los partidarios de la teoría del beneficiario han rebatido esta objeción fácilmente, señalando que no es lo mismo ser el *beneficiario* de la obligación de otros que el *destinatario* de una obligación, de modo que el hecho de que el verdugo tenga la *obligación* de ejecutar una pena no significa que el reo tenga un *derecho* a recibirla.

[35] Como se expuso en el capítulo anterior, esta objeción —o por lo menos ciertas precisiones al respecto— a la posición de *privilegio* de Hohfeld es compartida por otros autores, entre los que podemos mencionar a Ross (1977), Alexy (2002) y Martin (2001).

lidad en el ejercicio es un elemento de cualquier derecho. De esta manera, el primer modelo que propone se compone de dos partes —privilegio y derecho en sentido estricto—, ninguna de las cuales es suficiente por sí misma para afirmar que S tiene un derecho:

> (1) S tiene un derecho a hacer X si y sólo si:
> (a) S tiene discreción sobre X (o sea, S no tiene el deber de hacer X y S no tiene el deber de hacer nada incompatible con X); y
> (b) No hay otra persona distinta de S que tenga permitido o esté obligado a evitar o a forzar que S haga X (o sea, que todos los demás estén obligados a abstenerse de interferir con que S haga X) (Gerber 1976, p. 337).[36]

Este sentido de derecho es el que se tiene en contra de todos los agentes, salvo el titular, pero señala que existe otro tipo de derechos que se tiene en contra de clases más pequeñas de individuos, como es el caso de una servidumbre de paso, en la que S tiene un derecho contra T de atravesar su propiedad, ante el cual T debe abstenerse de intervenir, lo cual no quiere decir que, por ejemplo, C esté obligado a abstenerse de interferir con que A atraviese la tierra de B:[37] "(2) S tiene un derecho contra T a hacer X si y sólo si: (a) S tiene discreción sobre X; y (b) T está obligado a abstenerse de interferir sobre el que S haga X" (Gerber 1976, p. 338).

El tercer modelo de derecho se refiere a lo que denomina "derechos no activos", en el sentido de que requieren no únicamente una abstención de interferencia de los otros individuos, sino que implican una respuesta más específica y más positiva, una obligación de actuar de determinada manera ante el titular (por ejemplo el derecho al pago de una deuda). Esto lleva a modificar el segundo componente de los derechos no activos para quedar como sigue: "(3) S tiene un derecho contra T a que T haga X si y sólo si: (a) S tiene discreción sobre que T haga X; y (b) si S elige que T haga X, T está obligado a hacer X" (Gerber 1976, p. 339).

[36] Para la versión en castellano utilicé como traducción la que aparece en Hierro (1982).

[37] Respecto de este tipo de derechos Hierro señala: "Podría objetarse que, en general, nadie puede impedir que haga uso de ese derecho contra el propietario, pero esa objeción cae si tenemos presente que, por ejemplo, otra persona puede impedirme el uso de ese derecho u obligarme a hacer actos incompatibles con él, como ocurre si me encuentro en prisión o realizando el servicio militar, de forma que, permaneciendo mi derecho contra el propietario, otros pueden impedirme su disfrute actual" (Hierro 1982, p. 51).

Como se puede apreciar, el elemento discrecional es un componente de las tres categorías de derechos. En cada una, la voluntad del titular en el cumplimiento del contenido del derecho es una condición necesaria, de modo que niega que cualquier disposición con contenido obligatorio (expresamente se refiere al derecho de los padres a la educación de sus hijos) pueda ser considerado como un derecho.

Hierro, sin embargo, señala que el análisis de Gerber es incompleto, pues "sus modelos dan cuenta de un derecho activo contra todos, de un derecho activo contra alguien, y de un derecho no-activo contra alguien" (Hierro 1982, p. 52) y no se cuestiona la posibilidad de que existan derechos no activos contra todos. Para Hierro, de acuerdo con lo que el mismo Gerber expone frente a Feinberg, sí es posible sostener esta última categoría. Gerber sostiene, al hablar de lo que Feinberg llama los derechos "*manifiesto sense*" que se relacionan con necesidades humanas y que deben ser reconocidos como una pretensión válida si las circunstancias permiten su satisfacción, lo cual correspondería con esta cuarta categoría de derechos aun cuando estén sujetos a la condición mencionada, que éstos podrían formularse de la siguiente manera: "A tiene derecho (contra cualquier otro) a que se le proporcione alimento en condiciones de abundancia si y sólo si: (a) A tiene la discreción respecto a recibir alimento en tales condiciones; y (b) si A elige que se le dé alimento en tales condiciones, todos los demás están obligados a facilitarle alimento" (Gerber 1976, p. 345).

Otra de las construcciones teóricas acerca de la naturaleza de los derechos en la que el elemento de la voluntad es fundamental es la desarrollada por Wellman, quien tomando como referencia las tesis de Hart y de Hohfeld propone una variante de la teoría de la elección basada en el concepto de *dominio*.

Wellman considera que la explicación de Hart acerca de los derechos es incompleta, pues al poner el énfasis en la libertad, deja de lado el elemento de control. Para este autor la importancia de los derechos radica en que proporcionan una ventaja al conferir dominio —cuyos elementos son libertad y control— al titular frente a otra persona. Partiendo de los derechos legales (*legal rights*), a los que considera el paradigma de las demás especies de derechos, propone una definición de derecho que tiene como base el modelo hohfeldiano y lo extiende al ámbito moral.

Los derechos morales son entonces estructuras complejas formadas por un conjunto de posiciones morales atómicas[38] que confieren dominio (libertad y control) al titular frente a un tercero: "Un derecho es un sistema de posiciones hohfeldianas que, si se respetan, confieren dominio a una parte frente a una segunda parte en una confrontación potencial sobre un dominio específico y que están supuestos (*implied*) por la norma o normas apropiadas que constituyen el sistema" (Wellman 195, p. 9).

Al hablar de derechos morales se refiere a aquellos que tradicionalmente han sido considerados como independientes al reconocimiento en una sociedad determinada y que se fundamentan en razones morales que pueden justificar nuestras evaluaciones o juicios acerca de cómo debemos actuar moralmente en un doble aspecto, pues proporcionan razones tanto para la acción como para la reacción ante un agente que actúa voluntariamente.

Dado que los derechos confieren dominio a su titular frente a otra persona, resulta lógico pensar que únicamente quienes tengan agencia moral pueden ser titulares de derechos morales. Conviene con Feinberg en que el paradigma de titular de derechos morales es el "adulto humano normal", cuya característica común es la capacidad de agencia, y expone tres argumentos:

a) Argumento del dominio. Dado que la función de un derecho moral es determinar la distribución moralmente justificada de dominio, adscribir a alguien que es incapaz de ejercer tal dominio es ocioso e inapropiado, y como únicamente los agentes pueden actuar libremente o ejercer control, sólo a ellos se puede justificar moralmente esta distribución, y por tanto atribuirse la titularidad de derechos en el sentido moral más significativo. Se inclina por un uso restringido del término derecho y por "referirse a otras cosas importantes en términos de valores u obligaciones", ya que a su juicio este argumento se sigue de la "mejor concepción de un derecho moral" (Wellman 1995, p. 108).

38 Wellman define las posiciones hohfeldianas trasladadas al ámbito moral de la siguiente manera: las obligaciones morales derivan de alguna razón moral para limitar al agente imponiéndole una obligación, mientras que la libertad moral sería lo opuesto a la obligación moral, pues es la ausencia de la obligación moral contraria; el poder moral, por su parte, consiste en la capacidad para producir una consecuencia moral y, finalmente, la inmunidad moral es la ausencia de un poder moral correspondiente.

b) Argumento de los componentes. Sólo los agentes pueden tener libertad y control, por lo que resulta inadecuado adscribir una libertad a una entidad incapaz de tener una obligación contraria, y de igual manera, sólo alguien con capacidad para actuar intencionalmente puede decirse que tiene algún poder moral. De modo que si la libertad o el poder son componentes de cualquier derecho genuino, sólo un agente puede ser titular de un derecho. Reconoce que los niños tienen derechos rudimentarios y que gradualmente adquieren responsabilidades morales más complejas según su conocimiento del mundo y su entendimiento moral van evolucionando.
c) Argumento del lenguaje de los derechos. Parte de que el lenguaje de los derechos contiene expresiones que reflejan rasgos de los derechos: ejercer, demandar, insistir o privarse, detenerse o demandar, reclamar o renunciar, etcétera, y si los derechos implican algunas de estas acciones, sólo los agentes pueden ser titulares de derechos morales.

Para ser titular de derechos morales se requiere el tipo de agencia que le hace a uno moralmente responsable: la capacidad de actuar a la luz de razones morales específicas. Esto presupone al menos la capacidad de ser consciente de los hechos relevantes, apreciar su relevancia moral, ser motivado por ellos y actuar en un amplio sentido no moral[39] de hacer una cosa u otra (Wellman 1995, p. 113).

De modo preliminar y general podemos decir que las críticas que se han hecho a las teorías voluntaristas son las siguientes:

En primer lugar, se enfrentan al problema de que no se ajustan a diversas acepciones muy difundidas del término derecho, pues —como explica Hierro (1982)— el incluir el elemento discrecional como parte necesaria del derecho en todas las categorías descritas tiene como consecuencia no solamente el que la educación de los hijos no pueda considerarse como un derecho ni de los hijos ni de los padres si ésta es obligatoria, como en el último aspecto ha señalado Gerber, sino que también quedan excluidos derechos que tradicionalmente han sido considerados como tales, co-

39 El término no-moral puede ser un tanto ambiguo al traducirse al castellano, pues puede referirse a una actuación *contraria a la moral* o *ajena a la moral*. En el texto parece que Wellman lo utiliza más bien en el segundo sentido y trata de señalar un ámbito más extenso que el moral.

mo son la igualdad ante la ley o el *habeas corpus*, pues éstos no quedan a elección del titular.

Por otra parte, se ha dicho también que este tipo de teorías es incapaz de explicar la evolución de cierto tipo de derechos, los cuales han sufrido modificaciones con el fin de garantizar ciertos bienes. Ejemplos muy claros de este tipo de situaciones son las conquistas en materia laboral: duración máxima de la jornada de trabajo, derecho a un ambiente laboral seguro, derecho a prestaciones sociales, etcétera. Desde la posición de la teoría de la elección, al no quedar a discreción del titular, éstos no pueden ser considerados como derechos; como dice MacCormick (1977, pp. 197 y 198), en la medida en que se refuerza la protección de un derecho, éste desaparece, según esta postura.[40]

Las teorías voluntaristas son incapaces de sustentar los derechos de los niños, pues en primer lugar éstos son en su mayoría de cumplimiento obligatorio, por lo que desde esta perspectiva no pueden ser considerados como derechos. Pero además, los partidarios de esta teoría asumen tácitamente que los menores de edad carecen de autonomía de la voluntad. El problema es que la mayor parte de estas teorías parten de un concepto de autonomía que no resulta muy claro, pues presentan descripciones genéricas y con base en elementos internos que son difíciles de evaluar objetivamente. En este mismo sentido utilizan términos como *adulto*, *normal*, *agencia*, *responsabilidad*, etcétera, que aún son motivo de discusión en otras disciplinas, como se ha expuesto en capítulos precedentes. De igual modo, hablan de la adquisición de autonomía sin establecer criterios más o menos objetivos para evaluar este supuesto desarrollo. Por otra parte, tampoco resultan muy claras las razones por las que se da predominio a la libertad sobre otros valores.

Estas objeciones muestran algunas de las fallas de las teorías que consideran la libertad de elección como elemento imprescindible de los derechos subjetivos; sin embargo, es al aplicarlas al caso de los niños —que será objeto de exposición en el siguiente apartado— donde, en mi opi-

40 "…first, the legislature conferred protection on people which they could have conferred on themselves by contract, e.g. in matters of safety at work; secondly, the legislators, discovering that too many of the protected class exercised the power 'voluntarily' to contract out the protection, removed the matter from the option of the protected party altogether by depriving of legal effect such waivers of the statutory protection… How odd that, as the protection is strengthened, the rights disappears!" (MacCormick 1977, pp. 197 y 198).

nión, quedan de manifiesto las mayores inconsistencias de las teorías voluntaristas.

A. *Los derechos del niño desde las teorías voluntaristas que niegan la titularidad de derechos durante la infancia*

Los derechos de los niños resultan especialmente problemáticos para las teorías voluntaristas, dado que desde una perspectiva en la que el elemento esencial de los derechos es la capacidad de su titular para elegir si hacer efectivo su contenido, resulta muy complejo atribuirlos durante los primeros años de la vida del ser humano. Es posible identificar dos líneas de argumentación utilizadas por los autores de esta corriente para justificar la protección a la infancia sin el reconocimiento de derechos:

Una de las salidas que han sido utilizadas tradicionalmente por algunos teóricos para garantizar la satisfacción de las necesidades de los niños —y que según parece afortunadamente es cada vez menos frecuente— es el argumento de que mediante el otorgamiento de derechos a los padres se garantiza la protección de sus hijos durante la minoría de edad. Sin embargo, resulta que tampoco este tipo de derechos queda a voluntad del titular; por ejemplo, el derecho a la educación de los hijos, que desde este esquema se considera un derecho de los representantes, no se presenta como una facultad cuyo contenido está a disposición del titular, sino que se entiende también como una obligación de los padres hacia los hijos. De modo que estamos frente a un derecho obligatorio, con lo que tenemos una objeción igual a la que se trataba de evitar: no hay discrecionalidad en el ejercicio del derecho, como bien hace notar Gerber, que niega que éste pueda ser considerado como un derecho. Esta postura fue muy común durante mucho tiempo, ya que como se expuso en el capítulo primero, el niño era considerado como parte de la esfera de derechos del padre.[41]

41 Una de las posibles justificaciones que se ha dado a esta postura es la que menciona Freeman como uno de los "mitos" que se han utilizado para negar los derechos a los niños. Se argumenta que los adultos se relacionan con los niños en términos de amor, cuidado y altruismo, idealizando la relación adulto-niño, ya que especialmente los padres *tienen en el corazón* los mejores intereses de los niños. Quienes sostienen esta postura estarían de acuerdo en que el único *derecho* del niño es el derecho a padres autónomos (Freeman 1995, p. 55).

La segunda y más novedosa línea de argumentación respecto de los niños, y que será objeto de un análisis más detallado en este trabajo, es la que fundamenta la adecuada atención durante la infancia en las obligaciones de los adultos. Esta perspectiva niega la correlatividad entre derechos y obligaciones, alegando que es posible sostener que los adultos, especialmente los padres y quienes tienen un contacto directo con niños, están obligados a atender adecuadamente las necesidades de éstos, lo cual no significa que los niños tengan un derecho correspondiente a este deber, ya que carecen de la autonomía necesaria para hacer elecciones.

Hart denomina "derechos especiales" a aquellos que derivan de transacciones o relaciones especiales entre individuos y que constituyen una justificación para intervenir en la libertad de otra persona, a diferencia de los "derechos generales" que pertenecen a todos los que tienen capacidad de elegir y cuyo objetivo es resistir una interferencia ajena, por lo que todos los demás están sujetos a la obligación correlativa de abstenerse de intervenir. Los derechos especiales, continúa Hart, pueden tener distintos orígenes: *a)* pueden derivarse de promesas; *b)* de acuerdos; *c)* de lo que llama *reciprocidad de restricciones*;[42] *d)* pueden ser creados como consecuencia de una relación natural, y *e)* pueden ser libertades especiales, en las que se exonera a una persona del cumplimiento de una obligación.

Parece importante destacar el tipo de derechos que Hart identifica como creados por una relación natural de las partes, pues el ejemplo que cita es precisamente la relación de filiación, que da lugar a un derecho moral del padre a la obediencia del hijo:

> Supongo que ahora se pensará que el derecho moral del padre a la obediencia de su hijo termina cuando éste llegue a la mayoría de edad, pero vale la pena mencionar este caso… aun este caso tiene algunos de los rasgos que hemos distinguido en los derechos especiales, a saber: el derecho surge de la relación especial existente entre las partes (aunque aquí sea una relación natural) y no del carácter de las acciones a cuya ejecución se tiene un derecho (Hart 1974, p. 100).

42 Al hablar de los derechos especiales derivados de lo que Hart llama *reciprocidad de las restricciones*, se refiere a "cuando varias personas realizan una empresa conjunta de acuerdo con reglas, y restringen así su libertad, quienes se hayan sometido a estas restricciones, cuando se les requiera tienen derecho a una sumisión similar de quienes se hayan beneficiado de su sumisión" (Hart 1974, pp. 97 y 98). En esta caracterización se encontraría la obligación moral de los miembros de una sociedad a obedecer las reglas.

Hart se niega en reiteradas ocasiones a lo largo del texto a admitir la titularidad de derechos a "animales y niños", aduciendo que esto "confundirá la situación con otras situaciones morales diferentes donde la expresión "un derecho" tiene una fuerza específica" (Hart 1974, p. 92). Tal como se había dicho, no niega que los niños —o los animales— deban tener una protección especial, pero se resiste a emplear el lenguaje de los derechos, reservándolo a quien tiene la capacidad de elegir. Sin embargo, Hart no se limita simplemente a afirmar esta tutela sustentada en deberes de los padres, sino que habla también de obligaciones de los hijos —aunque la obligación que les atribuye sea moral—.

Parece entonces que es posible extraer de las afirmaciones de Hart que efectivamente los menores de edad (y por ello incapaces de elegir, según el propio texto) pueden o efectivamente tienen obligaciones que corresponden a los derechos especiales derivados de la relación natural con sus padres, pero al mismo tiempo no pueden ser titulares de derechos por su incapacidad de elegir. Aun negando la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones, esto a mi juicio parece inconsistente, pues lleva a afirmar que para tener derechos es necesario ser capaz de elegir, pero no para tener obligaciones, ¿o es que se trataría de un derecho sin obligación correlativa, como el que pretende demostrar con el ejemplo de las dos personas intentando coger un billete en la calle? (sobre las objeciones a este ejemplo ya se ha hablado). Por otra parte, si Hart intenta justificar la protección de los niños en obligaciones de los adultos, parece poco probable que no se diera una situación en que el derecho moral a la obediencia de los hijos se cruzara con alguna obligación, convirtiéndose en un derecho obligatorio, contrario a la teoría de la elección.[43]

En mi opinión, los otros tipos de derechos especiales identificados por Hart tampoco están exentos de inconsistencias cuando tratamos el caso de los niños. Por ejemplo, los derechos derivados de la reciprocidad de las restricciones, especialmente cuando se habla de la obligación de obedecer las normas de una sociedad: ¿realmente podemos afirmar que un niño no tiene obligación de obedecer este tipo de reglas? Aun aceptando

43 Podría ser, por ejemplo, el derecho a la alimentación o a la educación: es claro que el padre tiene obligación de garantizar su acceso, pero al mismo tiempo tiene derecho moral a la obediencia del hijo, pues de otra manera podría ser imposible el cumplimiento de su deber. Parece entonces que estamos ante derechos-obligatorios, pues el padre carece de libertad para decidir si exige a su hijo que le obedezca o no.

que puede no tratarse de restricciones recíprocas por la diferencia de capacidades respecto de los adultos, de alguna manera es necesario situar a los niños en la obediencia de las normas sociales. Respecto de las promesas, afirmar que no surge una relación moral entre dos niños que hacen una promesa sería negarles los mínimos atributos morales, pues es precisamente a través de las relaciones entre iguales, y con un papel muy importante los acuerdos entre ellos, que el niño va desarrollándose moralmente y asume la obligatoriedad de las normas. Realmente el periodo en que el niño es incapaz de establecer este tipo de relaciones o acuerdos es mínimo, como se ha planteado en los capítulos precedentes. El pequeño tiene obligación de obedecer las normas jurídicas, aunque así como sus derechos son distintos, sus obligaciones también son especiales y la coerción difiere de acuerdo con las características de las etapas de desarrollo. No puede decirse lo mismo de los animales, por lo menos desde mi punto de vista, a quienes no podemos imponer las normas del sistema jurídico —por lo menos hasta ahora—. Asumir la tesis de Hart nos llevaría a extender de tal manera el perímetro protector de los padres que significaría negar cualquier autonomía al niño: éste no podría tener derechos ni obligaciones, no tendría el deber de obedecer las normas jurídicas ni de respetar sus propios acuerdos; sería un ser amoral, sin ninguna capacidad reconocida.

Wellman dedica también una larga parte de su obra *Real Rights* a los derechos de los niños dentro del capítulo dedicado a los posibles titulares de derechos. Para ello distingue tres etapas de la menor edad: *infantes* (*infants*): dos primeros años de vida; *niños pequeños* (*young child*): hasta la adolescencia, y *adolescentes* (*adolescent*): pubertad a madurez. Para llevar a acabo el análisis de los derechos comienza por abordar el tema de la representación, ya que muchos autores utilizan esta figura como argumento para sostener la titularidad de derechos en los niños, pues a través de ésta se ejercen los mismos. Para argumentar en contra de esta idea, Wellman marca una distinción entre representación de agencia y representación de intereses. Como ejemplos de representación de agencia menciona a los litigantes, los subastadores, los corredores de bolsa y los socios en algunos negocios de empresa, mientras que un caso de representación de intereses queda de manifiesto en la relación legal entre fideicomisario y beneficiario. La representación de los niños, en principio, parecería estar constituida por una mezcla de ambos tipos de representa-

ción, pero a juicio de este autor esta percepción es equivocada, pues como los niños no tienen voluntad, su agencia no puede estar representada por otros agentes morales. Esto no quiere decir que los menores no puedan tener intereses y éstos no puedan estar representados; sin embargo, esta representación no los capacita para tener derechos morales, ya que los derechos expresan y protegen la propia voluntad o agencia, y es como agente, no como ser con intereses, que los derechos tienen importancia suprema. Wellman concluye que es la representación de la agencia lo que es relevante para los derechos morales, dado que éstos confieren dominio, para lo cual es necesaria la capacidad de agencia.

El valor de los derechos deriva del modo en que se asigna el dominio justificado al titular frente a un posible adversario. Esta importancia se pierde si se atribuye a alguien que no tiene agencia moral, pues su representante puede malinterpretar sus intereses o abusar de sus poderes de representación. Por ello concluye que aunque es verdad que los intereses de los niños pueden representarse, ello no justifica atribuirles derechos morales, pues ese tipo de representación no es apropiada para los derechos. De ello no se sigue que los niños no puedan tener derechos, pues van adquiriendo agencia conforme van madurando.

Por otra parte, continúa el autor, un derecho-pretensión es más que su obligación correlativa, de modo que sostener que los niños tienen un derecho moral es más que decir que sus padres tienen la obligación moral de cuidarlos (en contra de lo que sostiene MacCormick, como se verá más adelante), porque la importancia adicional que tiene un derecho es que confiere dominio, lo que necesariamente presupone agencia. Sólo si se reduce el lenguaje de los derechos al lenguaje de las obligaciones podría admitirse que los infantes tienen derechos.

Los intereses pueden fundamentar los derechos sin ser constitutivos de éstos, es decir, es posible aceptar una teoría de la voluntad de la naturaleza de los derechos junto con una teoría del interés en los fundamentos de los derechos, o como Wellman prefiere, afirmar que los fundamentos de ciertos derechos incluyen, pero van más allá, de los fundamentos de las obligaciones que imponen.

Por otra parte, sostiene que la violación de un derecho moral no es el único argumento para calificar la maldad de un acto. De la negación de la titularidad de derechos a los niños no se sigue la inexistencia de una obligación de cuidar o no matar a los infantes, pues no todas las obliga-

ciones son correlativas a los derechos. Ello tampoco quiere decir que no exista la posibilidad de reforzar legalmente estas obligaciones de los padres, pues la conexión entre la justificación moral de la coerción estatal y los derechos morales no es clara; es decir, que es dudoso que todo derecho moral deba ser reforzado legalmente, así como que la única justificación moral de la acción coercitiva descanse en los derechos morales.

Concluye el tema de la titularidad de los derechos en los infantes hablando de los derechos legales, para los cuales se requiere también agencia. Como los ordenamientos reconocen derechos a los niños, propone interpretar las afirmaciones sobre derechos como descripciones de lo que realmente son derechos de los padres o guardianes en lo que atañe a la custodia de los niños pequeños, pues además estos textos legales inducen a error acerca del verdadero significado de los textos legales autoritativos respecto de cómo funcionan en el sistema legal estos presuntos derechos. El problema, según Wellman, está en que el legislador extiende por analogía a los niños los derechos concedidos por la ley a los adultos normales, ignorando diferencias importantes, lo que tiene como consecuencia que el lenguaje de la ley sea confuso.

La postura de Wellman y de todos los que pretenden justificar la negación de titularidad de derechos a los niños, restando importancia al lenguaje de los derechos, no es coherente con su propia postura —que se refleja por el simple hecho, en muchas ocasiones, de dedicar una obra completa al tema de los derechos—. Wellman, por ejemplo, señala en la introducción de su obra: "It is of great legal and moral importance to know when an alleged right is real because rights have practical implications, most notably the legal or moral duties they imply" (Wellman 1995, p. 5).

Una perspectiva distinta es la que sostiene Onora O'Neill,[44] quien, a pesar de que no niega la titularidad de los derechos en los niños, argumenta que éstos son insuficientes para la protección de los menores y que los derechos positivos de la infancia están mejor fundamentados incluyéndolos en una explicación constructivista de obligaciones fundamentales desde una visión kantiana. Propone que la perspectiva de las obligaciones aporta una visión más completa, directa y clara sobre los

44 Para evitar confusiones con John O'Neill y Alexander Sutherland Neill, que también han tratado el tema de los derechos de los niños, me referiré a estos autores con su nombre completo.

aspectos éticos de las vidas de los niños.[45] En opinión de Campbell, la visión de esta autora deriva de considerar las posturas de justificación de las obligaciones como superiores a las teorías basadas en derechos y hacen eco de la teoría de la voluntad aunque aplica las nociones de agencia y racionalidad a la justificación de obligaciones, más que de derechos (Campbell 1995, p. 13).[46] Esta teoría se basa en la consideración de que los derechos están conceptualmente relacionados con la protección de esferas de independencia que se vinculan con la visión de que el paternalismo y los derechos no pueden ir juntos y que la agencia es el recurso constitutivo de la moralidad. Por esta razón se puede considerar la explicación de Onora O'Neill dentro de las teorías de la voluntad.

Según Onora O'Neill existen tres tipos de obligaciones, dependiendo de quién sea el sujeto receptor del deber de hacer o de omitir cierta acción; los dos primeros tipos de obligaciones tienen derechos correspondientes, mientras que la tercera se caracteriza por no tener un derecho correlativo:

a) *Obligaciones perfectas universales*: son aquellas que se deben a *todos* y se puede decir que son *fundamentales*, ya que no derivan de otros reclamos éticos ni dependen de actos previos de compromiso ni de arreglos políticos o sociales específicos. Tienen derechos correlativos, ya que si una obligación perfecta es universal, los derechos que le corresponden también son derechos fundamentales. Pone como ejemplo de este primer tipo de obligaciones el deber de no abusar de los niños, estén a nuestro cargo o no, ya que se debe a *todos* los niños.
b) *Obligaciones perfectas no universales*: se caracterizan porque el deber de hacer u omitir este tipo de acción es hacia otros *específicos*; por ejemplo, las obligaciones que se exigen a quienes tienen niños a su cuidado hacia *esos* niños. Son perfectas ya que el beneficiario y el obligado están determinados, pero no son universales da-

45 Onora O'Neill compara la visión que aporta la perspectiva de los derechos de los niños con la imagen del cielo reflejada en un edificio de cristal en Nueva York, pues en su opinión dan una idea indirecta, parcial y borrosa de las cuestiones éticas de las vidas de los niños.

46 Freeman comparte la opinión de Campbell en el sentido de que, aunque Onora O'Neill no discute lo que cree debe sustentar los derechos, las referencias a exigir y renunciar sugieren que se inclina por la teoría de la voluntad (Freeman 1995, p. 58).

do que sólo se deben a ciertas personas. A este tipo de obligaciones corresponden derechos especiales, ya que dependen de relaciones especiales (como las relaciones entre un niño y quien está a cargo de él) y no son fundamentales, ya que resultan de los roles y prácticas atribuidos a quienes son parte de la relación por cada sociedad y su justificación se da en términos de derechos y obligaciones fundamentales.

c) *Obligaciones incompletas o imperfectas* de hacer u omitir este tipo de acción con otros *no específicos* pero no con todos los *otros*. Por ejemplo, señala O'Neill, la obligación de ser amables y considerados cuando tratamos con niños. Este tipo de obligaciones se distingue porque su cumplimiento depende de las circunstancias y de los acuerdos sociales que establecen la vinculación de niños específicos con *otros* específicos. Son incompletas o imperfectas, pues no tienen derechos correlativos, ya que los receptores de la obligación no son específicos, de modo que nadie puede exigir el derecho correspondiente. Concluye la autora que si existen obligaciones fundamentales que son imperfectas en el sentido descrito, entonces hay algunas obligaciones fundamentales a las que no corresponden derechos fundamentales. Las obligaciones fundamentales pueden institucionalizarse dando lugar a derechos positivos, pero éstos no agotan el contenido de las obligaciones; por ejemplo, los derechos de los hijos derivados de la institucionalización de las obligaciones paternas no agotan el contenido de éstas, pues con frecuencia para ser considerado un "buen padre" se requiere más que el simple cumplimiento de las normas que establecen los derechos derivados de la filiación. Por ello, no son exigibles de manera abstracta, sino que requieren de un contexto institucionalizado que determine quiénes son los receptores y permita definir los derechos correspondientes. El cumplimiento de las obligaciones imperfectas es importante para el desarrollo de la vida de los niños, no solamente para los que están en riesgo o situaciones extremas. Señala Onora O'Neill: "Children can hardly learn to share or to show 'the unbought grace of life' if we are concerned only with their enforceable claims against others" (Onora O'Neill 1995, p. 29).

Onora O'Neill rechaza la visión constructivista basada en los derechos, pues en su opinión tiene varios inconvenientes, especialmente si

intentamos aplicarla a la atención a la infancia. En primer lugar, presenta un alto grado de indeterminación, pues de un sólo principio, como pudiera ser el de *la mayor libertad compatible con igual libertad para todos*, pueden desprenderse una gran variedad de derechos y resulta difícil decidir cuáles deberían prevalecer sobre los otros. Además, los derechos deben ser identificados por su pertenencia a una serie de derechos; es decir, no puede ser reconocido cada uno sin que sean identificados todos por su papel en la construcción teórica.

La teoría constructivista basada en obligaciones, por el contrario, permite la determinación de obligaciones sin que sea necesario identificar a todos los miembros de la serie, a partir del reconocimiento de ciertos principios de acción negativos; es decir, que puedan guiar la acción de todos los miembros de una pluralidad de seres humanos aproximadamente iguales. De esta manera, puede sostenerse un argumento que justifique que la indiferencia universal a ayudar a otros y la negativa a ayudar a otros a desarrollar sus capacidades humanas —ambos importantes en el caso de los niños— son cuestión de obligación y servir como razón para actuar y promover deberes, en particular la creación de instituciones que promuevan el cumplimiento de éstas. La perspectiva de derechos es incapaz de fundamentar la existencia de obligaciones imperfectas hacia los niños, de modo que aspectos importantes de la vida de éstos quedarían desprotegidos, como por ejemplo la ayuda a desarrollar sus capacidades. Los niños dependen del cumplimiento de estas obligaciones, de manera que un traslado al lenguaje de los derechos en los niños corre el riesgo de excluir cosas que son importantes durante la infancia del ser humano.

Haciendo una breve referencia a la retórica de los derechos a lo largo de la historia para la liberación de los grupos oprimidos, la autora intenta explicar la razón por la cual la analogía entre niños y otros colectivos es sospechosa: en primer término, la dependencia de los niños es muy distinta de la de otros grupos oprimidos como las mujeres, las clases trabajadoras, las minorías raciales o religiosas, pues no es producida artificialmente ni puede terminar por cambios sociales o políticos. Por otra parte, en el caso de otros grupos también existe una dependencia recíproca de los poderosos hacia éstos —por ejemplo los esclavos o sirvientes—.[47] De

47 De Mause no estaría de acuerdo con esta afirmación, pues tal como se expuso en el primer capítulo, sostiene que a lo largo de la historia los padres *han dependido* en cierta medida de sus hijos para proyectar sus frustraciones.

modo que a pesar de que en el caso de otras clases la retórica de los derechos fue importante en la lucha contra quienes ejercían el poder, este lenguaje no es de ninguna utilidad en el caso de los niños.

A pesar de lo atrayente que pudiera parecer en una primera impresión, la teoría de Onora O'Neill presenta algunas deficiencias graves desde mi punto de vista. En primer lugar, el centrar su teoría en las obligaciones tiene como consecuencia, desde lo que ella llama la retórica de los derechos, que el acento esté puesto en el titular de la obligación y no en el titular del derecho. Esta postura ignora la función de los derechos como aquello que permite al hombre "levantarse como hombre, ver a los otros a los ojos", como sostiene Feinberg; es decir, desdeña la importancia del lenguaje jurídico como tal en el caso de los niños. Esto puede derivar en parte a una visión exagerada de la vulnerabilidad de la infancia, pues señala que a diferencia de otros grupos, los niños son débiles más fundamentalmente pero menos permanentemente y su "*remedio*" es crecer; como este remedio no puede darse rápidamente, dependen más de prácticas e instituciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones, y la retórica de los derechos no serviría para darles poder.

Tal como hace notar Coady (1995), desde esta perspectiva la infancia suena como gripe, es decir, no toma en consideración la importancia de ésta para la vida adulta y, agregaría yo, tampoco considera la dignidad del niño como tal. La inmadurez de los niños, como señala Coady, no es un asunto de tener poco poder, como parece decir la autora, sino que por estar en un proceso de desarrollo requieren de que los adultos les asistan en la satisfacción de sus necesidades, pues ello tendrá también consecuencias en la madurez.

Freeman objeta la distinción trazada por la autora entre los niños y otros grupos oprimidos, pues señala que existen movimientos de niños (huelgas escolares y tentativas de sindicalización en escuelas), así como movimientos que defienden los derechos de los niños (escritores, *ombudsman* de niños, organizaciones) y que al igual que en el caso de otros grupos, los movimientos han sido precedidos por prototipos y guiados por miembros progresistas de la "clase opresora". De igual manera, se opone a la visión de la dependencia de los niños como radicalmente distinta a la de otros colectivos, pues la historia demuestra que la dependencia de muchos adolescentes hacia los adultos podría ser menor, de modo que es en cierta manera producida artificialmente; además de que en

ciertos adultos existe una dependencia hacia el amor y afecto de sus hijos.[48]

Resulta llamativo que las teorías voluntaristas parecen asumir como un hecho probado el que los niños no tienen autonomía y por tanto agencia moral, sin que se expliciten, en mi opinión, las razones que aducen para sustentar esta intuición. Además, no queda tampoco muy claro cuáles son las características de las que carecen los niños para negarles la autonomía y, en consecuencia, los derechos. Hay algunos intentos de definir estos términos, pero al referirse a elementos internos de la persona son difíciles de evaluar objetivamente. Algunos autores mencionan que la independencia se consigue de manera gradual y que de acuerdo con ello se deben ir otorgando los derechos, pero aun así los criterios no son claros. Si, como consideran los especialistas en historia de la infancia, esta categoría es una construcción conceptual histórica, parece por lo menos delicado sacar conclusiones sobre premisas implícitas que no son muy claras. En mi opinión, esto debe ser el resultado de un trabajo interdisciplinario, y de ninguna manera podemos asumir tácitamente que la clase niños es nítida y delimitada.

Por otra parte, se ha dicho también que los criterios para evaluar la autonomía son más exigentes en el caso de los niños que en el caso de los adultos. Se asume que en condiciones *normales* un ser humano que ha alcanzado la mayoría de edad —dejando de lado que ésta también es determinada convencionalmente— ha conseguido la autonomía y es titular de todos los derechos. Ningún autor pondría en duda esta afirmación, ya se inclinara por la teoría de la voluntad o del interés; sin embargo, ¿cuáles son las características que ha alcanzado? Dudosamente algún especialista —del ámbito jurídico— podría hacer una descripción precisa. Simplemente se presupone y se fija una norma general. No se le somete a evaluación alguna para otorgarle la plena titularidad de derechos. Pero en el caso de los niños, para permitirles ejercitar por sí mismos un derecho se les exige en muchas ocasiones más condiciones que las que tendría un adulto normal: madurez, autonomía, capacidad para comprender la información, etcétera.

48 Freeman pone como ejemplo también los casos de divorcio de los padres en los que se genera una percepción en el niño de que alguno de los padres no sobreviviría a su pérdida y sobre esa base expresa la preferencia de con quién ir a vivir.

En mi opinión, las teorías voluntaristas presentan inconsistencias al someter su aplicación al caso de los derechos de los niños, pues, por una parte, son incapaces de negar la intuición que indica que los niños deben ser protegidos, especialmente por sus padres, pero niegan la importancia del lenguaje de los derechos sólo cuando se aplica a los menores de edad; es decir, que muestran un celo incomprensible en que este concepto sea claro y preciso, aun cuando sugieren que no es importante para millones de seres humanos —los niños—. Parece evidente también que, aun cuando se niegue la correlatividad entre derechos y obligaciones, es necesario establecer por lo menos una obligación general de obediencia de los hijos hacia los padres, pues de otra manera sería imposible cumplir con los deberes derivados de la filiación. Sin embargo, ninguno de los autores explica cómo podemos entender este deber de obediencia para una persona sin autonomía. Finalmente, tampoco es posible explicar desde la teoría de la voluntad los derechos de los padres hacia sus hijos si consideramos la libertad en el ejercicio de los mismos como parte esencial de un derecho.

B. *Teorías que atribuyen la titularidad de derechos a los niños*

Aunque ciertamente el liberacionismo no puede considerarse como una teoría sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, ya que no se pronuncia sobre una concepción voluntarista ni del interés, se inclina hacia una visión de la infancia en la que resalta la autonomía y pone un énfasis sobre el valor de su ejercicio. Los autores liberacionistas sostienen que los niños tienen la capacidad para formarse juicios propios y elegir, abogando por el reconocimiento no solamente de la titularidad de derechos, sino también de libertad en el ejercicio de los mismos. En este sentido, resultaría contradictorio encuadrarla dentro de la teoría del interés, pues probablemente se opondría a los derechos obligatorios, la representación y otros rasgos característicos de los derechos de los niños en este tipo de perspectiva teórica. Con las teorías voluntaristas el liberacionismo tiene una visión común sobre la importancia que ambas atribuyen a la autonomía y a la libertad del individuo, aunque difieren en algo fundamental respecto de los derechos de los niños que deriva de una concepción de la infancia radicalmente distinta a la que se ha sostenido tradicionalmente.

Es por ello que me parece que puede situarse a las tesis liberacionistas dentro de las teorías voluntaristas de los derechos, pues parece lógico suponer que si se defiende la autonomía en los niños es porque se le considera un valor fundamental en la vida de todo ser humano y, sobre todo, puede dar una perspectiva muy novedosa al romper con los presupuestos asignados a los niños al tratar el tema de sus derechos. Por otra parte, me parece importante hacer una breve mención de las posturas de esta corriente, pues como ha quedado patente a lo largo del presente capítulo, la educación obligatoria ha sido considerada como un ejemplo paradigmático de los derechos de los niños, y ha sido utilizada por casi todos los autores que argumentan a favor o en contra de los derechos como *test-case*;[49] ninguno de los autores niega que sea importante y necesaria para los niños. Por el contrario, la postura de varios autores liberacionistas se opone a la educación obligatoria, alegando que es contraria a la libertad del niño y que la escuela ha sido herramienta de control del sistema. Proponen una educación libre, vinculada estrechamente con la democracia, en la que cada niño —especialmente los adolescentes— sea capaz de decidir si acude o no, y una vez dentro, qué es lo que quiere hacer.

Ciertamente, las ideas liberacionistas han sido desarrolladas principalmente enfocándose en el ámbito educativo, con el fin de proponer nuevos modelos basados en esta visión de las capacidades infantiles. Partiendo de que la concepción de la infancia es un constructo social que ha inhibido el despliegue de las potencialidades del niño a través del control ejercido principalmente por la escuela y la familia, los autores de esta corriente proponen una educación menos rígida y, sobre todo, el reconocimiento de derechos a los niños y el libre ejercicio de éstos, especialmente en el contexto escolar. En este sentido, señala Freeman (1997) que el discurso sobre la infancia se ha construido sobre un falso universalismo y una base ahistórica, es decir, no podemos hablar de "infancia", sino de "infancias", como consecuencia de que éstas son una construcción so-

[49] Son varios los autores que se refieren a los derechos de los niños como *test-case*, entre ellos podemos citar a MacCormick (1976): *Childrens' Rights: A Test-Case for Theories of Rights*; Floud (1976): *A Right to Education: A Test-Case for a Theory of Childrens' Rights*; Melden (1977): *Los derechos y las personas* (utiliza el caso de los niños como ejemplo para hablar del origen de los derechos); Hierro (1994): *La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad*, y Campbell (1995): *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult* (se refiere a los derechos de los niños como delatores —*falsifiers*— de las teorías de los derechos).

cial. Las ideas sobre la niñez han sido utilizadas como herramienta de control a través de mecanismos proteccionistas y esto ha servido también como criterio para juzgar otras instituciones sociales, como la familia o las prácticas de crianza. La consecuencia de esta situación ha sido el aislamiento temporal de la infancia, y la concepción moderna del niño como un ser inocente, vulnerable y dependiente al que es necesario proteger de su propia ignorancia e incapacidad y controlar para que llegue a ser un adulto adaptado a su sociedad. Éstos parecen ser los presupuestos que no se cuestionan al argumentar a favor o en contra de los derechos de los niños y con los que los teóricos liberacionistas no estarían de acuerdo.

Uno de los principales promotores de esta nueva idea de infancia fue Alexander S. Neill y su famoso experimento pedagógico, la escuela libre *Summerhill*, basado en el autogobierno, con el fin de que los niños fueran libres y dejaran aflorar su identidad. Sostiene que el modelo de familia tradicional ha sido altamente represivo, reservándose los padres todos los derechos y generando como consecuencia agresividad y odio; propone un nuevo modelo de familia en el que tanto padres como hijos tengan derechos, lo cual no quiere decir que los niños hagan lo que quieran, pues están limitados por los derechos de sus progenitores.

En Summerhill el niño participaba activamente en las decisiones comunitarias a través de asambleas en las que los adultos raramente intervenían. La base de la convivencia era la autorregulación, bajo el supuesto de que cada niño es autónomo y tiene derecho a tomar sus propias decisiones mientras no afecte a los demás: "Si uno no quiere hacer sus matemáticas, a nadie le importa, pero si quiere hacer ruido a medianoche, entonces es asunto de todos. Los niños tienen libertad para hacer exactamente lo que les plazca siempre y cuando no interfieran en la libertad de los demás" (Alexander S. Neill 1973, p. 192).

Las relaciones entre adultos y niños deben ser entre iguales, no basadas en el "respeto" como se ha entendido tradicionalmente. Neill concede una gran importancia a la libertad no solamente de los niños, sino de todos los seres humanos, pues considera que la represión ha sido la culpable de los grandes problemas de la humanidad. Sostiene también una actitud no moralizante acerca de temas relacionados con la sexualidad, por ejemplo las relaciones sexuales entre adolescentes, las cuales estaban prohibidas en Summerhill únicamente por el riesgo que representaba un

embarazo adolescente para la escuela. A juicio del director, esta actitud no autoritaria tenía como consecuencia que los niños aceptaran más fácilmente los límites: "Creo que nos hemos salvado de los embarazos gracias a esta actitud no moral. Durante todos los años que he estado en Summerhill no hemos tenido un solo embarazo, que yo sepa" (Alexander S. Neill 1995, p. 199).

Para este pedagogo, la falta de libertad es el origen de gran parte de los problemas de la humanidad, pues genera seres humanos agresivos y enfermos. Se opone a la disciplina, pues asegura que la violencia en la vida adulta es consecuencia del odio acumulado hacia la autoridad durante la infancia. Para ello propone una educación en la libertad que permita al niño seguir sus propias inclinaciones, sin imposiciones, dejando salir sus emociones y guiándose por el instinto y curiosidad natural.

Berger (1973) señala que la escuela se ha convertido en un medio de control de los niños, en el cual los padres pasan temporalmente su autoridad a los maestros y sirve como herramienta de continuidad del sistema, inhibiendo la habilidad de autorreglamentación de los niños. Se pronuncia en contra de la obligatoriedad de la educación, por haber pasado de ser un privilegio a un deber:

> Una obligación de este tipo sería completamente inaceptable para los adultos en el llamado mundo libre. ¿Por qué ha de ser aceptable para los niños? ¿Puede existir un código de libertad cívica para los adultos y otro para los niños? Se puede aducir que la educación es un privilegio que se les concede a todos; que las escuelas son lugares de cultura y que el bienestar del niño es de máxima importancia. De hecho, la educación obligatoria es el principio del condicionamiento del individuo para la obediencia indiscutible de la cual depende un Estado autoritario. No se permite ninguna objeción de conciencia; ninguna recompensa de pago se hace por el trabajo realizado; se exige la sumisión a la jerarquía escolar; las faltas a la disciplina escolar y el ausentismo son castigados (Berger 1973, p. 217).

Propone la libertad de asistencia a la escuela durante la adolescencia mediante un sistema de bonos que garantizaría que quienes quisieran tuvieran derecho a recibirla, mientras que a quienes optaran por trabajar se les protegería de la explotación al igual que a los adultos. Con los niños pequeños no habría problema, pues ellos asisten voluntariamente a la escuela, según la autora. Defiende también la participación de los niños en

la escuela a través de concejos o sindicatos escolares que les permitan expresar su opinión en relación con la dirección de la escuela, así como el derecho de apelar las decisiones de los padres o maestros que les afecten directamente.

La idea de una autonomía mucho mayor que la reconocida hasta entonces a los adolescentes es compartida por muchos liberacionistas, que defienden la necesidad de reconocerles derechos y proponen incluso la creación de grupos juveniles independientes de cualquier asociación (iglesias, escuela, políticos, etcétera) para organizar sus propios derechos e incluso organizando proyectos de trabajo, juegos y universidades libres (Ollendorff 1973, p.168).

Como ha quedado de manifiesto en las ideas liberacionistas expuestas, los partidarios de esta visión de la infancia estarían de acuerdo en la atribución de derechos liberales a los niños, y en el reconocimiento de autonomía en su ejercicio. Esta concepción contrasta con la que sostienen los otros autores voluntaristas que no reconocen este grado de autonomía durante la minoría de edad y en consecuencia proponen alternativas distintas para el tratamiento jurídico durante esta etapa de la vida.

Las ideas liberacionistas radicales como las mencionadas aquí se oponen en muchos sentidos a las necesidades de las etapas expuestas en el capítulo segundo; por ejemplo, hemos visto que los niños necesitan límites claros y una figura de autoridad para desarrollar la confianza, o que la educación formal es necesaria para desarrollar las herramientas para desenvolverse en el contexto social. Algunos de los experimentos pedagógicos más extremos —como es el caso de la pequeña comunidad de Homer Lane— fracasaron —aunque algunos autores lo atribuyen a que constituían una amenaza para el sistema—, pero algunos de sus planteamientos han sido rescatados y han servido para poner en tela de juicio ciertos presupuestos sobre la infancia, que se han utilizado como premisas implícitas en las discusiones sobre sus derechos.

Desde mi punto de vista es necesario buscar un equilibrio que por una parte reconozca la autonomía de los niños a medida que ésta va avanzando y se va desarrollando, de modo que este ejercicio estimule al mismo tiempo su desarrollo. En otras palabras, la autonomía del niño debe servir como límite y fundamento en el reconocimiento y ejercicio de los derechos. Como fundamento en el sentido de que debe permitirse la máxima autonomía posible pero como límite, porque esto no debe comprometer

la satisfacción de otras necesidades del desarrollo. El ejemplo más claro es tal vez la educación formal, pues ésta debe permitir y estimular el ejercicio de la autonomía, fomentando la participación del niño en la toma de decisiones, pero al mismo tiempo no puede dejarse al arbitrio del menor el asistir o no, pues como se ha dicho ya, ésta cubre importantes necesidades y es en este sentido insustituible.[50]

2. *Las teorías del interés y otras teorías no-voluntaristas*

Al igual que ocurre con las teorías voluntaristas, son muchas y muy variadas las interpretaciones de los derechos que atribuyen un papel preponderante al *interés* del titular del derecho. Este tipo de teorías se caracteriza, de manera muy general, por aceptar como elemento común a los derechos subjetivos el que éstos protegen intereses de los titulares; es decir, son herramientas para promover el bienestar individual a través de la imposición de obligaciones a otros. En consecuencia, el único requisito necesario para ser titular de un derecho es ser capaz de tener intereses, por lo que desde esta perspectiva teórica puede sostenerse la titularidad de derechos de los niños. Se incluyen en este apartado todas las teorías no voluntaristas, es decir, todas aquellas que no consideran la discreción en el ejercicio del derecho como elemento necesario del mismo, aunque haciendo una distinción entre las teorías del interés en general y las que consideran los derechos como pretensiones, pues a pesar de que comparten su carácter no voluntarista, presentan perspectivas distintas.

Podemos situar los antecedentes más remotos de las teorías del interés en las teorías del beneficiario, específicamente la de Bentham —mucho tiempo después reformulada por Lyons—, que afirmaba que tener un derecho era ser beneficiario de la obligación de otro (Gerber 1976, pp. 329 y 330). Hart critica esta teoría alegando que no es el hecho de ser beneficiario sino la capacidad de exigir o liberar al otro de la obligación lo que significa tener un derecho, e intenta demostrarlo mediante el ejemplo —citado anteriormente— de la promesa hecha por X a Y de cuidar a su madre enferma durante su ausencia, ya que en este caso quien tiene el

50 Esto no quiere decir que la educación formal tenga que responder a un modelo único, pues como se mencionó en el capítulo segundo, la *necesidad* de educación formal puede tener distintos *satisfactores* de acuerdo con los diversos factores sociales que rodeen al menor.

derecho es distinto de quien se beneficiará de la actuación del obligado. Lyons intenta superar esta objeción introduciendo el concepto del "beneficiario cualificado": alguien es titular del derecho correlativo a la obligación si y sólo si se supone que es quien se beneficia directamente de su cumplimiento, a quien va dirigido el beneficio de la obligación. Varias críticas han sido hechas a esta nueva versión de la teoría; por ejemplo, que es incapaz de explicar los derechos cuando el cumplimiento de las obligaciones correlativas no constituye un beneficio para el titular (Gerber 1976, p. 331).[51] Por otra parte, tal como señala Hierro, el razonamiento es circular, "pues, para soslayar la crítica de Hart, tiene que acabar admitiendo que el titular de un derecho es el beneficiario, siempre y cuando admitamos que sólo es relevante como beneficiario el que está así considerado (¿por el sistema?), o sea: el titular del derecho" (Hierro 1982, p. 49).

MacCormick (1977) sostiene que la teoría del interés para explicar los derechos es más aceptable que la teoría de la voluntad, aunque propone algunas modificaciones a la formulación tradicional. Señala que el rasgo esencial de las normas que confieren derechos es que tienen como objetivo específico la protección o promoción de intereses o bienes individuales. MacCormick critica la postura de la teoría de la voluntad, pues asegura que "corta" el lenguaje de los derechos en un punto de la escala de la protección que la ley confiere a los intereses de las personas, dado que no considera que existe un derecho si el titular no tiene la facultad para exigir o renunciar a su cumplimiento. Esto sucede en el caso de algunos derechos, que a medida que van evolucionando se van haciendo indisponibles para garantizar los intereses que protegen. Para demostrar esto cita el ejemplo —que ya ha sido mencionado con anterioridad— del desarrollo de ciertos derechos laborales y el caso de los derechos de los niños, para concluir que si la teoría de la voluntad es correcta, cuanto más inalienables sean los derechos menos pueden ser considerados derechos, a pesar de que protejan más eficazmente los bienes que constituyen su contenido.

Como alternativa propone una teoría del interés reformulada, pues estima que lo que se ha criticado de esta postura es que vuelve redundante

51 Gerber cita como ejemplo para probar esta objeción los sistemas jurídicos en los que hay libertad, es decir, "derecho" para cometer suicidio o consumir drogas (Gerber 1976, p. 332).

el lenguaje de los derechos, en el sentido de que todo lo que puede ser expresado en términos de derechos puede decirse en el vocabulario de las obligaciones. Para contraargumentar señala que es posible la existencia de un derecho sin una obligación correlativa, ya que una de las funciones de los derechos es asegurar ventajas a individuos o miembros de clases determinadas, conceder lo que *normalmente* se considera como un beneficio para los miembros de ese grupo, otorgándoles un derecho legal. La aclaración de que se trata de lo que *normalmente* es un bien para los miembros de un cierto grupo tiene como objetivo superar la objeción de que muchas veces el cumplimiento del derecho no acarrea un beneficio a su titular.

Para este autor, las reglas que contienen derechos tienen tres rasgos: 1) se refieren a "*bienes*" (ventajas, beneficios, intereses); 2) se refieren al disfrute de estos bienes por individuos separadamente, no como miembros de una colectividad que gozan de un beneficio difuso, pues a pesar de que las normas se expresan en forma genérica, los beneficios son individuales, y 3) los beneficios se aseguran a individuos a través de la protección normativa de la ley, que involucra uno o varios de los modelos identificados por Hohfeld.[52] De modo que la definición de derecho que propone de acuerdo con estos tres elementos es la siguiente:

> Adscribir a todos los miembros de una clase C un derecho a recibir el trato T es presuponer que T es, en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros de la clase C, y que T es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o retenerlo a cualquier miembro de C. Esto para los derechos morales, para los derechos legales diría lo siguiente: cuando se concede por ley un derecho T a todos los miembros de C, se considera que la ley promueve los intereses de todos y cada uno de los miembros de C, y la ley tiene el efecto de convertir en legalmente incorrecto negar T a cualquier miembro de C (MacCormick 1977, p. 204).

MacCormick expone dos razones para hablar de derechos, aun cuando algunos de ellos fuesen traducibles al lenguaje de las obligaciones: en

52 Como ya se ha mencionado, MacCormick critica la teoría de Hohfeld argumentando que los derechos no pueden ser explicados en términos de simples relaciones atómicas entre individuos, señalando que con pocas y simples palabras la legislatura puede conseguir protecciones legales complejas para los miembros de una clase (MacCormick 1977, p. 206).

primer lugar, el otorgamiento de derechos proporciona una razón *prima facie* para suponer que el incumplimiento de una obligación debe dar una razón para buscar un remedio, y en segundo lugar, cuando una ley otorga derechos a los individuos, normalmente se entiende que éstos tienen el poder de renunciar al cumplimiento de la obligación en los casos en que sólo les afectan a ellos mismos. Propone considerar la libertad en el ejercicio de los derechos como "poderes remediales", que se otorgan como consecuencia del reconocimiento o concepción de derechos en lugar de considerarlos esenciales al concepto de derecho. La libertad es un bien, pero no el único bien, y las cuestiones de paternalismo y libertad no son verdades analíticas sobre los derechos.

En la misma línea, Nino (1989), al intentar construir una fundamentación para los derechos humanos, señala que el debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés es un falso dilema, pues uno de los posibles intereses o beneficios puede ser la capacidad de realizar o no realizar cierto tipo de acciones, junto con otros que no consisten en una libertad de actuar. Así, la definición de la teoría de la voluntad queda incluida dentro de los intereses que son protegidos mediante los derechos. Por otra parte, retomando los rasgos distintivos de los derechos propuestos por Dworkin, esto es, que son "distributivos e individualizados" y que constituyen un "límite" en contra de las medidas para la persecución del beneficio colectivo, propone una nueva caracterización de la definición de MacCormick para quedar como sigue:

> Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso (Nino 1989, p. 40).

Como se aprecia en la definición, Nino sustituye la noción de "trato" usada por MacCormick por la de "acceder a una situación S", ya que en su opinión esta expresión es más neutral al no restringir la caracterización únicamente al comportamiento de terceros.

Otro defensor de la teoría del interés como origen de los derechos es Finnis (2000), quien considera que antes de aplicar el análisis hohfeldia-

no se debe estipular el significado de derecho-exigencia correlativo a un deber, existiendo dos posibles respuestas: la de la teoría de la voluntad, que considera que la característica unificadora de las reglas es que reconocen y respetan la elección de una persona, y la de la teoría del interés, compartida por Finnis, que concibe a los derechos como beneficios dados por un principio o exigencia de la razonabilidad práctica o por una regla de ahí derivada a *A* y a todos y cada uno de los miembros de la clase a la que *A* pertenece:

> Estos beneficios son diversos: está la ventaja de ser el destinatario de las abstenciones o de los actos de servicio de otras personas; la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar; la ventaja de poder modificar la posición jurídica de uno mismo o de otros, y de ser inmune a una modificación de ese tipo… a manos de otros; la ventaja de ser capaz de asegurar, mediante alguna acción legal, cualquiera de las ventajas precedentes o todas ellas, o al menos una compensación por la negación ilegítima de cualquiera de ellas… (Finnis 2000, p. 233).

Al igual que las posiciones de Hohfeld pueden considerarse "positivas" o "negativas", a pesar de que evidentemente esto no puede ser juzgado *a priori*, sino dependiendo de la situación concreta y en muchos casos de la percepción del propio sujeto, los "intereses" desde esta teoría son algo que generalmente se considera provechoso para los miembros de esa clase a la que se atribuye el derecho. Como es lógico suponer, el mayor problema al que se enfrenta la teoría del interés es el de establecer una definición o criterios para identificar lo que constituye un interés para la clase que sirva como fundamento del derecho. La noción de *interés* debe ser necesariamente objetiva, pues de otro modo tendríamos que aceptar la teoría de la voluntad al no contar con un criterio que permitiera dotar de contenido a los derechos. MacCormick lo entiende así al hablar de que el bien es "en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros de la clase C", ya que supone que el contenido del derecho no depende de la apreciación subjetiva de cada uno de los sujetos de la clase, sino de un criterio objetivado que establece que el trato T constituye un interés para este grupo de individuos. Tal como señala Nino, en la definición de derecho propuesta por MacCormick el concepto de derecho individual deja de ser una cuestión puramente deóntica para convertirse en una noción valorativa: el tratamiento es un bien, algo va-

lioso para la clase a la que se dirige el derecho, pero esto no depende de la percepción del individuo, sino que el contenido del derecho se suponga generalmente beneficioso para los titulares, independientemente de que ellos compartan tal opinión.[53] Hierro, por su parte, considera que la teoría del interés "ha tenido que admitir que el interés es supuesto, objetivado, para poder explicar los numerosos casos en que los titulares de derechos no tienen el más mínimo interés en ellos" (Hierro 1982, p. 47). La solución por parte de Finnis es recurrir a las exigencias de la razonabilidad práctica para otorgar los beneficios a los miembros de una clase.

Entonces, ¿qué diferencia existe entre los intereses, bienes o beneficios en general y los que constituyen el contenido de un derecho? La diferencia entre afirmar que alguien tiene un derecho y que algo debe hacerse es moral; apela a un concepto de interés más restringido, vinculado de alguna manera con la idea de necesidad, y que dada su importancia es el contenido de un derecho. Hierro afirma que decir que es *bueno* hacer alguna cosa no significa que sería malo dejar de hacerla, mientras que si afirmamos que alguien tiene un derecho, sería moralmente reprobable no satisfacer el contenido del mismo; "se trata de una necesidad, interés o deseo de un sujeto ante la cual se obra bien si y sólo si se la satisface" (Hierro 1982, p. 54), y lo ejemplifica con el caso de las limosnas:

> Por ejemplo, podemos afirmar que es bueno dar limosna a un mendigo y afirmar al mismo tiempo que no es malo negársela (porque favorece la mendicidad como negocio o la vaguería, porque las instituciones se deben ocupar de ello, porque el que encuentra un mendigo no tiene medios actuales de controlar si se trata de verdadera necesidad o de truco, etcétera) (Hierro 1982, p. 54).

Por su parte, Nino advierte también esta diferencia desde el punto de vista de los deberes, al señalar que "lo que se debe moralmente hacer no coincide completamente con los deberes u obligaciones morales, sino que tiene un dominio más amplio" (Nino 1989, p. 38). Los deberes son individualizados, siempre presuponen un titular, mientras que algo que

53 Refiriéndose al caso que pone Hart, añade Nino: "y en verdad el ejemplo de Hart no constituye una excepción a este juicio general, ya que el titular del derecho cuenta con el beneficio cierto de eximirse del cumplimiento personal de la obligación de cuidar a su abuela" (Nino 1989, p. 40).

"debe hacerse" (por ejemplo, acabar con la pobreza en el mundo) no supone que alguien esté designado para llevarlo a cabo. Para MacCormick la diferencia estriba en que los intereses constitutivos de los derechos morales no se fundamentan en algún fin ulterior, sino que son un objetivo en sí mismos y lo demuestra al explicar la diferencia que existe entre decir que un niño *debería* ser cuidado, alimentado y querido y decir que un niño *tiene derecho* a ser cuidado, alimentado y querido:

> Por ejemplo, siguiendo las líneas trazadas por Swift en *Una modesta proposición*, se podría sugerir, como razón por la cual los niños deben ser cuidados, alimentados y queridos, que ése sería el mejor modo de convertirlos en criaturas rollizas y contentas adecuadas para acrecentar la dieta nacional: o también podríamos alegar que una sociedad sana requiere niños sanos y bien nutridos que se convertirán en adultos contentos y bien adaptados que contribuirán al producto nacional bruto y no serán una carga para los medios de bienestar o las instituciones penitenciarias (MacCormick 1990, p. 132).

De modo que tenemos algunos elementos que nos pueden ayudar a identificar los intereses que constituyen el contenido de un derecho; sin embargo, creo que es necesario un criterio más concreto que, según la propuesta de este trabajo, puede ser el concepto de necesidad humana. Esto parece particularmente importante en el caso de los niños, pues el problema de la percepción del interés en el sujeto titular del derecho subjetivo es frecuente tratándose de menores, por ejemplo, en el derecho a la educación o a recibir una alimentación adecuada (que puede implicar la obligación de la madre en hacerle comer espinacas o no permitirle atiborrarse de golosinas), que puede ser contrario a lo que éstos perciben como sus "intereses". Sin embargo, esto no es privativo de los niños, pues algunos autores cuestionan ciertos derechos que son indisponibles por considerarlos como contenido de una medida paternalista, como los derechos laborales citados por MacCormick.

A modo de conclusión preliminar cito las consideraciones de Hierro respecto de las ventajas y desventajas de las teorías del beneficiario:

> Mientras (1) se acomodan al lenguaje habitual sobre los derechos humanos —que incluye, como hemos visto, derechos obligatorios— y mientras

> (2) permiten considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses (como infantes e incapaces), (1) se alejan del concepto técnico jurídico-privado tradicional, y (2) exigen manejar un concepto más complejo de "derecho subjetivo" que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no discrecionales (u obligatorios) (Hierro 2000, p. 172).

A. *Los derechos como pretensiones o demandas* (claims)

Una corriente importante dentro de las teorías que niegan la elección en el ejercicio como elemento indispensable de los derechos es la que considera que éstos pueden ser considerados como tales en tanto constituyan *pretensiones* o *demandas* válidas, de tal manera que se puede *reclamar* que se otorguen los medios necesarios para su cumplimiento o, en su caso, la abstención de la interferencia en el ejercicio.[54] De esta manera, los derechos de los niños existen mientras puedan ser demandados válidamente ante el Estado y ante terceros.

Esta postura ha sido defendida por Feinberg (1980), quien responde a la objeción de Hart a la teoría del beneficiario distinguiendo entre el "beneficiario" (quien recibe el beneficio de la acción) y el "reclamante" (en el ejemplo de Hart el promisario), que es quien tendría el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación[55] derivada de una promesa. Señala también que las pretensiones pueden existir previa e independientemente del Estado, de modo que son derechos morales, es decir, su validez está dada por razones derivadas de un principio moral, y al ser reconocidos por la ley se convierten en derechos-pretensión-legales: "To have a right, then, is to have a claim against others, and claims can be further distinguished in terms of their addressees" (Feinberg 1980, p. 224).

[54] Si bien es cierto que las teorías que se presentan aquí sostienen una visión no voluntarista de los derechos, Sumner (1990) señala que puede haber concepciones de las pretensiones (en términos hohfeldianos) tanto en teorías del beneficiario (cita a MacCormick, Lyons y Raz) como de la elección: "The analogue of the benefit account of claims is a conception of rights as protected interests... The analogue of the control account of claims, by contrast, is a conception of rights as protected choices (Sumner 1990, pp. 45 y 46).

[55] Feinberg aclara que también hay casos en que de una promesa pueden derivar derechos tanto para el *beneficiario* (si es una tercera persona) como para el *reclamante* (Feinberg 1980, p. 133).

Feinberg distingue también entre dos tipos de transacciones morales: las motivadas por amor, lástima o misericordia y las acciones u omisiones requeridas por los derechos de las personas. A las primeras corresponde la gratitud como respuesta, mientras que en las segundas no hay lugar para el agradecimiento y la reacción es la indignación cuando no se cumplen, y por ello pueden ser exigidas.

Un concepto importante para los derechos de los niños es lo que Feinberg identifica como *mandatory rights* ("derechos obligatorios"), distinguiéndolos de los *discretionary rights* ("derechos discrecionales"). El segundo tipo de derechos corresponde a la clase que la teoría de la voluntad identifica como los únicos derechos, es decir, aquellos en los cuales se crea un espacio de autonomía en el que el titular es libre de decidir entre hacer o no hacer X y por tanto el beneficio conferido por éstos es una cierta cantidad de libertad. En los derechos obligatorios, por el contrario, no existe esa facultad de elección; el deber coincide con el contenido del derecho y sólo se reconoce una forma de ejercitar el derecho: si tengo un derecho obligatorio a hacer X tengo un derecho a hacer X pero no tengo un derecho a no hacer X. A diferencia de la otra clase de derechos, éstos son oportunidades garantizadas de asegurar bienes que se pagan mediante sacrificio de libertad. Para Feinberg, el contenido de un derecho obligatorio es un bien de tal importancia que se garantiza por medio de la imposición de una obligación de no interferencia para los demás y se retira la oportunidad de fallar en el desempeño de ese interés. A esta clase pertenece, por ejemplo, el derecho a la educación, aunque como el autor reconoce, se ha asociado este tipo de protección a medidas paternalistas y autoritarias, de ahí la resistencia de muchos a considerarlos como derechos. Lo que ambos tipos de derechos comparten es que, como se había mencionado, constituyen una pretensión válida, exigida por un principio moral y en consecuencia son reclamables.

En la misma línea, Haksar intenta responder a la afirmación de Hart en el sentido de que no hay nada común a las distintas áreas a las que se aplica el lenguaje de los derechos a través de lo que denomina *demand theory*, apelando a las pretensiones, vinculándolas a la racionalidad del sistema al que pertenecen los derechos y objetando la fundamentación de los derechos desde el interés. Responde al ejemplo de Hart de los derechos de terceros beneficiados por una promesa diciendo que: "Y adquiere un derecho contra X; si X rompe la promesa es Y quien es perjudica-

do. Es Y quien válidamente puede demandar que X cumpla lo que prometió" (Haksar 1978, p. 184). Lo que tienen en común todos los derechos es que su negación supone un perjuicio para el titular del derecho, y éste, o alguien en su nombre, puede válidamente denunciar que ha sido injustamente tratado y válidamente exigir su cumplimiento. El derecho se tiene tanto si se exige como si no se exige su realización, de modo que esta teoría puede sustentar la existencia de derechos que no son discrecionales, es decir, que se puede exigir X aun cuando exista la obligación de tenerlo: "To say that a person has a right and a legal duty to do X is consistent with the demand theory, but not with the choice theory… For even if you do not demand X, you may still have a right to X, and so others would still have correlative obligations" (Haksar 1978, p. 186).

Una pretensión se distingue porque implica el lenguaje de deber (*must*) y la persona que tiene el derecho está necesariamente solicitando algo para sí misma o para quien representa,[56] de acuerdo con un determinado sistema, ya sea moral, legal, etcétera, que confiere la autoridad para exigir el derecho. La referencia al sistema es muy importante en la teoría del autor, pues la racionalidad del mismo proporciona el fundamento de los derechos, ya que la obligación se debe a quien las reglas del sistema determinan que tiene una pretensión en ese sentido.[57] Otro de los aspec-

[56] Haksar insiste en que la pretensión puede ser exigida por el mismo titular o por alguien que le represente: "The person who has a right in a system is not necessarily the person who makes valid demand (or complaint); the right holder is the person on whose behalf valid demands (and complaints) can be made" (Haksar 1978, p. 190).

Por otra parte, cita como ejemplo para ilustrar la diferencia entre una pretensión y otro tipo de órdenes o solicitudes, el caso de un sargento que ordena a los soldados ir a la batalla, cuando lo ordena no está demandando (en el sentido de pretensión) ir a la batalla, pero una vez que lo ha ordenado, puede demandar obedecer su orden de ir a la batalla: "Again, when the sergeant major commands you to go to the battle, he is not demanding that you go to the battle. But having made the command, he can demand that you obey *his* command to go to battle; but here he is asking for something for himself viz. that *his* command be obeyed" (Haksar 1978, p. 189).

[57] El sistema constituye un elemento importante para la fundamentación de los derechos; por ejemplo, para Haksar la obligación de un oficial de castigar a un delincuente constituye un derecho para este último dependiendo de las reglas del sistema de referencia: si es un sistema utilitarista, el delincuente no tiene derecho al castigo, al igual que si el sistema es meramente retributivo, pero es posible imaginar un sistema en el que el delincuente tenga el derecho a ser castigado, para ello es necesario observar la racionalidad del sistema y sería posible reclamar (por ejemplo las cortes) en nombre del delincuente el derecho a ser sancionado (por ejemplo a los oficiales) (Haksar 1978, p. 193).

tos comunes a los derechos es que su violación supone una "injusticia" (*wrong*) para el titular, sin embargo, esto no significa que la justificación del sistema de derechos pueda darse en términos de intereses o beneficios. Para probarlo pone como ejemplo el derecho de un rey a asesorar y amonestar al primer ministro, aun cuando esto signifique causar controversias políticas, ya que el rey no ejerce su derecho en interés o beneficio propio, sino para cumplir con sus funciones. Los derechos entonces pueden ser otorgados para el bien común, no simplemente para la persecución de intereses egoístas. En este sentido, la teoría del interés, en especial la versión propuesta por MacCormick, tampoco es capaz de dar una explicación a este tipo de derechos que no se otorgan sobre la base del interés de una persona, sino que pueden estar justificados por el bien común. Esto no quiere decir que no exista una vinculación entre intereses y derechos; sin embargo es distinta a la que sostienen las teorías del beneficiario, pues los intereses no siempre fundamentan los derechos, pero una vez que los derechos han sido otorgados, el titular adquiere un interés en que su derecho sea respetado, y de no ser así puede alegar haber sido injustamente tratado. Desde su punto de vista, su propuesta teórica es capaz de sustentar los derechos de los niños sin recurrir al concepto de interés.

Por otra parte, los derechos se distinguen también porque, si bien es cierto que no siempre el detentador puede extinguir la obligación correlativa, probablemente sí es cierto que sólo el portador del derecho puede extinguir la obligación correlativa. Esto refleja, según Haksar, la importancia de los derechos, pues permite a los titulares enfrentarse a las autoridades y tener cierto nivel de autorrespeto e independencia: "And it is this feature of rights that helps to explain why rights are valuable; rights enable people to stand up to the authorities and to achieve self-respect and a certain measure of independence by not being at mercy of others" (Haksar 1978, p. 190).

Hierro responde a la tesis de Haksar objetando el ejemplo que pretende invalidar la teoría de MacCormick sobre los intereses como fundamento de los derechos. Señala que si bien el pretendido derecho del rey, al igual que, por ejemplo, el derecho de un padre a reprender a su hijo, no se ejerce en beneficio propio, existe un interés en que sea precisamente el monarca o el padre quien realice esa acción. De tal manera que distingue dos grados: "en primer grado se trata de satisfacer un interés o nece-

sidad del monarca o padre, aunque en segundo grado ello tienda a satisfacer un interés o necesidad del gobierno o del hijo" (Hierro 1982, p. 56). Concluye Hierro que no existe tanta diferencia entre la teoría de la reclamación y la reformulación de la teoría del interés planteada por MacCormick.

Martin se opone también a la concepción de los derechos como pretensiones aunque por motivos radicalmente distintos, pues alega que "es una forma de enfatizar que los derechos son válidos prescindiendo de si han sido aceptados, sea en las sociedades o, más específicamente, por esa persona contra quien se esgrime la pretensión" (Martin 2001, pp. 69 y 70) y considera a los derechos como formas de actuar reconocidas o establecidas. Alega que Feinberg trata a los derechos morales y a los derechos jurídicos como derechos en el mismo sentido, con la única diferencia de la norma de la cual deriva su validez; sin embargo, en el caso de los derechos jurídicos, cuestiona que ésta pueda considerarse una pretensión jurídica si aún no está reconocida por el Estado. Por otra parte, si las normas rectoras son jurídicas, carece de significado requerir el reconocimiento oficial, pues éste parece dado por el carácter jurídico de las normas aplicables, de modo que sólo tendría sentido reclamarlo una vez si quisiéramos valernos de lo que ya está prescrito en la ciencia jurídica:

> Mi análisis sugiere que un derecho jurídico no es principalmente una pretensión en lo absoluto, al menos no es una pretensión pura, ni siquiera una válida, sino que más bien es algo reconocido por el gobierno. Pues este factor de reconocimiento oficial es el que proporciona un fundamento para hacer reclamos —reclamos jurídicamente válidos— en una ocasión dada (Martin 2001, p. 77).

Martin considera que el principal defecto de la teoría de Feinberg es "la sugerencia de que las prácticas de reconocimiento y cumplimiento son innecesarias en el caso de los derechos jurídicos" (Martin 2001, p. 92), y por ello la noción de pretensión válida no puede singularmente revelar la característica común al concepto de derecho.[58]

58 Martin opone esta misma objeción a las pretensiones como fundamento de los derechos humanos, ya que opina que el reconocimiento y promoción son elementos indispensables para que una pretensión válida se convierta en un derecho humano. Esto será objeto de análisis en el capítulo dedicado a los derechos humanos.

Por su parte, White señala que no existe una conexión lógica entre hacer una reclamación y tener un derecho, ya que se puede tener un derecho a algo que no se ha reclamado y se puede reclamar algo a lo que uno no tiene derecho, además parece que no tiene sentido hablar de un derecho a algo que uno puede exigir, pues se puede reclamar casi cualquier cosa. Se niega a la equivalencia entre derechos y pretensiones (en sentido hohfeldiano): "As we have seen, rights, but not claims, can be given, conferred, taken away, earned, enjoyed or exercised; while claims, but not rights, can be made, advanced, laid, made out, settled, allowed, met or rejected" (White 1984, p. 132).

B. *Los derechos del niño desde las teorías del interés*

A pesar de que las teorías de la voluntad y las teorías no voluntaristas conducen a visiones opuestas acerca de los derechos de los niños, en general ambas presuponen una concepción del niño como incapaz, es decir, sin autonomía de la voluntad ni agencia moral, a pesar de que en muy pocas ocasiones encontramos una justificación que proporcione argumentos para aceptar esta premisa acerca de las características de la etapa infantil. Incluso la aptitud para sostener los derechos de los niños se ha utilizado como argumento para apoyar la validez de la teoría del interés, como en el caso de MacCormick. Quienes tratan específicamente sobre los derechos de los niños tampoco parecen ser la excepción. Entre los autores que se han ocupado de este tema se puede apreciar una visión parecida de la infancia, aunque cada vez parece haber un mayor interés por cuestionar las premisas o intuiciones dominantes durante los dos siglos pasados. Por esta razón es lógico suponer que la mayoría de los autores que se han ocupado de argumentar a favor de los derechos de los niños se han inclinado por la explicación de los derechos desde la teoría del interés, pues desde la visión de la infancia como carente de autonomía moral es la única capaz de justificar la titularidad de derechos durante esta etapa de la vida.

Como se ha dicho, la divergencia entre las dos posiciones teóricas acerca de la naturaleza de los derechos subjetivos radica en la manera de proteger a los menores de edad. La teoría del interés permite sostener la titularidad de derechos en los niños, pues basta con que éstos tengan intereses identificables que puedan servir como base para la imposición de

obligaciones en otros. No es necesario que esos intereses sean manifestación de capacidades racionales, pues los derechos en los que el detentador tiene facultad para elegir son únicamente un tipo de derechos. La objeción frecuente a la teoría del interés es que podría justificar intervenciones paternalistas que se juzgan inaceptables para los adultos que tienen autonomía de la voluntad, pero que se aceptan fácilmente por una y otra postura teórica para los niños.

Campbell (1995) es un buen ejemplo de esta visión, pues descalifica la teoría de la voluntad por poner excesivo énfasis en la autosuficiencia y la autonomía y, por tanto, ser incapaz de expresar la relevancia moral de los niños. El autor sostiene la titularidad de derechos en los niños basándose en la intuición de que un menor tiene, por ejemplo, el mismo derecho a la vida que un adulto, y por esta razón —afirma— los niños sirven como prueba de aquellas teorías que no pueden sustentar sus derechos. La teoría de la voluntad promueve la percepción del niño como futuro adulto, que es una visión parcial de la niñez, de modo que se inclina por la teoría del interés, intentando establecer un criterio para la identificación de los intereses de los niños:

> The exclusive stress on self-sufficiency and autonomy which typifies the 'will' or 'power' theory of rights, the theory that is used to question the legitimacy and usefulness of attributing rights to children, is inadequate as an expression of the moral significance of persons, particularly children. The equal moral worth or all human persons, including children is often best protected by ensuring that they have properly protected positive rights justified in terms of their fundamental interests (Campbell 1995, p. 1).

Una observación interesante de Campbell es la que se refiere a lo que denomina "adultismo", que define como la percepción centrada en el adulto acerca de los asuntos relacionados con niños y que se manifiesta sobre todo cuando el tema de los derechos de los niños ha sido utilizado por algunos autores en batallas de mayores de edad, es decir, que se ha empleado como argumento para beneficio no de los propios niños, sino de otras preocupaciones de los adultos.[59] Niega también, en oposición a

[59] Lo que Campbell denomina *adultismo* (Campbell 1995, p. 3) se muestra, en mi opinión, por la forma en que los niños son frecuentemente utilizados para apoyar argumentaciones a favor o en contra de determinadas posturas, quizá porque constituyen ca-

Onora O'Neill, que los derechos sean incompatibles con el paternalismo, ya que —según argumenta— los intereses de las personas no siempre pueden ser alcanzados, dejando simplemente al titular en libertad de actuar de acuerdo con lo que considera le llevará a la consecución de éstos. Los derechos no pueden ser vistos como simple reflejo de obligaciones tal como pretende Onora O'Neill si el lenguaje de los derechos se considera como un lenguaje prioritario que identifica los intereses de las personas.

Según Campbell, los intereses del niño que fundamentan la existencia de derechos morales pueden clasificarse en cuatro categorías: los derechos que tiene como persona, que compartiría con todos los seres humanos;[60] los derechos que tiene como menor (*juvenile*), referido a los menores que se encuentran en la adolescencia y que han desarrollado ya algunas capacidades para realizar elecciones autónomas y al mismo tiempo tienen intereses específicos; los derechos como futuros adultos o *derechos del desarrollo*, que son instrumentales ya que su fin es servir a los intereses del futuro adulto y se distinguen porque no serían aplicables si se supiera que el niño nunca se convertirá en adulto;[61] y, finalmente, los derechos del niño como tal[62] (Campbell 1995, pp. 17-20).

sos límite en muchas situaciones y provocan fácilmente reacciones emotivas y tomas de postura. Un ejemplo claro de esto ha sido el manejo de los casos de menores de edad víctimas de violación, utilizadas para justificar posturas a favor o en contra del aborto, con una amplia (la mayoría de las veces hipócritamente velada) exposición a los medios, o los niños con posturas radicales a causa de haber crecido en un clima de guerra y enfrentamiento, que se usan para descalificar a una u otra parte. Parece que los niños provocan una sensibilidad especial que los hace ser utilizados con estos fines; sin embargo, en esta actitud queda claramente cuestionado el hecho de que sean realmente los intereses de los niños los que se están defendiendo a costa de violar su derecho a la intimidad y exponerlos de esa manera, por supuesto, siempre que se trate de niños pobres del tercer mundo.

60 Por ejemplo el derecho a la vida o a no ser torturado. Sin embargo, Campbell reconoce que muchos autores, especialmente los que defienden posturas voluntaristas, negarían que los niños son personas y por tanto negarían que son titulares de estos derechos.

61 Por ejemplo el derecho a cierto tipo de educación formal o al desarrollo de talentos y preparación a la vida responsable. Señala que este tipo de derechos es el que suele considerarse como característico de los niños, lo que refleja la visión predominante de la teoría del poder que pone el énfasis en el futuro elector autónomo (Campbell 1995, p. 20).

62 Según Campbell, los únicos ejemplos de este tipo de derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño son: el derecho a conocer y ser cuidado por sus padres (artículo 7o.), el derecho a no ser trasladado ilícitamente (artículo 11) y la obligación del Estado de proteger al niño contra abusos, violencia, etcétera (artículo 19).

En opinión de Campbell, la importancia que se atribuye a los niños es con mucha frecuencia únicamente en función de su futuro como adultos y la organización de las vidas de los niños orientada hacia este fin constituye una violación de sus derechos, pues además de que se deriva de una visión utilitaria que considera a los niños como el "material" para el futuro de la sociedad, ignora su dignidad presente. Aun cuando se sostenga que los intereses actuales se sacrifican en beneficio de los intereses futuros de esa misma persona, no se justifica subordinar al niño de hoy al adulto de mañana. Este análisis constituye una visión novedosa sobre los derechos de la infancia que puede ser de mucha ayuda en la reflexión sobre el tema; sin embargo, la clasificación entre los distintos tipos de derechos de los niños presenta desde mi punto de vista algunas dificultades, pues no resulta claro que se trate de diferentes tipos de intereses —como persona, futuro adulto, menor o niño—, además de que cada derecho involucra una serie de intereses —podríamos decir, en términos de Max-Neef, que los derechos pueden ser entendidos como garantía de acceso a satisfactores sinérgicos que responden a varias necesidades a la vez—. Por ejemplo, el derecho a cierto tipo de educación formal, que Campbell identifica como un derecho del niño como futuro adulto, no tiene únicamente como finalidad el preparar al menor para su integración social en la vida adulta, sino que va estimulando el desarrollo, permite al niño conocer y desenvolverse mejor en su entorno, al mismo tiempo que constituye un espacio fundamental de socialización, por mencionar sólo algunas de sus funciones. Por otra parte, es evidente que aun los derechos considerados como del niño en su situación presente tendrán repercusión en la vida adulta, pues las consecuencias de no haber conocido a sus padres, haber sido trasladado ilícitamente o haber sido víctima de malos tratos —que cita como ejemplos de derechos del niño como tal— se manifestarán de alguna manera durante la madurez.

La teoría de los derechos como pretensiones ha sido también utilizada como justificación de los derechos de los niños. Eekelaar (1995) sostiene que la idea de derechos debe asociarse con las demandas de las personas y no con lo que se cree que son sus intereses:

> Why should the idea of rights be associated with giving effect to people's claims and not with what are believed to be their interests, which could be ascertained by empirical observation or a priori conceptions of human na-

> ture?… For if it were sufficient for my having a right only that another had a duty to advance my interests, and it turned out that the other mistakenly assessed my interests, I would have had a right that my interests should be prejudiced (Eekelaar 1995, p. 226).

Eekelaar critica la teoría del interés, especialmente la que fundamenta que las obligaciones conllevan derechos, alegando que supone el riesgo de conducir a la paradójica situación de tener derecho a que los intereses del titular sean perjudicados si quien tiene la obligación hace un cálculo erróneo. Señala que normalmente no se espera a evaluar si alguna acción promovió los intereses de alguna persona para decidir si ésta tiene derechos. Por otra parte, generalmente se piensa que los individuos tienen derechos cuando eligen una acción independientemente de que esta opción eventualmente promueva sus intereses, lo que supone la posibilidad de rechazo, y para el autor esta oportunidad de elección y la formulación de los propios intereses es central para el reconocimiento de la importancia humana. Al hablar de los derechos considerados inalienables —por ejemplo a la vida, o al voto— señala que son aquellos que se asume que la gente, si estuviese suficientemente informada, elegiría tenerlos:

> But they are rights because they may be chosen. Choice implies the possibility of rejection. Individuals may, exceptionally, reject choice itself (by deciding according to lot, or delegation to another) but to do so in significant life events would substantially diminish the person as a human agent. Conversely, to grant people choice in such matters is central to recognition of their human worth. Hence, if I cannot formulate for myself what my interests are, but leave them to others to determine, have I not abdicated my humanity? (Eekelaar 1995, p. 227).

En resumen, continúa, los argumentos que expone buscan demostrar tres puntos: en primer lugar, que se puede trazar una distinción fundamental entre las acciones motivadas exclusivamente con el propósito de promover el bienestar del otro (lo que denomina '*welfarism*') y acciones para reconocer las demandas hechas por otros; en segundo lugar, que la idea de derechos está relacionada en cierto modo con la percepción de que la gente hace demandas; y, por último, que exigir que alguien actúe para promover mi bienestar tal como él lo define es en realidad no hacer una demanda. Sin embargo, los derechos no agotan el contenido de las

obligaciones, es decir, pueden existir obligaciones sin que existan derechos correspondientes.

El autor aplica esto a los niños, criticando la postura que asume que no hay conflicto entre los intereses entre el niño y quien tiene la obligación de procurar su bienestar, y dado que los derechos están relacionados con las demandas, destaca la importancia de escuchar a los niños para cualquier elaboración de sus derechos. Para responder a las objeciones del excesivo peso que podría tener la influencia paterna o la ignorancia en las opiniones de los niños propone utilizar el procedimiento del "juicio hipotético", que consiste en incorporar los supuestos de información completa y madurez en la toma de decisiones basadas en derechos; es decir, construir teóricamente las obligaciones que los niños querrían hacia ellos si estuviesen suficientemente informados —considerando las circunstancias de su propio contexto (género, etnicidad, etcétera)— y tuvieran un juicio maduro. Las decisiones sobre los niños deben promover el objetivo de madurez, que el autor entiende como la capacidad de confrontar la verdad y el ejercicio de la autodeterminación.

La respuesta a la pregunta acerca de las demandas de los niños es fundamentalmente empírica y debe estar constantemente sujeta a revisión, sobre lo que la gente quiere cuando es joven y cómo sienten más tarde que deberían haberse comportado con ellos cuando eran pequeños. Según el orden de Eekelaar, las demandas girarían en torno a tres tipos de intereses: "intereses básicos" (cuidado físico, emocional e intelectual), "intereses de desarrollo" (que su potencial debe desarrollarse para que entren a la adultez sin desventajas tanto como sea posible), y los "intereses de autonomía" (la libertad de elegir un estilo de vida propio). Los primeros tienen un estatus preeminente, mientras que los otros dos pueden razonablemente transigirse (Eekelaar 1995, p. 231). Concluye que la Convención es para toda la gente, ya que la niñez es sólo parte de un proceso de formación de los adultos de la siguiente generación: "Childhood is not an end in itself, but part of the process of forming the adults of the next generation. The Convention is for all people. It could influence their entire lives. If it aims can be realized, the Convention can truly be said to be laying the foundation of a better world" (Eekelaar 1995, p. 234).

La propuesta de Eekelaar pone de manifiesto la dificultad de encuadrar los derechos de los niños dentro de una teoría del reclamante, pues

es necesario recurrir a fórmulas complejas para suplir la incapacidad para realizar por sí mismos sus demandas. Esto es notorio en la propuesta del juicio hipotético como mecanismo para determinar las demandas de los menores, ya que resulta metodológicamente dudoso, pues las condiciones de información suficiente y madurez en el juicio como presupuestos para llevarlo a cabo distan mucho de tener un contenido concreto y fácilmente identificable. Además, el juicio de los adultos sobre cómo hubieran querido ser tratados como niños está necesariamente influido por el trato que efectivamente recibieron, el transcurso del tiempo, la propia percepción de la realidad, etcétera.

Por otra parte, resulta difícil creer que para un niño será posible librarse de toda influencia del punto de vista paterno en la expresión de sus opiniones, y como el mismo autor reconoce, al ser procedimental, el juicio hipotético puede no llevar a conclusiones claras, y en ese caso serán los adultos quienes tendrán que tomar la decisión por los niños. Finalmente, la clasificación de los intereses y sobre todo el carácter jerárquico que parece desprenderse de ésta, resulta francamente discutible, de acuerdo con las teorías de las necesidades humanas expuestas. Las necesidades del niño no pueden ser jerarquizadas: no puede sostenerse que tenga preeminencia el cuidado al desarrollo de las capacidades o la necesidad de autonomía.

Resulta, sin embargo, muy importante la relevancia que atribuye Eekelaar a escuchar el punto de vista de los niños y a tener sujeto a constante revisión empírica los intereses de los mismos. Esto no significa caer en un relativismo acerca de los intereses, sino buscar un equilibrio entre la necesaria protección y el desarrollo de la autonomía.

C. *El contenido de los intereses que justifican los derechos de los niños*

Como ya se ha visto, las teorías del interés se enfrentan al problema de objetivar el bien de los miembros de una clase para dotar de contenido a los derechos. En el caso de los niños, éste se vuelve un problema más complejo, pues mientras que tratándose de los adultos la mayoría de los derechos conlleva un poder de elección en su ejercicio, es decir, cada individuo puede decidir entre exigirlos o renunciar a ellos o, tratándose

de derechos irrenunciables e inalienables, como bien dice Hierro, son "en cuanto a su posible ejercicio renunciables día a día… puedo no ejercitarlo una sola vez en mi vida" (Hierro 1982, p. 47). Los derechos de los niños son en este sentido radicalmente distintos, pues se entienden no solamente como irrenunciables en su titularidad, sino también en su ejercicio, lo cual quiere decir que son obligatorios; en términos de Feinberg, son en su mayoría *mandatory rights*. De manera que tratándose de un adulto que juzgue que el contenido de algún derecho no constituye un interés, cuenta con el recurso de renunciar a él o por lo menos no ejercitarlo, mientras que el niño tiene un cumplimento forzoso de su derecho. Por otra parte, por su situación de desarrollo, se entiende que la realización del contenido de los derechos (de ahí su carácter obligatorio) es importante para cubrir los requerimientos de cada etapa. En consecuencia, desde mi punto de vista es claro que la determinación de los intereses reviste una importancia especial, pues además, la objetivación de los intereses de los adultos estaría a cargo de otros adultos, es decir, de miembros de la misma clase que presuponemos comparten los mismos intereses, mientras que en el caso de los niños no hay representación —por lo menos hasta ahora— de integrantes de la categoría infancia que pudiera colaborar en la elucidación de los intereses, pues presuponemos también que son incapaces de hacerlo —por lo menos los niños más pequeños, y en el caso de los mayores sólo se les permite la participación en asuntos que les afectan a ellos mismos, no en la elaboración de normas vinculantes—. De modo que parece imprescindible una teoría sólida que nos permita objetivar algunos de los bienes para los niños —y aparentemente la mayoría de las teorías que intentan justificar los derechos de los niños carecen de ésta—, pues no creo que sea algo que podemos obviar o acusar de evidente, como han hecho muchos autores. A este respecto, Freeman opina que los niños no son tan diferentes como pensamos y que la carga de la prueba cuando se quiere discriminar recae sobre quien quiere hacerlo, y hasta hoy no se ha cumplido con esto de manera muy convincente. Atribuye esta actitud a que es más fácil presuponer que las capacidades de los niños están ausentes que asumir sus elecciones.

No son muchos los especialistas que intentan dar una respuesta concreta a este cuestionamiento, pues la mayoría se limita a establecer criterios genéricos sin dotarlos de contenido, o a proponer métodos pero sin hacer una aplicación que lleve a propuestas específicas.

Campbell intenta hacer frente a esta situación mediante su clasificación de los derechos de los niños (en derechos como persona, futuro adulto, adolescente y niño) y critica el procedimiento de juicio retrospectivo, que consiste en elegir por el niño como lo hubiésemos hecho viendo hacia la propia niñez desde la postura adulta. Este método privilegia el punto de vista del adulto y es incapaz de hacer justicia a los intereses del niño tal como se manifiestan en la infancia, al ser adulto-céntrico. Otra de las dificultades presentes cuando se trata de derechos de los niños deriva de su pertenencia y dependencia de la familia, pues torna difícil trazar una frontera nítida entre los derechos de los niños y los derechos de los padres o cuidadores en su función como tales, además de que dificulta la implementación de medidas que tengan como fin atacar los problemas de la infancia. Coady (1995), por su parte, recurre al concepto de necesidades como justificación moral de los derechos para diferenciar entre intereses y deseos o preferencias, pues considera que tanto la propuesta de Onora O'Neill como la de Campbell son insatisfactorias, ya que la primera ignora la importancia de las experiencias durante la infancia y en consecuencia la satisfacción adecuada de las necesidades, y el segundo sugiere una noción de interés más cercana a la de deseos o preferencias. Opina que al conceder demasiado peso a los intereses de los niños como tales, en oposición a sus preocupaciones como adultos o adolescentes, Campbell corre el riesgo de traducir los deseos al lenguaje de los derechos. Le parece poco realista ignorar las limitaciones en las perspectivas y percepciones de la infancia y concluye que parece que los niños necesitan lo mismo que los adultos, pero en más cantidad:

> What young children need, as the Convention on the Rights of the Child makes plain, is roughly what adults need only perhaps more of it. They need rather more in the way of food, affection, protection from exploitation and so on. They need to play, but so do adults (though the forms of play will sometimes differ); they need education, but so of course do adults (Coady 1995, p. 51).

Para Freeman, la pregunta crucial para determinar los intereses de los niños es: "¿de qué tipo de acción o conducta desearíamos como niños ser protegidos, bajo el supuesto de que queremos madurar a una adultez racional y autónoma y ser capaces de decidir bajo nuestro propio sistema

de fines como seres libres y racionales?" (Freeman 1995, p. 68). La respuesta sería la elección de principios que capacitan a los niños para llegar a una madurez independiente y lo irrazonable lo que frustra esa meta, y dentro de esos límites sería aceptable una versión de paternalismo. Las restricciones aceptables serían las derivadas del consentimiento orientado hacia el futuro, que consiste en suponer lo que se hubiera deseado en el caso de una deliberación ideal, es decir, de una decisión con la información de los hechos relevantes, con claridad de pensamiento y libre de influencias distorsionadoras. Admite que es una tarea difícil, pero que vale la pena el esfuerzo por esclarecerlo.

La propuesta de Eekelaar, aunque difiere en cuanto a la justificación de los derechos, es muy similar a la de Freeman en lo que respecta a la especificación del contenido de los derechos. Como ya se ha mencionado, propone el "juicio hipotético" para determinar los derechos de los niños, dado que desde su perspectiva los derechos deben entenderse como pretensiones, pues el concepto de interés no funciona como fundamento de los derechos por dejar la determinación de los intereses en manos de un tercero. Para ello subraya la importancia de escuchar a los niños, lo que supone la creación de espacios en los que puedan expresarse. Para determinar entonces los derechos de los niños no bastará con afirmar que una acción será en bien del niño, sino que es necesario cuestionar si ésta sería lo que verosímilmente querría, considerando cuidadosamente las circunstancias individuales del niño.

Lowy (1995) objeta esta propuesta de Freeman —y es aplicable también a la de Eekelaar—, pues los valores que se inculquen por medio de las intervenciones paternalistas se convertirán en las razones para la intervención futura, de manera que resulta muy dudoso sostener el consentimiento hipotético que sugiere. Propone otorgar un derecho a perseguir "proyectos apropiados" a las circunstancias presentes de los niños que está ya reconocido en la Convención, por ejemplo en el derecho de asociación. En el caso de los niños pequeños esto podría traducirse en el derecho a elegir a sus compañeros favoritos. Subraya la idea de que la racionalidad infantil es distinta a la adulta y que las desviaciones de los criterios adultos no significan necesariamente que se vaya a producir un daño y que, en consecuencia, haya que tomar medidas protectoras, aunque es necesario considerar la incapacidad de los niños de tener una visión de largo plazo (Lowy 1995, pp. 74 y 75).

Un criterio distinto que parte de una teoría consecuencialista restrictiva[63] de los derechos de los niños en la que la función de los derechos es la protección de sus intereses y la meta la maximización del bienestar, es el bien de "no-traición" (*non betrayal*) propuesto por Parker (1995), que sirve como criterio mínimo a cuyos valores deben vincularse los resultados de bienestar perseguidos por los derechos institucionales. Este bien de no traición es el que una comunidad disfruta cuando cree que las oportunidades de vida de sus miembros no han sido afectadas por las decisiones de los adultos. Para ejemplificarlo cita el caso de la ley australiana que regula el sostenimiento económico del niño en caso de separación de los padres, que busca reducir las consecuencias adversas de las elecciones de los adultos a través de un derecho del niño a un nivel de vida comparable al de otros niños con familias biparentales de similares ingresos.

El problema de las tesis que utilizan como procedimiento para determinar los intereses de los niños la suposición de las elecciones de éstos si se encontrasen en escenarios ideales (información, madurez, racionalidad, etcétera) es que, tal como se ha mencionado, el concepto de madurez dista mucho de ser claro y preciso y la concepción de la adultez conlleva una fuerte carga de códigos culturales que determinan en lo que debe convertirse una persona al alcanzar la mayoría de edad. Aunque se define la madurez como la capacidad de confrontar la verdad y el ejercicio de la autodeterminación, se ha visto que esto depende en buena medida de lo que sea necesario en cada contexto social, y prueba de ello es la prolongación de la etapa adolescente en las sociedades industrializadas. Aceptar como tal esta tesis nos llevaría a cuestionar la deseabilidad de extender la educación obligatoria, pues ella alarga la dependencia y retrasa la autonomía. De modo que no queda muy claro desde mi punto de vista que sea una tarea sencilla la especificación de los derechos con base en la promoción de la madurez. El método de interpretar lo que verosímilmente querría el niño tiene también sus problemas, pues cualquier proceso de decisión humana, aun contando con toda la información relevante del caso, puede no ser tarea fácil. Por otra parte, este mecanismo

63 Aclara que su teoría es consecuencialista restrictiva, dado que comúnmente se supone que los consecuencialistas no pueden tomar los derechos en serio, pero sostiene que en una forma restrictiva del consecuencialismo, distinta del utilitarismo, sí hay lugar para los derechos (Parker 1995, p. 154).

entraña en sí mismo una visión valorativa de las elecciones tomadas en nombre del niño, es decir, un concepto de lo que es bueno para cada niño. En mi opinión esto no se encuentra muy alejado del concepto de interés entendido como necesidad para su objetivización, aunque sí conlleva algunos riesgos de interpretación.

Desde mi punto de vista los intereses tanto de los niños como de los adultos pueden ser objetivados a partir del concepto de necesidad. Este criterio tiene la ventaja de que puede dar lugar a una concepción normativa de la persona moral basada en una apreciación intersubjetiva de la realidad que parte del valor de la vida y realización humanas, y que no requiere de métodos que planteen condiciones ideales en los cuales el individuo podría decidir el contenido de sus intereses, sino que se deriva de un enfoque interdisciplinario en el que, de acuerdo con las características de cada una de las etapas de la infancia, se determinan las necesidades. Estos intereses serían los que darían lugar a los derechos obligatorios, pues la satisfacción de las necesidades, sobre todo en el caso de los niños, no admite discrecionalidad o elección en el ejercicio. Esta noción de los intereses permite situar la libertad de elección como una de las necesidades del adulto y, en consecuencia, también como un tipo de derechos.

Por otra parte, a partir de la clasificación de las necesidades de los niños, la autonomía se considera como uno de los intereses durante la etapa infantil. El ser humano requiere desde los primeros meses de vida ir ejerciendo su libertad, de modo que la autonomía se convierte en un fin y en un medio, pues a medida que se va ejerciendo se va consolidando y aumentando. La teoría de las necesidades expuesta permite dotar de un contenido concreto a los intereses en cada una de las etapas de desarrollo para dar lugar a unos derechos acordes con el crecimiento. Además, permite superar el relativismo que supone asumir un juicio retrospectivo, pues se parte de que las necesidades humanas son compartidas por todos los hombres, independientemente del concepto de adulto o madurez que se tenga en su contexto social, y al mismo tiempo se toman en consideración las variantes culturales al realizar la distinción entre necesidades y satisfactores.

Por otra parte, el estudio interdisciplinario nos permite también poner en tela de juicio la concepción de la infancia que subyace a las dos posturas teóricas expuestas, pues, según se ha visto, el niño tiene en muchas

ocasiones más autonomía de la que se le reconoce. A pesar de que tanto la teoría de la voluntad como la del interés parecen contener la premisa del niño como incapaz, desde una posición voluntarista resulta más problemático sustentar los derechos de los niños, pues la línea trazada por la voluntad parece tajante. Por el contrario, las teorías no voluntaristas parecen más flexibles para ir admitiendo la evolución en la capacidad decisoria de los niños, así como una concepción de la infancia con mayor autonomía. Esto quiere decir que desde la teoría del interés fundada en necesidades es posible sostener que una de las necesidades de los niños es la autonomía —como se ha expuesto—, de modo que de acuerdo con el desarrollo y la evolución de este interés puede ir cambiando la manera en que los derechos reconocen y protegen este interés. No es un asunto de todo o nada, como parecería exigir una teoría de la voluntad, pues no hace falta agencia moral ni total autonomía para poder ser titular de derechos, necesarios a su vez para el desarrollo de la autonomía.

En consecuencia, la teoría del interés parece constituir una mejor explicación de los derechos, no sólo porque permite sostener la existencia de derechos de los niños, sino porque parece ajustarse mejor a la manera en que se entiende la importancia de garantizar el acceso a los satisfactores de las necesidades del hombre, ente las cuales se encuentra no sólo la necesidad del adulto de ser un hombre libre, sino la del niño de tener asegurado un cierto grado de autonomía que le permita ir conquistando grados cada vez mayores. Ciertamente, es una noción de derecho subjetivo más compleja que la de la teoría de la voluntad, pero me parece que es más consistente con el lenguaje jurídico en uso y con el que pretendemos que se utilice quienes sostenemos la calidad de personas de los menores de edad. Así como ha evolucionado la sociedad en la consideración del niño como hombre incompleto o adulto en miniatura hacia una visión como ser con capacidades distintas a las del adulto y estructuras físicas, biológicas y psicológicas propias, el derecho debe transformarse también y romper los viejos esquemas y concepciones tradicionales para incluir a la categoría infancia, tal como ha cambiado, para comprender a otros colectivos como las mujeres o las minorías étnicas, sin que esto signifique perder sus rasgos distintivos, sino, por el contrario, afianzando la función que actualmente desempeñan como elementos íntimamente vinculados con la noción de ser humano.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO CUARTO
EL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS 257

I. El concepto de derechos humanos 259

Los derechos humanos como derechos subjetivos morales . . 267

A. Los derechos humanos como derechos subjetivos 267

B. El carácter moral de los derechos humanos 270

C. Los derechos subjetivos morales que son derechos humanos 274

II. Los principios normativos y la personalidad moral: el constructivismo ético 280

1. El principio de autonomía de la persona 285

2. El principio de igualdad de la persona 301

3. El principio de dignidad de la persona 314

4. El concepto de persona moral 321

III. Las características formales que se atribuyen a los derechos humanos 324

1. Los derechos humanos como derechos absolutos 325

2. Los derechos humanos como derechos inalienables 328

3. Los derechos humanos como derechos universales 330

IV. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos de los niños 333

V. Los modelos de intervención estatal en relación con los derechos del niño 342

1. Liberacionismo 343

2. Perfeccionismo moral-jurídico 355

3. Paternalismo jurídico 360

A. El niño como "incompetente básico" y las partes en el conflicto: niño, padres y Estado 370
B. Los "derechos obligatorios" 378

VI. Los intereses fundados en las necesidades de los niños y adolescentes como justificación y límite de las intervenciones paternalistas 383

Capítulo cuarto

EL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Parece ser que nos encontramos actualmente ante una paradoja en el lenguaje de los derechos humanos, derivada tal vez del proceso de expansión de los mismos, tanto en número como en titularidad. Por una parte, cada vez es más sencillo hablar de ellos, en el sentido de que se han incorporado de tal manera al lenguaje común que la expresión es utilizada en casi cualquier contexto y ante múltiples circunstancias con una fuerte carga emotiva; esta situación, sin embargo, se ha traducido en que hablar de derechos humanos resulta cada vez más complejo, pues además de que la expresión ha perdido su carácter estrictamente técnico, por lo que su significado se va diluyendo y ampliando, perdiendo precisión y tornándose ambiguo y vago, dentro de la literatura especializada tampoco hay acuerdo respecto de un sentido unívoco de la acepción. Como bien apunta Hierro, el desarrollo de esta retórica ha ido más deprisa que la elaboración teórica, de manera que debido a que se percibe que el vocablo *derecho humano* indica una exigencia con importancia moral particularmente fuerte, la formulación de deseos, satisfacción de necesidades o protección de intereses se realiza en términos de derechos, pareciendo que de esta manera se exime a quien los formula de demostrar su exigibilidad. En palabras de Hierro: "Se produce una especie de ecuación semántica: es mi «derecho», luego debe ser respetado o satisfecho" (Hierro 2000b, p. 352).

Los peligros de esta tendencia retórica han sido señalados por diversos autores, llegando a afirmar incluso que ésta se encuentra "fuera de control", pues los asuntos públicos rutinariamente se expresan en el lenguaje de los derechos, tanto dentro de los Estados como en el ámbito internacional (Sumner 1990, p. 1). Sumner equipara este fenómeno a la inflación económica, pues al igual que ésta disminuye el valor del dinero, el incremento en la retórica de los derechos amenaza con minar el po-

der argumentativo de los mismos. Este grupo de especialistas se opone al aumento en el catálogo de los derechos humanos, pues sostienen que esto es incompatible con su valor como exigencias. En este sentido, Laporta hace alusión a la aparición de nuevas "generaciones" que incluyen derechos con contenido social y económico, así como situaciones relacionadas con el medio ambiente o las nuevas tecnologías: "Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente" (Laporta 1987, p. 23).

La postura opuesta es, evidentemente, la que tiende a extender el inventario de derechos, bajo el supuesto de que los bienes fundamentales estarán mejor protegidos si existe una amplia red de derechos humanos específicos que correspondan a cada uno de ellos. Otros autores, sin embargo, mantienen una postura intermedia, pues niegan que la respuesta sea la restricción en el catálogo de derechos, señalando que no existe relación entre la cantidad y su valor. Para Hierro (2000, p. 354) la percepción de Laporta deriva de la falacia de confundir valor y precio derivada de la ciencia económica, que atribuye un valor a las cosas directamente proporcional a su escasez. Pero tampoco justifican el aumento en el número de derechos por el simple hecho de que parecen constituir un buen medio para proteger los intereses de los individuos. En otras palabras, esta postura sostiene que es necesario huir de los prejuicios cuantitativos respecto de los derechos humanos al emprender la tarea de trazar una delimitación conceptual y de fundamentación de los mismos.

El desarrollo de los derechos de los niños parece formar parte de este fenómeno de expansión de los derechos humanos, en concreto de lo que algunos autores han llamado el proceso de "especificación" de los derechos. Los derechos del niño, así como los de otros grupos minoritarios, surgieron de la evolución histórica de los derechos humanos e intentan responder a las características específicas de este grupo, instrumentando una protección especial en atención a la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de la minoría de edad. Por tanto, es lógico suponer que quienes abogan por un catálogo restringido de derechos humanos se resistan también a considerar como tales a esta nueva categoría surgida como concreción de los derechos en general. Una vez más es necesario distinguir —al igual que sucede con las teorías del inte-

rés y de la voluntad— que no se niega que los niños deban tener una protección especial; sin embargo, se pone en duda si esto debe hacerse incorporando nuevos derechos humanos sólo aplicables a ellos, ya que se presupone que los derechos humanos son aplicables a todos los hombres independientemente de la edad que tengan. Más adelante veremos si es que realmente puede sostenerse esta afirmación, pues la minoría de edad plantea varios problemas en relación con el ejercicio de ciertos derechos y en mi opinión requiere de una fundamentación independiente. Por otra parte, nos enfrentamos a la cuestión de la titularidad de los derechos humanos directamente relacionada con la personalidad moral, y que como se planteará en las siguientes páginas no resulta un tema sencillo.

De manera que, tal como dice Sumner, es necesario plantear lo que denomina "criterio de autenticidad" que incluya un componente tanto conceptual como sustantivo, es decir, resolver el problema de la delimitación conceptual y el de la fundamentación, aunque —como se ha dicho ya— sin partir de un prejuicio cuantitativo respecto de la nómina de los derechos, así como de sus titulares, en ninguno de los dos sentidos; es decir, suponer que por ser menos tendrán más valor o afirmar que entre mayor sea el número tendrán mayor fuerza como exigencia. Es por ello necesario plantear un concepto de derechos humanos normativo que permita definir los alcances del término y, en el caso de los niños, que proporcione los elementos necesarios para determinar si éstos pueden ser titulares de los mismos, y si estamos hablando de este tipo de derechos cuando nos referimos a los derechos derivados del proceso de especificación y que son únicamente aplicables a los menores de edad. Para este fin es necesario delimitar también lo que es una persona moral, en el entendido de que es ésta la titular de los derechos morales, y si es posible llegar a un concepto que permita la inclusión de los niños en esta categoría como respuesta a la intuición moral a favor de sus derechos.

I. El concepto de derechos humanos

Son muchos los especialistas que han intentado realizar una delimitación conceptual del término derechos humanos, lo que ha dado lugar a una gran cantidad de propuestas teóricas acerca de qué se entiende con esta expresión y cuál es el fundamento que distingue a esta clase especial

de derechos. Desde mi punto de vista, podemos agrupar en tres grandes líneas las explicaciones sobre los derechos humanos, aunque evidentemente cada una presenta múltiples variantes:

1) En primer lugar podemos identificar una tendencia que sostiene que no existen más derechos que los establecidos por un ordenamiento jurídico y niega la posibilidad de encontrar un fundamento común a los derechos humanos. Un buen ejemplo de esta postura lo constituye el pensamiento de Bobbio, quien sostiene que el fundamento absoluto de los derechos humanos —entendidos no como derechos positivos sino como derechos racionales— es una ilusión debido a cuatro razones:

   a) En primer lugar, la expresión es muy vaga y el fundamento de los derechos es una llamada a los valores últimos que, a su juicio, no pueden ser justificados, sino que deben ser asumidos precisamente porque son últimos.
   b) En segundo lugar, la variabilidad histórica de la clase derechos humanos muestra que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza, sino que son relativos al momento y contexto históricos.
   c) La clase de los llamados derechos humanos es también heterogénea y en muchas ocasiones se trata de pretensiones incompatibles entre sí, de modo que no se debe hablar de fundamento sino de fundamentos, ya que algunos derechos se ven restringidos por otros.
   d) No puede hablarse de fundamento absoluto, ya que las generaciones de derechos son antinómicas entre sí, es decir, un tipo de derechos no puede realizarse sin menoscabo de otra clase de derechos. Por ejemplo, los primeros derechos que consisten en "libertades" requieren únicamente obligaciones negativas (abstenciones), mientras que los segundos que son "poderes" precisan necesariamente de acciones positivas y por tanto su desarrollo no puede realizarse paralelamente, pues cuanto más aumentan los primeros más disminuyen los segundos, y viceversa. De modo que dos derechos fundamentales antinómicos no pueden tener un fundamento absoluto (Bobbio 1991, pp. 53-61).

Finalmente, Bobbio cuestiona seriamente la utilidad de encontrar esta justificación común, pues en su opinión éste ha quedado resuelto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de modo que el problema actual de los derechos humanos no es su justificación sino su protección: "…hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948" (Bobbio 1991, p. 64).

2) La segunda línea de pensamiento acepta la existencia de un fundamento moral común a los derechos humanos; sin embargo, es requisito esencial para ser considerados como tales su pertenencia a un ordenamiento jurídico positivo. Esta línea de argumentación subraya la eficacia de los derechos, pues de otra manera no pasan de ser simples pretensiones o razones que justifican su reconocimiento jurídico; en otras palabras, únicamente la incorporación a una norma positiva otorga a las pretensiones o razones el estatus de derechos.

Martin, por ejemplo, caracteriza los derechos individuales como formas establecidas de actuar o de ser tratado que entrañan orientaciones normativas de las conductas de otros; es decir, forma parte esencial del concepto no sólo el reconocimiento de los derechos, sino las prácticas de promoción y mantenimiento de los mismos. Cuestiona los derechos humanos como pretensiones moralmente válidas, ya que al derivar de principios morales críticos y concluir en derechos y deberes, excluyen estos elementos —reconocimiento, promoción y mantenimiento— como constitutivos de lo que es un derecho. Para Martin es condición necesaria para la existencia de un deber de una persona hacia otra que éste se encuentre disponible reflexivamente, lo que para el autor significa que pueda surgir del contexto y ser coherente con el conjunto global de creencias morales y otras creencias importantes para las personas, de tal manera que la exclusión del reconocimiento como elemento esencial de los derechos humanos como pretensiones válidas implicaría la obligación de respetar una pretensión aun cuando ésta no se conociera, ya que se asume que la pretensión no necesita haber sido satisfecha ni el deber requiere haber sido reconocido. Pero además del reconocimiento, los derechos humanos requieren prácticas de

promoción y mantenimiento para que funcionen como derechos: "…la diferencia absoluta entre las pretensiones moralmente válidas y los derechos humanos es que los derechos incluyen esas prácticas dentro de su concepto, y las pretensiones no" (Martin 2001, p. 110).

En el mismo sentido, respecto de la necesidad de su transformación en una norma positiva, Peces-Barba (1995) sostiene que el fundamento de los derechos es moral, pero que deben pertenecer a un ordenamiento jurídico para ser eficaces y cumplir con la función que justifica su existencia. Los derechos que él denomina fundamentales constituyen un subsistema dentro del sistema jurídico:[1] "Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica" (Peces-Barba 1995, p. 104).

3) Por último, podemos agrupar a quienes sostienen que los derechos humanos son derechos morales, y que precisamente por ser anteriores al Estado tienen como una de sus funciones ser un elemento de legitimidad del mismo. La base de la cual derivan estos derechos ha dado lugar también a dos posturas: cognoscitivistas y no cognoscitivistas. La primera está representada por la tradición iusnaturalista y presupone que la justificación de los derechos se encuentra en una propiedad natural de los seres humanos que es posible conocer. Por el contrario, la línea no cognoscitivista no presupone la existencia de características inherentes a la naturaleza humana, sino que busca construir un concepto normativo derivado de ciertos principios racionales que sirva como fundamento de los derechos humanos y a partir del cual deriva también la descripción de los titulares de los mismos. En esta segunda tendencia se inscribe el constructivismo moral o ético, desarrollado por Dworkin (1987), Nino (1989), MacCormick (1990), Ruiz Miguel (1990), Vázquez (1999) y Hierro (2000), entre otros, y que desde mi opinión es la única que hace posible sostener un concepto y función significativos de los derechos humanos, como se intentará mostrar a lo largo del presente ca-

[1] Peces-Barba (1995, p. 110) niega que los derechos que no pueden ser incorporados al ordenamiento sean derechos fundamentales, por ejemplo el derecho al trabajo y la desobediencia civil, ya que son imposibles de juridificación.

pítulo. Esta concepción teórica posibilita también desde mi punto de vista construir un fundamento que permita afirmar la existencia de derechos de los niños, aunque con ligeras variantes respecto de los principios concebidos tradicionalmente.

La visión de los derechos humanos vinculada necesariamente a su transformación en una regla de derecho positivo parece ser incompatible con su propio carácter de protectores de los bienes fundamentales para la existencia humana, pues supone sujetarlos al arbitrio de las disposiciones del sistema político.[2] De modo que las dos primeras posturas parecen, desde mi punto de vista, inadecuadas para reflejar la importancia del lenguaje de los derechos humanos de acuerdo con las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la apelación a los valores últimos a los que hace referencia Bobbio no es, como parece suponer el autor, una llamada a elementos metafísicos indemostrables, y su justificación se encuentra precisamente en la adhesión al discurso moral que expone los principios de los cuales, según el constructivismo moral, derivan los derechos humanos. En otras palabras, los valores que sustentan los derechos humanos son asequibles racionalmente y tienen un carácter normativo, de manera que resulta falso que deban asumirse sin condiciones precisamente porque son últimos. La fundamentación de los derechos resulta entonces principalmente procedimental,[3] como bien apunta Hierro: "Alternativamente,

[2] Como han afirmado muchos autores, si se acepta como elemento esencial al concepto de derechos humanos su inclusión en un ordenamiento jurídico positivo, no podría decirse que un régimen totalitario o una dictadura viola derechos humanos si éstos no se encuentran reconocidos por el derecho del Estado. Laporta lo ejemplifica gráficamente: "Y, entonces, a la pregunta ingenua ¿viola el régimen de Pinochet los derechos humanos?, tenemos que contestar: no, porque los chilenos *no tienen* derechos humanos (o no tienen ciertos derechos humanos). ¿Violaba el régimen de Franco los derechos humanos? No, porque hasta 1978 los españoles no tuvieron derechos humanos" (Laporta 1987, p. 74). El mismo Peces-Barba, que niega que puedan desvincularse los derechos fundamentales de su positivación, señala: "Así, cuando se dice en el contexto político de una dictadura que tenemos derecho a reunirnos, o de otra forma, que la reunión y la asociación son un derecho humano, aunque el sistema jurídico de esa dictadura no incorpore como norma positiva un derecho subjetivo o una libertad a reunirse o asociarse" (Peces-Barba 1995, p. 23).

[3] Hierro identifica dos líneas de argumentación que sostienen una justificación de los derechos en la que la cuestión central es procedimental: contractualismo y constructi-

la cuestión procedimental parece convertirse entonces en la cuestión central, es decir, la única posibilidad de reconstruir una fundamentación racional de lo que es bueno o justo porque se deriva de un procedimiento racionalmente correcto de evaluación y decisión" (Hierro 2000b, p. 360).

Este argumento responde también a la objeción de la disponibilidad reflexiva a la que alude Martin, ya que, desde mi punto de vista, si los principios son razonables y racionalmente accesibles, cualquier ser humano puede llegar a ellos y en consecuencia son válidos los derechos y obligaciones derivados de los mismos.

Por otra parte, del texto de Bobbio parece desprenderse una vinculación entre el fundamento común y la caracterización de los derechos como absolutos, aunque opino que esta relación no es necesaria. Efectivamente, los derechos no son absolutos, pues —como ha sostenido Feinberg— si así fuera sería lógicamente imposible un conflicto de derechos, y evidentemente es cierto que los derechos se ven enfrentados entre sí, lo que requiere elegir cuál debe prevalecer aun a costa del sacrificio del otro o de los otros. Sin embargo, se recurre precisamente a razones morales para explicar este tipo de decisiones y generalmente se hace sobre la base de una coherencia con la justificación común; es decir, se alega que un determinado derecho debe predominar, ya que éste es más congruente con una concepción de los derechos humanos en su conjunto. Lo mismo es aplicable para el argumento de la variación histórica, pues ésta no explica tampoco la imposibilidad de un fundamento común, ya que desde la perspectiva del constructivismo moral esto no es incompatible con la aceptación del proceso de evolución que ha llevado al reconocimiento de los derechos. La descalificación basada en la historicidad llevaría a cuestionar la validez misma de los conceptos modernos de Estado o de niño, pues éstos también aparecieron en una época concreta.

Ahora, si lo que niega Bobbio es una oposición a la línea cognoscitivista en el sentido de que ese fundamento deriva de ciertas propiedades naturales, estoy de acuerdo con él, pero ello no constituye un obstáculo para construir un fundamento moral.

El argumento que sostiene que cada derecho tiene un fundamento distinto tampoco parece excluir la posibilidad de encontrar un fundamento

vismo: "En esta alternativa se situarían las fundamentaciones contractualistas y constructivistas de raíz kantiana" (Hierro 2000b, p. 360).

común a los derechos humanos, pues aunque efectivamente cada derecho o tipo de derechos tienen una justificación particular en la medida en que protegen bienes concretos, ésta deriva de la combinación de los principios normativos, pues ese es precisamente el requisito para ser considerado como un derecho de esta clase. En otras palabras, negar el fundamento común a los derechos humanos fuera del ordenamiento positivo implica negar su existencia, pues lo que los caracteriza como tales es precisamente esta justificación común, derivada —como se expondrá a continuación— de los principios de autonomía, igualdad y dignidad. No sólo esto, sino que intentaré explicar también que los derechos de los niños comparten esta base y por tanto son derechos humanos.

Precisamente porque es posible construir un fundamento moral común —como se intentará argumentar a lo largo del presente capítulo— los derechos han ido evolucionando en lo que se ha identificado como las generaciones de derechos, ya que las nuevas normas responden a un desarrollo más amplio. Otra cosa es determinar si todas las nuevas generaciones pueden ser consideradas como derechos humanos, pero desde mi punto de vista ese es otro nivel de discusión que sólo será posible precisamente desde la idea de la conceptuación normativa que se propone, pues ésta constituye el elemento que permite identificar qué derechos pertenecen a esta clase.

Por otra parte, la apreciación de Bobbio respecto de que la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos ha quedado zanjada con la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es equivocada, por lo menos en lo que respecta a los niños. En primer término, creo que ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo que respecto de la aplicación del lenguaje de los derechos a los niños no existe un acuerdo generalizado, de modo que es necesario trabajar en la elaboración de una teoría que permita incluirlos. Por otra parte, aun cuando no estuviese en duda la titularidad de los derechos humanos durante la minoría de edad, algunos de los derechos consagrados en la Declaración no son aplicables a los niños, de modo que se vuelve ineludible buscar, más allá del texto de este instrumento, un fundamento común que permita sostener las causas de esta exclusión desde esta misma teoría.

Tampoco podemos obviar el tema de que no existe aún acuerdo generalizado acerca de que realmente todos los derechos de la Declaración sean derechos humanos, pues como se dijo en la primera parte de este

capítulo, existen serias oposiciones a la consideración de los derechos sociales y económicos como miembros de esta categoría, esto sin hablar de las distintas interpretaciones o de los problemas de aplicación de este instrumento. Como señala Nino, el reconocimiento positivo de los derechos humanos no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para definir su alcance y su ausencia no modifica la ilegitimidad de las normas y decisiones que los desconocen.

Finalmente, antes de pasar a la caracterización de los derechos humanos desde el constructivismo ético, es necesario hacer una breve referencia a los problemas relacionados con esta denominación. Como bien señala Peces-Barba, la expresión derechos humanos es la más generalizada para aludir a ciertas pretensiones morales fuertes relacionadas con lo necesario para el desarrollo de una vida digna; sin embargo, varios son los autores que se oponen a su utilización —entre ellos el mismo Peces-Barba—. Alega este autor que el término "derechos humanos" no es la expresión adecuada por ser ambiguo y expresar dos ideas contrarias: una pretensión moral y un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, que se han reflejado en el enfrentamiento entre el punto de vista iusnaturalista y el positivista. Esta situación dificulta "poder elaborar una reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos" (Peces-Barba 1995, p. 24). Peces-Barba se inclina por la utilización de la expresión "derechos fundamentales" por considerarla más precisa y que refleja la doble dimensión moral y positiva de este tipo de derechos.

Por la misma razón por la que Peces-Barba elige el término derechos fundamentales, es por la que en mi opinión parece adecuada la expresión derechos humanos, ya que se acerca más a la idea de éstos como exigencias morales fuertes no sujetas al reconocimiento como normas de derecho positivo. La importancia de los derechos humanos y de su función legitimadora se refleja en el propio uso de la expresión en el lenguaje común, pues su utilización responde a una percepción que podríamos calificar de generalizada, de que constituye "algo" importante para las personas y ello parece acorde con su objetivo. De tal manera que me parece importante hacer una delimitación conceptual que permita definir los contenidos y límites del término, pero conservando esta intuición de constituir exigencias morales y que no es otra cosa que un reflejo de su importancia y toma de conciencia de su papel como elemento indispensable de los Estados democráticos, vinculado también a otros valores como la libertad, la igualdad, la dignidad, la solidaridad, etcétera.

La solución a la vaguedad de la expresión que pone de manifiesto Bobbio —y con ello respondo a la primera observación del autor— no es, como pretende, renunciar a la construcción de un fundamento común, sino realizar una tarea de delimitación conceptual que sea a la vez, como dice Nino, descriptiva y estipulativa, es decir, que constituya un acuerdo sobre lo que debe significar la expresión, pero basada en los elementos que se reflejan en el uso de la misma. Esta labor debe llevarse a cabo, según Nino, comenzando por una caracterización provisoria con rasgos que se suponen teóricamente relevantes *a priori* para ir perfilando el concepto, incorporando, de ser necesario, propiedades teóricamente importantes o excluyendo las que no son significativas (Nino 1989, p. 13).

Los derechos humanos como derechos subjetivos morales

A. *Los derechos humanos como derechos subjetivos*

El primer atributo de la caracterización de derechos humanos que se pretende sostener es que éstos pertenecen a la clase "derechos subjetivos". Esta afirmación tiene una gran importancia, pues significa reconocer su carácter de derechos, en contra de las opiniones que han pretendido reducirlos a principios, criterios o pretensiones ideales (Hierro 2000b, pp. 355 y 356). De acuerdo con la construcción teórica del capítulo precedente, esto quiere decir que se trata de pretensiones, libertades, potestades o inmunidades, frente a los cuales existen obligaciones, no pretensiones, sujeciones o incompetencias, respectivamente, tanto de los demás individuos como del Estado, que tienen su origen en los intereses de las personas. Este tipo de derechos subjetivos está vinculado también a una pretensión especial frente al Estado para que éste garantice estas posiciones, de la cual deriva su función legitimadora de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos.

Ruiz Miguel distingue dos causas que explican la negativa a considerar los derechos humanos como derechos, aunque aclara que a menudo éstas aparecen juntas: la primera de ellas es más bien de carácter formal y deriva de una identificación entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo; según esta postura, existe un vínculo entre la idea de tener un derecho con la posibilidad de su cumplimiento coactivo, es decir, que para tener un derecho forzosamente debe existir un poder para hacerlo efecti-

vo, especialmente por medio de su reclamación ante los tribunales. La segunda causa, referida sobre todo a algunos aspectos de contenido, supedita la existencia del derecho a su reconocimiento convencional, no necesariamente dentro de un sistema jurídico positivo, aunque sí dentro de un sistema de normas socialmente vigentes (Ruiz Miguel 1990, p. 156).

La utilización del término "derecho" refleja la fuerza de estas exigencias éticas como posiciones jurídicas del titular con un deber análogo, y tal como apunta Ruiz Miguel, el calificativo "moral" permite distinguir los rasgos que le son característicos y que lo distinguen de un derecho jurídico, sin perder su carácter de correlatos de obligaciones morales y su pertenencia a un sistema normativo. La utilización del término *derechos* para referirnos a los derechos morales no implica entonces la confusión entre ambos conjuntos de normas ni implica la pérdida de precisión del concepto. Por otra parte, tal como han argumentado muchos autores, la reducción de los derechos a las normas de derecho positivo resta fuerza a las demandas morales legítimas cuando éstas no se encuentran incorporadas a un sistema jurídico. Para Ruiz Miguel esto puede ser causa de confusión entre la fuerza prescriptiva de una proposición y la eficacia de la misma, y los derechos humanos no pueden estar sujetos a su eficacia, sino a su fuerza moral:

> De modo paralelo, el valor y la fuerza de los derechos humanos no depende de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral. Si esa justificación e intensidad son fuertes, hasta el punto de dar lugar a obligaciones morales correlativas, los derechos humanos son justamente derechos *morales*, es decir, merecen un contenido que podría resultar infravalorado por la sobrevaloración de lo jurídico, implícita en las versiones del positivismo jurídico que he considerado (Ruiz Miguel 1990, p. 158).

El segundo motivo de oposición niega la existencia de normas fuera de los ordenamientos positivos, por lo que hace depender la posesión de un derecho del reconocimiento por parte de una regla socialmente vigente: la argumentación de esta postura sostiene que las reglas ajenas a un ordenamiento adolecen de inconcreción, indeterminabilidad y arbitrariedad, por lo que no pueden ser consideradas como derechos, de modo que los derechos morales sin vigencia social se reducen a criterios, principios o paradigmas, demandas inespecíficas con una exigibilidad débil. Señala Ruiz Miguel que esta aproximación crítica se dirige contra dos rasgos

polémicos de los derechos humanos: su exigibilidad, ya que no permiten justificar obligaciones correlativas, y su carácter individualista:

> ...en suma, no habría derechos *humanos* porque el punto focal de referencia moral no procede de los hombres tomados como individuos, sino, en el utilitarismo, del bienestar de todos y cada uno de los asociados, o, en el comunitarismo, de determinadas agrupaciones humanas especialmente cohesionadas —las comunidades, justamente—, tomadas en su conjunto (Ruiz Miguel 1990, p. 159).

El carácter individualizado de los derechos, en contra de la postura comunitarista que engloba los derechos de las personas en los derechos de los grupos sociales, es especialmente importante en el caso de los niños, pues el reconocimiento de los derechos humanos como exigencias individualizadas vinculadas a su consideración como personas morales, hace posible diferenciar su papel como titular de derechos del ámbito de protección legal de la familia. Esta postura, en la que tiene origen en buena medida la negativa a reconocer derechos a los niños al suponer que entraban dentro del perímetro de inmunidad de la familia y se encontraban por tanto supeditados a la autoridad paterna, es aún sostenida por muchos autores, especialmente los que defienden una postura comunitarista: John O'Neill se opone a la visión de los niños como titulares de derechos por estar vinculada a la concepción contractualista liberal de la sociedad, alegando que el sistema de derechos de los niños es incompatible con los derechos de la familia[4] (John O'Neill 1994, p. 64). Esta postura ignora que los derechos de los niños no son siempre afines con los del grupo familiar, pues, desde una óptica utilitarista, de ser así quedaría justificado el sacrificio de algún interés del hijo por el bienestar de la comunidad en su conjunto; los ejemplos sobran: el trabajo infantil para contribuir al ingreso familiar, el sacrificio de la educación formal a las niñas para privilegiar a los hijos varones, el matrimonio infantil concertado y múltiples casos que se producen cotidianamente en el mundo. No

[4] "The two systems of rights are unlikely to be mutually coherent. Currently, there are attempts (Holt 1974; Franklin 1986) to define children's rights on the liberal model of individual rights exercised by potentially autonomous agents —despite the reality of children's dependency. Thus the necessity of recognising parent guardian's rights/duties means that family rights cannot be wholly reduced either to women's or children's rights" (J. O'Neill 1994, p. 64).

pretendo sostener que la solución a estos problemas sea fácil ni evidente; no obstante, creo que la postura que pretende defender los derechos de la familia sobre los de sus integrantes, sobre todo los pequeños, es muy peligrosa. Por otra parte, se corre el riesgo también de ignorar que en ocasiones los padres no son los garantes de los intereses de sus hijos, y no solamente por una cuestión de conflicto de intereses, sino motivado muchas veces por incapacidad para cubrir las necesidades de los niños, lo que se manifiesta principalmente en las prácticas de maltrato infantil.[5]

B. *El carácter moral de los derechos humanos*

La segunda propiedad particular de los derechos humanos es su carácter moral. Al hablar de derechos morales se pueden significar varias cosas. En primer lugar, se utiliza el adjetivo "moral" como opuesto a "jurídico", es decir, marca la distinción respecto de los derechos jurídicos.[6] Pero este calificativo indica también algo vinculado directamente con la justificación de los derechos, es decir, su origen o fundamento, ya que quiere decir que derivan de una norma o razón moral y parece que su característica moralmente definitoria es la exigencia moral de que sean jurídicamente protegidos (Hierro 2000b, p. 357). El adjetivo moral indica que son anteriores al Estado por ser pretensiones derivadas de principios éticos, y es por ello que constituyen una prueba de legitimidad. Sumner sostiene que la fuerza normativa de los derechos morales no depende de su reconocimiento convencional, es decir, que los derechos morales son justificados moralmente:

[5] Se ha dicho ya que el término maltrato infantil es muy amplio e incluye cualquier situación de no satisfacción de las necesidades de los niños; sin embargo, yo me refiero en este caso a una concepción más extendida de maltrato que implica un ataque directo contra el hijo: golpes, insultos, abandono físico y afectivo, etcétera.

[6] El término "derechos jurídicos" puede parecer confuso, debido a que en castellano utilizamos la misma palabra para designar el derecho objetivo y el derecho subjetivo: "Pero esa es una circunstancia accidental, como lo muestra el que en inglés se utilicen palabras por completo diferentes para aludir a uno y otro fenómeno: *law* para hablar de derecho en sentido objetivo y *rights* para aludir a los derechos en sentido subjetivo, distinguiéndose después dentro de estos últimos entre *legal rights* y *moral rights*" (Ruiz Miguel 1990, p. 150). Una de las razones que alega Peces-Barba en contra de la expresión derechos morales es precisamente ésta, pues opina que: "Es una terminología reciente, ajena a la cultura jurídica continental, de origen académico, procedente de la anglosajona con un uso del término "right" más libre y autónomo de "law", que los sinónimos de las lenguas continentales lo están de términos como derecho…" (Peces-Barba 1995, p. 34).

> In all of these respects the normative force of a moral right is different. That force does not depend on recognition or acknowledgement of the rights within any conventional rule system or by the members of any institution or association… It is this independence of conventional recognition which enables moral rights to set standards of justice for the design of conventional rule systems (Sumner 1990, p. 91).

Para Fernández, el término *derechos morales* expresa la síntesis entre los derechos humanos como exigencias éticas y como derechos jurídicos:

> Con el término "derechos morales" pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo "morales" aplicado a "derechos" representa tanto la idea de fundamentación ética, como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos (Fernández 1982, p. 99).

Sin embargo, quienes se oponen a considerar como derechos a las normas que no pertenecen a un sistema jurídico, sostienen que el término moral ha venido a sustituir lo que antes era considerado "natural" para encubrir una fundamentación iusnaturalista de los derechos (Martin 2001,[7] Peces-Barba 1995,[8] Pérez Luño 1987,[9] Sumner 1990).[10] Ante esta obje-

[7] "En este contexto, el vocablo «moral» parece estar cumpliendo en gran parte la misma función que cumplía el vocablo «natural» con la ventaja de no confinar a la persona al criterio de que las normas referidas a los derechos humanos son de alguna manera inherentes a la naturaleza humana o al universo" (Martin 2001, p. 96).

[8] Peces-Barba se opone a la utilización del término derechos morales, alegando que es difícil diferenciarlo del de derechos naturales: "Tengo la impresión de que tampoco estamos ante la expresión ideal que integre toda la compleja textura de los derechos y que nos conduzca a su comprensión integral. Al menos las siguientes razones abonan esta opinión: *a)* es difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales..." (Peces-Barba 1995, p. 34).

[9] "…La teoría iusnaturalista históricamente supuso un término para dar cuenta de la intersección entre el derecho y la moral. De ahí, que, a mi entender, la teoría de los derechos morales supone una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de los derechos humanos, tal como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica naturalista" (Pérez Luño 1987, p. 52).

[10] Sumner no objeta la existencia de derechos morales, simplemente señala las características que una teoría de los derechos morales debe tener para ser una teoría de los de-

ción, los autores que defienden que los derechos morales son posiciones normativas han respondido —como ya se mencionó en la primera sección de este capítulo— argumentando que su justificación deriva de la validez del procedimiento, es decir: la validez está dada por la racionalidad de la argumentación, a diferencia de la fundamentación iusnaturalista, que pretende desprender de características naturales de los titulares la existencia de los derechos.

En esta línea, Nino señala que cuando hablamos de derechos humanos en los contextos en que se están cuestionando leyes, instituciones, medidas o acciones, se entiende que aludimos a derechos distintos de las normas positivas: "Se reclama el respeto a los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque no los reconocen" (Nino 1989, p. 15). La disputa entre el positivismo conceptual y el iusnaturalismo[11] se supera renunciando a cualquier pretensión

rechos naturales: "As a rough initial approximation we may say that a moral theory is a natural rights theory just in case (1) it contains some moral rights, which (2) it ties to the possession of some natural property, and which it treats as both (3) basic and (4) objective" (Sumner 1990, p. 95).

11 Nino señala que la disputa entre el positivismo conceptual y el iusnaturalismo se puede reducir a una mera disputa verbal distinguiendo entre las dos tesis que defiende el iusnaturalismo: "*a)* que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; *b)* que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios aludidos en el punto anterior" (Nino 1989, p. 16). El positivismo conceptual se opone únicamente a la tesis *b*, mientras que respecto de la tesis *a* se sostienen posturas diversas. La controversia sobre la tesis *b* es una mera "*disputa verbal* y su significación desaparece no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un *único* concepto de derecho" (Nino 1989 p. 16). Si se acepta que puede coexistir un concepto *normativo* con un concepto *descriptivo* de las normas, la discusión de fondo se desvanece.

Bulygin, sin embargo, no está de acuerdo con esta percepción de Nino acerca de las diferencias entre iusnaturalismo y positivismo: "La conveniencia de la definición del positivismo propuesta por Nino resulta dudosa, pues la mayoría de los autores de cuño positivista consideran que su posición es incompatible con la creencia en la existencia de un derecho natural" (Bulygin 1987, p. 82).

Fernández sostiene también que la consideración de los derechos humanos fundamentales como derechos morales —entendidos como resultado de la doble vertiente ética y jurídica— posibilita superar la polémica entre iusnaturalismo y positivismo: "En relación con la fundamentación iusnaturalista, porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial

de que los principios relacionados con los derechos humanos sean cognoscibles:

> La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión "derechos humanos" *existan* o sean *cognoscibles*. Es importante distinguir aquí una tesis *semántica* de una tesis *ontológica* y de una tesis *espistemológica*: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales (Nino 1989, p. 19).

Pérez Luño critica también esta postura teórica —especialmente la de Laporta— y ubica este concepto de derechos humanos dentro de la teoría iusnaturalista por considerarlos como "bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para ser protegidos normativamente" (Pérez Luño 1987, p. 52), ya que implica que la positivación de los derechos es un acto declarativo y no constitutivo. Laporta responde sosteniendo la falsedad de esta afirmación, y alega que "la validez de los enunciados se determina por argumentación racional, teórica y práctica" (Laporta 1987, p. 75). Hierro se opone también a la postura cognoscitivista, es decir, niega la pretensión de que los juicios de valor puedan expresar conocimientos, añadiendo también que la validez está determinada por la racionalidad de la fundamentación (Hierro 2000b, p. 360).

Íntimamente relacionada con la objeción naturalista, se ha criticado la utilización del concepto derechos morales por la confusión que, según algunos autores, provoca entre los ámbitos del derecho y la moral. Se dice que el afirmar la existencia de derechos morales puede suponer establecer una relación de necesidad entre derecho y moral. Las respuestas se han dirigido a mostrar que el concepto no supone la confusión de los dos sistemas, pues cada tipo de derechos está ubicado en el plano que le corresponde, aunque sin negar que pueden existir, y de hecho existen, derechos que son tanto morales como jurídicos. Laporta habla de la distinción entre los dos órdenes: moral y jurídico, lo que no implica asumir

importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de su reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo jurídico porque defiende la existencia de los derechos humanos aun en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico" (Fernández 1982, pp. 99 y 100).

la postura iusnaturalista del dualismo.[12] Ruiz Miguel subraya precisamente que la expresión derechos morales ayuda a trazar la distinción entre estos dos ámbitos, al suponer que pueden no ser coincidentes:

> …utilizar la expresión "derechos morales" no supone confundir ni relacionar de forma necesaria, derecho y moral. Todo lo contrario, supone que el derecho puede no coincidir con la moral, precisamente por violar o no reconocer algunos derechos básicos, y que debería hacerlo. Lo único que estas ideas exigen en este punto es considerar a la moral como criterio superior de justificación y/o crítica del derecho (Ruiz Miguel 1990, p. 151).

Nino marca también la distinción entre los dos órdenes cuando habla de lo que denomina juicios de "adhesión normativa" de los jueces, que consisten en juicios valorativos inferidos de principios morales que prescriben obedecer al derecho y se producen cuando éstos se apoyan en normas jurídicas. Es decir, distingue entre el ámbito positivo al cual pertenecen las reglas a las que los jueces aluden en su resolución, y el plano moral que contiene los principios de ética normativa que ordenan aplicar esas normas positivas. Se trata en todo caso de dos campos bien diferenciados, aunque las normas de derecho positivo deben hacerse coincidir con los derechos humanos derivados de los principios válidos. Por otra parte, aclara el autor que el reconocimiento positivo de los derechos humanos no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para definir su alcance, y su ausencia no modifica la ilegitimidad de las normas y decisiones que los desconocen (Nino 1989, pp. 23-25).

C. *Los derechos subjetivos morales que son derechos humanos*

Una vez expuestas las razones por las cuales los derechos humanos son derechos subjetivos morales, es necesario establecer los rasgos distintivos, es decir, los criterios que determinarán la pertenencia a esta especie de derechos. Evidentemente, no todos los derechos morales son de-

[12] "Cuando Kelsen critica al iusnaturalismo como «dualismo en la teoría del derecho», lo que niega es que lo *jurídico* se presente en la realidad en dos manifestaciones distintas: lo *jurídico*-natural y lo *jurídico*-positivo. Pero no niega que por un lado se dé un orden jurídico y por otro una moralidad, y no niega, por cierto, tampoco, que por un lado haya «derechos jurídicos» y por otro «derechos morales». Esa es mi posición" (Laporta 1987, p. 73).

rechos humanos, pues existen múltiples obligaciones y derechos que no pertenecen a esta categoría, como podría ser el derecho moral al cumplimiento de una promesa o la obligación de ser leal a un amigo. Por otra parte, como dice Dworkin (1987, p. 192), tampoco todos los derechos constitucionales representan derechos morales contra el Estado, sino únicamente aquellos que se consideran fundamentales en sentido fuerte. Esto nos lleva a preguntar ¿qué caracteriza a los derechos morales que son derechos humanos?

Son muchos los autores que han propuesto los rasgos que han de caracterizar a un derecho subjetivo moral para pertenecer a la especie de los derechos humanos; sin embargo, utilizaré como referencia la clasificación de Ruiz Miguel, quien identifica tres rasgos conceptuales que se presuponen en el concepto de derechos humanos, aunque complementada con un rasgo propuesto por Nino:

> A mi modo de ver, cuando se postula la existencia de los derechos humanos (o de algún derecho humano) se presuponen, por lo menos, tres rasgos conceptuales: que los derechos humanos son *a)* exigencias éticas justificadas, *b)* especialmente importantes, y *c)* que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico (Ruiz Miguel 1990, p. 152).
>
> …La clase de sus beneficiarios está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos o extenderse más allá de la especie humana (Nino 1989, p. 41).

a. Exigencias éticas justificadas

Para Ruiz Miguel, el rasgo de los derechos como exigencias éticas justificadas se vincula directamente con la tesis de la correlatividad, pues —afirma— no tiene sentido atribuir a alguien un derecho si no recae sobre alguien más la obligación de respetar el contenido del mismo, aunque aclara que esta correlatividad es unidireccional, en el sentido de que no puede haber derechos sin deberes correlativos, pero sí a la inversa.[13]

La idea de exigencia ética parece hacer referencia también al origen de los derechos que tiene que ver con los intereses de las personas, los ti-

[13] La correlatividad que Ruiz Miguel llama unidireccional, se identificó como correlatividad débil en el capítulo tercero.

tulares de los derechos; en Laporta y Nino aparece la idea de *bienes*, "posiciones, situaciones, estados de cosas o aspectos de ciertos individuos" (Laporta 1987, p. 30). Así queda de manifiesto también en MacCormick, quien al hablar de los derechos de los niños subraya la distinción entre decir que alguien "debería" ser tratado de alguna manera y que alguien "tiene derecho" a ello. La fuerza de los derechos como exigencias se manifiesta precisamente en esta diferenciación, pues el *tener un derecho* significa que no existe una justificación ulterior —y por tanto implica la imposición de la obligación de la conducta correspondiente en alguien más, ya sea que ésta consista en una acción o en un no impedimento—, mientras que la afirmación *debería* puede hacer referencia a un objetivo superior, es decir, no constituye un fin en sí mismo (MacCormick 1990, pp. 132 y 133).

Por otra parte, el calificativo justificadas sirve por una parte para explicar la imposición de obligaciones, pero también sugiere que esta justificación deriva de una argumentación racional a partir de ciertos principios morales que sirven como fundamento de estas exigencias y están relacionados con los otros rasgos característicos de los derechos humanos.

b. Especialmente importantes

La importancia de las exigencias que constituyen los derechos humanos se vincula directamente con su valor para el titular; no basta con que sean exigencias éticas justificadas, sino que deben ser de un *cierto tipo*. En palabras de Nino, versan sobre bienes que —normalmente— son de fundamental importancia para el titular y de ahí deriva su fuerza. Este rasgo se encuentra presente también en la caracterización de derechos de MacCormick, quien señala que al atribuir un derecho a un cierto trato a los miembros de una clase se presupone que este trato "es, en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros" de la clase y que "es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o rehusarlo" a cualquiera de los miembros (MacCormick 1990, p. 133).

Para Hierro, la importancia de los derechos reside en que son condiciones necesarias para desenvolverse como agente moral: "…en segundo lugar, tampoco son todas las posiciones que jurídicamente pueden instrumentarse como derechos subjetivos sino sólo aquellas que tienen una cierta característica moral, a saber: que son condición necesaria para que

una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado" (Hierro 2000b, pp. 357 y 358). Mientras que para otros autores, como Dworkin, Peces-Barba y Fernández, se vincula directamente con la idea de dignidad humana, siendo los derechos humanos la única manera en que ésta puede estar reconocida; es decir, al mismo tiempo derivan de la dignidad del hombre y son el único medio para hacer factible la realización de la misma en la sociedad.

En mi opinión, la importancia de los intereses que constituyen los derechos humanos está vinculada con el hecho de que los mismos tienen su origen en las necesidades humanas, entendidas en el sentido expuesto en el capítulo segundo. Estas necesidades constituyen los bienes mínimos indispensables para que cualquier ser humano pueda desenvolverse y desarrollarse en la sociedad. Este criterio nos permite identificar los intereses que —según la teoría del mismo nombre— constituyen el contenido de los derechos y al mismo tiempo permite justificar su carácter de exigencias, pues resultan indispensables para cualquier ser humano.

c. Que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico

Peces-Barba, como ya se ha dicho, también considera la capacidad de ser incorporable a una norma jurídica como elemento conceptual de los derechos humanos, aunque ello se debe lógicamente a que no acepta la existencia de derechos morales sin la positivación; pero aun quienes sostienen los derechos humanos como derechos morales, establecen como requisito para ser considerado como tal el que pueda ser instrumentado en una regla positiva.

Este rasgo impone al mismo tiempo una restricción al concepto y alude a una de sus funciones esenciales, pues, por una parte, para que un interés, posición, estado de cosas, etcétera, pueda ser un derecho humano debe ser posible instrumentarse como derecho subjetivo, de manera que queda excluido todo aquello que, aun siendo valioso para el ser humano, no es susceptible de ser recogido como tal. Por otra parte, mediante este rasgo se establece también una exigencia, una pretensión de que el ordenamiento jurídico los proteja y de ahí su carácter legitimador, ya que ello deriva, como apunta Ruiz Miguel, de los dos rasgos anteriores: que son exigencias éticas justificadas, especialmente importantes. Al respecto, Hierro dice:

> En primer lugar, lo que debemos entender por "derechos humanos" no son todos los deseos, intereses o necesidades relevantes de un agente humano, sino sólo aquellos deseos, intereses o necesidades que pueden instrumentarse normativamente como derechos subjetivos, esto es, como libertades, pretensiones, inmunidades o potestades, lo que excluye, por ejemplo, cualquier pretensión imposible de satisfacer (Hierro 2000b, p. 357).

d. La clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres

A pesar de que la caracterización de Ruiz Miguel se limita a tres rasgos, me parece importante añadir uno más, propuesto por Nino, y que se refiere precisamente a la clase a la cual va dirigida este tipo de derechos, compuesta por "todos los hombres y nada más que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos o extenderse más allá de la especie humana" (Nino 1989, p. 41). Este rasgo indica, por una parte, que los titulares son los hombres como individuos, es decir, que los derechos humanos son individualizados, en el sentido de que constituyen limitaciones a la persecución de objetivos socialmente valiosos que prevalecen aun si la mayoría estaría mejor si se limitasen. No son exigencias que se atribuyen a los hombres como colectividad, sino que cada uno de los miembros de la clase es titular de ese derecho. Por otra parte, esta caracterización nos conduce también directamente a la cuestión de los destinatarios de los derechos humanos, pues desde la perspectiva constructivista ésta no puede derivarse de una propiedad natural, sino que debe ser el resultado de un concepto normativo que determina los rasgos de la persona moral que será titular de los derechos. La delimitación de la clase de beneficiarios de los derechos humanos es una tarea complicada, pues implica construir un concepto que incluya a todos los que poseen las características de la persona moral y sea lo suficientemente exacto para excluir a otros candidatos a la titularidad. Este aspecto resulta especialmente importante, pues el problema de los derechos de los niños tiene en esta característica una cuestión conflictiva, ya que se cuestiona su pertenencia a esa clase que es titular de derechos. De modo que en el siguiente apartado se abordará el tema de la personalidad moral desde la perspectiva teórica del constructivismo ético.

Sin embargo, antes de pasar al siguiente tema, me parece importante realizar una distinción que resulta especialmente útil para arrojar luz en

el análisis de los derechos de los niños y que consiste en la diferenciación entre los derechos humanos y los derechos instrumentales. En uno de los extremos teóricos se encuentra la concepción de Laporta (1987), que considera a los derechos como títulos. Laporta señala que la utilización actual del lenguaje de los derechos, especialmente la clasificación de Hohfeld, confunde los derechos con las técnicas de protección de los mismos, ya que los derechos son los títulos que subyacen a las técnicas de protección que serían las pretensiones, poderes normativos, inmunidades o libertades.

A pesar de que la distinción entre los derechos y los medios para protegerlos es importante, no comparto la tesis de Laporta. Tal como se ha argumentado, los derechos humanos son una especie del género derechos subjetivos, y como tales consisten en posiciones normativas; de otra manera parecerían quedar reducidos a principios, perdiendo así el carácter de derechos. Uno de los argumentos para descalificar a la teoría de la voluntad es precisamente que confunde estos dos tipos de posiciones, identificando como elemento constitutivo de cualquier derecho básico el poder para hacerlo efectivo. MacCormick, por ejemplo, diferencia los derechos de las medidas reparadoras, que tienen como función precisamente servir como garantes de los derechos, resarciendo el daño en caso de incumplimiento: "Lejos de que las medidas reparadoras sean constitutivas de un derecho, el hecho es, por el contrario, que el reconocimiento del derecho justifica la imposición de la medida reparadora" (MacCormick 1990, p. 132).[14] Campbell (1995), al defender la idea de derechos morales para los niños como fundamento para los derechos positivos, identifica los "derechos intrínsecos" (*intrinsic rights*) y "derechos extrínsecos" o "instrumentales" (*instrumental rights*) de acuerdo con su justificación, ya que la de los primeros no depende de su papel como garante de otro objetivo y, por tanto, proporcionan razones para construir las estructuras institucionales y son lógicamente anteriores en el proceso de razonamiento legal. El debate en relación con los derechos de los niños está en la titularidad de derechos intrínsecos, ya que los derechos instrumentales pueden recaer en otras personas (por ejemplo los padres), sin que esto signifique que no son detentadores de derechos básicos. A la vez, Camp-

[14] Incluso podemos decir que uno de los derechos humanos es el derecho a la garantía y protección legal y jurisdiccional de los derechos de manera genérica, y de ahí derivan los derechos instrumentales destinados a hacer eficaces los derechos humanos.

bell divide en dos tipos los derechos instrumentales: aquellos que aseguran derechos intrínsecos, a los que denomina "derechos de implementación" (*implementation rights*) y los que aseguran un remedio contra la violación de un derecho intrínseco o de otro tipo, a los que llama "derechos remediales" (*remedial rights*). La falta de este último tipo de derechos se ha utilizado para negar derechos a los niños, ya que no pueden por sí mismos recurrir a ellos para reparar las violaciones a sus derechos; sin embargo, alega Campbell que es precisamente porque los niños tienen derechos intrínsecos que alguien más puede recurrir a los remediales en su nombre (Campbell 1995, pp. 9-12).[15]

De modo preliminar podemos citar la definición de derechos humanos propuesta por Hierro, ya que recoge los elementos expuestos hasta ahora: "(1) Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico" (Hierro 2000b, p. 359).

II. Los principios normativos y la personalidad moral: el constructivismo ético

Como creo que pone de manifiesto la situación de los niños, el tema de la personalidad moral como condición para ser titular de derechos morales es uno de los más complejos y que más debate ha suscitado en relación con los derechos humanos. Se ha visto que algunos autores no aceptan la titularidad de derechos en los niños y que recurren a otros mecanismos para garantizar la protección que requieren para su desarrollo;

[15] Esta distinción está presente en las teorías de otros autores; por ejemplo, Alexy distingue entre (1) enunciados sobre razones para derechos: "G es «una necesidad que está inevitablemente impuesta por la naturaleza animal del hombre»"; (2) enunciados sobre protección de derechos: "A puede reclamar la violación de su derecho a G a través de la demanda", y (3) enunciados sobre derechos: "A tiene derecho a G" (Alexy 2002, p. 181). Nino, a su vez, al hablar de los derechos que están sujetos a ciertas condiciones: "hay candidatos serios a derechos humanos, como el derecho a la asistencia médica adecuada o a jubilación por vejez, que están condicionados por circunstancias positivas que se adicionan a la mera pertenencia a la especie humana, como las de estar enfermo o ser viejo... son sólo casos especiales o *instrumentales* respecto de derechos más fundamentales y genéricos que parecen presentar el rasgo que estamos analizando" (Nino 1989, pp. 41 y 42).

sin embargo, creo que esto contradice una intuición moral importante para el concepto de derechos humanos y que consiste en lo que se identificó como uno de los rasgos distintivos: que la clase de sus beneficiarios está compuesta por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres, independientemente de su edad. Esta característica, lejos de ser evidente, crea una serie de interrogantes, pues se refiere a las cualidades que se requieren para acceder a la titularidad de estos derechos. La función legitimadora que se pretende asignar a los derechos humanos esta íntimamente relacionada con este atributo, pues su adscripción a todos los hombres excluye la posibilidad de establecer otras subclases o nuevos requisitos para acceder a ellos, o sujetarlos a apreciaciones subjetivas u otras condiciones de los sistemas políticos. Pero, ¿qué significa ser hombre?, ¿cuáles son las características que definen a esta clase?

Por otra parte, como bien señala Nino, la presunción de que todos los hombres poseen un título igual a los derechos humanos supone que esta propiedad —ser hombre— se tiene en igual grado, de modo que si el concepto de hombre se basa en ciertas propiedades morales nos enfrentamos al problema de la gradualidad (ya que, por ejemplo, no todos los hombres son igualmente racionales o autónomos); de igual manera, la utilización de ciertos rasgos biológicos como criterio queda descartada, ya que éstos se encuentran desvinculados de los derechos humanos (Nino 1989, p. 43). En consecuencia, es necesario encontrar una forma que permita caracterizar a la clase a la que se atribuyen los derechos humanos, salvando los obstáculos mencionados.

Desde mi punto de vista, el constructivismo moral[16] parece constituir una buena alternativa para la definición del concepto de derechos humanos y la precisión de los miembros de la clase de sus beneficiarios. Esta propuesta teórica plantea encontrar unos principios normativos que fundamenten los derechos humanos a través de una aceptabilidad hipotética a la que se llega mediante la discusión moral, tal como lo explica Vázquez:

> …la aceptación de las premisas normativas a través de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad

16 Fue Rawls uno de los primeros teóricos en proponer el constructivismo como vía para la justificación a través del consenso y a quien se debe el nombre de este enfoque particular.

> y de la imparcialidad. Las premisas obtenidas, que se apoyan también en condiciones empíricas, deben ser aceptadas sin justificación ulterior. Pero, en tanto fruto de un acuerdo discursivo moral, siempre podrán ser racionalmente cuestionables, por lo que los principios morales tendrán, entonces, una validez *prima facie* y no absoluta (Vázquez 1999, pp. 34 y 35).

El constructivismo basa la validez de los juicios morales en el consenso, sin embargo, no es el acuerdo el que da validez a los principios en sí mismo, sino la adhesión a los juicios derivados de la discusión como expresión de la racionalidad de los mismos, ya que —tal como señala Nino— los juicios de la moral social proceden de la formulación de principios que pretenden dar cuenta de una moral crítica o ideal. En otras palabras, la práctica del discurso tiene un valor epistemológico y el acuerdo al que se llega mediante la discusión opera como garante de la racionalidad de los argumentos de los cuales derivan los principios. En este sentido, el constructivismo moral se diferencia claramente de otras teorías basadas en el consenso pero que niegan la posibilidad de una moral crítica y defienden por tanto una posición relativista en la que la validez está dada por los pactos como manifestación de la apreciación subjetiva de los miembros de las distintas comunidades humanas. Esta postura parece ser incompatible con un concepto de derechos humanos como el que se ha intentado perfilar hasta este momento, y evidentemente con la pretensión de una titularidad universal. Por otra parte, el constructivismo se opone también a una visión absolutista de la ética desde la cual existen verdades absolutas independientes de cualquier argumentación o razonamiento y no se concede valor a la discusión social. El discurso moral, como procedimiento dialógico, permite establecer los criterios morales que sirvan como principios normativos justificados racionalmente para derivar los derechos humanos, pero que nunca se asumen como definitivos sino abiertos al diálogo y a la argumentación. Evidentemente, la práctica misma de esta discusión social presupone ciertas características de sus participantes que permitirán a su vez la formulación de los principios éticos.

Es así como el discurso moral consiste en una técnica que se desarrolla conforme a ciertas reglas implícitas que determinan qué razones para actuar son válidas, cuyo objetivo es lograr la aceptación libre de ciertos principios y actitudes con el fin de reducir conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso. Por ello, evidentemente los argumentos que

apelan a la obediencia dogmática de autoridades, a amenazas o daños, así como beneficios, engaño o cualquier condicionamiento, están excluidos por ser contrarios a su valor como método. De acuerdo con esta propuesta, los derechos humanos derivarían de los principios obtenidos mediante el discurso moral y su validez estaría determinada por la racionalidad de la argumentación. La imparcialidad de los mismos estaría dada por el procedimiento y la aceptación de las razones aducidas.

Por otra parte, como señala Vázquez, el discurso moral "parte del reconocimiento objetivo y de la necesidad práctica de superar las limitaciones del ser humano, fijando lo que Ruth Zimmerling ha llamado el «límite inferior» de la moral" (Vázquez 1999, p. 36). Para fijar este límite inferior propone utilizar una teoría de las necesidades básicas para estructurar adecuadamente las circunstancias del ser humano: "Pienso, en este punto, que la estructuración adecuada de las circunstancias del ser humano, tanto objetivas como subjetivas, para fijar el límite inferior de la moral, se debe realizar a través de una teoría de las necesidades básicas como criterio básico y universal" (Vázquez 1999, p. 36).

Así, las necesidades básicas se configuran como contenido de los intereses fundamentales, ya que sin ellas sería imposible la vida humana. El presupuesto de la moral (y requisito indispensable para que se pueda dar el discurso moral, por supuesto) es precisamente la existencia de ciertas cosas o estados de cosas que son valiosos para todos los seres humanos, por ser condiciones de posibilidad de la supervivencia. Una teoría de las necesidades humanas básicas permite establecer una base mínima para lograr el objetivo de resolución de conflictos y cooperación que constituye la finalidad de la práctica social de la discusión moral.

De esta manera, los derechos humanos derivarían de la combinación de una serie de principios obtenidos mediante esta práctica del discurso moral, y a su vez, tal como propone Nino, las características de la personalidad moral estarían delimitadas por estos principios de cuya combinación derivan los derechos humanos. Así, el concepto de persona moral como titular de derechos es un concepto normativo y no derivado de propiedades fácticas. El autor propone llevar a cabo un cambio en la estrategia filosófica y en primer lugar determinar los principios morales de los cuales derivan los derechos humanos, para posteriormente definir a las personas morales como la clase de personas que pueden gozar de estos derechos: "Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que

los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica" (Nino 1989, p. 45). Los principios, continúa Nino, son *erga omnes*, siendo sólo una cuestión de hecho que sólo algunos puedan gozar de éstos; ello presupone una distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo: "La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos… Quiénes son las personas morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos" (Nino 1989, p. 46).

En consecuencia, los principios morales de cuya combinación derivan los derechos humanos deben tener las siguientes propiedades:

1) Si existieran tales principios, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad*, no por su reconocimiento efectivo, por lo tanto son principios de una moral crítica o ideal.
2) Si fueran aceptados para justificar ciertas conductas serían aceptados como justificación *final*, es decir, no hay principios de otra clase que prevalezcan sobre ellos para valorar las acciones.
3) Los principios morales pueden valorar *cualquier* conducta. Si una conducta está sometida a ellos, no puede valorarse *a priori*, sino que depende del contenido de los principios morales básicos (Nino 1989, p. 20).

Los principios que se proponen como base de los derechos humanos son entonces: el principio de autonomía, el principio de igualdad y el principio de dignidad.[17] Sobra decir que algunos autores proponen algu-

17 Esta caracterización se aleja de la propuesta de Nino, siguiendo la construcción de Vázquez. Los principios identificados por Nino son: autonomía, inviolabilidad y dignidad; sin embargo, a mi juicio —y como intentaré explicar al exponer cada uno de los principios—, el de inviolabilidad resulta un poco redundante respecto del de autonomía, y en cambio falta el valor de la igualdad como fundamento necesario de los derechos humanos.

Al parecer Fernández comparte esta selección de principios que fundamentan los derechos humanos al señalar que: "discrepo en que ese fundamento tenga que ser necesariamente iusnaturalista, y no simplemente la defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de la persona humana" (Fernández 1982, p. 102).

na variación respecto a este inventario;[18] sin embargo, como se intentará justificar en las siguientes páginas, en mi opinión estos tres principios resultan los más fundamentales y de su combinación puede derivar un catálogo completo de derechos humanos.

Sentadas las bases para la práctica del discurso moral, cabe hacer una pregunta: ¿cuál es el papel de los niños en la discusión social? La respuesta de la mayoría de los autores se dirige a sostener que los intereses de los niños están representados por los adultos, basándose en argumentos sobre inclinación de los adultos hacia proteger a los pequeños, en especial tratándose de los hijos y en consideración a que constituyen las nuevas generaciones. Esta respuesta parece plausible, pero me gustaría sugerir un nuevo enfoque en el cual los niños son participantes directos en este procedimiento hipotético, y ello a través de dos medios: por una parte, el establecimiento de un límite inferior de la moral basado en necesidades humanas, aunque, agregaría yo, desde un enfoque interdisciplinario en el que participen activamente las especialidades dedicadas al estudio de los niños, ya que esto permite presumir, desde mi punto de vista, la adhesión a los juicios morales que derivan del discurso sobre una base objetiva de las características de esta etapa de la vida. Pero en segundo lugar, la participación de los niños en el discurso moral puede hacerse también de una forma más directa, permitiéndoles intervenir, desde los foros adecuados y tomando en consideración las condiciones de desarrollo moral en las que se encuentran, en las discusiones éticas de la sociedad. Esto puede lograrse si se consigue que los principios normativos puedan incluirlos, como creo que es posible e intentaré hacer a continuación.

1. *El principio de autonomía de la persona*

El primer principio fundamentador de los derechos humanos es el principio de *autonomía*; es primero no sólo por su temprana aparición histórica vinculada a la idea de los derechos humanos, sino porque mu-

[18] Peces-Barba, por ejemplo, propone como fundamento de los derechos los valores de: libertad, seguridad jurídica, igualdad y solidaridad. Considera la seguridad como motivo principal del pacto y condición de la convivencia y a su vez como requisito para el desarrollo moral del hombre, lo que sitúa a la solidaridad como condición para que una sociedad sea viable (Peces-Barba 1995, pp. 210-213).

chos autores lo consideran el más básico de los principios.[19] Efectivamente, la relación entre la autonomía y los derechos humanos ha sido evidente desde el surgimiento del concepto de derecho subjetivo, y por ello es quizá el principio que más desarrollo teórico ha tenido y probablemente con el menor número de objeciones. Desde lo que se considera como la *primera generación de derechos,* entendida como los derechos civiles y políticos, el valor de la libertad aparece como elemento indiscutible y no se puede negar que los otros dos principios —igualdad y dignidad—, tal como los entendemos actualmente, son producto de desarrollo posterior y resultado de los procesos de evolución de los derechos humanos. En este sentido, Peces-Barba sostiene incluso que alcanzar la autonomía puede ser considerado como el fin de la vida humana, y que la igualdad se fundamenta también a partir de este valor, ya que pretende su generalización con el propósito de que todos puedan ser igualmente libres:

> Tanto del análisis histórico como de la reflexión teórica, el primer valor que aparece por su importancia es el de la libertad, que encontramos en muchos discursos doctrinales desde el humanismo y el iusnaturalismo racionalista, con raíces tan antiguas como el pensamiento humano, y que cumpliría el papel, a mi juicio de valor central, del que derivan y se explican otros, por su mayor proximidad con la idea de moralidad. En efecto, no es descabellado sostener, y entre las aportaciones históricas esa argumentación aparece reiteradamente, que alcanzar la libertad moral, sinónimo de autonomía y de independencia, respecto a los demás, en la realidad

[19] Para Kant el principio de moralidad deriva del principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que únicamente desde la autonomía es posible el cumplimiento del imperativo categórico de obrar sólo según máximas universalizables: "La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley —independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer—. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal". En esto consiste también la dignidad humana: "la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun cuando con la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación" (Kant [1785] 1963, p. 101).

Por otra parte, en el campo del derecho natural, para Kant el único derecho innato es el derecho a la libertad, y de éste se derivan los demás: "Libertad —independencia del arbitrio compulsivo de otra persona—, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es éste el único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad" (Kant [1797] 1978, p. 98).

> social, cultural, económica y política, es el fin de la vida humana. El centro del consenso de los derechos será encontrar una libertad social y jurídica que facilite la que hemos llamado libertad moral (Peces-Barba 1995, p. 210).

Por otra parte, la autonomía es condición de posibilidad del constructivismo moral, pues constituye un presupuesto del discurso que permite llegar a un consenso acerca de los principios de los cuales derivan los derechos humanos. En efecto, dado que el discurso moral pretende llegar a una convergencia acerca de los principios para la justificación de las acciones a través de la aceptación libre de los participantes, la autonomía es un elemento esencial de esta práctica, y por ello cualquier actuación tendente a condicionar la libre aceptación de dichos valores invalidaría el procedimiento mismo. En este sentido, la autonomía opera al mismo tiempo —al igual que en el caso del desarrollo infantil— como punto de partida y finalidad, ya que se requiere necesariamente para ser participante en el discurso moral y por ello precisamente debe concluirse que es uno de los principios de los cuales derivan esta clase de derechos. Nino subraya la importancia de la autonomía en el discurso moral a través de la formulación de lo que podría considerarse como la regla básica de esta práctica:

> *Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos*. La presunción de que nuestros interlocutores comparten con nosotros la adhesión a esta regla básica —por más radicalmente que difieran de nosotros en sus ideas morales sustantivas— es lo que da sentido a nuestra preocupación por convencerlos de la validez de ciertos principios morales (Nino 1989, pp. 230 y 231).

Para Hierro, la autonomía determina la pertenencia misma de un derecho a la categoría de derecho humano, pues las posiciones normativas que dan origen a este tipo de derechos deben constituir una condición necesaria para que una persona pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado (Hierro 2000b, p. 358). El carácter legitimador de los sistemas jurídicos que se atribuye a los derechos humanos deriva también de considerar a la autonomía como el primer valor moral, y sólo así se puede presumir que responden a los problemas de la justicia —jus-

ticia como legalidad, legitimidad en origen y legitimidad en contenido—; es decir, "las normas son legítimas porque son necesarias para el ejercicio de la autonomía individual, la competencia normativa es legítima si y sólo si deriva del ejercicio de la autonomía por los destinatarios de las normas (esto es, del consentimiento) y las normas son justas si y sólo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía" (Hierro 2000b, p. 359).

Parece entonces poco discutible la profunda vinculación entre la idea de derechos humanos con el principio de autonomía de la persona; empero, es necesario precisar a qué tipo de libertad estamos haciendo referencia. Berlin fue uno de los primeros autores en realizar una distinción entre los significados de libertad, separando el concepto de libertad negativa del de libertad positiva y delimitando tanto su evolución histórica como sus ámbitos de aplicación. Un tercer concepto es el de libertad real, que como se expondrá a continuación es menos aceptado que los dos anteriores:

1) Berlin relaciona la "libertad negativa" con la idea de no coacción, esto es, con "el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros" (Berlin 1988, p. 191). Se trata de la posibilidad de actuar sin interferencias, es decir, "la no existencia de obstáculos, de interferencias o intimidaciones para realizar una acción indica que tal acción es libre" (Laporta 1983, p. 25). En el terreno jurídico la libertad negativa se traduce en no-impedimento, como la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no vedadas por alguna norma vinculante, ya sea por tratarse de un comportamiento no regulado —y por tanto no prohibido ni obligatorio— o por tratarse de acciones directamente permitidas. Hierro identifica también este tipo de libertad como uno de los sentidos que comprende la idea moderna de libertad, entendida como independencia o no imposición de obstáculos, coacciones o interferencias normativas que impidan o fuercen a actuar de determinada manera (Hierro 1999, p. 20).

Peces-Barba habla también de tres modalidades de aplicación de la libertad, que en su opinión dan lugar a tres líneas distintas de derechos: el primero de ellos, al que denomina "libertad protectora", y que consiste en la libertad como no interferencia, crea un ámbito en el que a nadie le está permitido entrar, ni siquiera con el consentimiento del titular, ya que protege el núcleo "que más directamente afecta a la capacidad de elección y decisión" y fundamenta los derechos vinculados con la propia

persona: vida, honor, conciencia, etcétera, y los derechos civiles: libertad de reunión, inviolabilidad del domicilio, etcétera (Peces-Barba 1995, p. 221). De tal manera que este espacio en el que el sujeto puede moverse libremente sin que se le coaccione para actuar de una manera determinada incluye dos tipos de libertad negativa: en primer lugar, la libertad genérica, que existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en el sentido de que todo lo que no está regulado está autorizado y que se expresa mediante la norma general de clausura "todo lo no prohibido está permitido"; y, por otra parte, tenemos las libertades más específicas a las que se refiere Peces-Barba y que son las que se encuentran reconocidas y protegidas jurídicamente, es decir, la norma crea un área en la que nadie puede interferir, aunque siguen siendo libertades porque el titular puede decidir autónomamente si las ejerce o no.

Esta idea de libertad es a la que Mill se refiere cuando habla de la función del Estado únicamente como garante de un ámbito de actuación y por consiguiente de la ilegitimidad de casi todo tipo de intervención pública en la vida de las personas. Sin embargo, tal como pone de manifiesto Berlin, este tipo de libertad no guarda una relación de necesidad con la democracia, dado que se refiere al ámbito de control, es decir, a los límites del poder, mas no al origen de este dominio. De tal manera que la libertad en sentido negativo sería compatible con un régimen autócrata que garantice un espacio amplio de acción a los individuos; es decir, es posible concebir un déspota que conceda una gran libertad personal a sus súbditos (Berlin 1988, p. 200).

2) La noción de "libertad positiva" hace referencia a que el sujeto es en cierta medida autor de las normas que se le aplican, y deriva, según Berlin, del deseo del individuo de ser su propio dueño; en palabras de Hierro, consiste en la "autodeterminación normativa" (Hierro 1999, p. 20). Es posible, desde mi punto de vista, distinguir dos vías de interpretación de esta autodeterminación que obedecen a ciertas concepciones del hombre y a la creencia en la existencia de verdades cognoscibles: la primera es como autonomía moral, relacionada con el autogobierno interno, y la segunda como participante en el procedimiento de creación de las normas que regulan la convivencia social.

El primer tipo de libertad positiva, entiendo que es a lo que Berlin se refiere cuando habla de autoabnegación o autorrealización y que se relaciona con la libertad "interna" del sujeto; en palabras de Laporta, "gober-

narse de acuerdo con los dictados de la razón, superando, asumiendo y dominando así la esclavitud de los afectos, las pasiones y las aflicciones del ánimo" (Laporta 1983, p. 26). Esta concepción supone la existencia de verdades cognoscibles a través de la razón y por tanto de la posibilidad de llegar a una solución única para todo problema, de modo que la verdadera libertad consistiría en ajustar las conductas a la racionalidad para conseguir el orden justo y verdadero. Este concepto de libertad puede conducir a la paradoja autoritaria del Estado racional o al despotismo, a través de la imposición de leyes con la justificación única de su presunta racionalidad y a entender que "forzar a los yos empíricos a acomodarse a la norma correcta no es tiranía sino liberación" (Berlin 1988, p. 218).

Sin embargo, hay otro tipo de autonomía que pertenece al ámbito interno del individuo, pero que no supone la existencia de verdades racionales únicas —pese a que se refiere al autogobierno del sujeto—, sino que deriva de un adecuado desarrollo moral y se identifica con la madurez. La autonomía moral en este sentido se relaciona íntimamente con la libertad positiva, entendida como participación en el procedimiento democrático; es más, podría decirse que constituye su presupuesto, ya que faculta a los ciudadanos para tomar decisiones considerando no sólo el beneficio personal, sino el interés de la colectividad y de las minorías. Como se explicó en el capítulo segundo, la noción de la norma y su obligatoriedad va cambiando a lo largo de la vida: durante los primero años se percibe como totalmente externa e inmutable —confusión del determinismo con la obligación—, para luego ser concebida como expresión de la voluntad común y finalmente ser asumida internamente sin necesidad de coacción externa ni amenaza de castigo. Esta evolución hace posible que el individuo posea un código moral propio —en el sentido de asumido internamente— y, por tanto, tenga capacidad para tener un punto de vista autónomo no determinado por las opiniones ajenas. Esta situación es la que hace posible hablar de responsabilidad, capacidad, etcétera, y por ello esta concepción de autonomía como autogobierno es presupuesto de la participación en el juego democrático, en tanto abastece de los puntos de vista independientes de los ciudadanos, necesarios para el pluralismo.[20]

[20] Berlin se inclina por el pluralismo como respuesta a la existencia de distintos valores tan básicos como el de libertad: "El pluralismo, con el grado de libertad «negativa» que lleva consigo, me parece un ideal más verdadero y más humano que los fines de aque-

La segunda clase de libertad positiva, como ya se ha adelantado, se refiere al autogobierno, entendido como participación directa o indirecta en el procedimiento democrático; es decir, consiste en darse normas a uno mismo en el sentido jurídico, externo. Se relaciona con la libertad política, la libertad entendida como poder soberano relacionado con el titular del poder, a diferencia de la libertad negativa que tiene que ver con los límites del mismo. Parece que a esto se refiere Bobbio cuando habla de la autonomía que deriva del paso de la teoría de la libertad como no impedimento a la teoría de la libertad como *autonomía*, que significa la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas, es decir, darse normas a uno mismo. En este tipo de libertad como "poder positivo" se fundamenta la teoría de la libertad política como desarrollo de la libertad civil, ya que se entiende que el individuo debe participar —directa o indirectamente— en la creación de las normas que regularán su conducta (Bobbio 1991, pp. 43 y 44). Para Peces-Barba este supuesto del valor de la libertad social, política y jurídica se da para intervenir en los procesos de formación de los criterios de decisión política y de éste derivan los derechos políticos relacionados con la participación.

La libertad positiva tampoco implica a la libertad negativa, pues es concebible también un régimen democrático que suprima la libertad como no interferencia, sin por ello dejar de ser una democracia. Berlin subraya que no existe una conexión entre los dos tipos de libertad y que ambas tienen pretensiones absolutas que no pueden ser satisfechas completamente:

> Pero no hay una necesaria conexión entre la libertad individual y el gobierno democrático. La respuesta a la pregunta "quién me gobierna" es lógicamente diferente de la pregunta "en qué medida interviene en mí el gobierno". En esta diferencia es en lo que consiste en último término el gran contraste que hay entre los dos conceptos de libertad negativa y libertad positiva… El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida puede ser

llos que buscan en las grandes estructuras autoritarias y disciplinadas el ideal del autodominio «positivo» de las clases sociales, de los pueblos o de toda la humanidad. Es más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros… Es más humano porque no priva a los hombres… de mucho de lo que han visto que les es indispensable para su vida como seres humanos que se transforman a sí mismos de manera imprevisible" (Berlin 1988, p. 242).

> tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa. En efecto, es tan diferente que ha llevado en último término al gran conflicto ideológico que domina nuestro mundo (Berlin 1988, p. 200).

Laporta, a pesar de que acepta la no implicación lógica de la libertad negativa y positiva en la mayoría de las situaciones, sostiene que en algunos casos ambas tienen que convivir o destruirse a la vez, lo que sucede si entendemos la libertad positiva como la expresión de la idea del gobierno democrático, ya que éste supone la existencia de una serie de conductas no interferidas por normas, es decir, libertades negativas: libertad de expresión, libertad de asociación política, libertad electoral, libertad de voto, contra las que nunca podrá atentar porque lo definen como gobierno democrático. De tal manera que "la libertad política positiva es en muy amplia medida el reconocimiento de un conjunto bastante extenso de libertades negativas" (Laporta 1983, p. 37). "El gobierno democrático puede, es cierto, atentar contra muchas de esas libertades, pero nunca puede anular aquellas relativas a elección, consentimiento y confianza, que lo definen como gobierno democrático" (Laporta 1983, p. 38).

Finalmente, Hierro sostiene una vinculación aún más fuerte entre ambos tipos de libertad —negativa y positiva—, pues afirma que no sólo se implican de la forma que sostiene Laporta, sino que ambas consisten en el ejercicio de la autonomía individual en diferentes contextos, aunque son posiciones normativas distintas. La autonomía no puede ejercerse individualmente en aquellos ámbitos en que las decisiones son interdependientes, de modo que la libertad positiva no es más que el ejercicio de la autonomía en estas condiciones:

> …Libertad negativa y libertad positiva son dos posiciones normativas distintas pero ambas consisten en el ejercicio de la autonomía individual, si bien en diferentes contextos. La autonomía se puede ejercer individualmente en multitud de aspectos con el sólo límite de la igual libertad ajena. La autonomía, sin embargo, no puede ejercerse individualmente en aquellos ámbitos en que las decisiones son interdependientes (Hierro 2000b, p. 362).[21]

[21] Hierro ejemplifica su postura de la siguiente manera: "yo puedo decidir con perfecta autonomía si esta tarde voy al cine o al teatro. Pero si mi decisión individual autónoma es pasar la tarde con mi mujer y con mis dos hijos, y sus tres decisiones individua-

3) El último de los sentidos en el que se interpreta el término libertad se refiere a lo que Hierro identifica como "libertad real" y que significa la disponibilidad de los medios necesarios para el ejercicio de la autonomía. Este tipo de libertad va encaminada a suplir las carencias del individuo y está vinculada con la idea de necesidades humanas, ya que se requiere tener éstas cubiertas para que sea posible llevar a la práctica las conductas abstractas contenidas en las normas que otorgan derechos. A juicio de Peces-Barba, esta clase de libertad fundamenta los derechos vinculados con la promoción y satisfacción de necesidades a través de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos derivados del proceso de especificación, como serían los derechos de las mujeres, niños, etcétera, y la llama "libertad promocional" (Peces-Barba 1995, p. 222).[22]

Esta tercera acepción ha sido fuertemente impugnada, pues para muchos autores deriva de la confusión entre la libertad con las condiciones para ejercerla. Para Berlin no se gana nada con la confusión de términos, lo que no quiere decir que no se justifique el sacrificio de libertad por otros valores como la igualdad o la justicia, ya que la libertad no es el

les autónomas son recíprocamente iguales, entonces la decisión de qué hacer aparece como una decisión de segundo orden que ha de tomarse en situación de interdependencia. No es ya posible que ninguno de los cuatro decidamos individual y autónomamente qué hacer si queremos satisfacer nuestra preferencia primaria de pasar la tarde juntos… Si creamos un contexto que permite a los cuatro exponer sus razones, tratar de convencer a los demás, y —caso de no llegar a un consenso— decidimos por mayoría, entonces hemos permitido el mayor ejercicio posible de la autonomía individual de cada uno de los cuatro en esa situación de interdependencia" (Hierro 2000b, pp. 362 y 363).

22 Al hablar de la libertad promocional, Peces-Barba distingue tres tipos de necesidades: radicales, de mantenimiento y de mejora. Las necesidades radicales son aquellas cuya no satisfacción imposibilita que se den las condiciones para una vida humana viable y ponen al individuo en peligro de perder las condiciones antropológicas mínimas que nos identifican como seres humanos; entre ellas estarían las necesidades frente al hambre, cuidados a la salud, frente a epidemias o enfermedad. En segundo lugar, la satisfacción de las necesidades de mantenimiento permite conservar la capacidad de elección ilustrada que se deduce de una condición humana en niveles normales y generalizados; entre ellas está la alimentación suficiente, la educación básica, sanidad, vivienda y seguridad social. Finalmente, la superación de las necesidades de mejora permite incrementar el nivel de decisión, la capacidad de discernimiento y de elección y acrecienta las posibilidades de desarrollo moral, en éstas se producen diferencias razonables y justas derivadas de la capacidad; serían por ejemplo el acceso a la enseñanza superior e investigación (Peces-Barba 1995, pp. 222-224).

único fin del hombre (Berlin 1988, p. 195). Para Laporta, la consecuencia de la pobreza o la incultura no es la falta de libertad, sino el desprecio de su valor debido a la carencia de otros bienes prioritarios y por ello representa una amenaza para la existencia política de la libertad (Laporta 1983, p. 40).

En mi opinión, a partir de la descripción de los distintos tipos de libertad, habría que hacer otras dos distinciones relevantes para formular el principio de autonomía: en primer lugar, la diferencia entre libertad negativa y libertad positiva, pero entendida esta última exclusivamente como participación en el procedimiento democrático. En segundo lugar, quedaría en un terreno distinto lo que se describió como *libertad positiva interna*, es decir, la "autonomía moral". Los tres conceptos están claramente vinculados, pero parece que al intentar construir un principio que sirva como fundamento de los derechos humanos es conveniente describir qué función desempeña cada uno. En primer lugar, la autonomía moral se entiende como una capacidad humana relacionada con la posibilidad de ser agente moral, que supone, como se ha dicho, la aptitud para tomar decisiones propias y hacer elecciones; esto sirve como presupuesto para el procedimiento democrático, pero también determina la obligación del poder de respetar un ámbito en el que el sujeto pueda desenvolverse sin obstáculos para realizar sus proyectos. De tal manera que el principio de autonomía del cual pueden derivar los derechos humanos debe ser entendido de la forma más amplia posible, pues debe permitir sustentar los derechos relacionados con el desempeño del hombre como agente moral. Nino propone la siguiente enunciación del principio de autonomía:

> Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino 1989 pp. 204 y 205).

Es importante mencionar que Nino distingue entre la moral personal o autorreferente y la moral social o intersubjetiva: la primera prescribe o prohíbe ciertas acciones o planes de vida por su efecto en el carácter mo-

ral del propio agente, mientras que la segunda lo hace por sus efectos en el bienestar de otros individuos distintos del propio agente. La interferencia estatal únicamente está justificada en el caso de una desviación a la moral intersubjetiva de acuerdo con los dos aspectos contenidos en el principio enunciado: la valoración positiva de la autonomía en la elección del individuo en la adopción y materialización de los planes de vida y la prohibición al Estado y a los terceros de interferir (Nino 1989, p. 229).[23]

La definición del principio de autonomía propuesta por Nino incluye las distinciones de libertad —negativa, positiva y autonomía moral—, pues prescribe la no interferencia del Estado y de terceros —libertad negativa—, pero al mismo tiempo aduce como justificación de esto el valor de la libre elección y materialización de los planes de vida, lo que supone el concepto de autonomía moral; es decir, la capacidad para autoimponerse normas que lleven a la realización de los proyectos personales. La libertad positiva se puede extraer como exigencia en los términos expresados por Hierro, en el sentido de que el diseño de las instituciones sociales que debe posibilitar la persecución de los ideales de vida y la satisfacción de los ideales de virtud puede verse como el ejercicio de la autonomía en condiciones de interdependencia.

El principio de autonomía formulado permite, según Nino, identificar —dentro de ciertos márgenes de indeterminación y sin pretensiones de ser exhaustivo, aclara— el contenido de algunos derechos, compuesto por ciertos bienes indispensables para la materialización de los planes de vida que los individuos se propongan:

[23] Estos dos aspectos del principio de autonomía aparecen en muchos otros autores, además de Nino. Por ejemplo, para Hierro, la libertad como derecho moral básico podría enunciarse de la siguiente manera: "Todo ser humano tiene derecho al conjunto de libertades necesarias para desenvolverse como agente moral, así como un derecho general a que su libertad de acción sólo sea limitada por razones necesarias de coordinación social y mediante su consentimiento directo o representado" (Hierro 2000b, pp. 363 y 364). Peces-Barba define a la libertad como "una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social a través del derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello" (Peces-Barba 1995, p. 228). Como se puede apreciar, la valoración de objetivos para la propia vida y la no interferencia del Estado y de terceros se encuentran presentes en los conceptos sobre la libertad de los autores citados.

— En primer lugar, el bien más genérico es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.
— La vida consciente como bien imprescindible para plantearse y materializar los planes de vida.
— Integridad personal y psíquica.
— Libertad frente a posibles obstáculos externos a ese buen funcionamiento.
— Educación liberal[24] para el desarrollo de las facultades intelectuales.
— Libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas.
— Libertad en el desarrollo de la vida privada.
— Libertad de asociación.
— Libertad para realizar trabajos significativos y la de contar con periodos de ocio.

De los anteriores emerge el bien de la *seguridad personal* como bien de segundo nivel, es decir, la certeza de no verse privado de los bienes anteriores (Nino 1989, pp. 223-227).

Es interesante hacer notar que en la formulación del principio propuesto por Nino para fundamentar los derechos humanos, el concepto de autonomía moral parece ser similar a la definición de autonomía que proponen Doyal y Gough como una de las necesidades humanas básicas, expuesta en el capítulo segundo de este trabajo. En efecto, los autores entienden la autonomía como la "capacidad de iniciar acciones, proponerse planes de vida propios y utilizar los medios para llevarlos a cabo". El nivel de autonomía se determina con base en tres variables: comprensión del yo y de la cultura, salud mental, y oportunidades de acciones nuevas y significativas.[25]

Por otra parte, la lista de bienes que Nino hace derivar del principio de autonomía guarda cierta relación con las necesidades de autonomía pro-

24 Vázquez desarrolla ampliamente lo que debe entenderse por una educación liberal: Vázquez, Rodolfo (1999), *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56.

25 Como se señaló en el capítulo segundo, Doyal y Gough también distinguen entre autonomía como "libertad de agencia" y el grado superior de autonomía crítica: "libertad de acción" y "libertad política".

puestas por los autores citados y analizada por Ochaíta y Espinosa desde la perspectiva de las necesidades de los niños y adolescentes.[26] De dicha clasificación podemos deducir que la autonomía moral se encuentra presente —aunque es evidente que con características particulares— desde los primeros días de la vida. Esta perspectiva cambia, a mi modo de ver, la posición tradicional en la que se niega casi cualquier grado de autonomía en los primeros años del ser humano, y permite incluir a los niños como titulares de derechos humanos desde la postura teórica del constructivismo moral.

En efecto, parece ser que la percepción acerca de la autonomía en los niños, y en consecuencia los derechos, cambia si se considera la posibilidad de entender este principio de una forma más amplia; es decir, no restringiendo el ejercicio de la agencia exclusivamente a la utilización de capacidades adultas, sino abriendo el concepto a las habilidades de los niños. Esto supone que el ser humano desde antes de alcanzar la madurez tiene la capacidad para ajustar su vida a sus propios planes, aunque quizá no sean los proyectos a largo plazo que hipotéticamente[27] caracterizan la etapa adulta. Tal como se expuso en el capítulo segundo, desde los primeros días de la vida el ser humano comienza a interactuar con el medio y a manifestar sus necesidades y deseos: el llanto de un bebé o la sonrisa social, el desarrollo del lenguaje en la primera infancia, el deseo de participación activa en las decisiones relacionadas con las rutinas durante la etapa preescolar, la participación en el juego de reglas característico de la etapa escolar y la actitud crítica de la adolescencia son expresiones de esta aptitud que, desde la teoría de las necesidades expuesta, constituyen un ejercicio de la autonomía, pues el niño busca dirigir sus acciones hacia objetivos concretos y lo hace voluntariamente. Ante la objeción de que esto no puede entenderse como un plan de vida trascendente a largo

26 Esto resulta claro respecto de determinados bienes como la integridad personal y psíquica, la educación formal e informal, o la protección de riesgos psicológicos; sin embargo, la necesidad intermedia de participación activa y normas estables se relaciona directamente con las libertades de expresión, pensamiento, asociación, etcétera. El niño es capaz y necesita involucrarse desde los primeros años en las decisiones que afecten a su propia vida.

27 Digo *hipotéticamente*, ya que es evidente que no todos los adultos viven de acuerdo con la formulación ideal de la autonomía, es decir, proponiéndose planes de vida propios y patrones de excelencia humana y ajustando sus conductas para la materialización de estos proyectos.

plazo, se puede responder que desde las categorías propias de la infancia sí que lo es, pues son el ejercicio de las capacidades presentes en ese momento concreto. Además, tampoco podemos afirmar que la autonomía —en el sentido que se expresa en el principio— esté actualizada en todo momento de la vida del ser humano adulto y que constituye el criterio para la toma de la totalidad de sus elecciones: por ejemplo, la vida está llena de conductas y decisiones diarias que no constituyen el ejercicio de la autonomía en el sentido estricto de ajustar la vida a los propios planes, sino que se guían por intuiciones, deseos, preferencias o simplemente influencias externas, y que aún así deben ser respetadas con la obligación del Estado y de terceros de no intervenir, aun cuando perjudiquen claramente el plan de vida del agente moral.

En esta línea de pensamiento, Lowy propone considerar la capacidad de los niños de proponerse proyectos en un sentido más amplio, como alternativa a la postura que sostiene que, en el caso de los niños, no es tan importante la autonomía presente como la "capacidad de autonomía" para ser ejercida en algún momento de su vida.[28] Como bien señala la autora, esto supondría que el sustento de la teoría de los derechos estaría basado no en la autonomía —y otros valores como la dignidad— sino en la capacidad de autonomía, y como consecuencia se justificaría su protección a expensas de los actos o decisiones presentes de los niños. En su opinión, la protección de los niños no debe ser instrumentada únicamente a la luz de su futuro. Cuestiona también los métodos basados en supuestos juicios sustitutorios que pretenden justificarse con base en una presunta aprobación posterior, ya que, en su opinión, ésta estará probablemente influida por los valores inculcados a través de las intervenciones paternalistas. Sostiene la habilidad de los niños, aun de los más pequeños, de proponerse proyectos en el sentido amplio; éstos suponen por lo menos una estructura relacionada con expectativas, determinada por una serie de intereses positivos, cuyo rasgo más importante es que pueden o no ser apropiados a las circunstancias presentes de las personas. De esta

[28] En particular, Lowy pretende rebatir la tesis de Freeman, quien adopta la postura dworkiniana de los derechos, pero agregando al igual respeto e interés un principio de autonomía. Freeman argumenta que lo importante en el caso de los niños no es tanto su autonomía actual como su *capacidad de autonomía* para ser ejercida presumiblemente en algún momento de la vida y con ello justifica la protección de esta capacidad, en algunos casos aun a costa de sacrificar las decisiones presentes de los niños, utilizando un procedimiento de consentimiento hipotético (Lowy 1995, p. 72).

manera, respetar la autonomía del niño implica respetar sus proyectos cuando son apropiados, como expresión de la autonomía presente (Lowy 1995, pp. 72-74). Así, podría establecerse que el principio de autonomía entiende como planes de vida los proyectos apropiados a los que se hizo referencia en al capítulo tercero, es decir, se valora la elección de éstos de acuerdo con las capacidades presentes y la persecución de su materialización, y por tanto es ilícita la interferencia del Estado y aun de terceros cuando dicho proyecto no afecte a los demás o al propio titular, y la intervención es legítima siempre y cuando la posibilidad de perjuicio se deba a la incapacidad para prever y asumir las consecuencias derivadas de sus acciones. Tal como menciona la autora, es un error interpretar la desviación de los criterios adultos de racionalidad como daño en todos los casos e intentar proteger a los niños partiendo de este prejuicio. Las capacidades y formas de racionalidad infantil son distintas, y la autonomía se manifiesta con base en estas capacidades presentes. Esto no significa negar que la capacidad no actualizada de la que habla Nino[29] carezca de sentido; simplemente refuerza —desde mi punto de vista— la idea de que la autonomía no es algo que corresponda exclusivamente a la etapa adulta.

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, la autonomía —moral— como capacidad de elección en el ejercicio de un derecho es el postulado fundamental de la teoría de la voluntad; sin embargo, como se argumentó en su momento, los derechos no se articulan siempre bajo este supuesto, y de ahí su incapacidad para servir como explicación de los derechos subjetivos. Tal como se aprecia en el desarrollo de este capítulo, la autonomía puede concebirse de una manera mucho más amplia que incluya a los seres sin capacidad de elección plena, como los niños. De esta manera, podemos decir que este atributo del ser humano no se manifiesta de manera estática y uniforme, sino que se va transformado a lo largo de la vida y de las situaciones por las que atraviesa cada persona; se encuentra presente de alguna u otra forma en todos los hombres, pero requiere de su ejercicio para su desarrollo. Por otra parte, la no injerencia en la deci-

29 Al hablar de las capacidades necesarias para la personalidad moral, Nino sostiene que el alcance del concepto de capacidad es compatible con su no actualización: "Parece que las condiciones que impiden la actualización de la capacidad que le atribuimos a un individuo deben ser tales que sean superables por el curso normal de las cosas o con medios técnicos disponibles, o con instituciones o prácticas sociales asequibles" (Nino 1989, p. 361).

sión sobre su ejercicio o no ejercicio constituye al mismo tiempo el respeto a este principio, es decir, la libertad se manifiesta también en la elección de no hacer uso de ella o someterse voluntariamente a las decisiones de otra persona o institución.[30] La autonomía así entendida no requiere forzosamente la capacidad de proponerse proyectos de vida a largo plazo o ideales de excelencia elaborados, sino que puede expresarse en los llamados proyectos apropiados y en la adecuación de las conductas para su consecución.

En cuanto a la interferencia estatal, en el caso de los niños también resulta injustificada en el sentido que propone Nino, es decir, en tanto viola la neutralidad respecto de los planes de vida o los ideales de excelencia personal de los individuos. La intervención pública, por ejemplo en la educación, no debe imponer ideales morales —más allá de los que se presuponen en la concepción liberal de los derechos humanos—, sino que debe limitarse a dotar al niño de herramientas para el desarrollo de la autonomía. El conflicto de intereses en el caso de este principio se presenta sobre todo en el seno de la familia, pues tradicionalmente se ha aceptado que los padres tienen facultad para educar en los modelos que ellos consideren adecuados. Esta postura sería compatible con los derechos del niño siempre y cuando no supusiera la imposición y la imposibilidad de conocer otros modos de vida, pues esto vulneraría su libertad para elegir llegado el momento. Lo anterior no supone asumir una postura liberacionista desde la cual se defiende que los niños deben tomar sus propias decisiones y ser tratados como adultos. El respeto a la autonomía no equivale a la ausencia de valores —de lo contrario sería imposible tener una postura de defensa de los derechos humanos—, significa educar para la libre elección, y no pretender coaccionar llegado el momento en el que el niño pueda ir realizando sus propias opciones.

Queda abierta la cuestión de la interferencia estatal en el caso de los satisfactores básicos para cubrir las necesidades de los niños; es decir, determinar en dónde se encuentra el límite hasta el cual el Estado puede llegar para asegurar los mínimos indispensables, dado que los niños no

30 El caso de los monjes es utilizado con frecuencia para ejemplificar el uso de la autonomía personal para renunciar a cierto grado de libertad; sin embargo, me parece que también estaría en este supuesto de cesión de la autonomía quien deja sus decisiones en manos de, por ejemplo, la publicidad, el horóscopo o el azar, que no son tan raros como nos gustaría suponer.

pueden garantizarlos por sí mismos. Esta pregunta será objeto de análisis al tratar el tema del paternalismo, en donde intentaré dar una solución coherente con el concepto amplio de autonomía expuesto.

De lo anterior parece razonable concluir que a partir del principio de autonomía es posible derivar derechos aplicables a los niños, lo que quiere decir reconocer que tienen cierto grado de autonomía moral y que como consecuencia de ello hay una exigencia de libertad negativa y positiva. No hay que olvidar tampoco que este principio no constituye en exclusiva el fundamento de los derechos humanos —ni a mi juicio es el más fundamental—, sino que debe combinarse con los principios de igualdad y dignidad —que en mi opinión tienen la misma importancia—, que se expondrán a continuación.

2. *El principio de igualdad de la persona*

El segundo principio que en combinación con el de autonomía y dignidad puede dar origen a los derechos humanos es el principio de igualdad.[31] El concepto de igualdad responde a la intuición de que esta clase de derechos corresponde a todos los hombres a título igual por estar vinculados con exigencias éticas especialmente importantes para los seres humanos. Este principio es también candidato a constituir la base de los demás principios, especialmente por los autores que ponen el énfasis en

[31] No todos los autores consideran el principio de igualdad como uno de los que pueden dar origen a los derechos humanos. Nino habla del principio de *dignidad* de la persona, que a su juicio "prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*… su importancia como directiva de la moralidad se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad" (Nino 1989, p. 288). Según este autor, de este principio surge la ilegitimidad de las instituciones o medidas que discriminen a los hombres sobre la base de factores ajenos a su voluntad. En mi opinión, según la definición de Nino, el que denomina principio de dignidad cumple la misma función que el de igualdad, en tanto prescribe el trato equitativo entre las personas, aunque creo que el de igualdad resulta más adecuado porque no depende de las manifestaciones de voluntad, que parecen estar incluidas en el ámbito del principio de autonomía y en el que yo considero como el principio de dignidad (que Nino identifica como inviolabilidad). Sin embargo, de alguna u otra forma el valor de la igualdad está presente en la fundamentación de los derechos humanos de este autor, de manera que creo que se sostiene su validez como principio.

la justicia como equidad. Tal es el caso de Dworkin, quien expone una fundamentación de los derechos en la que el concepto central es el de equidad, en lugar del de autonomía, negando que exista un derecho genérico a la libertad.[32] Dworkin define la concepción liberal de equidad partiendo de los postulados de moralidad política que establecen que el gobierno debe tratar a sus gobernados con igual consideración (*concern*) —como seres humanos con capacidad de sufrimiento y frustración— y respeto (*respect*) —como seres humanos capaces de formar y actuar sobre concepciones inteligentes de cómo deben vivir sus propias vidas— y no debe distribuir los bienes y oportunidades inequitativamente sobre la base de que algunos ciudadanos son dignos de mayor interés, ni restringir la libertad por considerar que la concepción de la vida buena de un grupo es más noble o superior a otras.

Para Dworkin el derecho a igual consideración y respeto comprende dos derechos distintos: el primero es un derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que cualquier otro, y el segundo es el derecho al tratamiento como un igual, que se traduce en el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas sobre cómo han de ser distribuidos estos bienes y oportunidades (Dworkin 1987, pp. 272 y 273). De tal manera que los llamados derechos políticos, que para algunos autores derivan del principio de autonomía, para Dworkin se desprenden directamente del derecho a ser tratado como un igual, y los derechos a las distintas libertades deben ser reconocidos únicamente cuando así lo requiera este derecho fundamental:

> I propose that the right to treatment as an equal must be taken to be fundamental under the liberal conception of equality, and that the more restricti-

[32] Dworkin utiliza como base para argumentar en contra de un derecho general a la libertad la diferencia entre cualquier tipo de libertad y las libertades básicas, cuestionando qué es lo que hace a estas últimas más importantes que las primeras: "My present point, however, is that if the distinction between basic liberties and other liberties is defended in this way, then the notion of a general right to liberty as such has been entirely abandoned. If we have a right to basic liberties not because they are cases in which the commodity of liberty is somehow specially at stake, but because an assault on basic liberties injures us or demeans us in some way that goes beyond its impact on liberty, then what we have a right to is not liberty at all, but to the values or interests or standing that this particular constraint defeats" (Dworkin 1987, p. 271). Finalmente, Dworkin afirma que los argumentos sobre distintas libertades son independientes entre sí, pues no existe un derecho general a la libertad.

> ve right to equal treatment holds only in those special circumstances in which, for some special reason, it follows from the more fundamental right… I also propose that individual rights to distinct liberties must be recognised only when the fundamental right to treatment as an equal can be shown to require these rights (Dworkin 1987, p. 274).

Para Dworkin, la idea de equidad política es fundamental para quien pretenda tomarse los derechos en serio, pues garantiza la protección de los miembros más débiles de la sociedad en contra de los intereses generales o de los más poderosos, en la medida en que representa la promesa de las mayorías a las minorías de que su dignidad e igualdad serán respetadas (Dworkin 1987, p. 205).

Tal como se expuso en el capítulo segundo, otro importante defensor del principio de igualdad es Rawls, como se desprende del segundo de los principios de justicia resultantes del acuerdo hipotético de los ciudadanos en la posición original. A pesar de que Rawls considera que hay un principio de libertad y otro de igualdad, en opinión de Dworkin la asunción más básica de este autor no es el derecho del hombre a ciertas libertades, sino el derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas, ya que éste es una condición para el acceso a la posición original, pues se sigue de la personalidad moral que distingue a los humanos de los animales y la poseen todos los hombres que pueden dar justicia y, por tanto, los únicos que pueden contratar. El derecho a la igualdad no surge del contrato, sino que se asume en su diseño (Dworkin 1987, p. 181).

A pesar de que no todos los autores comparten la idea de que la igualdad es el principio fundamental, es claro que este concepto está estrechamente relacionado con la idea de derechos humanos. En mi opinión, la igualdad constituye también un requisito del discurso moral, pues tal como señala Dworkin, la participación en cualquier tipo de consenso supone considerar que los seres humanos tienen derecho a igual consideración y respeto y por ello pueden intervenir en el diálogo, y al mismo tiempo, al constituir una exigencia el que el acuerdo sea unánime, se reconoce indirectamente igual peso a los participantes en el discurso. Aquí, sin embargo, nos encontramos con un conflicto cuando intentamos aplicar el principio de igualdad a los niños. Parece ser evidente que los niños no son iguales a los adultos, ni siquiera en la igualdad básica que se re-

quiere para la participación en el discurso moral, pues, por ejemplo, como se dijo en el capítulo segundo, aparentemente Rawls no los considera capaces de situarse en la posición original. Por otra parte, hay cierta intuición que nos dice que el principio de igualdad no sería satisfecho si se trata a los menores igual que a los mayores de edad, como parecería exigir un derecho genérico a la igualdad. ¿Es posible entonces sostener el principio de igualdad y al mismo tiempo sostener que los niños son titulares de derechos humanos, aunque no deba tratárseles igual?

Para responder a esta aparente contradicción es necesario precisar el significado del principio de igualdad. En primer lugar, podría ser de gran ayuda la distinción que hace Laporta entre "universalidad" y "generalidad", ya que el principio de igualdad se materializa a través de su concreción en las normas. Según Laporta, la universalidad está relacionada con la forma lógica de la norma: se refiere a que todos los miembros de una clase son los destinatarios de la misma. Aunque se tiende a identificar el principio de igualdad con la universalidad de las leyes, esto es erróneo, pues una norma universal puede ser absolutamente desigualitaria, como las leyes que restringen derechos a una clase de individuos con base en su color de piel o sexo. La generalidad, en cambio, alude a la amplitud del grupo al que va dirigida la norma, es decir, al número de destinatarios de la misma: cuanto más amplia es la clase más general es la norma (Laporta 1985, pp. 6 y 7). La igualdad está directamente vinculada con la generalidad de las leyes, aunque evidentemente no es condición suficiente, pues una regla puede ser muy general y, sin embargo, ser discriminatoria o desigualitaria, ya que hacen falta otros elementos para satisfacer este principio, como se pone de manifiesto si aplicamos estos criterios al caso de los pequeños. Efectivamente, no consideraríamos que una norma es igualitaria si establece, por ejemplo, las mismas consecuencias para las personas independientemente de su edad.

Es necesario, pues, incorporar un nuevo componente para determinar si una norma satisface o no el principio de igualdad que nos permita distinguir cuándo se debe tratar a un individuo o clase de individuos de manera diferente. Aunque aparentemente pudiera ser más igualitaria una norma que incluyera dentro de sus consecuencias a un mayor número de personas, esta afirmación es engañosa, pues lo importante no es la cantidad que integra la selección de individuos, sino la razón para esa clasificación, es decir, que los criterios utilizados para incluir o no a una clase

dentro de la regla cumplan con el principio de igualdad.[33] Los criterios determinan las condiciones específicas que son relevantes para un tratamiento normativo determinado, y a través de éstos se despliega el principio de igualdad:

> Lo que en realidad impone el principio de igualdad es una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las condiciones de aplicación, es decir, sobre el conjunto de criterios de "clasificación". Sea cual sea el número de seleccionados o clasificados en virtud de las condiciones de aplicación de la norma, si la determinación de éstas obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria (Laporta 1985, p. 11).

Alexy habla también del principio de igualdad como una exigencia en el contenido de las normas, en las que deben existir pautas que determinen cuándo un grupo de individuos está incluido o no dentro del supuesto normativo. El principio no puede exigir tratar igual a todos, pero tampoco admite toda diferenciación, tal como indica la fórmula "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" (Alexy 2002, p. 385).

De esta manera, resulta entonces que el principio de igualdad determina cuándo existen razones que puedan justificar el establecer diferencias en las consecuencias normativas. Podemos hablar entonces de dos niveles o contenidos del principio:

a) Un principio de no discriminación que establece la igualdad genérica que deriva del reconocimiento del mismo valor moral para todos los seres humanos. Este primer principio indica que cuando no exista una justificación para un trato desigual, debe darse igualdad en el tratamiento, y podría enunciarse de la siguiente manera: *todos los hombres deben ser tratados como iguales*.
b) Un principio que establece cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas de acuerdo con ciertos ras-

[33] Resulta muy clarificador el ejemplo utilizado por Laporta para explicar la importancia de que sean los criterios para establecer distinciones los que cumplan con el principio de igualdad y no la cantidad de individuos que integran la selección: "Según este criterio, sería más igualitaria una norma que dijera: «Todos los participantes en los juegos olímpicos recibirán la medalla de oro», que una norma que dijera «los vencedores en las pruebas olímpicas recibirán la medalla de oro»" (Laporta 1985, p. 11).

> gos que se consideran relevantes. Este segundo contenido del principio de igualdad establece ciertos criterios que constituyen razones para distinguir entre determinadas clases de sujetos.[34]

Como es evidente, la aplicación aislada del principio *a* tendría como resultado, en muchos casos, una profunda desigualdad entre los individuos, pues entre éstos se presentan características personales, circunstancias o situaciones que colocan a un cierto grupo en posición de ventaja o desventaja respecto del resto, de modo que el principio *b* en cierta medida posibilita el cumplimiento del primero, es decir, el tratamiento desigual; cuando se encuentra justificado, permite atenuar las diferencias provocadas por las circunstancias de los individuos. Sin embargo, esto nos lleva a preguntar ¿a qué igualdad se refiere la primera parte del principio? O, en otras palabras, ¿en qué son iguales los seres humanos?

Tal como han señalado muchos autores, el concepto de igualdad puede ser descriptivo, es decir referirse a una característica "natural" del ser humano, o normativo, que indica de qué manera deben ser tratados los seres humanos. Si se entiende el principio de igualdad con los dos componentes mencionados, es claro que se hace alusión a un concepto normativo, pues si el objetivo fuera explicar una propiedad común la segunda parte no tendría sentido, ya que entraría en contradicción con la primera, esto es: si todos los hombres son *realmente*[35] iguales resulta absurdo darles un tratamiento desigual. En consecuencia, el principio de igualdad intenta establecer una pauta que permita disminuir las diferencias entre los hombres.

Se ha repetido también en muchas ocasiones que la igualdad es una noción relacional, es decir, al hablar de igualdad no nos referimos a una propiedad del individuo, sino que estamos haciendo referencia a la rela-

34 Rawls identifica las dos partes del principio de igualdad como los dos principios de justicia: "*a)* cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y *b)* las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posibilidades abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)" (Rawls 2002, p. 73).

35 Utilizo la expresión *realmente* para referirme a lo que supuestamente podría ser una realidad o verdad cognoscible.

ción entre dos personas que "aunque diferenciables en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro conforme a un criterio relevante de comparación" (Vázquez 1999, p. 44). Para ello debe existir una pauta de compulsación, algo que funcione como referente para determinar los contenidos del tratamiento diferenciado. La noción de necesidades humanas desarrollada en el capítulo segundo constituye, en mi opinión, dicho criterio; más adelante explicaré cómo opera en la aplicación de este principio.

Es importante subrayar la distinción entre los dos conceptos contenidos en las dos partes del principio de igualdad; me refiero a los términos "discriminación" y "tratamiento diferenciado". La primera parte del principio proscribe la discriminación de manera genérica, ya que ésta supone necesariamente un proceso valorativo que sostiene la superioridad de un grupo sobre otro y la opresión del inferior como consecuencia. Según Bobbio, el proceso para llegar a la discriminación[36] se produce de la siguiente manera:

> A la discriminación se llega con un proceso mental que, extremadamente simplificado, puede ser resumido de este modo:
>
> — Se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al grupo B;
>
> — Se consideran esas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;
>
> — Se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad… el poder de oprimir al grupo B (Bobbio 19991, pp. 48 y 49).

Para Bobbio, lo que importa no son las diferencias, sino que éstas sean reveladoras de superioridad. A diferencia de la discriminación, el tratamiento diferenciado no supone la preeminencia de un grupo sobre otro, ni mucho menos su opresión; se refiere únicamente a la necesidad o conveniencia de establecer consecuencias normativas distintas atendiendo a rasgos relevantes, pero sin hacer un juicio sobre el valor de los grupos poseedores de los atributos con base en los cuales se marcan las distinciones. Esta distinción de concepto es, a mi manera de ver, de gran

36 Para Bobbio, las discriminaciones derivadas de diferencias históricamente relevantes pueden ser originariamente consideradas como manifestaciones del principio de justicia basado en el rango: "a cada uno según su rango" (Bobbio 1991, p. 48).

trascendencia en el caso de los menores de edad, pues permite justificar el tratamiento diferenciado por causa de la edad, pero no la discriminación. En efecto, en atención a las características específicas de cada una de las etapas de desarrollo, está justificado desde el principio de igualdad un trato particular, por constituir éstas propiedades relevantes; sin embargo, esto no supone una visión de superioridad de los adultos sobre los niños, ni evidentemente justifica la dominación.[37]

Con estas precisiones, podemos definir el principio de igualdad de acuerdo con la formulación de Laporta: "Una institución satisface el principio de igualdad si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación, y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica sus beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes" (Laporta 1985, p. 27).

Por otra parte, paralelo a los distintos tipos de autonomía de los que se habló en el título anterior, es posible identificar varios significados de igualdad:[38]

La igualdad formal se vincula directamente con el principio formulado de manera abstracta; es la igualdad normativa, esto es frente a la ley, que prescribe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; es decir, "se reduciría básicamente a la inmunidad frente a tratamientos discriminatorios del legislador" (Hierro 2000b, p. 364). La igualdad formal prohíbe la diferenciación en el trato por motivos irrelevantes, y según Peces-Barba tiene tres dimensiones: en primer lugar la igualdad como generalización, en segundo lugar la seguridad procesal o de procedimiento y

37 Aunque al parecer Bobbio asume que el trato que las normas dan a los niños es discriminatorio, y que se trata de una de las "discriminaciones históricas que la conciencia moral continúa juzgando relevantes para los fines de la distinción entre grupos de individuos" (Bobbio 1991, p. 50).

38 La postura tradicional distingue entre igualdad formal y material, sin embargo, es interesante mencionar que Bobbio identifica tres conceptos de igualdad de acuerdo con su aparición histórica y su vinculación con los distintos tipos de libertad: igualdad jurídica, que consiste en las situaciones en que el ordenamiento reconoce capacidad jurídica a todos los individuos, lo que implica una capacidad abstracta de querer y actuar en el propio interés dentro de los límites de las leyes; la igualdad política, fundada en el concepto de soberanía popular y derecho al sufragio universal; e igualdad social, que es la igualdad de oportunidades que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales. A cada concepto de igualdad se corresponden los conceptos de libertad negativa, libertad positiva y libertad real, respectivamente (Bobbio 1991, p. 46).

la igualdad de trato formal, que comprende la igualdad como equiparación y como diferenciación[39] (Peces-Barba 1995, pp. 284 y 285).

El segundo tipo de igualdad es el que se identifica como igualdad material, y deriva del hecho de que para conseguir la equidad es necesario garantizar el acceso a ciertos bienes básicos, imprescindibles para el desempeño del hombre como agente moral. La igualdad formal puede quedarse en un enunciado normativo de contenido vacío si un individuo carece de los mínimos vitales para subsistir y realizar elecciones. Así, la igualdad material puede a su vez concretarse de dos formas: como igualdad de oportunidades o como igualdad de resultados. La igualdad de oportunidades puede entenderse como igualdad de acceso, que exige la apertura en la admisión de la competición a todos —que pueden ser todos los que cumplan ciertos requisitos— o en el punto de partida, y la igualdad en las circunstancias previas a las que se accede a la prueba. La igualdad material en el punto de partida tiene como fin subsanar las desigualdades derivadas de ciertas circunstancias de los seres humanos provocadas por su situación familiar o social (Vázquez 1999, p. 115). Este tipo de igualdad es particularmente importante en el caso de los niños, pues en éste encontramos la justificación para muchos de los derechos que se consideran específicos de esta etapa, especialmente a la educación, que tiene precisamente como una de sus finalidades el que todo niño, independientemente de su contexto social, pueda contar con las herramientas necesarias para desenvolverse en la sociedad. La igualdad material de resultados supone una igualdad absoluta, pero además de que parece fácticamente imposible, es contraria a la autonomía de la persona, pues exige restringir su libertad de elección.

El concepto de necesidades humanas opera como criterio de distribución para lograr la igualdad material de oportunidades, posibilitando la prescripción del tratamiento diferenciado en tanto éste permita su satisfacción; las diferencias son legítimas en tanto hagan posible situar a todos los seres humanos en un plano de igualdad respecto de la realización

39 La igualdad como equiparación "se expresa en el principio de no discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual. Con este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales" (por ejemplo, diferencias en raza, sexo, religión, clase social, etcétera). La igualdad como diferenciación, en cambio, establece el trato diferenciado para hacer posible la igualdad ante la ley, por ejemplo la edad, los ingresos (para efectos de impuestos), etcétera (Peces-Barba 1995, pp. 284 y 285).

de necesidades, que son la condición para que el sujeto pueda desenvolverse como agente moral dentro de su comunidad. Así, por ejemplo, la desigualdad en el trato de personas con distintos recursos económicos está justificado en tanto permiten al que menos tiene acercarse en la satisfacción al de mayores ingresos. En palabras de Rawls, esto significa que "las desigualdades deben redundar en beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad" (Rawls 2002, p. 73).

Ahora bien, al ser la igualdad un concepto relacional, es decir, se es igual respecto a alguien o a algo, aun utilizando un concepto objetivado como pretende ser el de necesidades básicas, tenemos que admitir que está en cierta medida vinculado a ciertos factores, como podría ser el bienestar de la sociedad. Hierro dice que el mínimo de necesidades del sujeto como agente moral se ve empujado hacia la posición de los que más han alcanzado, de manera que al concretarse en derechos humanos, el principio de igualdad no permite establecer una cantidad y calidad cerrada de los bienes que se necesitan para satisfacer los derechos; las necesidades dependen así de las posibilidades de satisfacción de un contexto determinado. Desde la perspectiva de las necesidades básicas,[40] las posibilidades de que un agente moral se sienta miembro cooperador de la sociedad dependen de las posibilidades de acción individual en ese contexto, de modo que las necesidades obedecen a una construcción social que hace experimentar a cada uno como necesario aquello que, si se le hubiese sido tratado con igual consideración y respeto, podría llegar a alcanzar en ese contexto:

> Lo que se siente como una injusticia no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que con un reparto más igualitario de los recursos uno podría haber evitado; lo que se siente como una injusticia no es carecer de un nivel de renta determinado, sino no haber tenido la posibilidad de obtener el nivel de renta que permite desenvolverse como un miembro normal en un contexto social dado; lo que se siente como una injusticia no es carecer de la oportunidad de disfrutar de las comodidades, sino carecer de la oportunidad de disfrutar de las comodidades que se han incorporado como capacidades normales en un contexto dado (Hierro 2002, p. 100).

40 Hierro explica la imposibilidad de establecer mínimos fijos a partir del bien primario rawlsoniano de autoestima, ya que éste no depende de la satisfacción de un nivel objetivo de necesidades mínimas, sino de la existencia de ciertas condiciones que permitan al sujeto sentirse miembro cooperador de la sociedad (Hierro 2002, p. 99).

Laporta habla también de que la noción de necesidad tiene en gran medida un significado contextual en un doble sentido: genérico y específico, en la idea de que los niveles de la sociedad de referencia determinan en buena medida su fuerza.[41] La remisión al contexto social, cultural y lingüístico supone la utilización de los criterios de uso de nociones como "necesidad" o "mérito", lo que en su opinión implica que la existencia de los rasgos diferenciales es algo variable, vinculado con la evolución de las sociedades (Laporta 1985, pp. 14-25). Sin embargo, me parece importante aclarar que desde la visión de los derechos humanos que se pretende defender, la igualdad no puede estar únicamente en relación con los otros miembros de la sociedad, entendida como Estado, pues ello implicaría rechazar la pretendida universalidad de los derechos y condicionarlos a la situación del país, así como considerar aceptables las abismales diferencias en los niveles de vida de los hombres, dependiendo de su lugar de nacimiento. Por otra parte, también parece que el criterio de comparación para la satisfacción de las necesidades es cada vez más extenso; es decir, el contexto ya no se reduce a la sociedad o comunidad del sujeto, sino a países distintos que gozan de niveles de bienestar muy superiores a la mayoría. No podemos suponer que no sería injusto disponer de los bienes y servicios del Estado de bienestar mientras otros seres humanos carecen de las condiciones básicas para la supervivencia y que no existe responsabilidad en ese sentido. La interdependencia económica cada día más acentuada entre las regiones refuerza esta idea, pues creo que hoy no es admisible suponer que la riqueza es exclusivamente producto de los esfuerzos y recursos concentrados en una sociedad cerrada como podría ser un Estado nacional.

Otro de los temas directamente derivados del principio de igualdad es el de la llamada *discriminación inversa*,[42] cuyo fin es precisamente cum-

41 Bobbio relaciona también las necesidades con los cambios en las condiciones de la sociedad y explica el desarrollo histórico de los derechos a partir de la aparición de nuevas amenazas contra las libertades o del descubrimiento de nuevos remedios a la indigencia humana como consecuencia del progreso técnico: "Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas" (Bobbio 1991, p. 19).

42 Se utiliza el término *discriminación inversa* por ser de uso generalizado, a pesar de que no responde al significado de discriminación como producto de la superioridad de un grupo sobre otro, aunque sí deriva de una situación de discriminación en el pasado.

plir con el contenido (b) a través de la diferenciación en el trato aplicada a grupos o clases de individuos que tradicionalmente han sido discriminados y por tanto se encuentran en una posición desventajosa respecto del resto de la sociedad.

El objetivo de la discriminación inversa es compensar las desigualdades producto de las circunstancias sociales hasta conseguir que los integrantes del grupo desfavorecido alcancen niveles de igualdad de oportunidades respecto de los otros individuos, por ejemplo estableciendo cuotas mínimas obligatorias de acceso a determinadas instituciones para miembros de minorías raciales. Para Vázquez, las medidas de discriminación inversa son necesarias para alcanzar la igualdad de oportunidades si cumplen con dos requisitos: que la situación de injusticia no se encuentre resuelta en el presente y la medida sea temporal, y si la medida discriminatoria logra promover la autonomía de los individuos del grupo desfavorecido:

> Si por discriminación inversa entendemos la acción que consiste en tomar en cuenta factores como la raza, el sexo o la religión para favorecer a los miembros de un grupo social como compensación al relegamiento tradicionalmente padecido por tales grupos sociales, parece que tal medida está justificada: (a) si tal relegamiento originado en el pasado se perpetúa hasta el presente y si la medida discriminatoria es temporal mirando hacia el futuro; y (b) si con ella promovemos la formación de la autonomía de los miembros del grupo menos favorecidos social y económicamente (Vázquez 1999, p. 124).

En el caso de los niños es evidente que no podemos hablar de discriminación inversa, pues, en primer lugar, no forman un grupo social cuyos miembros sean permanentes, es decir, a pesar de que podemos hablar de una categoría social, sus integrantes la van abandonando en tanto van alcanzando la edad adulta. Por otra parte, tampoco es claro que podamos asegurar que los niños han sido relegados de acuerdo con la distinción entre discriminación y tratamiento diferenciado, pues la primera obedece a la opresión de un grupo sobre otro, mientras que el segundo puede responder, como creo que sucede en este caso, a la necesidad de una protección especial que compense alguna desventaja, como sería el proceso de desarrollo de la autonomía en el caso de los niños. Esto no quiere decir

que los niños no hayan sido discriminados en el pasado y no lo sigan siendo por causa de su edad en muchos lugares del mundo.[43] Sin embargo, el trato jurídico durante la infancia, por ejemplo el derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede entenderse como discriminatorio y por tanto no sería aceptable la aplicación de medidas de discriminación inversa.

Una última cuestión debe ser abordada respecto de los niños: ¿es posible incluirlos en la primera parte del principio de igualdad? La pregunta es si realmente podemos decir que los niños deben ser tratados como iguales y con base en ello establecer las diferencias en el trato. Parece innegable que quienes se oponen a la titularidad de derechos durante la infancia se resistirían a incluirlos en la noción normativa de igualdad, pues aparentemente sostienen que los niños *no son iguales* y por eso procede darles un trato distinto, no basado en derechos. La fundamentación aparente de esta afirmación es la no autonomía, o la incapacidad de desenvolverse como agente moral. Sin embargo, si consideramos el principio de autonomía de una manera más amplia, como la expuesta en el apartado precedente, los niños ciertamente pueden considerarse iguales a los demás seres humanos en el sentido prescriptivo del principio expuesto. Los niños *deben ser tratados* igual a los demás, por eso se justifica un tratamiento diferenciado como indica el principio *b*, y ello porque sí pueden ser considerados como agentes morales.

Utilizando como criterio de comparación las necesidades básicas, podemos desprender el derecho de cualquier niño a la adecuada satisfacción de los bienes necesarios. El problema de quienes niegan derechos a los niños es que aceptan tácitamente —y sin justificación, por lo menos explícita— como criterio las capacidades adultas, específicamente la aptitud para hacer cierto tipo de elecciones. Esto nos remite a la distinción entre discriminación y trato diferenciado; quienes niegan derechos a los niños estarían de acuerdo en discriminarlos, es decir, excluirlos de la titularidad de los derechos por causa de sus diferencias con las capacidades adultas.

43 Pienso en los miles de niños que sufren de explotación por el hecho de ser menores en las fábricas de productos para el *primer mundo*, o en las niñas víctimas de la explotación sexual, por mencionar sólo algunos ejemplos que más deberían sacudir nuestra conciencia.

3. *El principio de dignidad de la persona*

El tercer principio que a mi juicio puede funcionar, en conjunción con los otros dos, como fundamento de los derechos humanos es el principio de dignidad. Si bien es cierto que no todos los autores lo consideran como tal, indudablemente lo que Dworkin llama la "vaga pero poderosa idea de dignidad humana" (Dworkin 1987, p. 198) está estrechamente vinculada con la noción de derechos humanos, ya sea como fundamento o presupuesto, y es por esta razón, unida a los argumentos que se expondrán a continuación, que creo que puede considerarse como uno de los principios de los cuales derivan esta clase de normas.

Como bien apunta Nino, el principio de autonomía es de índole agregativo, es decir, que la autonomía personal tomada en forma aislada, desde una visión utilitarista, podría justificar el sacrificio de cierto grupo dentro de una sociedad si de esta manera se incrementa el nivel de libertad de la comunidad en general. Esto contradice ciertas intuiciones relacionadas con los derechos humanos, pues si se considera que la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres, no se justificaría el sacrificio de alguno —o algunos— en beneficio de otros. Hace falta entonces otro principio que desempeñe la función de limitar la autonomía personal a través de criterios que regulen la distribución de la misma. El principio de dignidad de la persona[44] puede cumplir con este cometido de actuar como contrapeso para restringir los cálculos utilitarios que se podrían justificar desde el principio de autonomía, a partir de la premisa de que lo importante no es sólo la cantidad de libertad en una sociedad, sino cómo se distribuye ésta y que no suponga la privación de ninguno de sus miembros a favor de los otros. Así lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar en su artículo 1o. que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". De tal forma que, como dice Nino, el principio de autonomía establece el contenido de los derechos, al definir los bienes que son objeto de

[44] Es importante aclarar que Nino llama principio de inviolabilidad a lo que aquí se considera como principio de dignidad que "…proscribe, entonces, imponer sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio" (Nino 1989, p. 239). Siguiendo a Vázquez, pienso que esta noción responde mejor al concepto de *dignidad* de la persona por ser un término más claro y vinculado con la noción de derechos humanos, así como para denotar la influencia kantiana (Vázquez 1999, p. 43).

los mismos, mientras que el principio de dignidad establece la función de los derechos de limitar las posibilidades de compensaciones interpersonales de esos bienes. Para algunos autores, el valor moral se relaciona directamente con la autonomía, es decir, con la capacidad para elegir y por tanto ser agente moral. La autonomía permite la persecución de los fines y objetivos morales de cada individuo en tanto que son expresión de su dignidad humana.

Dworkin vincula también la postura de "tomar los derechos en serio" con la idea de dignidad de la persona, esto es, con la aceptación de que ciertos modos de tratar a los individuos que son inconsistentes con su reconocimiento como un miembro de la comunidad humana deben ser considerados como injustos, y en este sentido la institución de los derechos representa un compromiso de la mayoría hacia la minoría del respeto a la dignidad y equidad (Dworkin 1987, p. 198). Para MacCormick la categoría derechos morales supone aceptar la idea de dignidad humana —que entiende como el principio moral primario y fundamental del respeto a las personas—: "el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos" (MacCormick 1990, p. 134). Para Fernández, "de la idea de dignidad humana se derivan unos valores que han de fundamentar los distintos derechos humanos. Estos valores son la seguridad, la libertad y la igualdad" (Fernández 1982, p. 108).

El principio de dignidad guarda también una estrecha vinculación con la noción de igualdad, pues lo que subyace al mismo es el reconocimiento del otro como un ser con análogas cualidades morales a las propias y por tanto merecedor de igual consideración y respeto. Melden asocia también estos dos principios y sostiene que cualquier persona, aunque su posición social sea muy elevada, debe rendir cuentas por cualquier infracción o violación a los derechos humanos del individuo que ocupe el lugar más bajo en la escala social:

> Lo que nosotros denominamos la dignidad de una persona no es una cuestión perteneciente a alguna preciosa cualidad interna de su naturaleza como ser humano —su racionalidad o su autonomía—, sino que se refiere a aquel sentido que manifiesta respecto de su propia posición como ser que está autorizado, por sus derechos, a conducirse de un modo que demuestre que espera que sus derechos sean respetados por los demás pero que en caso de que esto no suceda, está dispuesto a hacer valer aquella autoridad moral que tiene en virtud de sus derechos (Melden 1980, p. 357).

Desde luego, la idea de dignidad humana nos remonta a la noción kantiana de la persona como fin en sí misma, que no puede ser utilizada como medio para conseguir objetivos sociales valiosos.[45] La dignidad supone el reconocimiento de los miembros de la sociedad como individuos y con relevancia moral como tales, es decir, separada e independiente de la comunidad, como portadores de derechos que implican un compromiso lógico con el reconocimiento de la existencia de una esfera de intereses de la persona que no podemos invadir en aras del bien común, muchas veces ni siquiera con el consentimiento del titular. Dentro de este perímetro se encuentran bienes directamente relacionados con la identidad del individuo: vida, integridad física y psíquica, intimidad, honor e imagen. La aceptación del principio de dignidad supone la inmunización de este ámbito del individuo aun en contra del procedimiento democrático, pues los bienes protegidos no son negociables ni siquiera por una decisión mayoritaria; por eso representa la promesa de respeto de la mayoría a las minorías y, en el caso de los niños, a quienes no pueden participar en los procedimientos de decisión públicos. La idea de dignidad humana les da en buena medida a los derechos su carácter de "cartas de triunfo", como los considera Dworkin. En este orden de ideas Vázquez, tomando elementos tanto de la fórmula kantiana como de la de Nino, formula el principio de dignidad de la siguiente manera: "que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio" (Vázquez 1999, p. 43).

El concepto de dignidad es presupuesto también de la discusión social, pues está implícito en la adopción del punto de vista moral que involucra contemplar por separado los intereses de cada individuo. El yo es presupuesto de la discusión ética en tanto ésta requiere de la adopción de un punto de vista que se construye a partir de las opiniones de todos aquellos que pueden ser afectados por la adopción de la medida que se discute, partiendo de que son los individuos los únicos centros de intere-

[45] Kant formula de la siguiente manera el imperativo práctico supremo: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio" (Kant [1985] 1963, p. 84). La dignidad supone la condición para que algo pueda ser un fin en sí mismo: "pero aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, *dignidad*" (Kant [1785] 1963, p. 93).

ses con capacidad para adoptar un punto de vista moral. Como afirma Vázquez: "La adopción de un «punto de vista moral» sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga hacer de lado la independencia y separabilidad de las personas sino, por el contrario, que cada una sea considerada en su propia identidad" (Vázquez 1999, p. 42).

El principio de dignidad se encuentra vinculado también con el valor de la tolerancia, en la medida en que reconoce como valiosos los planes de vida y las elecciones del individuo como tal.

El concepto de dignidad es importante en el caso de los niños, especialmente en su tarea como contrapeso al excesivo énfasis que se da a la libertad, pues mientras la autonomía completa —por llamarla de algún modo— no se alcanza hasta la edad adulta, la dignidad puede considerarse presente desde los primeros momentos de la existencia humana. Es gracias a la idea de dignidad que los seres sin autonomía plena o sin la posibilidad de llegar a ella pueden considerarse como titulares de derechos humanos. Pensemos en los niños que padecen algún tipo de enfermedad terminal,[46] suponiendo que podemos tener la absoluta certeza de que jamás alcanzarán la edad adulta y por tanto la capacidad para tener libertad en sus decisiones. Si adoptáramos la postura de los autores que intentan justificar la titularidad de derechos en la autonomía como capacidad no actualizada, tendríamos que concluir que un niño que no llegará a la edad adulta no es persona moral, lo cual parece contradecir también una intuición relacionada con la igualdad. ¿Debe recibir un trato diferente por el simple hecho de que nunca llegará a ser mayor de edad?, ¿podemos considerar a los demás niños como personas morales o titulares de derechos por el simple hecho de tener la posibilidad de alcanzar la autonomía?, ¿la personalidad moral se retrotrae a la infancia cuando se alcanza el edad adulta, y si no sucede esto, el niño nunca fue persona moral?

En mi opinión, el principio de dignidad constituye una respuesta razonable a estos cuestionamientos: a pesar de tener la seguridad de que un niño nunca llegará a ser completamente autónomo podemos considerarlo

46 Evidentemente, los niños con enfermedades terminales no son los únicos casos en los que la consideración de la autonomía como fundamento de los derechos constituye un problema; en esta misma circunstancia se encontrarían, por ejemplo, lo discapacitados psíquicos o físicos, ya que no se puede considerar que la capacidad no esté actualizada, pues nunca se desarrollará.

titular de derechos porque ello se deriva del principio de dignidad. Esto conlleva también negar la visión que considera a los niños como el futuro de la humanidad y que ve en los derechos de éstos la garantía para que se desarrollen y lleguen a ser adultos responsables.[47] Esta visión, que por cierto es bastante frecuente aun en el discurso de fundamento de los derechos de los niños, es contraria al principio de dignidad y al respeto a la persona como fin en sí misma, pues coloca al menor y a sus derechos subordinados al bienestar social y al futuro adulto. El derecho del niño a recibir educación, por ejemplo, no puede subordinarse a su condición de eventual ciudadano, sino que debe responder a la situación y necesidades actuales del individuo —que no tiene tampoco por qué excluir el dotarle de herramientas que podrán servirle en el futuro—. Esto tiene consecuencias importantes también para los contenidos de la educación, pues obliga al ejercicio y desarrollo de la autonomía presente y proscribe cualquier contenido contrario a los principios que pudiera considerarse beneficioso para la sociedad —como podría ser la manipulación—.

Por otra parte, la formulación propuesta del principio proscribe en su último renglón la imposición de sacrificios o privaciones *que no redunden en el propio beneficio* del titular. Es decir, que no toda privación de algún bien considerado benéfico está prohibida, sino únicamente las que no sean a favor del portador del derecho; esto resulta coherente con la función del principio de dignidad de servir como limitación al utilitarismo que podría desprenderse del principio de autonomía, pues protege al individuo en contra de los objetivos sociales considerados valiosos. En el caso de los niños esta acotación es importante, pues ayuda a justificar la formulación de ciertos derechos que, desde su propia visión, podrían constituir sacrificios o privaciones, pero que son impuestos en beneficio del menor. Ejemplos de lo anterior podrían ser algunas limitaciones a ciertas libertades —por ejemplo en la libertad de viajar al extranjero— o

47 Ni siquiera quienes abogan por los derechos de los niños escapan a este lugar común. Eekelaar habla de la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: "If all *young people* are secured all the physical, social and economical rights proclaimed in the Convention, the lives of millions of adults of the next generation would be transformed. It would be a grievous mistake to see the Convention as applying to childhood alone. Childhood is not an end in itself, but part of the process of forming the adults of the next generation. The Convention is for all *people*. It could influence their entire lives. If its aims can be realized, the Convention can truly be said to be laying the foundation of a better world" (Eekelaar 1995, p. 234).

la no discrecionalidad en el ejercicio de ciertos derechos —como por ejemplo el de la educación—; la sujeción de los niños a la autoridad paterna podría exponer también como argumento el beneficio del titular. En consecuencia, la formulación específica de ciertos derechos de los niños puede ser compatible con la idea de dignidad humana, siempre y cuando el beneficio del titular —sobre todo si el consentimiento es irrelevante— provenga de un reconocimiento realizado con base en las necesidades básicas.

Finalmente, del principio de dignidad de la persona se desprende también un ámbito de tutela importante para los niños por su incapacidad para participar en el procedimiento democrático y, como consecuencia de esto, la imposibilidad de ver representados directamente sus intereses en las decisiones públicas. La existencia de una esfera protegida aun en contra de las decisiones de la mayoría permite garantizar los satisfactores mínimos a los niños, sin que esto dependa de prácticas en las que no pueden intervenir.

Parece conveniente hacer una última reflexión acerca de los principios morales: como se ha dicho, no todos los autores comparten la selección de principios expuesta; sin embargo, aunque la clasificación exacta no sea totalmente coincidente, las ideas de autonomía, igualdad y dignidad parecen indiscutiblemente ligadas a la noción de los derechos humanos, ya sea planteadas como principios, como presupuestos o entendiéndolas implícitas en el concepto. Por otra parte, otros candidatos a principios fundamentadores tampoco quedan excluidos de la tesis desplegada, ya que están comprendidos en ella, en particular las nociones de seguridad jurídica y solidaridad.

La seguridad jurídica es una exigencia formal derivada de los principios, en tanto que se requiere del reconocimiento jurídico y de los mecanismos de protección para su materialización. Del principio de autonomía se deriva la necesidad de un marco normativo que permita la actuación del individuo libre de injerencias para poder hacer elecciones de acuerdo con sus planes de vida; de la misma manera, la idea de igualdad exige leyes que reconozcan la igualdad entre los individuos y que promuevan su materialización; y a su vez, el principio de dignidad proscribe cualquier arbitrariedad respecto de la esfera de bienes protegidos del individuo. La seguridad jurídica forma parte de ese mínimo indispensable para la existencia humana, en tanto genera las condiciones necesarias para que la

persona se desenvuelva y pueda materializar sus planes de vida en un marco predecible. De tal manera que, en mi opinión, más que constituir un principio en sí mismo, se deriva de los tres principios expuestos, ya que constituye el medio a través del cual se materializan los principios, es decir, a través de su concreción en los derechos humanos.

La solidaridad, por su parte, se deriva directamente del reconocimiento de la igualdad entre las personas. El reconocimiento del otro como mi igual supone atribuirle un idéntico valor moral, y de esto se desprenden deberes positivos para quien se encuentra en una situación incompatible con la idea de dignidad humana y que ve imposibilitado el ejercicio de la autonomía en la proposición y materialización de planes de vida. Estoy de acuerdo con Vázquez en que la solidaridad es constitutiva de la justicia y se fundamenta en el principio de igualdad, pues no se trata de la expresión de sentimientos compasivos o de la realización de actos de buena voluntad. Así, en la medida en que reconozco el mismo valor moral en el otro, considero inaceptable cualquier circunstancia opuesta a su dignidad como persona y al ejercicio de su autonomía, lo que me compromete —a mí, y evidentemente también al Estado— a la realización de acciones positivas para que pueda gozar de los mínimos para que los principios se consideren satisfechos. La solidaridad, en mi opinión, genera deberes para los titulares de derechos humanos que podríamos también considerar vinculados con la personalidad moral, aunque no podamos identificar un derecho correlativo. En este caso podríamos hablar de las obligaciones hacia la preservación del medio ambiente, o hacia la colaboración al desarrollo, aunque no es mi intención realizar en este trabajo una fundamentación de tales deberes.

Sin embargo, creo necesario también situar a los derechos humanos en su exacta dimensión, pues aunque ciertamente son un elemento fundamental para el desarrollo del hombre como agente moral en las sociedades modernas y para la convivencia pacífica, no podemos pretender que agoten todo el contenido de las condiciones para la realización humana y la consecución de la felicidad. Con esto quiero decir que los derechos humanos derivados de los principios expuestos pueden garantizar un marco dentro del cual cada individuo se desenvuelva, pero existen otros valores que no pueden transformarse en derechos humanos, no sólo por ser imposible, sino porque ello desvirtuaría su naturaleza. La situación de excesivo individualismo que caracteriza la vida del hombre de las so-

ciedades occidentalizadas de nuestro tiempo no puede, en mi opinión, combatirse con los derechos humanos, porque éstos son expresión de esa concepción individual del ser humano en tanto encarnan el valor de la persona frente a la comunidad. Esto no significa que tengamos que sucumbir inevitablemente ante esta tendencia, pero sí que la respuesta está más allá de los derechos humanos, quizá en descubrir que su satisfacción no basta para realizarnos como personas, sino que su función es únicamente garantizarnos unos mínimos que sirvan como punto de partida para buscar los medios para cumplir nuestros proyectos vitales. Quedarnos sólo en los derechos humanos sería reducir nuestra dimensión humana a lo ínfimo y esperar que todo nos sea dado y garantizado por el poder público. De esta concepción parte mi convicción a favor de los derechos de los niños, no negando que lo más importante para ellos no se agota en los derechos, pero afirmando que éstos son fundamentales para que puedan quedar cubiertas ciertas condiciones imprescindibles para la existencia humana.

4. *El concepto de persona moral*

La combinación de los principios de autonomía, igualdad y dignidad de la persona dan origen a los derechos humanos, actuando como metanormas respecto de éstos; es decir, su función es normativa no sólo porque no pretenden describir propiedades reales, sino también porque su concreción se hace a través de normas específicas. Un principio sería entonces un enunciado general que funciona como razón justificatoria de las normas concretas, de modo que la regla satisface el principio si se justifica apelando a ese principio (Laporta 1985, pp. 4 y 5). Alexy se refiere a los principios como "mandatos de optimización" que ordenan la realización de su contenido, a diferencia de las reglas, que contienen determinaciones que indican exactamente lo que debe hacerse (Alexy 2002, p. 87). En consecuencia, los principios morales estipulan quién puede ser titular de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, quién puede ser considerado como persona moral. La determinación de las personas morales dependerá de las condiciones que permitan disfrutar de los derechos derivados de estos principios morales (Vázquez 1999, p. 46).

La concepción de la persona moral procedente de los principios es parte de la estructura subyacente al discurso moral —no se justifica a

partir de concepciones metafísicas—, de modo que una vez definidos cuáles son los principios que pueden dar origen a los derechos humanos —tomando especialmente en consideración la manera de entenderlos con un carácter amplio que permita incluir a los niños— podemos concretar en qué consiste dicha personalidad. Ciertamente, los principios morales no condicionan las consecuencias normativas a la posesión de algunos atributos fácticos, pero es un hecho que para disponer de los beneficios derivados de éstos un ser o entidad debe tener ciertas capacidades, de tal suerte que la adopción de los principios y los derechos derivados hacen posible presentar una formulación de las propiedades que son requeridas para su ejercicio y que en su conjunto constituyen a la persona moral. De acuerdo con Nino, las principales características necesarias para ser persona moral son las siguientes:

> En síntesis, es posible sostener que la persona moral se presenta plenamente cuando el individuo o entidad en cuestión tiene capacidad para adaptar su vida a ciertos valores o ideales, para tener sensaciones placenteras o dolorosas, para ser consciente de sí mismo como un centro de imputación de intereses que es independiente de otros e irrepetible, y para adoptar decisiones que implican consentir diversas consecuencias normativas (Nino 1989, pp. 359 y 360).

La capacidad para elegir fines, adoptar intereses y formar deseos se relaciona directamente con el valor de la autonomía personal, aunque como dice Vázquez, "entendida como la «capacidad» para elegir fines y no únicamente como el «ejercicio» de tal capacidad". De tal manera que los participantes en el discurso pueden ser seres sin autonomía plena, es decir, que no tengan capacidad para hacer uso total de su libertad, pero podrían hacerlo si desaparecieran los obstáculos que lo impiden, como sería el caso de los infantes (Vázquez 1999, p. 48). Nino también considera compatible el concepto de capacidad con su no actualización, siempre y cuando las condiciones que impiden la actualización sean superables por el curso normal de las cosas, por los medios técnicos disponibles o a través de instituciones o prácticas sociales asequibles (como sería el caso de un hombre dormido o de un niño). Por otra parte, la personalidad moral desde el punto de vista del constructivismo ético no se justifica sino desde el mismo discurso moral, por lo que se trata de una persona abstracta, no sujeta a las contingencias sociales, históricas y políticas, y por tanto

su identidad no se refiere tampoco a ninguna propiedad natural.[48] Esto supone también que las personas morales son individuos separados e independientes de los demás, por lo que queda excluido de esta categoría cualquier tipo de entidad colectiva. Nino concluye diciendo que "el mundo que conocemos está hecho de tal forma que sólo los seres humanos tienen todas las capacidades que he mencionado", aunque reconoce que esta situación es contingente y que algunos rasgos se comparten con miembros de otras especies (Nino 1989, p. 365).

Resulta claro entonces que desde la perspectiva del constructivismo moral los niños pueden ser considerados como personas morales y por tanto titulares de derechos, dado que tienen las propiedades necesarias para gozar de los mismos. No obstante, me gustaría hacer algunas precisiones:

En primer lugar, subrayar la importancia de la combinación de los tres principios como origen de los derechos humanos. Ciertamente, si consideramos la autonomía entendida desde la autoconciencia plena, se trata de un rasgo que no se encuentra totalmente desarrollado en el caso de los niños. Sin embargo, no hay que olvidar que el principio de igualdad y especialmente el de dignidad de la persona sí que operan como fundamento actualizado. El principio de igualdad en su contenido genérico prohíbe la discriminación y prescribe un trato igual para todos, lo que quiere decir que debemos considerar a todos los seres humanos como iguales en su categoría de personas morales, sin tener en cuenta que sean mayores o menores de edad. El principio de dignidad, por su parte, establece el valor del individuo como fin en sí mismo, independientemente de que sea capaz o no de ejercer la autonomía plena. En consecuencia, no hay que perder de vista que los derechos humanos derivan de los tres principios, dos de los cuales se encuentran actualizados plenamente en el caso de los niños.

Por otra parte, insisto en que el ejercicio de la autonomía tiene una aparición más temprana de la que generalmente se le atribuye, por lo que

48 Para Melden la persona moral es un ser que se extiende a lo largo del tiempo, pues considera que no puede reducirse la vida de una persona a la franja del presente, sino que se extiende a lo largo del tiempo: a las etapas anteriores y también a sus planes futuros. En este sentido, la identidad de la persona moral se conserva a lo largo del tiempo y, por tanto, los infantes pueden considerarse como tales, ya que son "seres humanos en su infancia" (Melden 1980, pp. 398-412).

el periodo en que ésta es exclusivamente una capacidad potencial y por tanto se justifica como tal, es mínimo. El niño desde muy pequeño puede ser capaz de plantearse proyectos apropiados e ir adaptando su conducta a la consecución de éstos; de igual manera, puede reconocerse como centro de intereses independiente de otros. Lo mismo sucede con las decisiones que implican consecuencias normativas, pues a pesar de que la concepción de la norma difiere de la adulta durante los primeros años de vida, la relación entre el quebrantamiento de un precepto y ciertas consecuencias se aprende muy pronto. Pensemos en el sistema de reglas de cualquier familia: el niño sabe qué es lo que está permitido hacer y qué es lo que está prohibido, y conoce también que en caso de incumplimiento será castigado por sus padres. La incapacidad para prever todas las consecuencias, sobre todo las que son a más largo plazo, no significa que no pueda comprender lo más básico de cualquier sistema normativo y actuar dentro de él. Lo mismo sucede en la escuela y en la interacción con iguales; los pequeños se relacionan conforme a un conjunto de lineamientos y ello, además de ser una muestra de esta facultad, constituye también una necesidad para el desarrollo de la confianza y la adquisición de habilidades. De tal manera que, en mi opinión, es posible describir al niño como persona moral no únicamente por sus capacidades potenciales, sino por sus atributos presentes, diferentes a los del adulto, pero que cumplen con los requisitos necesarios para desempeñarse como tal.

En esta línea de pensamiento es como se torna no solamente posible sino necesaria la intervención del niño en el discurso moral. Considerado como persona moral abstracta, el menor de edad puede considerarse integrante activo, pues desde las categorías propias de la infancia puede ser capaz de tener un punto de vista moral, que sería la expresión de la concreción de los principios durante esta etapa de la vida humana.

III. Las características formales que se atribuyen a los derechos humanos

Los derechos humanos han sido tradicionalmente asociados con ciertas características formales: en general, han sido considerados de carácter absoluto, inalienables y universales. Esta relación deriva en parte del proceso de evolución de los derechos y de la función de proteger bienes

de especial importancia para los seres humanos, de modo que es necesario explicar y matizar brevemente si se justifica la atribución de estos rasgos a esta categoría especial de normas.

1. *Los derechos humanos como derechos absolutos*

El carácter absoluto de los derechos humanos hace referencia a su importancia, a su fuerza moral, a su carácter urgente; significa que tienen la capacidad para desplazar a otras exigencias éticas, dada su función de proteger intereses fundamentales para la existencia humana. Así, los derechos humanos pueden considerarse absolutos en dos sentidos:

a) En primer lugar, pueden considerarse absolutos por ser *erga omnes*, esto es, que son derechos que se pueden oponer contra cualquiera y de ellos deriva una obligación general de respeto a estos intereses fundamentales.
b) El segundo significado del estatus absoluto deriva de considerar que son valederos en todas las situaciones y, por tanto, no pueden entrar en concurrencia con otros derechos, pues estos últimos serían desplazados por la fuerza moral de los derechos humanos. Para Bobbio existen algunos derechos que pueden ser considerados absolutos, como por ejemplo el derecho a no ser sometido a esclavitud y el derecho a no ser torturado:

> Pues bien, estos derechos pueden ser considerados absolutos porque la acción que se considera ilícita como consecuencia de su institución y protección es condenada universalmente… En otros casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente (Bobbio 19991, pp. 79 y 80).

Finnis defiende también la idea de que hay ciertos derechos absolutos, ya que una de las exigencias de la razonabilidad práctica es "que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo, ya para los demás" (Finnis 2000, p. 252).

Esta percepción del carácter absoluto de algunos derechos humanos no es compartida por Feinberg, quien rechaza que un derecho pueda ser

base para la obligación de otras personas en todas las circunstancias posibles, sin que en ningún caso el derecho pueda verse limitado o las obligaciones correspondientes suspendidas. Esto supondría la imposibilidad lógica de que los derechos absolutos de personas distintas pudieran entrar en conflicto, lo que es evidentemente falso. Ni siquiera el derecho a la vida podría considerarse absoluto, pues generalmente se admite la existencia de excepciones como la guerra, la autodefensa o la pena capital. Sin embargo, admite Feinberg que hay una intuición a favor de que existe *algo* absoluto en algunos derechos humanos, y expone tres estrategias con las que se ha intentado argumentar esta idea:

1) *Método de presunción* (method of presumptiveness). Parte de la aceptación de que ciertos derechos son *prima facie*, esto es, que en todos los casos obligan al cumplimiento y respeto por parte de terceros, pero admiten excepciones en su actualización cuando hay un enfrentamiento inevitable con el derecho de otro; en otras palabras, el derecho *prima facie* es absoluto, aun cuando el derecho actualizado puede no estar presente cuando ocurre un conflicto. Decir que todas las personas tienen un derecho de este tipo equivale a decir que la interferencia en el disfrute de ese derecho siempre requiere una justificación moral.
2) *Método de especificación objetiva* (method of full factual specification). Este método concibe a los enunciados simples y breves referentes a derechos, por ejemplo a la vida, como abreviaturas de una declaración más clara y elaborada de un derecho absoluto que incluiría todas las excepciones, definiciones, etcétera, relacionadas con el derecho. El problema, según el autor, es que además de la dificultad de la especificación, desaparecería cualquier rasgo de evidencia con este proceso de especificación, quedando como autoevidente únicamente un común denominador muy básico y poco útil.
3) *Infracción justificada* (justified infringement). Éste puede coexistir con cualquiera de los otros dos métodos, ya que significa aceptar la posibilidad de que en algunas situaciones un derecho puede ser incumplido legítimamente (Feinberg 1980, pp. 225-229).

Para Laporta, considerar un derecho humano como derecho *prima facie* supone que "es una exigencia moral que en términos generales es vinculante, desplaza a otras exigencias morales y sólo excepcionalmente

tiene que plegarse ante demandas morales muy específicas y delimitadas" (Laporta 1989, p. 40). Esto se refleja en la idea de *no negociabilidad*, ya que los derechos desplazan a otras consideraciones morales o de bienestar general y por tanto las excepciones sólo pueden estar constituidas por otro derecho de la misma clase, lo que significa que sólo un derecho humano puede justificadamente relegar a otro.

¿Qué sucede entonces con aquellos derechos que aparentemente son absolutos porque no admiten excepciones en ninguna circunstancia, como el derecho a no ser sometido a esclavitud o el derecho a no ser torturado? Sumner, utilizando el mismo ejemplo de la tortura, sostiene que la prohibición de las excepciones a la observancia de estos derechos se establece como regla general para evitar su incumplimiento habitual: "It is quite believable that the price we must pay in order to contain the ordinary practice of torture is to condemn it even in extraordinary cases" (Sumner 1990, p. 213).[49]

Desde otro punto de vista, Martin, para quien —como se ha dicho— los derechos consisten en reconocimiento y orientación normativa, así como en las prácticas gubernamentales de promoción y protección, describe el conflicto de derechos apelando a esta distinción: algunas prácticas —reconocimiento— se conservan y otras —promoción y mantenimiento— son suspendidas. Aclara que para que esta tesis sea válida, la falta de protección debe ser ocasional, es decir, que no constituya una regla general, sólo así se podría considerar que hay un derecho establecido, aunque no absoluto (Martin 2001, pp. 78 y 79).

En conclusión, creo que es razonable sostener que los derechos humanos tienen carácter *prima facie*, en el sentido de que constituyen exigencias en sentido fuerte, dado que protegen bienes de especial importancia para la existencia humana, que generalmente se imponen o desplazan a otras demandas colectivas o derechos no constitutivos de derechos humanos, aunque aceptando que pueden entrar en conflicto con los derechos de igual categoría de otras personas, en cuyo caso tendrá que existir un razonamiento que pueda justificar moralmente cuál de los dos derechos debe prevalecer.

[49] Quiero aclarar que la explicación de Sumner pretende responder a la objeción de que no es posible sostener derechos absolutos desde la perspectiva consecuencialista, aunque creo que su razonamiento es de utilidad a pesar de que no se comparta la totalidad de su tesis.

2. *Los derechos humanos como derechos inalienables*

La idea del carácter inalienable que se asigna a los derechos humanos constituye también un testimonio sobre la importancia de los bienes que protegen, ya que supone que no pueden ser enajenados por su titular. Al derivar de las necesidades de cuya satisfacción depende la subsistencia humana, se presume que la no posesión de los bienes protegidos compromete la vida misma y que son insustituibles, de tal manera que los derechos humanos no pueden separarse de la persona moral, ni aun cuando ésta libremente así lo desee. Esto parece suscitar varios problemas, pues en primer lugar parecería ser contradictorio con la autonomía del individuo, ya que se le niega la facultad para renunciar a sus derechos; por otra parte, la inalienabilidad significaría que en ningún caso sería posible la vulneración de un derecho, y en la realidad vemos que no es así. ¿En qué consiste entonces la inalienabilidad de los derechos humanos?

En primer lugar se debe apuntar que al hablar de inalienabilidad se hace referencia a cosas muy diferentes. Feinberg distingue entre distintas nociones relacionadas con la enajenación de los derechos, que a menudo han sido confundidas a lo largo de la historia: enajenar (*alienating*), perder (*forfeiting)* y anular (*anulling*) un derecho, así como la noción de alienación, entendida como renuncia (*waiving*) y desistimiento (*relinquishing*). Un derecho inalienable es aquel al cual su titular no puede renunciar ni aun cuando lo desee, es decir, no puede ser enajenado, mientras que en los otros casos se trata de la pérdida de un derecho como penalización o por el consentimiento del titular. Por otra parte, se puede renunciar al derecho también liberando a otros de las obligaciones correlativas. Los derechos inalienables no pueden ser sustraídos en su titularidad, aunque pueden no ejercitarse nunca. Así, si alguien declina su derecho a la vida, es su vida lo que aliena, no su derecho a la vida (Feinberg 1980, pp. 238-243).

Laporta propone interpretar la inalienabilidad de los derechos como la aplicación de la técnica normativa de la obligación o de la inmunidad al titular. La condición de inalienable de un derecho significa que "no puede ser renunciado", es decir, que todos, incluyendo el titular, tienen la obligación de respetarlo y para ello se le inmuniza moralmente contra sí mismo sin que tenga libertad para decidir si quiere o no esta titularidad. La libertad atañe entonces al ejercicio de los derechos y no a su titularidad (Laporta 1987, p. 44).

Peces-Barba destaca también la diferencia entre la renuncia y el no ejercicio de los derechos tratándose de aquellos que no suponen al mismo tiempo un deber para el titular; tal es el caso, por ejemplo, de los monjes, que deciden desistir de la práctica de ciertos derechos, como la inviolabilidad de las comunicaciones o la libre expresión. Sin embargo, esta situación no puede interpretarse como una renuncia alegable por terceros, ya que los derechos fundamentales afectan al núcleo de inviolabilidad de la persona y al concepto de dignidad. Se trata, según el autor, del "mantenimiento abierto de los cauces que pueden permitir a cada persona escoger libremente su ideal moral" (Peces-Barba 1995, p. 236).

Por el contrario, para Bobbio la inalienabilidad de los derechos sólo tiene sentido para dar fuerza como exigencia, dado que éstos son históricos, pues van naciendo conforme surgen nuevas necesidades: "Hablar de derechos naturales o fundamentales, o inalienables, o inviolables es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno, y son, por tanto, completamente irrelevantes en una discusión de teoría del derecho" (Bobbio 1991, p. 19).

En mi opinión, la historicidad de los derechos no refuta su carácter de inalienables desde la perspectiva del constructivismo ético, pues no se pretende derivar la titularidad de una característica natural del ser humano o algo parecido; por el contrario, al tener los derechos humanos su origen en una concepción normativa de la persona moral, podemos aceptar que una de las condiciones necesarias para que puedan cumplir con su función es que el titular no pueda renunciar a ellos, y este rasgo se convierte también en una característica normativa, es decir, en una condición formal de lo que a partir del discurso moral va a ser considerado como un derecho humano. Si se toma en serio la derivación de los derechos humanos de los principios de autonomía, igualdad y dignidad y su función de protección de bienes de fundamental importancia para sus titulares, es necesario vincularlos de tal manera con la personalidad que sean garantizados en la mayor medida posible. Pienso que es éste el cometido de la atribución de la inalienabilidad de los derechos humanos, no dejarlos a disposición de nadie, ni siquiera del mismo titular, para que no puedan ser objeto de chantaje o de algún momento de debilidad del hombre. El concepto de derechos humanos se halla de tal manera unido al de persona moral que ésta no puede renunciar a su titularidad, aunque

en algunos casos queda al arbitrio de su voluntad la libertad de ejercitarlos o no.

3. *Los derechos humanos como derechos universales*

La tercera característica formal que se atribuye a los derechos humanos procede también evidentemente de su peso como exigencia ética. Si asumimos que los derechos humanos derivan de las necesidades básicas, entonces inferimos que su satisfacción es imprescindible para la vida humana y por tanto común a todos los hombres. La consecuencia moral derivada de este razonamiento es que los titulares son todos los seres humanos.[50]

Para Laporta, la afirmación de la universalidad de los derechos humanos se relaciona con su ubicación en el plano ético, es decir, como derechos morales, ante la imposibilidad conceptual de afirmar que son universales y al mismo tiempo producto del orden jurídico positivo. La idea de universalidad obliga a descontextualizar la idea de derecho moral, a hacer caso omiso de instituciones o roles para adscribir a todos, al margen de su circunstancia vivencial o contextual; de modo que los derechos humanos serían:

a) Para todos y cada uno de los miembros individuales de la clase "ser humano".
b) …una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etcétera…
c) …que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte …
d) para articular una protección normativa a su favor… (Laporta 1987, p. 34).

50 Para Martin, la universalidad de los derechos humanos se circunscribe a una sociedad, al ser el reconocimiento, la promoción y mantenimiento, elemento esencial de los derechos: "Sin embargo, lo que tienen en común los derechos humanos como derechos civiles, así como estos otros derechos civiles, es que todos son derechos políticos universales dentro de esa sociedad. Son maneras de actuar o maneras de ser tratado, específicamente reconocidas y ratificadas jurídicamente para todos y cada uno de los ciudadanos (o, idealmente, para todos los particulares) y que son promocionados o mantenidos por las acciones de aquellos sobre quienes se establecieron expresamente orientaciones normativas de conducta pertinente" (Martin 2001, p. 125). Este punto de vista puede representar la visión de la universalidad de los derechos desde una postura positivista.

La universalidad de los derechos humanos tiene también como consecuencia la existencia de obligaciones de varios tipos: generales negativas (deber de abstención para todos), especiales negativas (deber de abstención de los miembros de las instituciones políticas y jurídicas) y especiales positivas (deber de acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos por parte de los miembros de las instituciones políticas y jurídicas); pero en opinión del autor, las obligaciones no se agotan aquí, sino que la lógica de los derechos demandaría la existencia de obligaciones generales positivas (deber de todos de llevar a cabo acciones positivas para la realización y protección de los derechos) (Laporta 1987, p. 35).[51]

Peces-Barba rebate a Laporta, pues considera la incorporación a un ordenamiento jurídico positivo como elemento constitutivo de los derechos; sin embargo, acepta la universalidad de la moralidad que da origen a los mismos, partiendo de la distinción de tres planos a los que se hace alusión cuando se habla de universalidad de derechos:[52] racional, temporal y espacial:

> Si nos situamos en el plano racional, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres y con pretensión de validez general de los criterios de moralidad, contenidos en los derechos. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin, nos situamos en el plano espacial, por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción (Peces-Barba 1995, p. 299).

51 Laporta utiliza la existencia de las obligaciones derivadas de la universalidad de los derechos humanos para poner de manifiesto los riesgos derivados de la ampliación del catálogo de derechos humanos (Laporta 1987, p. 36).

52 Peces-Barba prefiere hablar del universalismo de los derechos humanos para referirse a lo que Laporta define como universalidad: “Desde mi punto de vista cabría una mayor precisión y procedería hablar de universalismo de los derechos, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto. Sería la reflexión racional pura, que corresponde al primer uso del término, aunque hay que señalar que Laporta usa en ese sentido el término «universalidad» como veremos” (Peces-Barba 1995, p. 300).

La universalidad racional es el fundamento de las otras dos y se refiere a la universalidad de la moralidad básica que fundamenta los derechos humanos; la universalidad temporal, por su parte, es congruente con esta visión si se acepta la cristalización de esta moralidad en la forma de derechos humanos como concepto histórico que aparece en el mundo moderno, y finalmente, la universalidad espacial se puede sostener si se considera como un punto de llegada que debe superar los nacionalismos, particularismos y las teorías que consideran que es un asunto de jurisdicción interna (Peces-Barba 1995, pp. 312 y 313).

Sin embargo, a pesar de que el sostener esta universalidad racional o en el campo de la moralidad es altamente plausible, el problema se presenta cuando nos enfrentamos a las condiciones fácticas —o aun hipotéticas— de aplicación de estos derechos; es decir, a su transformación en derechos exigibles. Eludir esta cuestión llevaría, en mi opinión, a convertir el concepto de derecho humano en una idea vacía: ¿de qué sirve decir que los hombres son titulares de derechos universales si no pueden exigir su cumplimiento? Este punto se concreta en el reconocimiento de los derechos en las Constituciones de los Estado nacionales. En efecto, el problema de la universalidad de los derechos, íntimamente vinculado con el de la igualdad, parece ciertamente cuestionado en la medida en que su aplicación depende de normas circunscritas al ámbito del Estado, que ineludiblemente distinguen por lo menos entre nacional y extranjero, aunque evidentemente de esta diferencia se derivan muchas otras consecuencias normativas. Así, parece ser que en la medida en que los derechos humanos son consagrados jurídicamente se institucionaliza la no universalidad.

Hierro resuelve esta aparente paradoja a partir de la distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano como dos grupos de derechos con distintas condiciones de aplicación: ambos son universales en su titularidad, pero los derechos del ciudadano (entre los que sitúa la igualdad ante la ley) dependen para su ejercicio de la pertenencia a una comunidad determinada:

> Los llamados derechos del hombre son universales no sólo en su titularidad (todos los hombres) sino en su condición de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan "abstracción"), los derechos del ciudadano (o mejor dicho los derechos del hombre en cuanto ciudadano) son universales en cuanto a su

> titularidad (todos los hombres) pero son concretos en su condición de aplicación: en cuanto miembros de una comunidad político jurídica. La igualdad ante la ley —como la libertad positiva (en concreto los derechos de participación política)— es un derecho de "todo ser humano" *en cuanto miembro de una comunidad política determinada* (Hierro 1998, p. 121).

La universalidad de los derechos del hombre está dada por su carácter como exigencias morales vinculadas a la personalidad moral. Parece entonces posible concluir que es posible defender la universalidad en la titularidad de los derechos humanos, aun cuando la aplicación de algunos de estos derechos dependa de ciertas condiciones, como la de pertenecer a un Estado. Sin embargo, queda pendiente aún resolver la cuestión de la desigualdad derivada de la edad. Durante la minoría de edad el ser humano no es titular —o por lo menos no tiene capacidad de ejercicio— de cierto grupo de derechos, y ese es el tema que se pretende abordar a continuación a través del análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

IV. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos de los niños

Parece que tenemos ya trazadas las líneas generales del concepto de derecho humano. Se ha intentado mostrar que desde una postura constructivista con una concepción extensa de los principios morales es posible sostener la personalidad moral de los niños y en consecuencia la titularidad de derechos humanos. Si además aceptamos que los derechos humanos son universales, resulta que los derechos deben ser iguales para todos. ¿Cómo se conjuga esto con la necesidad de protección especial para los niños y con el surgimiento de derechos concretos para esta etapa de la vida humana? La respuesta de muchos autores ha sido que los derechos de los niños son el resultado de lo que Bobbio identifica como el "proceso de especificación" de los derechos humanos en su evolución histórica. Bobbio considera que esta evolución pretende concretar a los titulares de los derechos respecto del hombre abstracto: "Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto del hombre en general), se ha pues-

to de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?" (Bobbio 1991, p. 110).

Para Peces-Barba el proceso de especificación[53] en relación con los titulares parte de la idea de vincular a los derechos con ciertas circunstancias de las personas concretas, ya sea por su condición social o cultural, física —como sería el caso de los niños— o por su situación en determinadas relaciones sociales. El surgimiento de este nuevo tipo de derechos pretende responder al valor de igualdad utilizando la técnica de diferenciación para permitirles superar la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de sus circunstancias (Peces-Barba 1995, pp. 180-182).

Según la tesis del proceso de especificación, la formulación de los derechos de los niños deriva de considerarlos como titulares de derechos humanos, pero con ciertas necesidades que requieren de una protección determinada. Sin embargo, creo que este razonamiento no carece de dificultades. Especificar significa ir de lo general a lo particular, derivar una especie del género, por lo que resulta lógicamente necesario que lo específico forme parte de lo genérico. Desde este razonamiento, entiendo que el proceso de especificación de los derechos humanos al que aluden tantos autores y dentro del cual identifican el surgimiento de los derechos de los niños, significa que los derechos particulares de este colectivo se encuentran contenidos en los derechos humanos en general. Sin embargo, esto parece no ser exactamente así en el caso de los derechos de los niños, por lo menos si tomamos como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerada por los autores que se oponen a la existencia de derechos morales como los únicos derechos de este tipo; pues ni todos los derechos contenidos en ella son derechos de los niños, como intentaré exponer a continuación, ni todos los derechos de los niños pueden derivarse de este instrumento, como procuraré explicar mediante un breve análisis en el capítulo relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 pretende consagrar los derechos humanos para todos los hombres, pero parece discutible que realmente todos los derechos

53 Para Peces-Barba la evolución de los derechos humanos ha pasado por las siguientes etapas: positivación, generalización, internacionalización y especificación (Peces-Barba 1995, pp. 154 y 155).

sean aplicables a los menores de edad. Creo que es posible realizar una clasificación respecto de los derechos contenidos en la Declaración en relación con los niños: en primer lugar los derechos que efectivamente son universales y su titularidad se extiende claramente a todos los seres humanos; una segunda categoría de derechos que son aplicables a todos, pero con ciertas limitaciones en el caso de los niños, y un tercer conjunto de derechos de cuya titularidad los niños se encuentran totalmente excluidos.[54]

Veamos el primer tipo de derechos, que son los que pueden considerarse efectivamente universales tanto en su titularidad como en su aplicación: artículos 4o. (prohibición de la esclavitud y la servidumbre), 5o. (prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 8o. (derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes), 9o. (prohibición de detenciones arbitrarias),[55] 10 (derecho a ser oído públicamente por un tribunal imparcial), 11 (derecho a la presunción de inocencia y a la no retroactividad), 12 (derecho a la honra y a la privacidad), 14 (derecho de asilo), 15 (derecho a la nacionalidad), 17 (derecho a la propiedad), 22 (derecho a la salud y satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales), 24 (derecho al descanso y al tiempo libre), 25 (derecho a un nivel de vida adecuado, especial protección a la maternidad y a la infancia), 27 (derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad y a gozar de los beneficios de las producciones propias) y 28 (derecho a la garantía y protección efectiva de los derechos).

Algunos de estos derechos no requieren de lo que yo entiendo como especificación, por ser directamente aplicables a los niños, mientras que otros pueden ser sujetos de este procedimiento. Como ejemplo de los primeros se puede citar el derecho a no ser sometido a esclavitud o a no ser torturado, ya que no requieren de ninguna adaptación para su ejercicio

54 Feinberg hace también una clasificación de los derechos a partir de su disfrute en el caso de los niños: derechos comunes a niños y adultos a los que llama "*derechos A-C*", derechos que sólo pertenecen a los adultos ("*derechos A*") y "*derechos C*", que son generalmente característicos de los niños, aunque los adultos los tienen en circunstancias especiales (Feinberg 1994, p. 76).

55 Esta protección de detenciones arbitrarias en el caso de los menores de edad, así como el derecho a un recurso ante tribunales efectivos, es de muy reciente aplicación, pues como se mencionó en el capítulo primero hasta hace muy poco tiempo la justicia de menores otorgaba al juez un amplio margen de discrecionalidad tanto en las causas de detención como en el procedimiento e imposición de las penas.

durante la infancia. Dentro del segundo grupo se encuentran, por ejemplo, el derecho al debido proceso mediante la adecuación de un derecho penal específico para los menores que contemple delitos, tribunales y penas de acuerdo con la edad del infractor; el derecho a la intimidad, que se encuentra especialmente protegido para los niños en algunos países como España; el derecho a la propiedad, que en el caso de menores también se garantiza en muchos ordenamientos jurídicos de una manera especial, imponiendo restricciones para la enajenación de los bienes; o el derecho de protección especial a la maternidad e infancia. Este tipo de derechos puede considerarse aplicable a los niños a través del proceso de especificación, pues la adecuación para el ejercicio del derecho no altera el contenido del mismo, únicamente se limita a establecer los medios adecuados para hacerlos efectivos tomando en cuenta las circunstancias relacionadas con la edad del titular.

El siguiente modelo de derechos contenido en la Declaración presenta algunas discrepancias entre su aplicación a niños y adultos, aunque a diferencia de los ejemplos anteriores éstas no derivan del proceso de especificación, es decir, que el derecho no se conserva como tal aunque su aplicación deba revestir características especiales para su efectiva protección. La titularidad de esta segunda clase de derechos en los niños no es exactamente como se reconoce en el enunciado normativo, sino que es la mayoría de las veces más restringida que la de los adultos.

Dentro de esta variedad de derechos se encuentra el artículo 1o., que establece la igualdad y libertad para todos los seres humanos y se refiere a una igualdad genérica que prescribe el tratamiento igual a todos los hombres y a una libertad también general, ambas derivadas de la dignidad. Para Bobbio significa que los hombres son iguales en el ejercicio de la libertad, en el sentido de que ningún hombre puede tener más libertad que otro, y se puede formular como "los hombres tienen igual derecho a la libertad" o "los hombres tienen derecho a una igual libertad" (Bobbio 1991, p. 116). Dicho artículo se complementa con el siguiente, que proscribe la discriminación por diversas causas: "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición". La edad no es mencionada de forma explícita, aunque se presume que está incluida dentro de las causas genéricas. Considero que es útil para iluminar la interpretación de este artículo la distinción entre discriminación y

trato diferenciado, entendiendo que la discriminación es contraria a la Declaración, mientras que el tratamiento distintivo y los instrumentos que reconocen derechos para los miembros de colectivos específicos son congruentes con este documento. Hasta aquí no habría ninguna dificultad, pero al interpretarlo en combinación con otros derechos se puede percibir que tal igualdad no es completamente efectiva, por lo menos respecto de todos los artículos de la Declaración —especialmente si consideramos el tercer tipo de derechos—. Lo mismo sucede con el artículo 7o., que prescribe la igual protección ante la ley.

Con las libertades enfrentamos un problema similar; el artículo 3o., que establece el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, en el caso de los pequeños tiene también una configuración especial debido a su situación de dependencia, a su pertenencia a la familia y su sometimiento a la autoridad paterna,[56] de tal manera que la libertad en el caso de los niños se encuentra mucho más restringida que en el de los adultos. El artículo 13, que se refiere a la libertad de movimiento, y que incluye el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a salir y volver a su país, se encuentra también sometido en el caso de los menores a la autorización paterna. La libertad religiosa y de pensamiento se encuentra también fuertemente acotada, pues además este derecho de los niños se ha asumido tradicionalmente como parte de la esfera de inmunidad paterna, es decir, se interpreta como una prohibición para interferir en la libertad religiosa de los progenitores,[57] que incluye no obstaculizar la formación religiosa de sus hijos. Algo similar ocurre con el derecho a la educación del artículo 25, con la diferencia de que la misma Declaración reconoce la facultad preferente de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. El artículo 19 es también controvertible, pues prohíbe ser molestado por causa de las opiniones y reconoce la libertad de recibir información. Es claro que uno de los derechos de los niños que se basa en el argumento de la salvaguarda de su desarrollo es la censura de determinado tipo de información que por su edad no tiene capacidad para comprender y cuyo acceso puede resultar perju-

56 Cuando hablo del sometimiento a la autoridad paterna sobreentiendo que en caso de no existir ésta por cualquier razón, opera subsidiariamente la autoridad de un tutor o representante del Estado.

57 En el mejor de los casos se trata de ambos progenitores, pues en algunos países es exclusivamente el derecho de alguno de ellos, generalmente el padre.

dicial. La libertad de asociación del artículo 20, interpretada únicamente como la capacidad para reunirse pacíficamente, podría no tener más inconveniente que el de la subordinación a la autoridad paterna; sin embargo, históricamente está vinculada a los derechos políticos, que como veremos pertenecen al tipo de derechos del cual están totalmente excluidos los niños. El derecho a la personalidad jurídica del artículo 6o. tiene también peculiaridades, pues la capacidad jurídica en una gran cantidad de sistemas jurídicos se encuentra limitada también en función de la edad.

El artículo 29 me parece que no instituye propiamente un derecho humano, sino que establece las obligaciones y responsabilidades respecto de los derechos de los demás. Esta norma sería aplicable a los niños, pues efectivamente ellos tienen deberes respecto de los otros, por lo menos creo que puede sostenerse sin mayores objeciones una obligación mínima de obedecer al derecho. Esta disposición serviría también como fundamento para la creación de derechos específicos para los niños si se interpreta que éstos se requieren para el fin de asegurar el respeto de los derechos de los demás y de satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general. Se ha cuestionado fuertemente este artículo de la Declaración, pues parece contradictorio el hecho de que los derechos humanos puedan ser limitados por el bienestar general cuando, precisamente, la función de esta clase de normas es limitar el bien común en interés de los individuos. No es mi intención abordar esta polémica, simplemente quiero señalar que las leyes para la infancia podrían caber en este supuesto, aunque no creo que sea admisible interpretar que esta regulación que se delega en la ley pueda negar algunos derechos de los que establece la Declaración, como sucede en el caso de los niños.

El último grupo de derechos es el menos numeroso pero el más conflictivo, pues se trata de derechos de cuya titularidad el niño está completamente descartado, lo que creo que puede incidir en el derecho a la igualdad y en la caracterización de estos derechos como derechos humanos. El primero es el derecho al matrimonio y a fundar una familia que consagra el artículo 16; en el mismo artículo se establece la limitación por causa de la edad, pues indica que será a partir de la edad núbil, lo que no obsta, sin embargo, para considerar que no es aplicable a los niños, pues no se puede ejercer durante gran parte del tiempo en que se es menor de edad. Otro conjunto de derechos del que se encuentra excluido el ser humano durante la infancia es el establecido en el artículo 21, que

regula los derechos de participación política —libertad positiva—; tampoco es necesario explicar demasiado que esta limitación proviene de la falta de autonomía para elegir y decidir libremente y de capacidad para colaborar en las funciones públicas. Finalmente, el derecho al trabajo y los derechos derivados del artículo 23 tampoco se encuentran entre los intereses del niño; es más, se considera un derecho justamente lo contrario: el derecho a no trabajar, ya que esto puede ser perjudicial para su desarrollo.

Una de las salidas a este problema ha sido sostener que los niños tienen la titularidad de los derechos pero tienen limitaciones en el ejercicio. Sin embargo, creo que este razonamiento no es válido, pues parece absurdo hablar, por ejemplo, del derecho del niño al matrimonio o al trabajo. Sólo recurriendo a una ficción muy forzada y poco verosímil se podría sostener que se trata de una facultad "en potencia" que no es posible actualizar, pero que lo será con el transcurso del tiempo.

En términos muy generales podríamos decir que los derechos que más directamente derivan del principio de autonomía —entendida como no injerencia y como autorregulación— son los que más problemas presentan en relación con los niños y como consecuencia de ello los que se relacionan con el principio de igualdad; en cambio, los que parecen vincularse sobre todo con la idea de dignidad de la persona son aplicables universalmente. Lo que puede subyacer a esto es una idea restringida de autonomía y un excesivo énfasis en ésta, entendida como una capacidad adulta.

Quiero aclarar que la postura que se defiende no es a favor de que los niños sean incluidos en la clase de titulares de estos derechos; al contrario, creo que la separación de muchos de ellos está completamente justificada desde una teoría de las necesidades infantiles y responden a los intereses presentes de los niños, pues favorecen el desarrollo y al mismo tiempo permiten la formación de la autonomía. La reflexión se dirige a cuestionar lo que algunos autores han llamado el proceso de especificación de los derechos, o cómo se integran los derechos de los niños en una perspectiva global de los derechos humanos.

Quizá puede servir para arrojar alguna luz sobre el problema la ya mencionada distinción de Campbell entre "derechos intrínsecos" (*intrinsic rights*) y "derechos instrumentales" (*instrumental rights*), que no son otra cosa que herramientas para la protección de los derechos, que pre-

tenden dar eficacia a los mismos. Los derechos instrumentales pueden también tener carácter *prima facie*, como por ejemplo la libertad de expresión, que puede considerarse como medio para la manifestación de otras demandas. Campbell piensa que los derechos parentales podrían considerarse también de esta manera, como derechos intrínsecos dirigidos a proteger los intereses de los padres o como derechos instrumentales otorgados a los padres para garantizar los intereses de los hijos. Campbell parte de la suposición de que los intereses del individuo no están siempre mejor garantizados otorgándole poderes para protegerlos, sino que se pueden otorgar poderes a un individuo *A* para proteger los intereses de un individuo *B*. Esos poderes se reconocen como derechos, aunque están limitados normalmente por obligaciones acerca de cómo deben ser utilizados (Campbell 1995, pp. 9 y 10).[58]

Esta distinción parece resolver en parte el conflicto que se presenta en el segundo grupo de derechos (aquellos que se encuentran limitados en el caso de los niños), interpretando que éstos se configuran otorgando poderes a los padres para actuar en nombre de sus hijos y que estos poderes están limitados en un primer momento por el contenido mismo del derecho humano y por los principios morales en última instancia. El criterio para calificar a un derecho humano es su derivación de los principios de autonomía, igualdad y dignidad, que son siempre los criterios últimos para determinar si un derecho pertenece o no a esta clase. Sin embargo, queda sin respuesta el problema acerca del tercer tipo de derechos (los que no guardan ninguna relación directa con los intereses presentes de los niños) y de ciertas limitaciones al segundo grupo.

Pero ¿pueden considerarse los derechos instrumentales como derechos humanos? Creo que en principio no hay objeción, pues a través de ellos también se protegen bienes de fundamental importancia para la existencia del ser humano y muchas veces son insustituibles para desempeñar esta labor. Sin embargo, no hay que perder de vista que deben derivar di-

58 Laporta distingue también entre lo que llama "derechos núcleo" y "derechos derivados", que se pueden obtener deductivamente a partir de los primeros, la diferencia es que para este autor los derechos humanos son títulos de los cuales derivan otros derechos: "...«derechos núcleo» que son aquellos «constituidos» por el sistema normativo, como diferenciables de los «derechos derivados» que son aquellos que se pueden considerar «implicados» por los «derechos núcleo» y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos" (Laporta 1987, p. 31).

rectamente de los principios de autonomía, igualdad y dignidad y ser imprescindibles para cumplir con éstos. De lo que no hay duda es que los niños son titulares tanto de derechos intrínsecos como de derechos instrumentales, y que éstos últimos deben tener ciertas características adecuadas a su condición.

Creo que es posible argumentar que la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos es producto del proceso de especificación de los derechos humanos. Me parece que el análisis de este instrumento internacional pone de manifiesto la importancia del constructivismo moral y la formulación de los principios de los cuales derivan los derechos humanos, pues creo que resulta claro que los derechos contenidos en este documento no son aplicables a todos los seres humanos, por lo menos no durante la infancia. Esta situación —por no mencionar los innumerables problemas en la aplicación de la Declaración— demuestra que, contrariamente a lo que sostiene Bobbio, el asunto de la fundamentación de los derechos humanos no está resuelto y el catálogo de los derechos tampoco es incontrovertible. Lo que parece subyacer a este instrumento es la vieja idea del varón adulto propietario como paradigma del titular de derechos y la suposición de que no es demasiado importante ocuparse de los derechos de los niños porque su remedio es crecer. El constructivismo moral permite dejar abierta la discusión sobre los derechos concretos derivados de los principios, partiendo de una teoría de las necesidades humanas básicas, incorporando los puntos de vista de los niños en la medida en que se les va permitiendo la participación en el discurso. En la necesidad de autonomía podemos apreciar el componente contextual del principio de igualdad, pues creo que cada vez es más claro que los niños pueden integrarse en el discurso social en la medida de sus capacidades, lo que resulta una necesidad nueva respecto de la situación de hace algunos años.

Queda también sin resolver la pregunta acerca de si estamos ante una situación de discriminación o de diferencia de trato en el caso de los niños. El mismo Bobbio reconoce que aún existe discriminación en el tratamiento jurídico durante la infancia —aunque, como expuse, no comparto que éste sea necesariamente discriminación sino trato diferenciado—, de manera que esto constituye un argumento más para considerar que resulta precipitado suponer que con la Declaración Universal de los Derechos Humanos el problema de la fundamentación pueda considerarse resuelto,

por lo menos en el caso de los pequeños. Bobbio sostiene que respecto de los derechos sociales y políticos, "los individuos son genéricamente iguales pero específicamente no lo son" (Bobbio 1991, p. 117). Si la igualdad se satisface simplemente con una regla que así lo disponga entonces es posible sostener esta afirmación, pero si se cree que el principio de igualdad exige la coherencia de todo el ordenamiento con este principio genérico, se plantean serias dudas acerca de esto.

Si, como creo que muestra el análisis de la Declaración, los niños no son titulares de por lo menos algunos de los derechos contenidos en ella, ¿qué sucede entonces con los derechos que son exclusivos de la infancia?, ¿pertenece este tipo de derechos a la categoría de derechos humanos? Para responder a ella, en el último capítulo propongo un análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para concluir, coincido con Laporta y con muchos otros autores en la convicción de que los derechos humanos son derechos morales, cuyos titulares somos todos los seres humanos, independientemente de la edad o de cualquier otra condición o circunstancia, y que su reconocimiento es un elemento indispensable de cualquier Estado democrático. Comparto con él también la opinión de que "si para tener dignidad moral hay que tener fortuna geopolítica de nacimiento, los derechos humanos serán ignorados" (Laporta 1987, p. 77), aunque añadiendo que de igual manera carecen de sentido los derechos humanos si para tener dignidad moral es necesario haber alcanzado cierta edad. Es verdad que la comparación de la diferencia de tratamiento derivada de la edad cronológica con cualquier otra causa es dispar, pues se trata de una condición por la que hemos pasado todos los seres humanos antes de llegar a ser adultos; de tal manera que parecería cuestionable hablar de discriminación tratándose de algo que todos los hombres vivimos de una u otra manera. Sin embargo, creo que la dignidad moral supone el reconocimiento de la realidad presente del ser humano y no únicamente su proyección como ciudadano o miembro participativo de la comunidad.

V. Los modelos de intervención estatal en relación con los derechos del niño

Creo que es posible decir que existe un acuerdo acerca de que los derechos humanos son importantes para todos y, suponiendo que a partir de la argumentación desplegada a lo largo de este capítulo ha quedado de-

mostrado, que los niños son personas morales y por tanto titulares de los derechos derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad. He intentado proponer también que los derechos subjetivos morales que pertenecen a la categoría de los derechos humanos no se corresponden exactamente con los comprendidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas porque los niños están excluidos de la titularidad de algunas disposiciones contenidas en este instrumento, pero queda en el aire una pregunta: ¿por qué se afirma que los niños se encuentran relegados? Con un propósito metodológico se dio por sentado que existía un acuerdo sobre la titularidad o no titularidad de los derechos en los niños con base en intuiciones generalizadas —por ejemplo, se asumió que los niños no son titulares de derechos políticos—, aunque ciertamente la Declaración no señala nada expresamente a este respecto y tampoco el acuerdo entre los especialistas es unánime. Atendiendo a estas circunstancias se examinarán a continuación las tres grandes líneas generales de pensamiento en relación con la titularidad y ejercicio de los derechos de los niños: liberacionismo, perfeccionismo y paternalismo.

Como se explicó en el capítulo segundo y se ha repetido reiteradamente a lo largo de este trabajo de investigación, las capacidades del niño son distintas a las del adulto, y esto tiene como consecuencia, en primer lugar, que su percepción de las relaciones causales muchas veces pueda ser limitada, tanto por su inmadurez como por la falta de experiencia. Por otra parte, la situación evolutiva en la que se encuentra el ser humano durante las distintas etapas de la infancia también le hacen tener necesidades específicas y quizá lo exponen al riesgo de consecuencias más radicales como resultado de la satisfacción o no satisfacción de las mismas. La instrumentación de los derechos, entonces, debe ser coherente con esta situación. Intentaré argumentar a favor del paternalismo jurídico como la fórmula más acorde con las posturas asumidas hasta ahora respecto del concepto de niño, las teorías de las necesidades humanas, el fundamento de los derechos humanos y los niños como personas morales.

1. *Liberacionismo*

La tesis liberacionista de los derechos se entiende generalmente como la postura que sostiene que los niños deben ser titulares de derechos para ser “liberados” de los condicionamientos y la opresión adulta. La idea

básica general de este tipo de pensamiento es que la infancia es una construcción social, es decir, que las características que se atribuyen a los niños no parten de hechos reales y objetivos, sino que, al igual que sucede con otros grupos oprimidos, la visión de que no tienen capacidad para ejercitar sus derechos y la carencia de autonomía son productos fabricados artificialmente. De la misma manera que durante siglos se creyó firmemente que ciertas clases de personas como los negros o las mujeres eran naturalmente inferiores y por tanto incapaces de compartir la titularidad de derechos con los varones blancos, los teóricos liberacionistas argumentan que la supuesta inferioridad de la infancia tiene origen en los prejuicios de los grupos dominantes. Es necesario, entonces, liberar a los niños, al igual que se ha hecho con otros colectivos, y esta emancipación sólo podrá realizarse a través de permitirles la toma de decisiones autónomas, de dejarles elegir libremente sus proyectos personales. De esta manera, muchos autores creen que la niñez es un fenómeno que tiende a desaparecer en la medida en que se van eliminando las estructuras que lo sostienen y que impiden el ejercicio completo de la autonomía, de modo que la historia de la infancia —que se describe en el capítulo primero— tendrá como culminación la supresión del niño como categoría social. Estas ideas encuentran sobre todo su expresión práctica en la filosofía de la educación y su concreción en diversos experimentos educativos que concebían como uno de los pilares básicos la libertad del alumno.

Grandes e importantes abanderados de estas ideas fueron un grupo de educadores —Holt (1971), Berger (1973), A. S. Neill (1973, 1974, 1976), Ollendorff (1973), Portman y Weingartner (1973)— que pugnaba por una formación libre para los niños, quienes —como se dijo en el capítulo tercero— pueden ser vistos como representantes de una visión voluntarista de los derechos, pero que a diferencia de la mayoría de los teóricos que defienden esta postura, atribuyen derechos a los niños y defienden la libertad en el ejercicio. Sin embargo, otra de las posiciones que se opone a la intervención estatal en el ejercicio de los derechos sería la que Vázquez identifica como "libertaria",[59] y que —aunque de una manera dis-

[59] Vázquez se refiere en concreto a la educación al explicar la postura libertaria, sin embargo creo que esto es extensible a todos los derechos de los niños, pues constituye una visión general de la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos, siendo además el derecho a la educación uno de los más característicos de la infancia (Vázquez 1999, pp. 73-92).

tinta al liberacionismo— es también opuesta al paternalismo jurídico. Los defensores de la teoría libertaria abogan por la neutralidad del Estado, el individualismo como principio y la injerencia mínima en las vidas de los individuos, y pese a que ambas posturas privilegian la autonomía entendida como libertad negativa, los liberacionistas ponen el énfasis en la emancipación de las instituciones sociales que consideran opresoras —principalmente la familia y la escuela en el ejercicio de los derechos de los niños— mientras que los libertarios intentan justificar la conveniencia de la desaparición del Estado benefactor y la no interferencia en las conductas de los ciudadanos, alegando que la autonomía se repartirá espontáneamente, sin que el gobierno tenga que actuar como árbitro para su redistribución. La limitación que los libertarios pretenden imponer a la autoridad paterna en la educación del niño está dada por las mismas exigencias de la autonomía; es decir, no hay libertad total de los padres para educar a los hijos, pues tendrían la obligación de no obstruir la formación de la autodeterminación. A diferencia de los liberacionistas, cuyo objetivo es la educación a través de la libertad, a los libertarios les interesa más bien la relación entre educación y productividad[60] (Vázquez 1999, pp. 73-92).

Desde mi punto de vista, la visión libertaria no tiene capacidad para garantizar los derechos de los niños, pues como resulta imposible ignorar, ellos son quizá los actores más vulnerables de los sistemas liberales o neoliberales —en el sentido económico— y esta situación ha dado lugar a la creación de regulaciones protectoras para los pequeños. Pensemos en las leyes respecto del trabajo infantil o en todas aquellas disposiciones tendentes a paliar las consecuencias de la pobreza en los niños. Estas normas tienen como fin formar un espacio protector que contribuye a minimizar en la medida de lo posible los efectos de las fuerzas del mercado en los miembros más pequeños de la sociedad.

Los primeros intentos liberacionistas en la educación podemos situarlos a principios del siglo XX, representados principalmente por el educador Alexander S. Neill y su escuela Summerhill —fundada en 1921—,

60 Vázquez distingue claramente entre los libertarios y quienes defienden un liberalismo igualitario, los primeros parten del neutralismo, mientras que los segundos se inclinan por un pluralismo fundado en la objetividad de los valores: "En síntesis, el neutralismo supone un subjetivismo moral, por el contrario, el pluralismo parte de un objetivismo con respecto a los valores y, entre éstos, la autonomía ocupa un lugar relevante" (Vázquez 1999, p. 86).

en la que pretendió llevar a la práctica sus ideas acerca de la libertad en el niño. Como ya se ha dicho en el capítulo tercero, la filosofía de Neill se basaba en la idea de educar en la libertad, sin imposiciones de otro tipo que las de respetar los derechos de los demás. Neill propone una nueva visión acerca de las relaciones niño-adulto, propugnando la igualdad en los derechos. Son novedosas también sus concepciones acerca del respeto hacia los mayores,[61] el método de enseñanza, la participación del niño en las decisiones de la comunidad educativa, así como aspectos tan diversos como los hábitos de higiene, las palabras altisonantes, los modales,[62] el sexo y los hábitos nocivos en la adolescencia.[63] Para Neill, el resultado de estas prácticas sería la autodisciplina, ya que considera infructuoso cualquier intento de obligar a un niño —o a un adulto— a realizar las cosas por imposición.[64]

El movimiento liberacionista tuvo su manifestación más importante respecto de los derechos de los niños a principios de los años setenta, época en la que se publicaron diversos escritos que denunciaban la discriminación y opresión de los niños y respaldaban su liberación de las estructuras sociales autoritarias —sobre todo familia y escuela—. Para estos autores la situación de los niños es análoga a la de otros grupos sometidos de la historia y por lo tanto consideran que la supresión de las instituciones dominantes tendrá como consecuencia directa la desaparición de las incapacidades que les impiden el ejercicio de los derechos. Freeman menciona a Farson y a Holt como dos de los principales repre-

61 "Mis alumnos no me respetan. Nunca les pido respeto. Hoy una niña de diez años me dijo que soy un tonto rematado. Esta era la opinión que tenía por la mañana y era libre de sustentarla" (Neill 1973, p. 55).

62 En el libro *Hijos en libertad* (1973), en el que se recogen las respuestas de Neill a distintas preguntas de los padres, recomienda dejar en libertad a los niños, respecto tanto del aseo personal, los modales —por ejemplo en la mesa— y respetar su derecho a expresarse libremente aunque sea profiriendo palabras altisonantes.

63 "Los cigarrillos le harán mucho menos daño que la firme convicción de que su madre es alguien que siempre la está regañando y le está prohibiendo una cosa u otra. Déjela en paz… aunque en este caso usted tenga razón" (Neill 1973, p. 168). "Si mi hija quisiera servir cerveza en una fiesta, yo se la proporcionaría de muy buen grado" (Neill 1973, p. 172).

64 Neill cree en la bondad del niño y en una tendencia natural a crecer de una determinada manera y por ello sostiene que debe dejársele en libertad para hacerlo: "La libertad es necesaria para el niño porque sólo con la libertad puede crecer a su manera natural, que es la buena manera" (Neill 1974, p. 101).

sentantes de este tipo de pensamiento. Farson argumenta —probablemente por primera vez— a favor del derecho del adolescente a la autodeterminación en su libro *Children's Rights,* y enumera nueve derechos de los niños:

— Derecho a un ambiente que permita al niño el ejercicio de sus propias opciones de forma de vida.
— Derecho a la información que es accesible para los adultos.
— Derecho a educarse a sí mismo y a la elección de su propio sistema de creencias.
— Derecho a la libertad sexual: la pornografía debe hacerse accesible a los niños de la misma manera que a los adultos, y debe permitírseles experimentar con su sexualidad sin temor al castigo.
— Derecho a cierto poder económico, que incluye el derecho a trabajar, desarrollar historial de crédito y obtener independencia financiera.
— Derecho al poder político, incluyendo el derecho al voto, pues nada indica que los niños votarían menos responsablemente que los adultos.
— Derecho a un "diseño sensible" a las necesidades del niño (*responsive design*).
— Derecho a la libertad del castigo físico.
— Derecho a la justicia.

Holt incluye en su catálogo de derechos además el derecho a viajar, a conducir y a usar drogas (Freeman 1997, p. 52).

Freeman comparte la idea de que la infancia es una construcción social, aunque ello no tenga como consecuencia su desaparición. Resalta la paradoja de que si consideramos como cierto lo que sostiene Postman, al reconocimiento institucional de que los niños tienen derechos viene aparejada la creencia de que la infancia es un fenómeno en extinción. Por otra parte, critica también la visión que presenta como incompatible la protección de los niños con el ejercicio de su autonomía:

> It has come to be realized that the dichotomy between protecting children and protecting their rights to autonomy is false. Children who are not protected, whose welfare is not advanced, will not be able to exercise self-de-

> termination: on the other hand, a failure to recognize the personality of children is likely to result in an undermining of their protection with children reduced to objects of intervention. This is to some extent recognized by the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 (Freeman 1997, p. 53).

Sin embargo, está de acuerdo en que la niñez es una experiencia proteccionista derivada de la relación que se establece entre la edad y ciertas características como la incapacidad, incompetencia, inmadurez, irresponsabilidad, que atribuyen una excesiva importancia a la edad adulta.

Freeman percibe también la existencia de un movimiento de liberación de los niños[65] y la necesidad de la titularidad de los derechos, ya que éstos constituyen armas para habilitar (*empowerment*)[66] a los niños. Freeman considera necesario repensar la cultura de la infancia, ya que su concepción se encuentra fuertemente determinada por el contexto social. Para ello es de utilidad dar poder a los niños, es decir, permitir su participación en la toma de decisiones, pues históricamente la situación de dependencia se ha traducido en una justificación para la negación de los derechos básicos a la privacidad, el respeto y la elección individual.[67] En este sentido, critica el artículo 5o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce la necesidad de promover los derechos del niño, pero asigna esta tarea principalmente a los padres y establece la obligación de los Estados de respetar esta función, asumiendo que los progenitores cumplirán con esta encomienda. El niño ha estado sujeto a la dominación de la autoridad sin permitírsele tomar decisiones sobre sus propios intereses, por lo que es importante el reconocimiento de sus derechos.

65 Como se mencionó en el capítulo tercero, Freeman identifica varios movimientos de liberación de los niños en que éstos han intentado acciones para alcanzar intereses autodefinidos, en contra de la opinión de Onora O'Neill, que se niega a establecer un paralelismo con otros grupos oprimidos: "They have been school strikes, unionization by schoolchildren and young people in care, attempts by children to «divorce' parents» (Freeman 1997, p. 16).

66 El término *empowerment* puede traducirse como autorización, habilitación o apoderamiento.

67 Me parece interesante la opinión de algunas feministas citadas por Freeman, para quienes la dependencia es una condición humana básica y por ello cuestionan que la agencia moral y la autonomía requieran que una persona sea totalmente independiente, ya que esta postura deriva de una experiencia masculina de las relaciones sociales que valora la competencia y los logros solitarios (Freeman 1997, p. 73).

Sin embargo, hace notar que tal vez la aportación más importante de los liberacionistas sea el reconocimiento del valor de la autonomía: "The importance of liberation school was in making us address discrimination and recognize the importance of autonomy. To believe in autonomy is to believe that anyone's autonomy is as morally significant as anyone's else's" (Freeman 1997, p. 52).

Tal como matiza Archard, las posturas liberacionistas respecto de los derechos de los niños presentan diversos matices y posiciones teóricas que es conveniente distinguir. Aunque de una manera genérica podría decirse que todos exigen que los niños tengan los mismos derechos que los adultos, una primera clasificación separa a los liberacionistas reales de los retóricos. Los últimos ven la exigencia de la igualdad de derechos como un medio para llamar la atención sobre la discriminación y conciben los derechos como la mejor vía para favorecer los intereses de los niños, aunque en realidad no creen que éstos sean iguales a los adultos. Los liberacionistas reales, en cambio, pueden distinguirse por la idea de que todos los niños deben tener derechos, aunque reconocen que no todos tienen capacidad para ello, especialmente los que son muy pequeños. Una segunda posible calificación de la visión liberacionista sería la idea de que atribuir derechos a los niños juega un papel importante en la adquisición cualificadora, dado que la negación de derechos es un elemento de la cultura que sirve para mantener a los niños en su estado infantil de dependencia, vulnerabilidad e inmadurez. Una variante de este argumento imputa la aparente incapacidad a la falta de experiencia; es decir, los niños, por lo menos los de cierta edad, no se diferencian de los adultos respecto de sus capacidades cognitivas y volitivas; sin embargo, al no tener tanto conocimiento del mundo, pueden estar menos preparados para hacer elecciones, por lo que es conveniente extenderles los derechos de libertad para que lo adquieran. El concepto de capacidad también varía entre los autores de esta corriente, aunque en general se argumenta que es necesaria la habilidad para entender y apreciar el significado y alcance de las opciones que se hacen.

Harris, por ejemplo, propone un marco para la liberación de los niños a partir del reconocimiento de la igualdad de derechos respecto de los adultos, ya que en su opinión no existe un fundamento para excluir a los niños. El argumento central deriva de las condiciones para ser titular de derechos, para lo cual, según el autor, hay dos visiones: o bien los dere-

chos se poseen en virtud de pertenecer a una clase —ser humano—, o por tener ciertas capacidades. Ninguna de estas dos posturas puede dar razones para excluir a los niños como titulares de derechos, pues no es posible negar que los niños pertenecen a la clase seres humanos, por lo que serían titulares de los derechos distintivos de esta categoría; y si se trata de la posesión de ciertas capacidades, los niños también las presentan en una medida significativa. Propone que dentro de estas capacidades necesarias se encuentran la autoconciencia y autonomía y examina en qué puede consistir esta última. La autonomía, continúa Harris, puede ser limitada por ciertos factores: "control", si el individuo no tiene control de sus deseos o acciones; "razonamiento", en la medida en que afecta la capacidad del individuo para tomar decisiones genuinas, e "información", que puede ser defectuosa y afectar a las elecciones,[68] de tal manera que si no se puede mostrar que las opciones o preferencias de los niños adolecen de los defectos que vuelven las decisiones no-autónomas debe dárseles control absoluto sobre su destino, por las mismas razones que a los adultos.

Concluye que son las decisiones y no las personas las que son autónomas, de manera que cuando niños o adultos elijan libremente, aunque sea vivir de una manera no-autónoma, esta opción debe respetarse. El que un individuo sea o no capaz de realizar esas elecciones libres será una cuestión a juzgar en cada caso, de modo que quien respete a las personas respetará sus decisiones autónomas independientemente de la edad: "Those who respect persons will respect their autonomous decisions at whatever age such decisions are made and will not assume, or be permitted to act on the assumption, that a decision is not autonomous because of the chronological age of the decider" (Harris 1996, p. 145).

La postura de Harris se relaciona con otro de los argumentos mencionados por Archard, que consiste en sostener que la delimitación de una edad que constituya el umbral entre mayoría y minoría de edad es arbitraria. En esta línea, Purdy —al rebatir la tesis de Harris— esgrime razo-

68 Harris incluye también la *estabilidad* dentro de los factores que pueden servir como criterio para considerar si la autonomía está limitada, pero concluye que no debe tomarse en cuenta, pues aunque se cita frecuentemente como justificación para el paternalismo, los adultos varían también de preferencias a lo largo de su vida conforme van cambiando, de manera que sólo podría hablarse de estabilidad a una edad muy avanzada (Harris 1996, p. 143).

nes prácticas derivadas de las dificultades para definir en cada caso qué decisiones son autónomas, de modo que considera razonable trazar líneas generales para distintos tipos de situaciones, aun cuando éstas sean imprecisas y susceptibles de error. De los hechos del desarrollo y de la interdependencia humana también se sigue la conveniencia de reconocer una línea divisoria entre niños y adultos, aunque admitiendo la posibilidad de prueba en contrario; en los primeros —menores— la carga de la prueba sería para mostrar que sus decisiones son autónomas, mientras que para los segundos —mayores— sería a la inversa, es decir, se tendría que demostrar que las elecciones no son autónomas. Reconoce que en ambos grupos existen excepciones, esto es, que algunos niños son capaces de tomar decisiones más autónomas que el resto y que éstos merecerían más libertades que los otros, al igual que hay adultos "deficientes" que son menos independientes que los demás. Sin embargo, en su opinión es preferible una política basada en la distinción entre menores y mayores, dejando los casos anómalos en el centro, ya que si se imponen estándares altos se previenen las peores injusticias que se hacen a estos niños precoces si se combina con oportunidades para el reconocimiento de su autonomía. Por el contrario, el establecer pautas bajas tendría peores consecuencias, pues podría llevar a que los niños hicieran elecciones que limitaran su bienestar a largo plazo (Purdy 1996, pp. 152 y 153). Purdy critica también el énfasis excesivo que Harris hace de la autonomía y su descuido por otras consideraciones importantes, como el desarrollo moral. Concluye que la liberación de los niños hará más difícil la vida familiar sobre la base de los estudios que muestran que la permisividad (*laissez-faire*) está ligada a la impulsividad, irresponsabilidad, desorganización, agresión e inmadurez intelectual y de conducta y defiende también la educación obligatoria, proponiendo mejorarla: "Children's liberation could be expected to make family life still more difficult than already is, undermine the educational system and increase exploitation of children and other workers" (Purdy 1996, p. 159).

Archard se opone también a la sugerencia de algunos liberacionistas de establecer una prueba individual que determine cuándo una persona ha adquirido la capacidad para ejercer sus derechos, argumentando que es problemático, pues además de las dificultades administrativas, el acuerdo sobre los criterios de evaluación también sería complicado y arbitrario, pues presentaría los mismos conflictos que la delimitación de una cierta

edad. Archard concluye que establecer el umbral es la manera adecuada para reconocer las diferencias entre niños y adultos, aunque está de acuerdo en que los derechos que requieran distintos grados de competencia puedan ser adquiridos en edades diversas (Archard 2003, pp. 9-26).

Aunque las dificultades que plantean los opositores a la liberación infantil son ciertas, no son únicamente razones prudenciales las que justifican la oposición a una liberación como la que se plantea, ya que además éstas parecen derivar de cálculos utilitarios. El ejercicio de la autonomía durante la infancia, según las disciplinas encargadas del estudio del desarrollo, requiere de cierta guía y límites de acuerdo con las características de cada etapa. La liberación completa como la que proponen muchos de los autores liberacionistas es contraria a las necesidades de los niños, pues impide su adecuada satisfacción: pensemos, por ejemplo, en la necesidad de límites claros en la primera infancia, indispensable para desarrollar la confianza, o en la importancia de la educación formal para la evolución del desarrollo, la interacción con iguales, el juego, etcétera, por mencionar sólo algunos casos. Esto no significa negar que deba respetarse un ámbito para el ejercicio de la autonomía, pero éste debe ser acorde con las características y necesidades del niño, como intentaré explicar más adelante en el apartado correspondiente al paternalismo.

En el terreno educativo, el liberacionismo como filosofía de la educación perdió fuerza desde hace algunos años, lo que se argumenta para descalificarlo como modelo pedagógico.[69] Sin embargo, como ya se dijo también en el capítulo tercero, muchos atribuyen este aparente fracaso a condiciones externas que no tendrían nada que ver con el funcionamiento del sistema. Fromm, por ejemplo, achaca el fallo de la educación progresista a un cambio en la autoridad evidente por una autoridad disimulada o, podría decirse, a la sustitución del castigo corporal por el chantaje emocional o psicológico: ya no hay castigo corporal, sino el gesto ceñudo del padre o la sensación de no estar "ajustado" (Neill 1974, p. 11). De la misma manera, el liberacionismo en los derechos en su línea más radical —Holt y Farson por ejemplo— también ha perdido defensores, lo que Freeman atribuye en parte al descubrimiento de la gravedad del abu-

69 No se puede ignorar tampoco que, aunque quizá con ideas menos radicales que las de los liberacionistas originarios, aún existen escuelas que incorporan la concepción de la autonomía infantil como presupuesto del aprendizaje (el mismo Summerhill que aún subsiste).

so sexual y al empeoramiento del problema social derivado de las drogas. No obstante, muchos autores con una línea más moderada continúan sosteniendo el reconocimiento de derechos para los niños y la necesidad de otorgarles mayor autonomía. Por otra parte, la corriente liberacionista ha tenido también importantes aportaciones a la concepción moderna de la infancia, entre las cuales se destacan las siguientes:

1) En primer lugar, la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, en particular que sus padres y profesores. Esta idea, coherente con los principios de autonomía, igualdad y dignidad, fue profundamente novedosa para la época y desgraciadamente aún podría serlo para muchas instituciones. De ésta puede derivarse la convicción de que los hijos no son propiedad de sus padres, sino que constituyen centros de intereses diferenciados y cuyos derechos son limitaciones a los derechos de los padres en el desempeño de las labores de crianza. Esta aportación también puede ser útil para comprender que los derechos de los niños no pueden ser sacrificados en aras del bien común; es decir, los niños tampoco son un patrimonio de la comunidad o del Estado que pueden ser educados únicamente en función de las necesidades de éstos.
2) La noción de una autonomía en los niños, lejana de las ideas de extrema dependencia que caracterizaban el pensamiento sobre la infancia, vigente hasta hace no muchos años. Aunque las concepciones de radical liberación de algunos autores han sido matizadas con base en la observación y estudio de las disciplinas dedicadas a esta etapa, es posible afirmar que son falsas la absoluta dependencia y la total incapacidad que durante mucho tiempo se predicaron de los menores de edad. Cada pequeño es participante activo en su propio desarrollo y requiere de los espacios adecuados para ir experimentando su libertad.
3) La comprensión de que cada persona tiene un proceso y ritmo de crecimiento propios y que es necesario que el desarrollo y la educación se den, respetando estos ritmos.[70]

[70] Por ejemplo, ya Neill señalaba la inconveniencia de que al niño se le forzara a aprender a caminar cuando aún no estaba listo para ello. Hoy sabemos que esta posición es acertada, pues el bebé necesita haber desarrollado las características físicas y las habilidades psicomotrices adecuadas para lograrlo y el forzamiento puede tener como consecuencia que no consiga algunos logros del desarrollo igualmente importantes.

4) La importancia del medio ambiente en el proceso de aprendizaje, lo que se relaciona directamente con la inconveniencia del castigo físico y la trascendencia de la educación afectiva.
5) La crítica a la enseñanza tradicional basada en la memorización y repetición de hechos que no tienen sentido para los alumnos.[71] Casi todos los educadores y pedagogos modernos estarían de acuerdo en que el modelo de enseñanza tradicional impugnado por el liberacionismo es incompleto e ineficiente (aunque desgraciadamente se siga utilizando en muchas instituciones educativas, a pesar de todas las teorías que recomiendan lo contrario).
6) La necesidad de establecer diferencias en los derechos de acuerdo con las distintas etapas del desarrollo y en concordancia con las habilidades necesarias para su ejercicio. Muchos ordenamientos jurídicos y la misma Convención han reconocido la capacidad para el ejercicio de algunos derechos desde antes de cumplir la mayoría de edad, aunque en mi opinión aún falta mucho por hacer y por aprender de las disciplinas encargadas del estudio de la etapa infantil.
7) Finalmente, y en parte debido a los otros puntos, la consideración de que los niños tienen derechos, pues en buena medida, gracias a las posturas liberacionistas, el tema de la titularidad de los derechos durante la minoría de edad se ha mantenido en el debate, obligando a unos y otros a buscar argumentos para asumir una postura al respecto.[72]

71 Postman y Weingartner, por ejemplo, proponen una "nueva educación" en la que se enseña al alumno a través de la formulación de preguntas averiguativas a "aprender cómo aprender", para desarrollar las habilidades para enfrentarse a una sociedad en constante cambio (Postman y Weingartner 1973, p. 238).

Duane habla también de un cambio en la función del maestro, que "varía de meterle conocimientos al niño, gústele o no, al de estar a la mano como un consejero experimentado para brindar los conocimientos y destreza técnicos que le permitirán al niño llegar a su meta", y en la "nueva educación", que "debe ocuparse sobre todo de desarrollar y extender las facultades de *todos* los niños para relacionarse con los demás; de aumentar el conocimiento propio y de comprender y controlar el mundo en el que viven" (Duane 1973, pp. 332 y 333).

72 Tal vez parezca un poco exagerado atribuir todas estas aportaciones al liberacionismo, pues como toda línea de pensamiento se encuentra inserta en ciertas condiciones históricas, por lo que no puede alegarse que se deba exclusivamente a este movimiento. Sin embargo, me parece que sí es posible afirmar que lo que hicieron fue enfatizar estas ideas, gestadas en la evolución histórica de la concepción de la infancia.

2. *Perfeccionismo moral-jurídico*

En el espectro de las justificaciones sobre la función estatal podríamos ubicar al perfeccionismo en el extremo opuesto al liberacionismo —el más radical por supuesto—, pues, dicho en términos muy generales, mientras los liberacionistas propugnan por la no intervención del Estado en las decisiones de los individuos, los perfeccionistas justifican la conducción del Estado hacia ideales morales. El perfeccionismo parte de la base no sólo de que existen planes de vida objetivamente mejores, sino que "sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores" (Nino 1989, p. 205). Esta visión excluye la neutralidad del poder público frente a las distintas concepciones de lo bueno y asume como una función legítima la adopción de las medidas necesarias para que los individuos acepten y materialicen los ideales de virtud personal que se consideran verdaderos. Para Peces-Barba, el perfeccionismo supone un rompimiento del dinamismo de la libertad, pues desconoce la libertad de elección y subraya únicamente la libertad moral sin permitir al individuo decidir si quiere o no alcanzarla (Peces-Barba 1995, p. 240).

Los perfeccionistas liberales sostienen que en las sociedades liberales el valor que se considera objetivamente valioso y el cual el Estado tiene obligación de promover es la autonomía. Haksar, uno de los defensores que más ha desarrollado esta posición, considera que el perfeccionismo es necesario como fundamento del igualitarismo y de sus implicaciones liberales y defiende una visión igualitaria liberal conciliable con éste como principio político: "perfectionism is needed both to provide the foundations of egalitarianism and to work out its liberal implications" (Haksar 1979, p. 1).

Para Haksar la valoración que hace Rawls de la autonomía como parte esencial del bienestar humano constituye en sí un tipo de perfeccionismo; el hecho mismo de excluir del club igualitario a, por ejemplo, los animales inferiores, implica consideraciones perfeccionistas, pues supone la postulación de una especie de norma que otorga un valor especial a los seres humanos que poseen ciertas capacidades o la potencialidad para tenerlas y excluye de la doctrina de igual consideración y respeto a quienes no forman parte del género humano. Niega también que sea posible

justificar el paternalismo derivado de los bienes primarios de Rawls eludiendo el perfeccionismo, pues éstos no pueden aplicarse a todas las clases de personas por igual; por ejemplo, no puede permitirse la distribución de iguales libertades o recursos económicos a quienes padecen un trastorno mental o a los niños, pues esto les perjudicaría.

Haksar recurre al conocido argumento de que no es posible educar a los niños sin influir en sus objetivos y preferencias, de manera que para afrontar el problema de la dirección en la que debemos guiar a los niños para crecer necesitamos decidir qué es bueno para ellos, pero no podemos resolver adecuadamente qué es conveniente para una persona cuyas metas no han sido formadas sin acudir a consideraciones perfeccionistas. No es posible justificar la educación para la autonomía únicamente apelando a la posición original que propone Rawls, pues ello implicaría la aceptabilidad de una sociedad condicionada a formular sólo planes de vida que puedan ser satisfechos[73] (Haksar 1979, p. 187). La enseñanza encaminada hacia la consecución de la independencia consiste en influir a un niño de una determinada manera, y la visión de que la autonomía constituye el bien de una persona implica una posición perfeccionista, lo cual quiere decir que no es posible justificar la autonomía utilizando únicamente argumentos contractualistas.

Haksar intenta justificar una visión liberal de la autonomía compatible con una defensa del perfeccionismo, aclarando que, a pesar de que cier-

[73] Haksar se refiere en especial a lo que él denomina *Brave New World*, un tipo de sociedad que, según intenta demostrar, puede tener ventajas considerables desde la posición original debido a que garantiza en cierta medida la salud mental (reduciendo significativamente los casos de insatisfacción mental, envidias y desesperanza), que Rawls considera uno de los bienes primarios. La sociedad que Haksar describe tiene las siguientes características: "By the Brave New World I mean a non-autonomous society where the following conditions obtain. Suppose we have a society that conditions very effectively the wants of its citizens when they are very young. Suppose that in this society the aims and interests that people have when they grow up depends upon the way that they were conditioned when they were young; they do not, when they grow up, autonomously choose their final aims. Suppose that the conditioning is done in such a way that the citizens grow up to have aims and wants that are internally consistent, that they do no set their aims and aspirations high but are content and happy because they have aims easy to satisfy; they do not strive for any of the higher forms of self-realization. Also suppose that their anti-social desires have been largely suppressed if not eliminated as a result of the conditioning, so that they live in peace with themselves and with each other… And let us assume that such a system of conditioning has abolished, or almost abolished, severe mental problems" (Haksar 1979, pp. 172 y 173).

tas formas de vida sean superiores a otras, ello no conlleva afirmar que un ser humano es superior a otros.[74] La autonomía no presupone el reconocimiento de igual valor a todas las formas de vida, de modo que propone un sistema de tolerancia con libertades desiguales en el que se dé menos libertad, aunque se acepte a quienes elijan formas de vida inferiores, lo cual no significa que se les considere inferiores ni que deban restringírseles todas las libertades:

> My suggestion of unequal liberties with toleration is quite compatible with respect for an individual's autonomy. An individual in order to exercise his autonomy does not have to live in a society where all major options are equally encouraged or discouraged… Moreover, the fact that some forms of life are to be given inferior status is consistent with having equal liberties between the non-inferior forms of life; so there can be plenty of scope for people to exercise their autonomy in choosing their way of life (Haksar 1979, p. 291).

Ante la postura de Haksar, Nino responde que la consideración de que el perfeccionismo es necesario en una sociedad igualitaria y liberal deriva de una confusión al suponer que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de éstos (Nino 1989, p. 210). El rechazo de la postura perfeccionista no significa asumir un relativismo moral, es decir, sostener que ningún plan de vida es mejor que otro, pues es esta vinculación la que lleva a la confusión; lo que se niega es la justificación del Estado para intervenir o imponer la adopción de ciertos ideales a los ciudadanos. Haksar confunde la concepción de lo bueno y planes personales de vida: el liberalismo acepta como intrínsecamente valiosa la autonomía de los individuos, pero de esto no se sigue que el Estado deba preferir ciertos planes de vida sobre otros; por el contrario, "la preferencia por

74 Haksar distingue dos formas de perfeccionismo, una fuerte y una débil; la que sostiene que algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros y la que afirma que algunas formas de vida son intrínsecamente inferiores a otras. Vázquez reformula ambas versiones del perfeccionismo de la siguiente manera: "(i) Algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros y el Estado debe promover los planes de vida de los hombres superiores y prohibir los de los inferiores; (ii) Algunas formas de vida humana son intrínsecamente inferiores a otras y el Estado debe promover las superiores y desalentar las inferiores" (Vázquez 1999, p. 65). Evidentemente, Haksar defiende una visión débil de perfeccionismo por considerarla compatible con el liberalismo.

algún plan de vida es incompatible con la concepción de la autonomía como intrínsecamente valiosa" (Nino 1989, p. 210).

En este sentido resulta útil la distinción que hace Vázquez respecto de la neutralidad y el pluralismo moral: la neutralidad supone un subjetivismo moral, pues parte del supuesto de la inexistencia de criterios objetivos, por lo que el Estado debe abstenerse de intervenir en los desacuerdos, mientras que el pluralismo moral reconoce como valor objetivo la autonomía (entre otros) y la existencia de una gran variedad de formas de vida distintas e incompatibles entre sí pero moralmente valiosas (Vázquez 1999, p. 86). Una sociedad liberal e igualitaria exige una actitud plural, es decir, capaz de acoger distintas concepciones del bien y la realización humanas, partiendo del valor objetivo de la autonomía y la función del Estado como responsable de las condiciones necesarias para su desarrollo y ejercicio, y no sólo eso, sino que debe ser además tolerante, esto es, permitir incluso aquellas formas de vida que se consideran notoriamente inferiores desde la perspectiva liberal.

El tema de las intervenciones perfeccionistas plantea cuestiones importantes para los niños, pues en el caso de los adultos resulta fácilmente aceptable la defensa de un Estado liberal que tolere por igual cualquier proyecto personal (con los límites evidentes de los daños a terceros), derivada de la autonomía de la persona, pero ¿qué sucede en el caso de los niños siendo que todavía no tienen plenamente formada su autonomía?, ¿qué es lo que se debe respetar en el caso de los menores de edad? Uno de los ámbitos más importantes en los que deben plantearse respuestas se relaciona con la educación, pues tal como sostiene Haksar, el caso de los niños es complicado, ya que sus deseos y preferencias están en buena medida determinados por la influencia de los adultos, y no se puede actuar con base en éstos cuando no se encuentran totalmente formados.

Desde la perspectiva moral del perfeccionismo se justifica un cierto tipo de formación con contenidos acerca de los ideales de vida objetivamente buenos, dando lugar a lo que Vázquez identifica como el modelo "tradicional" de educación. Desde esta visión, una de las misiones del Estado es el perfeccionamiento moral de los futuros ciudadanos a través de los contenidos educativos formales. En consecuencia, "un modelo educativo inspirado en una concepción ético política no puede conducir más que a un autoritarismo que se reflejará en cada nivel de la formación escolar" (Vázquez 1999, p. 72). Este autoritarismo no sólo se ve refleja-

do en los programas escolares que se reducen a la repetición de las supuestas verdades sin espíritu crítico y sin un proceso de construcción de conocimiento y comprensión de la sociedad y el mundo, sino que incide también en las relaciones personales entre maestros y alumnos. El modelo de educación tradicional inspirado en concepciones perfeccionistas requiere de una estructura rígida y jerárquica en la que el maestro es el depositario de la verdad y los valores auténticos y por tanto se encuentra en un plano de superioridad respecto del alumno. Todo ello impide la adecuada satisfacción de varias de las necesidades secundarias de autonomía, pues además de que obstaculiza el desarrollo mismo de la independencia, es contrario a la necesidad de una educación formal que estimule el aprendizaje crítico y permita al niño ir adquiriendo las herramientas para conquistar cada día nuevos grados de libertad, generando tolerancia y apertura hacia formas de vida distintas. La interacción con adultos y con iguales se ve igualmente afectada, pues la rigidez en la organización impide generalmente un clima afectivo cálido que permita al niño desarrollar la confianza, sentirse libre, experimentar, etcétera.

El modelo perfeccionista tiene también implicaciones importantes en la estructura familiar, pues las relaciones paterno filiales generalmente son concebidas como uno de los pilares fundamentales de la organización social y pieza clave en la continuidad del sistema, de manera que deben responder a un modelo preconcebido que mejor garantice los valores auténticos (que debe ser igualmente rígido y jerárquico).

La educación, tanto formal como informal, derivada de concepciones perfeccionistas impide la adecuada satisfacción de las necesidades de los niños y adolescentes, al ser rígida, jerarquizada, acrítica y muchas veces elitista. Es evidente que la educación tiene y debe tener contenidos valorativos; es más, la transmisión de la importancia de la autonomía constituye en sí misma la condición de viabilidad de la sociedad liberal, en la medida en que sólo si se inculca la libertad como un valor fundamental, los individuos llegarán a ser participantes activos y defensores de esa libertad. Sin embargo, esta estimación positiva de la libertad no supone neutralidad sino pluralidad, pues el Estado deberá tratar por igual a los distintos proyectos y formas de vivir, permitiendo a los niños conocerlos y tener acceso a ellos, dejándoles utilizar los medios para ir desarrollando planes y materializando los que mejor se ajusten a su concepción de la realización personal.

Otra de las preguntas obligadas se relaciona con la paradoja que surge en el cumplimiento de las obligaciones y derechos relacionados con la crianza cuando los padres no comparten los valores liberales o pertenecen a comunidades con sistemas perfeccionistas. Es decir, ¿debe la sociedad liberal respetar las formas de vida que son excluyentes o rechazan los valores liberales, sobre todo cuando ello involucra cierto tipo de formación para los niños?, ¿cómo será posible entonces el desarrollo de cierto grado de independencia que permita elecciones libres? La solución que se ha dado para conciliar los derechos de los padres a transmitir su cultura y sus propias concepciones del bien se ha encontrado en la combinación con la exposición del niño a modelos de vida distintos, es decir, el menor tiene derecho a conocer que existen otras nociones de bien razonables para otros seres humanos, y sobre esa base decidir si le resulta más valiosa la continuidad de la tradición comunitaria o la experimentación de otras maneras de vivir consideradas aceptables.

En conclusión, el perfeccionismo moral es injustificable en el caso de los menores de edad, pues es incompatible con los valores y con la condición de posibilidad de la sociedad liberal y democrática y constituye un obstáculo para el adecuado desarrollo de la autonomía y la tolerancia.

3. *Paternalismo jurídico*

Como se ha dicho ya, ligadas a la noción de la minoría de edad podemos identificar por lo menos dos intuiciones profundamente arraigadas: por un lado, una tendencia hacia la protección de los pequeños y, por otra parte, la idea de incapacidad, de carencia de algo. Desde el surgimiento del concepto de infancia la inclinación natural a la defensa de los más pequeños se ha extendido de los primeros años, en los que la vulnerabilidad y dependencia son más evidentes, hasta lo que hoy conocemos como adolescencia. El problema es entonces cómo garantizar esta protección sin violar la autonomía, dignidad e igualdad de los niños. Se han descartado ya las versiones más radicales del liberacionismo y del perfeccionismo moral, por considerar que no respondían adecuadamente a los requerimientos de una sociedad liberal; queda por explorar la alternativa del paternalismo jurídico, que, como adelanté ya, considero puede ser una buena opción a los problemas planteados. Sin embargo, no se puede negar que la fuerte carga emotiva que tiene la palabra "paternalis-

mo" nos revela algo acerca de la segunda intuición.[75] Casi siempre el concepto de paternalismo encuentra una fuerte oposición por estar asociado a la idea de un Estado que actúa como padre, protegiendo a sus ciudadanos como niños. Esto pone de manifiesto cierta concepción de la infancia que frecuentemente subyace al discurso público, pero ¿es verdaderamente justificable el paternalismo jurídico en el caso de los niños y cuáles son sus límites?[76]

La noción de paternalismo se vincula generalmente con la imposición de medidas[77] por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se

75 Feinberg, por ejemplo, dice que el problema es conciliar nuestra aversión al paternalismo con la necesidad aparente o por lo menos razonable de ciertas medidas paternalistas (Feinberg 1993, p. 111). Alemany, a su vez, manifiesta que "…hoy en día calificar a una institución de paternalista es, por el contrario, una persuasiva manera de presentarla como carente de legitimación" (Alemany 2000, p. 17). En el mismo sentido, Camps afirma: "El término «paternalismo» es ya peyorativo. Suele referir a un cierto tipo de protección o ayuda no justificado" (Camps 1988a, p. 105).

76 Es bien conocida la postura de fuerte oposición al paternalismo de Mill; sin embargo, incluso este autor —-defensor radical de la autodeterminación— considera el periodo infantil como una excepción: "Pero ni una sola persona, ni cualquier número de personas, está autorizada a decir a otra criatura humana de edad madura que, por su propio bien, no debe hacer con su vida lo que ella ha elegido hacer" (Mill [1859] 1991, p. 174). Sin embargo, Mill habla también de la obligación moral de los padres hacia los hijos y que el Estado debe procurar que se cumplan estas obligaciones, especialmente la de educarle a costa del padre.

77 Es interesante la discusión en relación con el tipo de medidas que implican las acciones paternalistas. En un principio, Garzón sostiene que el paternalismo supone la imposición de una medida coactiva (1987, p. 361), lo que Atienza refuta afirmando que existen casos de paternalismo —jurídico y moral— que no implican la intervención coactiva, por ejemplo cuando el Estado o el médico omiten informar a los ciudadanos o a los pacientes para evitarles preocupaciones o sufrimientos (Atienza 1988, p. 208). Alemany está de acuerdo con la postura de Atienza, sin embargo distingue entre dos acepciones del término coacción: la que se refiere a la propiedad del sistema jurídico que está respaldado por la fuerza del Estado, a diferencia de un sentido más restringido que alude a las normas para cuyo incumplimiento existe una sanción. En el primero de los significados, sostener que el paternalismo consiste en interferencias a la libertad es una especie de redundancia, mientras que la utilización de la segunda acepción para hablar del paternalismo restringe el concepto porque deja fuera muchas acciones y normas que son paternalistas (Alemany 2000, pp. 42 y 43). Finalmente, Garzón concede también que el concepto de paternalismo queda indebidamente restringido si se limita a prohibiciones y mandatos, aunque a su juicio es intrascendente si se trata de estas posiciones o de permisos, pues lo relevante es "que la medida se imponga en contra de la voluntad del sujeto" (Garzón 1988, p. 215).

dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses.[78] Para ello la autoridad pública prescribe a las personas conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan las preferencias y los planes de vida que han adoptado libremente, protegiendo así al sujeto de los actos u omisiones que afectan sus propios intereses o las condiciones que los hacen posibles, aun en contra de su voluntad; es decir, prescindiendo de su consentimiento. Ejemplos de medidas paternalistas son la obligación de usar el cinturón de seguridad en el automóvil o el casco en las motocicletas, la obligatoriedad de la educación, la punición de la venta de drogas, la obligación de hacer aportes jubilatorios o la prohibición de vender medicamentos sin receta.

Nino subraya la importancia de distinguir las medidas paternalistas de otras formas de coacción estatales: por una parte hay medidas e instituciones que, a pesar de su apariencia paternalista, están dirigidas a la protección de terceros, como es por ejemplo el caso de la obligación de vacunarse contra enfermedades transmisibles. Además, el paternalismo debe ser claramente diferenciado del perfeccionismo que justifica la intervención pública para imponer la materialización de ideales morales considerados como verdaderos, ya que el paternalismo —no perfeccionista— no tiene como fin el progreso del carácter moral de la persona, sino facilitar la consecución de los objetivos propios (Nino 1989, p. 414). En este sentido, resulta interesante el debate en torno a los objetivos de las medidas paternalistas sostenido entre Garzón y Atienza (1988). Atienza sostiene que una de las condiciones para que una conducta o norma se considere paternalista es que sea "con el fin de obtener un bien para una persona o un grupo de personas",[79] mientras que Garzón se opone a este requisito en tanto introduce el concepto de "bien", pues en su opinión "esto impide distinguir los casos de paternalismo jurídico, que pueden ser justificables, de los de perfeccionismo moral", que se inclina a pensar que nunca lo son, y por ello prefiere hablar de evitar un "daño". Las ideas de "bien"

78 Feinberg considera que el segundo caso, es decir, la protección de los intereses de la persona, constituye una versión "extrema" del paternalismo: "The principle of legal paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not" (Feinberg 1980, p. 110).

79 "Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): *a)* con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, y *b)* sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)" (Atienza 1988, p. 203).

o de "beneficiar" podrían tener como consecuencia la aceptación de bienes absolutos u objetivos "que nos lleven a la prohibición del suicidio y de todas las acciones que pongan en peligro los bienes «objetivos» de la vida o la salud" (Garzón 1988, pp. 217-219).

Esta discusión se vuelve especialmente importante si se enfoca desde la perspectiva de los niños, pues aunque en el caso de los adultos podría parecer claro que las medidas paternalistas deben tener como fin exclusivo el impedir un daño, durante la minoría de edad la intervención estatal —y paterna— parece abarcar un ámbito más amplio, que requeriría una explicación de lo que se entiende por evitar un daño, como explicaré más adelante. Creo que Alemany resuelve adecuadamente esta discusión recurriendo al concepto de bienes primarios o necesidades básicas, entendidos como aquellos necesarios para la realización de cualquier plan de vida. En su opinión, este concepto permite distinguir el paternalismo y el perfeccionismo a través de la definición de los bienes primarios, a diferencia de los bienes morales[80] a cuya consecución está dirigido el perfeccionismo (Alemany 2000, p. 86). Ciertamente, como se expuso en el apartado anterior, las posturas perfeccionistas defienden la función del Estado de guiar a los ciudadanos hacia aquellos ideales o planes de vida que se consideran objetivamente mejores.[81]

En esta misma línea de las necesidades básicas, puede ser de utilidad recordar la explicación de Doyal y Gough, quienes consideran que éstas

[80] Alemany distingue entre estos dos tipos de bienes: "No creo que quepa avanzar más en la distinción entre paternalismo y perfeccionismo sin entrar de lleno a exponer una teoría de carácter justificatorio. La distinción entre uno y otro requiere, en mi opinión, diferenciar entre actos que puedan ser dañosos o beneficiosos para la salud física, psíquica o la situación económica de un individuo, y en su calidad de ser meramente morales o inmorales" (Alemany 2000, p. 57). En mi opinión, los bienes primarios se pueden identificar con los satisfactores de salud física y autonomía propuestos por Doyal y Gough.

[81] Alemany señala que al definir el paternalismo Atienza no se compromete con la distinción entre *evitar un daño* y *beneficiar*: "Esta distinción entre «evitar un daño» y «beneficiar» es relevante en el contexto de justificación y conviene no introducirla en la definición de paternalismo. La razón fundamental de la relevancia ética de esta distinción es que uno de los criterios con mucha frecuencia utilizados para distinguir en un caso si se trata de *beneficiar* o de *evitar daños* es el de los derechos y deberes implicados. De esta manera, si introducimos la idea de «evitar un daño» en la definición de paternalismo contribuimos a prejuzgar la cuestión moral por definición, pues para que una acción haya de ser calificada de «evitar un daño», según una concepción muy extendida, es necesario que se tenga el deber de actuar" (Alemany 2000, p. 85).

son la condición para evitar perjuicios graves, es decir, aquellos que incapacitan al hombre para desenvolverse y participar activamente en la sociedad: "Por perjuicio grave se entiende, explícita o implícitamente, la búsqueda significativamente dañada de objetivos que los individuos juzgan valiosos. Estar perjudicado gravemente significa por tanto estar básicamente incapacitado en la búsqueda de la visión propia de lo bueno" (Doyal y Gough 1994, p. 78).

Esta definición amplia de daño permite incluir las acciones destinadas a proteger intereses de los niños. Por otra parte, Feinberg subraya la importancia de la voluntad en la discusión sobre el paternalismo legal, clasificándolo en débil y fuerte. Desde la versión débil se justifica impedir al individuo dañarse a sí mismo si su acción es, o por lo menos existe una presunción de que sea, sustancialmente involuntaria y no existe una evidencia de lo contrario; mientras que la versión fuerte considera que el Estado está legitimado para proteger a alguien aun en contra de su voluntad. Es evidente que no todo daño constituye un argumento para una intervención fundada, de manera que es conveniente establecer las condiciones necesarias para los casos de paternalismo justificado. Para ello hace varias distinciones relacionadas con el concepto de daño a uno mismo: en primer lugar diferencia entre el daño que una persona se hace a sí misma y el daño producido por la acción de otra persona con autorización del sujeto, pues sólo en el segundo caso puede hablarse realmente de consentimiento.[82] La segunda precisión separa las situaciones en que la persona se hace un daño porque éste es su fin deseado y cuando simplemente corre un riesgo de dañarse en el curso de actividades orientadas hacia otros fines, y directamente relacionado con esto distingue entre riesgos razonables y riesgos no razonables. Toda actividad supone cierto peligro, y en algunas ocasiones es razonable exponerse para obtener una gran ganancia (por ejemplo en una operación del corazón), y aunque reconoce la dificultad de determinar exactamente qué es lo "razonable", pues no es una cuestión de fórmula matemática (por ejemplo, no es razonable conducir a exceso de velocidad para llegar a tiempo a una fiesta, pero sí lo es para trasladar a una mujer a punto de dar a luz al hospital), señala que hay cosas claramente irracionales; no basta con que la actividad sea arriesgada para justificar la protección estatal, sino que esta exposición sea extrema

82 Feinberg considera que decir que yo consentí mis propias acciones es una metáfora para decir que actué voluntariamente (Feinberg 1980, p. 112).

y manifiestamente irrazonable. La última distinción relevante para el tema de la intervención estatal clasifica las situaciones en las que el riesgo se asume de manera totalmente voluntaria de las que carecen de aceptación plena. Para considerar que se da el primer supuesto —asumir voluntariamente— se requiere enfrentar el riesgo completamente informado de los hechos y contingencias relevantes, con plena conciencia y sin ningún tipo de coerción o compulsión. Debe haber calma y reflexión, no debe haber emociones distractoras, compulsión neurótica ni malentendidos para que haya perfecta voluntariedad. Es obvio entonces que se trata de una cuestión de grados, y que la mayoría de las decisiones se encuentran en algún punto de los dos extremos —perfectamente voluntario y completamente involuntario— (Feinberg 1980, pp. 110-116).

El tema de la voluntad es uno de los puntos medulares del debate sobre el paternalismo, pues sería la condición determinante para su aceptabilidad en una sociedad liberal, sobre todo desde la perspectiva de los derechos humanos. No resulta fácil, sin embargo, determinar cuándo se trata de un consentimiento dado involuntariamente, pues, tal como dice Feinberg, esto es una situación gradual. Algunas medidas paternalistas se dirigen precisamente a generar las condiciones para perfeccionar la decisión voluntaria. Éstos serían los casos que describe Nino en los que el Estado interviene proveyendo información relevante —por ejemplo en el caso del tabaco—; estableciendo requisitos especiales para ciertos trámites, obligando así a una meditación más cuidadosa —por ejemplo en los casos de matrimonio o divorcio—; eliminando las presiones sociales que pueden determinar que se tomen decisiones autodañosas —por ejemplo en el caso de la punición al desafío al duelo—; o estableciendo medidas tales como las leyes laborales o el voto obligatorio —que promueve el valor epistemológico de la democracia— y la educación de los jóvenes. Para Nino, otro caso de paternalismo justificado, aunque en mi opinión de distinta naturaleza que los mencionados, es el de las medidas encaminadas a facilitar la cooperación resolviendo los problemas de coordinación, como el caso de los sistemas de salud, la seguridad social o la agremiación sindical (Nino 1989, pp. 416 y 417).[83] En estas ocasiones el Estado actuaría únicamente como un facilitador de la coordinación, aun-

[83] Debo aclarar que aunque los casos son propuestos por Nino, la agrupación es mía, ya que el autor simplemente se limita a señalarlos como casos de paternalismo legítimo por compaginar con el principio de autonomía.

que pueden darse distintos grados de paternalismo dependiendo de si esta colaboración es voluntaria u obligatoria.

El caso de los niños es distinto, pues se presume que ni siquiera estas medidas podrían llevar a una voluntad completa y por tanto a un consentimiento consciente. Esto nos conduce al concepto de competencia, es decir, quién se considera que está facultado para tomar decisiones y que éstas produzcan sus efectos, aun cuando ello suponga un riesgo para el titular del derecho. Tal como señala Nino, el liberalismo supone atribuir un valor objetivo a la autonomía, de modo que cualquier preferencia subjetiva que no contradiga este valor debe ser respetada (Nino 1989, p. 217). Resulta entonces que debe existir una presunción en el sentido de que las decisiones deben ser acatadas cuando expresan la voluntad del agente.

Según Garzón, en principio se podría considerar que únicamente mediante consentimiento del destinatario es éticamente justificable la imposición de una medida paternalista, sin embargo esto presenta varios problemas: en primer lugar, es obvio que el consentimiento no podría darse en el momento de aplicación de la medida, ya sea porque la persona se opone a ella —en el caso de los llamados "contratos Ulises"—[84] o porque no está en condiciones de hacerlo —por estar inconsciente o con las capacidades alteradas—. El consentimiento posterior también es complicado, pues como han objetado muchos autores, éste puede estar "fabricado" por las intervenciones, además, la negativa de la persona a aceptar la medida paternalista podría considerarse como causa para seguir imponiendo la intervención por no comprender la bondad de la medida, dando lugar así a un argumento circular: "la bondad (o justificación) de la medida paternalista depende del consentimiento futuro y cuando éste no se da decimos que no ha comprendido la bondad de la medida" (Garzón 1993a, p. 370).[85] Para solucionar estos conflictos recurre al concepto de

[84] Cuando se solicita la intervención de un tercero para impedir una acción en un momento en el que se presume habrá debilidad de voluntad (como Ulises, cuando solicitó ser atado para no dejarse seducir por el canto de las sirenas).

[85] Archard plantea también las dificultades de recurrir al consentimiento hipotético o futuro para justificar el paternalismo en el caso específico de los niños: "Many children, on leaving their families, explicitly reject the upbringing they received, but this does not show that the parents acted impermissibly when they raised the child. A child might never grow up, dying before reaching her majority. Yet counterfactual appeals —in this instance, to the consent she *would* have given— are notoriously difficult to confirm or deny" (Archard 2003, p. 99).

competencia como hipótesis de racionalidad o normalidad: se trata de determinar si a quien se aplica la medida la rechaza porque no alcanza a comprender el alcance de la misma. La competencia se refiere a la capacidad de una persona para "hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta" (Garzón 1993a, p. 371).

La competencia puede ser a su vez básica y relativa, la competencia básica es la que se requiere de manera general para la vida en sociedad y el cumplimento de las disposiciones jurídicas generales, mientras que la relativa se refiere a la diferencia de competencia entre las personas.[86] El paternalismo sólo está justificado en el caso de alguien que carezca de la competencia básica y por tanto es plausible decir que alguien es "incompetente básico" por lo menos en los siguientes casos:

a) Cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill).
b) Cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (en el caso de Ulises, el de los alcohólicos o drogadictos que menciona el §114 del Código Civil alemán, o el de la debilidad de voluntad del que hablaba Hume).
c) Cuando sus facultades mentales están temporaria o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales).
d) Cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas).
e) Cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La

[86] Para clarificar el concepto de competencia básica y relativa Garzón ejemplifica: "Podríamos decir que, a pesar de que Pedro y Juan son igualmente competentes, Juan es más competente que Pedro. La aparente contradicción de esta frase indica que aquí estamos utilizando dos conceptos de competencia". La primera es la competencia básica y la segunda la competencia relativa (Garzón 1993, p. 371).

> incoherencia que resulta de querer *X*, saber que *Y* es condición necesaria para lograr *X*, disponer de *Y*, no tener nada que objetar contra *Y* y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (G. Dworkin 1983a, p. 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas (Garzón 1993a, pp. 371 y 372).

Quien se encuentra en una posición de carencia de competencia básica tiene un déficit con respecto a la generalidad y por tanto se encuentra en una situación de desigualdad negativa, de tal manera que se precisa de la intervención del Estado para compensar esta desigualdad. Sin embargo, para justificar la acción paternalista no basta con la existencia de una incompetencia básica, sino que se requiere que exista un interés benevolente cuya intención sea procurar evitar los daños que pueden derivar de la propia incompetencia.

Tenemos entonces que, según Garzón, el razonamiento para justificar una intervención paternalista debe partir de dos premisas:

a) En primer lugar, una verificación empírica de la incompetencia básica, lo que supone probar que existe una relación de causalidad segura entre la situación que provoca una presunta actuación involuntaria y la atribución de incompetencia básica (por ejemplo, los efectos del alcohol o las drogas) o la utilización de criterios de incoherencia lógica (como en el caso de quien no quiere utilizar cinturón de seguridad o casco, aunque tiene interés en preservar su vida).
b) Una verificación de tipo ético normativo, es decir, la medida debe tener como finalidad promover la autonomía y superar la desventaja relativa que supone el déficit.

Esto excluye, según Garzón, los casos en que alguien con competencia básica decide dañarse a sí mismo, incluyendo quitarse la vida, por considerar la muerte una liberación, o bien, quien decide correr un riesgo por placer o felicidad o arriesgar su vida por los demás.

Para Atienza, el planteamiento de la primera premisa es discutible en lo que se refiere a su tratamiento como una cuestión exclusivamente em-

pírica, pues antes de aplicar el concepto de incompetencia básica a casos concretos es necesario determinar quiénes deben decidir y de qué manera, lo que será una incompetencia básica, y para ello hay que apelar a la noción de consenso o aceptabilidad racional: "si se dieran ciertas condiciones de racionalidad se produciría un acuerdo sobre qué bienes deban considerarse como primarios y, por tanto (pues la noción de incompetencia básica quizá pueda considerarse como derivada de la de bienes primarios) a qué individuos hay que conceptuar como incompetentes básicos" (Atienza 1988, p. 212). Garzón considera haber tomado en cuenta la idea de consenso racional al referirse a los casos *c)* y *e)* de incompetencia básica en los que se refiere a situaciones en las que se pone en duda la racionalidad del agente, lo que se da por admitido en los casos que excluye de paternalismo justificado (como el suicida, el héroe o el amante del riesgo) (Garzón 1988, p. 217).

El problema consiste precisamente en definir de qué tipo de racionalidad estamos hablando, pues al aplicarlo a los niños nos enfrentamos con una lógica distinta a la del adulto, pero que desde mi perspectiva no justifica en todas las ocasiones la intervención paternalista, además de que los niños se encuentran excluidos generalmente de cualquier tipo de consenso, por lo menos formalmente —aunque me parece que también fácticamente—. En consecuencia, resulta problemática la utilización de la noción de aceptabilidad racional o consenso en el caso de la infancia, ya que, como se entiende generalmente, obliga a recurrir a la idea de consentimiento hipotético o futuro de dudoso valor metodológico por centrarse casi exclusivamente en el punto de vista adulto. Por esta razón, la vía que se propone es la de necesidades básicas desde un enfoque interdisciplinario que permita incorporar de alguna manera la racionalidad presente del niño para darle cabida en el discurso de justificación ética sobre la consideración de ciertas incompetencias básicas y la imposición de medidas paternalistas. Es necesario entonces incluir de alguna manera a los niños en la idea de consenso racional, y esto no puede ser —en mi opinión— de otra manera más que a través del equilibrio entre necesidades básicas de cada una de las etapas de la infancia y el derecho a ser escuchado, lo que supone permitirle cierto poder de decisión en los asuntos que le afectan directamente, como se explicará con más detalle posteriormente.

Por otra parte, es curioso que al describir los casos de incompetencia básica Garzón no se refiere expresamente a los menores, aunque como

veremos en seguida relaciona su incompetencia con la debilidad y vulnerabilidad. Tratándose de los niños, generalmente se da por establecido que la primera condición está dada por su misma situación de minoría de edad, es decir, se considera la edad como una evidencia empírica de que el sujeto es un incompetente básico; en otras palabras, que su capacidad está fuertemente disminuida respecto de la de los adultos.

La segunda premisa es igualmente problemática, pues desde mi punto de vista requiere de la revisión y verificación de cada una de las medidas paternalistas que se encuentran contenidas en la ley, aunque de modo general podemos verla reflejada en el sometimiento a la patria potestad. Sin embargo, el caso de los niños presenta también una característica que torna más delicada la situación, y es que, a diferencia de otras intervenciones en adultos, su justificación no se limita a la prevención de un daño en concreto, sino que abarca un ámbito mucho más amplio. En este sentido constituye una excepción a la recomendación que hace Garzón acerca de que parece aconsejable mantener los casos de incompetencia básica en un límite bajo (aunque tal vez considera que el tratamiento paternalista en el caso de los niños no contradice esta indicación). Esto parece no aplicarse cuando la incompetencia se deriva de la condición infantil, pues parece que se emplean justificaciones genéricas procedentes muchas veces de ciertas presunciones o prejuicios que subyacen a la concepción del niño.

La calificación del niño como incompetente básico y las características peculiares que por este motivo adquieren sus derechos tienen, además, otras dos consecuencias importantes que serán objeto de análisis a continuación: una en relación con los actores que forman parte en el ejercicio de los derechos, que son el niño, los padres y el Estado, y otra respecto de su forma, pues se configuran como derechos obligatorios.

A. *El niño como* "*incompetente básico*" *y las partes en el conflicto: niño, padres y Estado*

La condición de incompetente básico, o más bien el grado de incompetencia que se asigna a los niños, depende en buena medida de las características y capacidades que se les reconocen. Algunos autores relacionan la condición infantil con una situación de extrema debilidad y vulnerabilidad; tal es el caso de Onora O'Neill: "Children are more fun-

damentally but less permanently powerless; their main remedy is to grow up. Because this remedy cannot be achieved rapidly they are peculiarly vulnerable and must rely more than other powerless groups on social practices and institutions that secure the performance of other's obligations" (O. O'Neill 1995, pp. 39 y 40).[87]

En una línea muy similar —incluso citando los argumentos de Onora O'Neill— Garzón relaciona el concepto de vulnerabilidad en el caso de los niños con el de incompetencia básica: el ejercicio de la autonomía durante la infancia está condicionado por su situación de radical fragilidad, que los incapacita para negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones. La vulnerabilidad, continúa, se da tanto en relación con las personas que están mejor situadas para dañar y ayudar, como respecto a la adquisición y conservación de ciertos bienes. De acuerdo con esto existen dos tipos de vulnerabilidades: relativas, que dependen de las condiciones de explotación o discriminación y desaparecen si éstas se eliminan, y las absolutas, para las que no basta la supresión de la situación de opresión, sino que requieren de la adopción de medidas. En el caso de los niños su vulnerabilidad es absoluta, y ello les convierte en incompetentes básicos, pues no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones ni satisfacer sus necesidades elementales, aunque concede que es superable con el transcurso del tiempo, y que la transformación en capaz básico o incapaz relativo del niño depende en buena medida de la forma en que haya sido atendido durante esta etapa (Garzón 1994, pp. 737 y 738).

Esta visión de la niñez, por cierto compartida por numerosos autores muchas veces con el objetivo de promover la protección de los niños o hasta de fundamentar sus derechos, ha tenido como consecuencia el dilema clásico —al que alude Freeman— que enfrenta la protección de los niños y el ejercicio de sus derechos de autonomía, también conocido como la disyuntiva entre salvación o liberación, crianza o autodeterminación. Se plantea la necesidad de optar entre defender al niño de los riesgos que puede suponer el dejarle que elija libremente, ya que no tiene la capacidad ni experiencia para prever las consecuencias, o inclinarse por permitirle decidir autónomamente como un adulto, partiendo de que tiene aptitud para hacer opciones voluntarias y que es mejor para el desa-

87 Como se dijo en el capítulo tercero, la argumentación de O. O'Neill pretende fundamentar la atención a las necesidades de los niños en obligaciones de los adultos.

rrollo de su independencia. Creo que este dilema es falso y tiene su origen en una concepción totalizadora de la niñez y del ser humano. Efectivamente, el niño se encuentra en una situación de dependencia y vulnerabilidad, pero es falaz que esto sea incompatible con el ejercicio de la autonomía, entendida de una manera amplia y como una capacidad gradual, también en los adultos.

Si bien es cierto que el niño puede ser calificado como incompetente básico, por lo menos durante los primeros años del desarrollo, y que por tanto se justifican las medidas paternalistas en el ejercicio de sus derechos, no hay que ignorar que, tal como sostiene Archard, los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, es una cuestión progresiva, y en la medida en que se van desarrollando ciertas habilidades, es necesario ir permitiendo el ejercicio de algunos de éstos. Sin embargo, no se puede dejar de lado que existen derechos cuya práctica no requiere de ninguna capacidad especial —entendida como capacidad de autonomía— y son indiscutiblemente aplicables a los niños desde el inicio de la vida, como los mencionados en la sección anterior como derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se aplican a todos por igual (por ejemplo, los derechos a no ser sometido a esclavitud o a no ser torturado).

La calificación del niño como incompetente básico puede tener como consecuencia ubicarlo en el extremo de carencia completa de voluntad y por tanto incapacidad absoluta para dar su consentimiento. El menor de edad, al igual que cualquier adulto en las situaciones que el mismo Garzón cita como ejemplos (bajo los efectos del alcohol o las drogas), carece de competencia para algunos asuntos y decisiones, pero no para todos ni de igual manera en todas las etapas del desarrollo. El niño puede ser incompetente para viajar libremente o dar su consentimiento para adquirir un bien inmueble, pero no para elegir quiénes han de ser sus amigos o para decidir a qué quiere jugar en sus ratos de ocio. No se pretende negar la necesaria conducción de los padres u otros adultos, pero quiero resaltar la idea de que la autonomía es un concepto dinámico que interactúa con el ambiente y se va transformando en la medida en que se da oportunidad para su ejercicio. Es un error intentar dibujar una línea divisoria entre la competencia y la incompetencia básica en el caso de los niños; la sombra de penumbra de la cual habla Garzón —en la cual es difícil proponer criterios de aplicación universal— también existe en las decisiones

sobre la imposición de medidas paternalistas a la infancia, y debemos tomar muy en serio la tarea de evaluar si se justifica o no la intervención. Sin embargo, parece que tiene razón Freeman cuando afirma que resulta más sencillo asumir que ciertas habilidades y capacidades de los niños están ausentes que permitirles expresarse y tener en cuenta sus elecciones.

Es más, no sólo es falso que autonomía y protección no son recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a la otra. Desde la perspectiva de necesidades expuesta, el ejercicio de cierto grado de autodeterminación es un requerimiento del desarrollo, pero también precisa de un marco adecuado que impida que el niño se exponga innecesariamente, de tal manera que se podría decir que se protege al niño permitiéndole el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio de la autonomía protegiéndole debidamente para que no corra riesgos inútiles. Se trata de una interacción dinámica que debe responder a las características de cada etapa y a las capacidades personales. En este sentido, es necesario mantener también un equilibrio entre los intereses presentes del niño y la salvaguarda de su condición de adulto futuro. No podemos partir de presunciones generalizadas derivadas de imágenes tal vez equivocadas o por lo menos inexactas, porque ello supondría no reconocer la autonomía, igualdad y dignidad de los niños; significaría no tomar sus derechos en serio.

El mismo Garzón reconoce que la competencia básica es también relativa, pues puede ser que en el caso de sociedades "civilizadas" se requiera un mayor grado que en el caso de las sociedades "primitivas", y ello aumenta a medida que se tecnifica una población. Esto podría explicar en parte el fenómeno de alargamiento de la adolescencia al que se ha hecho referencia en capítulos precedentes, pues cada vez se exigen mayores requisitos para la inserción en la vida adulta.

Ahora bien, el paternalismo en el caso de los niños enfrenta otro problema peculiar, y es que no se trata únicamente de un posible conflicto entre la autonomía del individuo y la intervención estatal, sino que participan también como actores los padres, sus derechos y deberes. En otras palabras, la interferencia estatal no se percibe únicamente como una limitación a la autonomía del destinatario, también se ha considerado como una injerencia en la esfera privada de la familia. Como se ha dicho ya, durante mucho tiempo se sostuvo que todas las cuestiones relacionadas con los menores sujetos a la patria potestad estaban incluidas en el

campo de inmunidad del padre, lo que quiere decir que a éste afectaban las medidas paternalistas. Aunque actualmente hay algunas posturas que se decantan por garantizar la atención de los niños a través del reconocimiento de derechos a la familia,[88] creo que la actitud más razonable es la consideración de cada niño como sujeto de derechos individuales, sin que esto signifique negar que deba existir un ámbito de actuación garantizado en el que la familia tenga libertad para proponerse proyectos comunes. Tenemos entonces que los derechos de los niños se distinguen también porque en su ejercicio se ven implicados de manera directa el niño, los padres y el Estado.

Este problema es abordado por Gutman desde la perspectiva de la educación, en particular a partir de cuestionar si el derecho a transmitir ciertos valores de padres a hijos debe considerarse como parte del derecho a una libertad de interferencia de los progenitores. Este tema se plantea frecuentemente, sobre todo al tratar de las libertades de los niños. ¿Cómo debe entenderse la libertad religiosa en un niño?, ¿se puede hablar de un derecho del niño o es un derecho del padre?, ¿qué sucede en un enfrentamiento entre los valores del Estado liberal y los valores de la familia? En primer lugar, es necesario examinar de cerca las relaciones de filiación y los derechos genéricos derivados de ella. Doy por aceptado que se excluye el argumento de que los niños son propiedad de sus padres, por las numerosas razones expuestas a lo largo del presente trabajo.

Una propuesta atractiva desde mi punto de vista es la de Archard, quien sugiere que los derechos de los padres derivan de una obligación de cuidar a sus hijos en cuyo cumplimiento gozan de discrecionalidad y para lo cual requieren ser paternalistas. Gutman vincula a las obligaciones parentales un derecho de "agencia paternalista" (*paternalistic agency*)

88 Entre estos autores se encuentran los comunitaristas, que sostienen el derecho de los padres a determinar la educación de niños y jóvenes. Por ejemplo, John O'Neill considera que la teoría liberal ha ignorado a los niños y destaca la importancia de la familia en la atención a los menores: "The point of this device is to make it clear that, in the covenant perspective, the subject of politics is only properly conceived when the political subject is recognized as an embodied, gendered family-subject whose reciprocal regard for other citizens is constitutive of one's moral worth and civic agency. Thus, we must treat the child as a political subject. We do so not from a child-rights standpoint, but because the commitment of the children of our own generation, as well as of future generations, to a class contract that is so inimical to their well-being invalidates the moral grounds of market society" (J. O'Neill 1994, pp. 35 y 36).

que se posee frente a otros adultos para que no interfieran en las actuaciones, condicionado al cumplimento de los deberes relacionados con la crianza. El hecho de que los padres biológicos sean quienes detentan este derecho preferentemente se debe a que ello responde mejor a los intereses del niño, pues según Gutman, de entre los agentes disponibles en el Estado liberal, los padres son los que mejor pueden cumplir esta función (Gutman 1980, pp. 343-345). Podríamos decir que existe una presunción a favor de los padres biológicos de que atenderán satisfactoriamente las necesidades de sus hijos, pero en caso de no hacerlo desaparecen los derechos derivados de la discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones de la paternidad. Archard expone varias razones a favor de esta presunción, diferenciando las que derivan de la perspectiva del niño y las que tienen su origen en la posición del padre; esto quiere decir que es distinto afirmar que el interés del niño es ser criado por sus padres, a sostener que un padre puede exigir ser el criador de sus hijos independientemente de las consecuencias que pueda tener para el pequeño. Las razones desde la postura del niño son las siguientes: primero, los padres biológicos son quienes mejor dotados están para cuidar de sus hijos, dada la inclinación biológica al amor y la protección[89] —aunque por supuesto reconoce que existen excepciones—. Segundo, el ser criado por los propios padres contribuye a la identidad y autoimagen del niño, ya que la herencia genética y el parecido facilitan la identificación y favorecen el afecto mutuo —aunque también existan casos de hijos adoptados que han sido criados exitosamente—. Tercero, permitir a los padres naturales cuidar de sus hijos resuelve problemas de coordinación, en tanto constituye un sistema para asignar niños a padres. Dado que los niños requieren ser criados por adultos significativos es mejor adjudicar la obligación a personas específicas: los problemas de coordinación pueden solucionarse si existe una razón que todos puedan reconocer y que pueda constituir un arreglo aceptable, y el hecho de la paternidad natural puede serlo. Sin embargo, estos argumentos no significan que la simple condición de procreador biológico constituya una base suficiente para exigir la custodia, ni que exista nada en la paternidad natural que pueda probar

89 Creo que Archard se refiere a lo que en el capítulo segundo se identificó como conductas preprogramadas, especialmente las relacionadas con el apego estudiado por Bowlby y que han sido investigadas por los etólogos, dado que las compartimos con otras especies animales.

que un padre es bueno. Todas las razones expuestas se basan en el mejor interés del niño. Finalmente aclara que se trata de una presunción, pues cuando los padres demuestran deficiencias en el cumplimiento de los deberes de cuidado, no pueden argumentar un derecho derivado de la filiación biológica (Archard 2003, pp. 83-86).

Respecto del papel del Estado, Archard sostiene que tiene una doble función relacionada con los niños: un papel de patria potestad para proteger los intereses del niño y otra que responde a la aspiración de la transformación de las generaciones jóvenes en adultos funcionales. En su desempeño como protector el poder público debe preocuparse por el interés del menor, tomando también en cuenta la visión que el mismo niño tiene de su propio bienestar y los padres no pueden oponerse a alguna intervención alegando sus derechos como progenitores. El Estado tiene también el cometido de actuar como suplente de los padres cuando éstos han demostrado incapacidad para cumplir con sus obligaciones, aunque esto debe sujetarse a ciertas condiciones: por una parte, debe operar únicamente como último recurso, cuando no hay adultos que se hagan cargo de la crianza del niño o cuando han demostrado incapacidad para hacerlo. En este sentido, existe una presunción del Estado liberal acerca de que las familias puedan funcionar mejor si se les deja cierto grado de libertad para conducir sus asuntos privados —aunque ello no es razón para considerar a la familia como una organización estrictamente privada y ajena a la intervención oficial—, y el Estado interviene en caso de que los padres crucen cierto umbral para garantizar los derechos de los niños y para proteger el interés general. Además, una vez que se asume la patria potestad, los poderes parentales del Estado deben ir más allá que los de los ciudadanos adultos padres ante los derechos del niño, es decir, puede tomar decisiones que no están sometidas, por ejemplo, a su consentimiento en caso de haber alcanzado cierto grado de madurez —lo que sí sucede con las de los padres—[90] (Archard 2003, pp. 117-126).

90 Esta segunda condición se entiende mejor utilizando el ejemplo que cita Archard del caso Gillick, en el que una madre se inconforma con una circular en la que se autorizaba a los médicos a informar a chicas menores de 16 años sobre temas sexuales y a proveerles de anticonceptivos sin consentimiento de los padres. La decisión fue que la circular no era ilegal, de modo que los padres debían ceder ante el derecho de la hija a decidir por sí misma una vez que hubiera alcanzado cierto grado de inteligencia y entendimiento. Por el contrario, cuando el Estado ha asumido un papel de patria potestad su derecho no tiene necesariamente que ceder ante la decisión del niño (Archard 2003, p. 121). En otras

De esta forma, tenemos una relación triádica que funciona de manera interactiva pero que tiene como justificación última el interés superior del menor: los niños tienen algunos derechos cuya satisfacción se supone garantizada en el ámbito de la familia y otros a los que atiende directamente el Estado, y en caso de incumplimiento de los primeros los organismos públicos pueden actuar subsidiariamente; los padres tiene derechos derivados de las obligaciones de cuidado de sus hijos que se encuentran limitados por los derechos de los niños y por los requerimientos del Estado liberal y, finalmente, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de los niños a través de intervenciones paternalistas acotadas por los derechos de los padres y, sobre todo, por el derecho a la autonomía en los niños.[91] Gutman distingue entre tres niveles distintos: el poder de los padres, el poder del Estado como alternativo al de los padres y, finalmente, un ámbito en el que el niño tiene libertad para hacer elecciones propias, sobre todo tratándose de los adolescentes, aunque —como he tratado de defender— cierto grado de autonomía debe ser reconocido durante todas las etapas del desarrollo.

En este sentido, tal vez el análisis de los derechos de los niños pueda ser de utilidad para adoptar una nueva perspectiva sobre las intervenciones paternalistas. En sus conclusiones, Alemany considera que la discusión sobre el paternalismo pone en duda la metáfora según la cual "el padre es a los hijos lo que el príncipe a los súbditos" (Alemany 2000, p. 84), y entiendo que lo que se cuestiona es la legitimidad de que la autoridad actúe con los ciudadanos como el padre con sus hijos. Pues bien, tal vez tendríamos que detenernos a pensar también en lo que se acepta como premisa implícita en ese tipo de afirmaciones y que tiene que ver con la justificación de ciertas pautas de conducta paternas respecto de los ni-

palabras, el Estado puede emitir una decisión vinculatoria sobre ciertos aspectos de la vida del niño aun en contra de su voluntad, como ocurre, por ejemplo, cuando ordena una transfusión de sangre a un menor de edad en contra de sus creencias religiosas.

91 Es claro que nos encontramos en el plano hipotético de un escenario ideal, en el que cada uno de los actores puede desempeñar su función. Es innecesario subrayar el hecho de que en el mundo real la situación de los niños rebasa la cantidad de recursos destinados a la satisfacción de sus necesidades, de modo que las medidas que se requieren no se implementan o lo hacen de manera deficiente e insuficiente. Por otra parte, la actuación subsidiaria, comenzando por la supervisión del Estado en caso de incumplimiento de las obligaciones paternas, rebasa también la capacidad de los organismos encargados en la mayoría de los países del mundo.

ños, para así derivar una visión distinta acerca del valor autonomía no sólo en los adultos, sino también para los niños.

B. *Los* "*derechos obligatorios*"

La incompetencia que se atribuye al niño tiene como otro efecto importante la forma que adquieren algunos de sus derechos, es decir, no únicamente que el ejercicio de los mismos depende en parte de actores distintos del titular, sino que el contenido no es disponible, pues no se reconoce capacidad de decisión respecto de su cumplimiento. Esta ausencia de disponibilidad opera para los tres actores, traduciéndose en conductas exigibles a cuyo cumplimiento ninguno tiene facultad de renunciar. Los derechos obligatorios constituyen así una fórmula para implementar las medidas paternalistas, que es en sí misma paternalista, pues a través de ellos se pretende subsanar una incompetencia básica y garantizar la permanencia de opciones abiertas para cuando ésta sea superada. Desde mi punto de vista, los derechos obligatorios son necesarios para mantener el equilibrio entre las partes, pues implican deberes tanto para los niños, los padres y el Estado. Hay que decir que este tipo de derechos no es exclusivo de la infancia; sin embargo, la diferencia radica en que durante esta etapa de la vida humana la mayor parte se configura de esta manera.[92]

En este sentido es importante la distinción de Feinberg mencionada en el capítulo tercero entre: "derechos discrecionales", que conllevan tener la posibilidad de decidir entre hacer o no hacer X, y los "derechos obligatorios", que no conceden opciones a su titular, es decir, sólo se permite una forma de ejercitarlos e impone en los otros una obligación correlativa de proporcionar los medios para realizarlos y no obstaculizarlos, pero no establece un deber de no interferencia (Feinberg 1980, p. 233). En mi opinión, se trata de bienes de tal importancia que se justifica la restricción a la libertad y encuentra su justificación última precisamente en la autonomía (unida a la igualdad y dignidad). Esto significa que las medidas paternalistas y por ello los derechos obligatorios únicamente están

92 Efectivamente, no todos los derechos de los niños se configuran como derechos obligatorios indisponibles para los tres actores; por ejemplo, la libertad religiosa del niño está mediatizada por el poder de elección de los padres, pero ello no supone que este derecho sea obligatorio, ya que los padres pueden decidir entre enseñar o no religión al hijo.

justificados si, como sostiene Garzón, su finalidad es promover la autonomía. Por ello es importante establecer un criterio claro para determinar el contenido de estos derechos, pues no pocas veces se ha abusado a lo largo de la historia de la supuesta bondad de ciertas medidas para justificar medidas autoritarias.

Para Feinberg los derechos obligatorios son obligaciones contempladas desde un punto de vista positivo; se trata de deberes cuyo cumplimiento es especialmente ventajoso para la comunidad y para el titular, de tal manera que la libertad que supone cualquier obligación (libertad como ausencia de una obligación de no hacer X) se convierte en un derecho pretensión. Para este autor, la descripción de este tipo de obligaciones como derechos o como obligaciones depende de qué tanto queramos acentuar su papel como cargas o beneficios (Feinberg 1980, p. 235). En cierta medida tiene razón Feinberg, pero me parece que trivializa excesivamente la función de los derechos, pues el hecho de calificar una determinada conducta como derecho u obligación no es simplemente una cuestión de perspectiva; los derechos se relacionan con valores fundamentales para el ser humano y derivan de los principios de igualdad, autonomía y dignidad.[93] Los derechos políticos que menciona este autor como ejemplo, así como el derecho a la educación, los derechos laborales o a la igualdad ante la ley, todos ellos transformados en obligatorios, tienen una cosa en común: protegen bienes fundamentales en una socie-

93 Feinberg dice que muchas de las obligaciones políticas se conciben como beneficios y se demandan como derechos por quienes no tienen acceso a ellos, tal es el caso de las mujeres y los derechos políticos. Esto es lo que sucede en una escena de Ana Karenina de Tolstoi, en el que un grupo de personas discute acerca de la liberación y los derechos de la mujer: "But if women as a rare exception, can occupy such positions, it seems to me you are wrong in using the expression «rights». It would be more correct to say «duties». Every man will agree that in doing the job of a juryman, a witness, a telegraph clerk, we feel we are performing duties. And therefore it would be correct to say that women are seeking duties, and quite legitimately. And one can but sympathize with this desire to assist in the general labor of man" (Feinberg 1980, p. 236). Esto muestra claramente que constituyen acciones importantes para el individuo, pues permiten el acceso a las decisiones públicas; en efecto, este tipo de derechos obligatorios tiene como finalidad lograr mayores cuotas de autonomía, pues su negación en el caso de las mujeres, como refleja el texto de Tolstoi, supone vedar su participación y minusvalorar su autonomía y dignidad. Curiosamente, el mismo fenómeno ocurre con el derecho a la educación en los niños: para los niños de países del primer mundo la educación es una obligación, para los países en vías de desarrollo es un derecho, mientras que para los niños de los países más pobres es un privilegio.

dad liberal y sacrifican una parte de la libertad del sujeto en tanto que no permiten elección en aras de alcanzar una autonomía mucho mayor, como lo es vivir en una sociedad democrática, desarrollar las habilidades para poder hacer elecciones libres, tener garantizados unos mínimos en el empleo que permitan la libertad de ocupación o no ser objeto de discriminación. Ello supone una justificación para no dejar las opciones abiertas en la elección ni en el cumplimiento de la obligación. Además, se diferencian porque a cada derecho corresponde un deber en el cumplimiento, mientras que no podemos decir que a cada obligación corresponde otra obligación.

La definición de Peces-Barba concuerda mejor con esta visión, pues relaciona los derechos obligatorios ("derechos-deber" los llama) con contenidos trascendentales para el titular y para la comunidad: se trata de derechos cuya importancia es tal que, visto desde el punto de vista de su titular, suponen una acción positiva de los poderes públicos, pero desde el punto de vista de la colectividad y el interés general son también fundamentales de tal manera que constituyen una obligación para el titular (Peces-Barba 1995, pp. 462 y 463).

Como se ha dicho ya, las teorías voluntaristas negarían que estas normas constituyan derechos por carecer de un poder de disposición por parte del titular; en otras palabras, por no involucrar la voluntad en el ejercicio. Sin embargo, creo que hay razones de peso para considerar que sí se trata de derechos como se intentó argumentar en el capítulo tercero. Los bienes protegidos son de tal modo relevantes que han de ser garantizados inmunizando al titular en contra de sí mismo, pero no sólo de sí mismo, sino también de los actores involucrados en el ejercicio. De otra manera sería muy arriesgado, aun dejando de lado que los niños no pueden en muchas ocasiones juzgar sobre los intereses que involucran proyectos a largo plazo, sino que los otros actores tendrían demasiado peso en las decisiones sobre la vida de los pequeños. En este sentido se puede establecer cierta analogía con el rasgo de inalienabilidad de los derechos humanos: se consideran indisponibles por considerarse tan básicos que ni siquiera su titular tiene derecho a renunciar a ellos, y de esta manera se le protege no sólo de sus propias decisiones sino de eventuales condiciones que pudieran llevarlo a enajenar sus derechos (por ejemplo a renunciar a su libertad volviéndose esclavo para salvar una situación desesperada, o poner en peligro su vida vendiendo algún órgano para conseguir recursos

económicos). Se crea así un espacio que garantice los mínimos y deje así ciertos bienes fuera de las fuerzas del mercado y las eventualidades sociales. En el caso del niño ocurre algo parecido, se salvaguarda un estado de condiciones que no son disponibles para nadie de modo que queden garantizados para cuando pueda disfrutar de ciertos bienes, aunque a diferencia de los derechos, cuando se trata de adultos, el ejercicio es también forzoso. Sin embargo, para ello —al igual que ocurre con los mayores— son necesarias dos condiciones: *a)* que este espacio de no disponibilidad sea el mínimo indispensable, es decir, que no pueda servir como excusa para favorecer una práctica desmedida del poder paterno o estatal, de modo que el niño debe tener facultad para elegir de acuerdo con sus capacidades, y en lo que tenga habilidad para decidir no es válida la imposición de una obligación; *b)* en relación con la anterior, las limitaciones deben tener un fundamento normativo lo más objetivo posible, y para ello es indispensable la interdisciplinariedad. Dado que el niño no puede participar directamente en el procedimiento democrático y su intervención en el discurso moral es limitada, se vuelve imprescindible que la determinación de sus intereses y del ámbito de actuación indisponible tenga su justificación en las necesidades básicas, sin que ello obste para que se le permita expresarse y se le escuche.

Otra de las cualidades especiales que presentan los derechos obligatorios, y en general las medidas paternalistas en el caso de los niños, es que su incumplimiento generalmente no lleva aparejada una sanción, sino la realización forzosa de la obligación. Esto nos refleja también la cualidad de los bienes que se intenta proteger, pues la obligatoriedad tiene como finalidad la realización del derecho sin que pueda ser sustituida. Por ejemplo, la educación obligatoria: en caso de negligencia de los padres o del niño, el Estado se hace cargo para garantizar que el niño la reciba. En el caso de otras medidas paternalistas la coacción se establece a base de sanciones que actúen como elementos disuasores, por ejemplo en el caso del cinturón de seguridad, del uso de casco y hasta del voto obligatorio, se imponen multas o privación de la libertad como consecuencia de la infracción.[94]

[94] Se puede argumentar que en caso de incumplimiento de las obligaciones parentales, en muchos ordenamientos jurídicos se impone la privación de la custodia y hasta de la patria potestad como sanción a los progenitores; sin embargo, estas medidas tienen en mi opinión como primordial finalidad el garantizar el cumplimiento de los derechos del niño, aunque evidentemente pueden significar un castigo para los padres.

Por otra parte, quisiera matizar una afirmación respecto de los derechos obligatorios en el sentido de que no hay discrecionalidad en el ejercicio, pues una cosa es que al ser obligatorios no pueda decidirse si se cumplen o no, y otra es tener cierto margen de acción en cuanto a la realización del mismo. Aquí entra en juego el pluralismo de una sociedad liberal democrática que debe autorizar distintas opciones para cumplir los derechos obligatorios, por ejemplo permitir diferentes tipos de educación, aceptar la diversidad de hábitos alimenticios o reconocer varios modelos de organización familiar. Pero en el plano de cumplimiento por parte de los niños debe también existir un margen de acción que debe ir directamente relacionado con el desarrollo de competencias y habilidades: por ejemplo, el niño tiene que recibir instrucción formal, pero en un momento cercano a la adolescencia puede opinar sobre a qué escuela asistir. Por otra parte, tampoco hay que olvidar la importancia de los derechos en los que sí debe gozar de discrecionalidad en el ejercicio: el derecho al juego, en el sentido de decidir a qué quiere jugar (no se niega que sea necesaria cierta orientación paterna, pero no debe convertirse en imposición), el derecho al tiempo de ocio (que muchas veces es violado por los padres que, ansiosos por preparar a su hijo para un entorno altamente competitivo, proyectando quizá sus propias inseguridades y buscando cuidadores alternativos que se hagan cargo de los niños mientras ellos trabajan, le atiborran de actividades extraescolares), el derecho de asociación (para elegir compañeros de juegos y aventuras), etcétera.

Creo que desde esta perspectiva el paternalismo tiene puntos coincidentes con lo que se ha identificado como el liberacionismo moderado, y esa es la postura que personalmente considero más acorde con las teorías expuestas hasta el momento. Es necesario armonizar tanto a los actores —niño, padres y Estado— como a la forma y contenido de los derechos —derechos obligatorios— de manera tal que respondan a las características de cada una de las etapas, protegiendo al niño, pero al mismo tiempo permitiendo y estimulando el desarrollo de su autonomía.

Finalmente, creo necesario recordar una vez más que el fundamento de los derechos humanos comprende tres principios, pues si se considera el principio de autonomía de manera aislada, como si por sí misma pudiera constituir una justificación completa, la idea de paternalismo o de derechos obligatorios parece inaceptable. Cualquier limitación a la libertad del individuo, cualquier intervención destinada a procurar incluso su

bienestar pero a costa de eliminar la opción de que el titular elija, contradiría este principio. Sin embargo, según lo que se ha expuesto hasta ahora, el principio de autonomía no puede constituir el único fundamento de los derechos, pues tienen igual importancia los principios de igualdad y dignidad. Resulta entonces que a partir de estos principios podemos considerar la posibilidad de que ciertas medidas que restrinjan la libertad del individuo estén justificadas, y el paternalismo tiene su razón de ser en éstos, aunque debe encontrar el equilibrio que supone que pese a que la autonomía pueda en cierta medida sacrificarse, está presente como principio fundante y constituye un criterio para evaluar este tipo de actuación estatal. El paternalismo debe encontrar su justificación en la armonía entre los tres principios también en el caso de los niños.

VI. Los intereses fundados en las necesidades de los niños y adolescentes como justificación y límite de las intervenciones paternalistas

Recapitulando, creo que es razonable decir que el debate en relación con la intervención estatal en la vida de los niños a través de medidas paternalistas se concreta en tres grandes bloques de conflictos aparentes:

1) El dilema entre autonomía/liberación y vulnerabilidad/protección. Este conflicto enfrenta dos concepciones de la infancia que dan lugar a dos actitudes opuestas que podrían encontrar su expresión entre las posturas más radicales del liberacionismo y del paternalismo, y que sostienen respectivamente que el concepto de niño es una construcción social y por tanto defienden la necesidad de una liberación a través del reconocimiento de libertades en el ejercicio de los derechos; y una percepción de la infancia como etapa de total dependencia y vulnerabilidad, inclinándose como consecuencia por una función sobreprotectora del Estado. La posición que se intenta defender en este trabajo coincide con la de Freeman en el sentido de rechazar esta aparente disyuntiva, pues ni el niño es en su totalidad un constructo social ni es radicalmente débil, y se requiere una interacción entre el ejercicio de la autonomía y la protección contra riesgos innecesarios.

2) El papel del niño, los padres y el Estado en las medidas paternalistas. Si bien es cierto que se puede presentar un conflicto entre los tres actores, es claro que el fin último de toda actuación debe ser el interés superior del niño. Ahora bien, es verdad que en la ejecución de esta directriz se pueden dar distintas interpretaciones, pero la respuesta al dilema entre liberación y protección puede dar algunas pistas: toda conducta debe tener como criterio la integración de estas dos necesidades fundamentales y como objeto último el desarrollo de la autonomía.

   En este contexto se enmarca también el tema de la frontera entre la familia y la actuación estatal. Parece razonable sostener la presunción a favor de los padres biológicos sobre la adecuada atención al niño y por tanto la legitimidad de que actúen paternalistamente[95] con sus hijos, aunque teniendo a la autoridad pública como garante último del respeto a los derechos, lo que significa que puede intervenir cuando considera que los derechos del niño están seriamente amenazados por la actuación paterna. Por otra parte, el Estado debe ejercer como proveedor de ciertos bienes, como educación y salud, encuadrado a su vez por el respeto a los derechos.

   No quiero dejar de subrayar en este punto la trascendencia de la familia en el ejercicio y desarrollo de la autonomía en relación con la adquisición gradual de competencias. Los padres son testigos privilegiados del crecimiento y la evolución de las capacidades, de manera que pueden atender a las características específicas que necesariamente deben ser excluidas de la regulación jurídica. En otras palabras, mientras que la ley debe establecer un criterio general —una edad o edades determinadas para la atribución de ciertas competencias— los padres pueden hacerlo de acuerdo con el desarrollo particular de las habilidades de cada niño, dándoles mayor poder de decisión y elección cuando estén preparados para ello.

3) La supuesta contradicción entre los intereses del niño como menor de edad y como futuro adulto. En cierta medida, este conflicto es expresión de otros dos: el enfrentamiento entre la valoración de

[95] Se entiende que los padres actúan paternalistamente con sus hijos —y están legitimados para ello— en la medida en la que pueden imponer conductas en contra de la voluntad del niño en el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Para Archard, el que un padre actúe paternalistamente supone tomar las decisiones que promuevan los intereses del niño y que éste no sea capaz de realizar, hasta que madure (Archard 2003, p. 97).

dignidad y autonomía y el choque entre los intereses del niño y los intereses colectivos. La visión que pondera más la autonomía se inclinaría por proteger los intereses del niño como adulto y justificaría sobre todo las medidas que promuevan y garanticen la formación de la capacidad de autodeterminación, la cual también puede ser concebida como de interés público en tanto que el Estado busca la formación de ciudadanos responsables. Por su parte, la dignidad del niño se centra más en su situación presente y sus intereses como tal. El conflicto se diluye si consideramos que para la formación de la autonomía adulta es necesario el ejercicio de la libertad presente que responde a la condición actual del niño. Sin embargo, no debemos olvidar tampoco que el principio de dignidad constituye una frontera importante a las intervenciones paternalistas. Esto es frecuentemente ignorado por quienes defienden los derechos de los niños, pues en muchas ocasiones los justifican únicamente en función de su porvenir como adultos.[96] El principio de dignidad proscribe la imposición de sacrificios que no redunden en beneficio del sujeto, lo que incluye una prohibición de postergar sus intereses presentes (a menos que éstos pongan en peligro la propia dignidad); en este sentido, el principio de dignidad actúa, al igual que en los derechos humanos, como límite a los cálculos utilitarios que buscarían el bienestar general aunque éste incluya al propio titular como futuro beneficiario.

Los argumentos a favor del paternalismo jurídico —con las salvedades expuestas— parecen muy razonables, y creo que no habría objeción en principio a considerar que de esta manera se justifican los derechos obligatorios para compensar las incompetencias básicas durante la minoría de edad. No obstante, esto no es suficiente para aceptar acríticamente

[96] Otro de los numerosos ejemplos de la visión que privilegia el papel del niño como futuro adulto es la de Gutman, quien al examinar el derecho a la educación en una sociedad liberal dice: "If children have rights in virtue of their basic needs and interests as future adults citizens, one of those rights will be a right to education, or what some theorists have called «a right to socialization»" (Gutman 1980, p. 349). La opinión de la autora se fundamenta en el derecho a la educación obligatoria; es presupuesto para convertirse en un ser humano racional y ciudadano completo de una sociedad democrática liberal, ya que sin educación formal los niños serían incapaces de ejercer inteligentemente sus derechos civiles y políticos.

la imposición de cualquier medida paternalista por parte del Estado a los niños, pues aunque es verdad que en general carecen de la información y experiencia necesarias para la toma de decisiones, hay que matizar y precisar algunos puntos y limitaciones importantes:

En primer lugar, la imposición de las medidas paternalistas no puede tener una justificación general para toda la infancia. La minoría de edad no ha de considerarse como un bloque completo, pues como han señalado muchos autores, y según se desprende de los estudios de la psicología del desarrollo, el ser humano durante la niñez va madurando y adquiriendo nuevas capacidades rápidamente, de manera que no es posible incluir dentro de la misma categoría a un niño de dos años, a uno de diez o a un adolescente de quince. La justificación del paternalismo jurídico es distinta en cada etapa, y debe responder a la capacidad y el desarrollo de la autonomía de la persona.

En segundo lugar, es necesaria la limitación en relación con el contenido de las medidas paternalistas, y para ello es indispensable recurrir al concepto de intereses justificados a partir de necesidades básicas y en especial en las necesidades de cada etapa de la infancia. La incompetencia de los niños no justifica la intervención arbitraria del Estado o de los padres, sino que ésta se encuentra determinada por las necesidades. Alemany, después de analizar detenidamente el debate en relación con la justificación de paternalismo, concluye que "el problema de fondo de la discusión que he considerado es que se trata de dar cuenta del paternalismo sin acudir a la noción de necesidades básicas y poniendo en su lugar (cumpliendo su función) a los deseos y preferencias de las personas" (Alemany 2000, p. 81). Pues bien, si en el caso de los adultos esto parece claro, tratándose de los niños debe serlo mucho más, pues sólo la idea de necesidades básicas puede constituir —desde mi punto de vista— la base para justificar las intervenciones paternalistas.

Finalmente, las actuaciones paternalistas en las vidas de los niños deben cumplir también con el requisito de ser lo menos gravosas posible para los individuos, tal como sostiene Alemany:

> La satisfacción de necesidades básicas es condición necesaria pero no suficiente de la intervención paternalista. Toda intervención paternalista debe estar mediada por un principio de adecuación al fin que se persigue. En consecuencia, debe justificarse que la intervención conseguirá satisfacer

> las necesidades básicas de la forma menos gravosa posible para los individuos afectados (Alemany 2000, p. 87).

Estas consideraciones nos llevan directamente a subrayar el principio de igualdad, que hasta el momento parecía no tener un papel especialmente relevante en la discusión sobre el paternalismo. Garzón vincula la imposición de medidas paternalistas al deber de homogeneización de un sistema democrático; esto es, la existencia de cierto grado de uniformidad social es una condición necesaria para la viabilidad del sistema democrático. De esta manera, lo que denomina "coto vedado", compuesto por los derechos directamente vinculados con la satisfacción de los bienes básicos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, está excluido de la negociación y las decisiones mayoritarias, pero además si uno de los miembros de la comunidad no comprende su importancia, se justifica la imposición de medidas paternalistas. Para Garzón la no aceptación de la garantía de los bienes básicos constituye una clara señal de ignorancia o irracionalidad, por lo que puede calificársele como incompetente básico, y esto es muchas veces lo que ocurre en el caso de los niños: "El deber de homogeneización puede implicar, en algunos casos, la necesidad de su imposición, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. La obligación de escolaridad, por ejemplo, no queda sujeta al consentimiento del niño o de sus padres" (Garzón 1993d, p. 536).

De este modo, el paternalismo debe estar fundamentado también en la idea de equidad, pues precisamente este tipo de medidas deben tener como propósito el asegurar los mínimos de homogeneización necesarios en una sociedad democrática, que desde mi punto de vista no es otra cosa que la equidad de los miembros de una sociedad respecto de las necesidades básicas.[97] La importancia de los bienes es tal que incluso el autor los relaciona con la competencia, es decir, quien no alcanza a percibir su trascendencia no actúa con racionalidad o ignora las relaciones causales elementales, de modo que puede considerársele como incompetente básico e imponerle la satisfacción de esas necesidades. Este sería el caso típi-

97 La idea de equidad a partir de las necesidades básicas está presente también en la idea de bienes primarios de Rawls; sin embargo, tal como se expuso en el capítulo segundo, la aplicación de esta teoría resulta problemática en el caso de los niños por estar excluidos de la clase de los ciudadanos y por su pertenencia a la familia.

co de los niños y la justificación del paternalismo que caracteriza casi todos sus derechos.

Por otra parte, la incapacidad para satisfacer por sí mismo las necesidades básicas, ya sea porque no alcanza a percibirlas como tales —por ejemplo la necesidad de nutrientes adecuados para un niño que quiere alimentarse a base de dulces— o por carecer de aptitudes para satisfacerlas por sí mismo, debido a una falta de habilidad inherente a su edad, consecuencia de su situación de dependencia —por ejemplo dotarse a sí mismo de vivienda, vestido, alimentación, etcétera— o a una incapacidad socialmente construida —por ejemplo la prohibición de trabajar—, constituye una justificación para la imposición de medidas paternalistas. En este sentido, el niño tiene una incompetencia básica y requiere de otros medios para atender sus necesidades. Las necesidades constituyen al mismo tiempo un límite, pues las medidas se justifican únicamente en cuanto se requieren para su satisfacción, todo lo que sobrepase esto viola la autonomía del niño. En mi opinión, la teoría de las necesidades básicas de los niños y adolescentes puede funcionar como el criterio *único* de justificación del paternalismo al que se refiere Atienza, en tanto que sirve para determinar si los bienes que se promueven son de tipo primario, ayuda a evaluar si el sujeto tiene una incompetencia básica y puede presumirse racionalmente su aceptabilidad (Atienza 1988, p. 213).

No ignoro que este concepto es problemático, pues de la idea de necesidades pueden desprenderse una gran variedad de conductas y actuaciones; sin embargo, creo que vale la pena el esfuerzo de someter a análisis lo que tradicionalmente se ha asumido como adecuado para los niños. En la medida en que renunciemos a las visiones simplistas y totalizadoras será más sencilla la integración de los diversos aspectos que intervienen en la justificación de las medidas paternalistas cuando el individuo tiene una incompetencia básica.

Se cierra así el círculo de la argumentación de este trabajo: las necesidades básicas de los niños constituyen la justificación y al mismo tiempo el límite de las intervenciones paternalistas. Justificación porque proporcionan razones para explicar que los niños tienen necesidades específicas que se manifiestan de una forma distinta que las de los adultos y que son de tal manera importantes que es preciso garantizarlas, y el Estado debe asumir esta función en combinación con la familia. Se justifica que el poder público intervenga en la esfera del individuo aun prescindiendo de

su consentimiento, configurándose así como derechos-obligatorios destinados a preservar la autonomía y permitir su ejercicio, redistribuir los recursos sociales para conseguir condiciones de igualdad y salvaguardar la dignidad del titular. Pero al mismo tiempo las necesidades de los niños y adolescentes conforman el límite para las intervenciones; en otras palabras, únicamente es legítima la actuación pública sin la voluntad del titular del derecho en lo que se relaciona con la satisfacción de las necesidades; cualquier otra intromisión u omisión al solicitar su consentimiento es contraria a los derechos del niño y por tanto injustificada.

La perspectiva de necesidades nos permite establecer un punto de equilibrio respecto de los derechos de los niños, dotándonos de un aparato crítico que sirve como *test* de cada una de las intervenciones paternalistas. Desde mi punto de vista, cualquier otra perspectiva cae en extremos igualmente peligrosos: o deja desprotegido al niño y vulnerable en su situación de desarrollo o falta de experiencia o viola sus derechos ignorando su capacidad de autonomía y dignidad, imponiéndole medidas en contra de sus deseos e intereses. Este equilibrio es delicado, pues los contornos no son claros y perfectamente delimitados; por tanto, se requiere una actitud de discusión social, siempre abierta a la escucha del niño, teniendo como telón de fondo sus necesidades, con la suficiente flexibilidad para ir asimilando los cambios que se van produciendo a cada momento del proceso del crecimiento.

Por otra parte, los principios de autonomía, dignidad e igualdad cumplen también una función legitimadora, pues deben constituir la base de cualquier intervención paternalista: la autonomía en su doble papel de autonomía como necesidad presente que debe ser ejercida y autonomía futura que debe ser resguardada; dignidad como garantía de no sacrificio del niño como futuro adulto o miembro de la comunidad; e igualdad como homogeneización fundamentadora de la medida paternalista.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO QUINTO
LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS 391

I. Condiciones generales de satisfacción de necesidades del niño 397

1. Definición de niño (artículo 1o.) 397
2. No discriminación (artículo 2o.) 400
3. Interés superior del niño (artículo 3o.) 402
4. Obligación del Estado en la garantía de los derechos (artículo 4o.) 410

II. Derechos relacionados con las necesidades de salud física . 412

1. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.) 413
2. Salud y servicios médicos: nivel de vida, alimentación, higiene, vestido, vivienda y medio ambiente. Derecho a la seguridad social (artículos 24-27) 416
3. Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37) 422

III. Derechos relacionados con las necesidades de autonomía . . 425

1. Participación informal (artículos 5o., 13, 17, 18 y 29) . . . 426
2. Libertades, entendidas como derechos civiles (artículos 7o., 8o., 12-17 y 30) 432
3. Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículos 5o., 7o., 9o., 10 y 18) . . . 440
4. Juego y tiempo de ocio (artículo 31) 445
5. Educación formal (artículos 28 y 29) 447
6. Protección de riesgos psicológicos o de autonomía (artículos 19-21 y 32-38) 453

IV. Satisfactores especiales (artículos 22, 23, 39 y 40) 459

Capítulo quinto

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS

A lo largo del presente trabajo se han abordado distintos temas problemáticos relacionados con los derechos de los niños, a través de la delimitación conceptual y la toma de postura a partir de la perspectiva de necesidades básicas. Se ha dicho que aún existen autores que no reconocen importancia a la aplicación del lenguaje jurídico durante la infancia y, aunque esta tendencia va cambiando, todavía subyacen en el discurso sobre los derechos del niño viejas concepciones superadas hace tiempo por las disciplinas dedicadas al estudio del proceso de desarrollo durante los primeros años de la vida.

Una vez asumida una postura teórica en relación con cada una de las cuestiones planteadas, parece necesario proceder al análisis de los derechos de los niños en el ámbito positivo, esto es, de los derechos subjetivos que efectivamente se les reconocen. Para ello utilizaré la Convención sobre los Derechos del Niño, pues al ser un instrumento internacional reconocido por la mayoría de los países, parece que puede considerarse el reflejo de un gran acuerdo internacional respecto de los niños. De tal manera que creo que un estudio de la Convención puede arrojar una idea bastante aproximada del consenso en torno a los niños, sus necesidades y sus derechos —por lo menos en una parte del mundo—. De la Convención y de muchos de sus artículos se ha hablado ya a lo largo del presente trabajo; sin embargo, este capítulo constituye un esfuerzo por sistematizar un análisis crítico, utilizando como criterios las tesis expuestas. Este acercamiento a la Convención podrá ser de ayuda para considerar si realmente, como piensan algunos autores, los derechos subjetivos de los niños pueden integrarse en el proceso de multiplicación por especificación que se ha producido principalmente en el ámbito de los derechos sociales

—en especial de los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos—,[1] o si, por el contrario, forman parte de una evolución distinta, aunque como se ha intentado mostrar hasta el momento, parece ser que los derechos de los niños son de todo tipo: libertades, derechos de participación y derechos sociales.

El primer documento de carácter internacional sobre los derechos del niño fue la Declaración de Ginebra de 1924[2] adoptada por la Sociedad de Naciones, seguida por la Declaración de Derechos del Niño de 1959.[3] La Convención sobre los Derechos del Niño —a la que a partir de ahora se hará referencia simplemente como la *Convención*— fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 tras diez años de trabajo. La iniciativa, promovida por Polonia, originalmente pretendía dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación; sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una

[1] Una de las consecuencias de esta postura ha sido la de cuestionar la necesidad de reconocer derechos específicos a los niños, como hace notar Picado: "Si derechos humanos y derechos del niño son, en el fondo, la misma cosa, ¿se justifica que existan y se hayan desarrollado separadamente? ¿No es una pérdida innecesaria de recursos y de esfuerzos el tratarlos de ese modo?", a lo que la autora responde afirmando que la relación entre derechos humanos y derechos del niño se puede explicar con la categoría género-especie: "Así, los derechos del niño son los derechos humanos del niño" (Picado, 1996, p. 71).

[2] La Declaración de Ginebra tiene en cierta medida su origen en la iniciativa de la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la organización *Save the Children*, cuyo objetivo era ayudar a los niños víctimas de la Primera Guerra Mundial y de la Revolución Rusa. La Declaración de Ginebra consta de cinco principios que protegen los siguientes derechos: condiciones adecuadas para el desarrollo material y espiritual; alimentación; atención sanitaria; ayudas especiales para los niños con problemas de tipo psíquico o social; protección en situaciones de emergencia, y protección ante cualquier tipo de explotación.

[3] La Declaración de Derechos del Niño de 1959 especifica los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para los niños, consta de un preámbulo y diez principios, y a diferencia de la Convención no es un texto jurídicamente vinculante. Los derechos reconocidos en la Declaración son: 1) derecho al disfrute de todos los derechos sin discriminación; 2) derecho a la protección y consideración del interés superior del niño; 3) derecho a un nombre y una nacionalidad; 4) derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos; 5) derecho del niño física o mentalmente impedido a recibir atención especial; 6) derecho a la vinculación afectiva y a no separarse de sus padres; 7) derecho a la educación, al juego y recreaciones; 8) derecho a la prioridad en protección y socorro; 9) protección contra abandono, crueldad y explotación, y 10) protección en contra de la discriminación.

concepción bastante novedosa del niño y de sus derechos. Los documentos internacionales reflejan el proceso de evolución en la concepción de la niñez y el lenguaje jurídico, pues se advierte la transformación del menor de edad como sujeto de protección a una valoración cada vez mayor de su autonomía y su intervención en el ejercicio de sus derechos.

Se ha hablado mucho sobre la importancia de la Convención por ser el instrumento internacional con más Estados partes (191 Estados partes y 2 Estados signatarios: Estados Unidos y Somalia),[4] considerándosele el "acuerdo de la comunidad internacional sobre los niños" o como "un hito fundamental en la positivización de los derechos del niño… vale decir que dicho convenio o ley internacional no sólo constituye un instrumento jurídicamente vinculante frente a los Estados que lo han ratificado (por lo menos desde una óptica formal), sino que su articulado texto expresa la clara tendencia a traducir en términos de derechos, prácticamente todo aspecto del mundo infantil" (Fanlo 2004, p. 9). A pesar de que muchos autores ponen el énfasis de la problemática relacionada con la Convención en la insuficiencia de los mecanismos de garantía previstos en este tratado, existe desde mi punto de vista un problema que es anterior, y es el relativo a las numerosas reservas formuladas sobre todo por países no occidentales que podrían poner por lo menos en tela de juicio el consenso sobre la niñez del que tanto se habla. Resulta entonces que

[4] García Méndez expone las razones por las que, a su juicio, estos países no han ratificado la Convención: "En el caso de Somalia, el motivo es obvio. Desde hace muchos años, la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central y mucho más de Estado. Somalia es pura geografía y no logra constituirse como sujeto de derecho internacional. El caso de Estados Unidos es mucho más complejo y requiere de una explicación que, a mi juicio, remite a tres motivos de naturaleza diversa: *a)* el primero se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón —profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría— que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos (una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles aspectos vinculados al área de lo económico-social, salud, vivienda, trabajo, etcétera). En este sentido, no debe olvidarse que la CIDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales; *b)* el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido de que la CIDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos…; *c)* el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil" (García Méndez 1999, pp. 219 y 220).

no se trata solamente de dificultades para hacer efectivos los derechos, sino que afecta al reconocimiento mismo de éstos, pues en algunos casos las reservas tocan puntos importantes del contenido de la Convención. Desde los trabajos previos se presentaron dificultades en el consenso de ciertas áreas específicas: libertad de pensamiento, conciencia y religión (por parte de algunos países islámicos); adopción internacional (por parte de algunos países latinoamericanos); derechos del niño no nacido; aspectos relacionados con algunas prácticas tradicionales; y los deberes de los niños (Freeman 1997, pp. 53 y 54). Esto más tarde se traduciría en la firma del documento pero con importantes reservas o declaraciones interpretativas por parte de algunos Estados partes.

El tema de las reservas es extenso y complejo, pues el mismo artículo 51 prescribe que "no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención"; sin embargo, es complicado determinar con exactitud qué tipo de restricciones estaría contemplado en esta prohibición. La mayoría de los países que han formulado reservas o declaraciones interpretativas invocan su Constitución o el derecho interno para fundamentar su postura, en algunas ocasiones sin siquiera especificar qué contenido tienen sus leyes y limitándose a apartarse de la obligación. El panorama de las reservas se describe como sigue:

> Han realizado reservas de carácter general que implican todo el texto convencional los siguientes países: Arabia Saudita, Brunei, Darussalam, Indonesia, Mauritania, Omán, Pakistán, Qatar, República Arabe de Siria, República Islámica de Irán y Singapur. Han formulado reservas a varias disposiciones, que pueden ser consideradas como reservas de carácter general, los siguientes Estados: Emiratos Arabes Unidos y Malasia. Por último, determinadas declaraciones, más que meras declaraciones interpretativas parecen ser reservas de carácter general, como las de Djibouti, Kuwait y Túnez (Salado 2000, pp. 46 y 47).

Las reservas, cuando intentan derogar disposiciones esenciales para su aplicación, tienen naturaleza indefinida o son de carácter general, han sido objetadas por otros países europeos firmantes por considerarlas incompatibles con el objeto y propósito de la Convención. Los Estados han alegado que no es válido utilizar la legislación interna para limitar la responsabilidad o justificar el incumplimiento de las obligaciones convencionales. Sin embargo, al no haber una instancia designada para cali-

ficar si una determinada reserva es incompatible con el objeto y fin de la Convención, esta facultad queda al arbitrio de los Estados: "Si no es una instancia internacional… sino que son los Estados partes en un determinado convenio, la calificación es inevitablemente subjetiva y discrecional" (Carrillo 1996, p. 96).

Por otra parte, además de las reservas generales, existen reservas a artículos específicos, sobre todo a los contenidos en la primera parte del documento. Aunque algunas de estas reservas pueden ser consideradas "positivas"[5] por ampliar el espacio de protección, parecen revelar que hay que ser por lo menos cuidadosos al hablar de un gran acuerdo sobre los derechos del niño. No hay que dejar de mencionar, sin embargo, que tres quintas partes de los Estados partes no han formulado reservas ni declaraciones interpretativas, además de que la posición del Comité de Derechos del Niño y de los Estados objetantes ha tenido influencia en algunos de los Estados que han retirado algunas de éstas (Salado 2000, p. 59).

Se ha dicho también que al parecer los grandes ausentes de la Convención fueron los niños, ya que tuvieron poca intervención en los debates que llevaron a la redacción del instrumento. Mi intención es abordar el tema de la Convención con todo el realismo posible, sin un optimismo exagerado, pero sin dejar de reconocer tampoco que constituye un gran paso en el diálogo respecto de los derechos de los niños, subrayando asimismo la importancia de escuchar a otros interlocutores, desde los países reservistas hasta, claro, los niños. Como han dicho varios autores, la Convención constituye sólo el inicio respecto del reconocimiento y efectiva protección de los derechos del niño.

En opinión de Ruiz-Giménez la Convención tiene una serie de valores éticos y principios normativos básicos:

— El valor de la vida en sí misma.
— El valor de la dignidad, que se refleja en la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, en la tutela de la honra y reputación, en la asistencia al niño física o mentalmente impedido, en la educación encaminada al desarrollo de la personalidad, aptitudes y capa-

5 Un ejemplo de estas reservas positivas puede ser la declaración de España respecto del artículo 38 sobre el derecho del niño a la no intervención en conflictos armados, que amplía el ámbito de protección contemplado en la Convención.

cidades, en la protección contra la explotación y tortura y en el tratamiento de la infancia en caso de infracción de normas penales.
— El valor de la libertad que se desprende del amplio sistema de libertades: opinión, información, expresión, pensamiento, conciencia, religión, reunión pacífica y asociación.
— El valor de la igualdad y la no discriminación.
— Los valores de la salud, nivel de vida, educación, esparcimiento y cultura.
— El valor de la seguridad: protección contra retenciones y traslados ilícitos, malos tratos, abandonos, trabajos nocivos e ilegales, explotación y tráfico de niños.
— Subyacen los valores de justicia y solidaridad.
— El principio de protección universal de los menores por parte de los Estados.
— El principio de primacía del interés superior del niño.
— El principio de subsidiariedad que obliga al Estado, por un lado, a respetar el derecho de los padres o tutores o personas responsables y, por el otro, a hacerse cargo de esas funciones cuando decaigan en el ejercicio de las mismas las personas primariamente responsables.
— Los principios procesales de protección, vigilancia, evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones contra los Estados por acción u omisión a través del Comité de Derechos del Niño (Ruiz-Giménez 1996, p. 88).

Así, para el análisis de la Convención se utilizará la clasificación de Ochaíta y Espinosa[6] (2004, p. 435) realizada a partir de la distinción entre necesidades de salud física y autonomía[7] que se expuso en el capítulo

6 A la clasificación de las autoras se añaden algunos artículos que no están incluidos por ellas, en particular el artículo 22, que se considera como uno de los satisfactores especiales, y el artículo 38, que se vincula con la protección de riesgos psicológicos o de autonomía.

7 Otra clasificación interesante de la Convención de los Derechos del Niño es la formulada por Hierro, quien reordena el contenido en tres bloques correspondientes a los valores de igualdad, libertad y seguridad. Los derechos relacionados con la seguridad, entendida como aseguramiento de la personalidad, son: el derecho a la vida (artículo 6o.), el derecho a la protección y el cuidado (artículos 3o., 18 y 27), el derecho a un ambiente familiar (artículos 5o., 10 y 20), la adopción (artículo 21), el derecho a la integridad físi-

segundo, para ir desglosando los aspectos de cada derecho que parezcan más relevantes de acuerdo con los conceptos y posturas teóricas expuestos. Es claro que podría hacerse un análisis exhaustivo de cada uno de los artículos de la Convención a la luz de las precisiones conceptuales planteadas, pero he preferido hacer un esbozo general de la aplicación de éstos a toda la Convención, resaltando los aspectos a mi juicio más destacados, aun sabiendo que esto supone no agotar todo el contenido de los artículos.

I. Condiciones generales de satisfacción de necesidades del niño

1. *Definición de niño (artículo 1o.)*[8]

El artículo 1o. de la Convención tiene como objetivo delimitar la categoría de los titulares de los derechos contenidos en ella, estableciendo lo que se entiende por "niño" con base en el criterio consensual que fija el umbral en los 18 años de edad. La elección de esta edad obedece a un criterio jurídico —ni pedagógico ni biológico ni sociológico—, ya que a pesar de que en 1979 se celebró el Año Internacional del Niño y se había decidido fijar la edad en 15 años, las leyes de varios países influyentes marcaban la distinción entre mayoría y minoría de edad a los 18 años

ca (artículo 19), el derecho a una identidad, nombre, nacionalidad y a un estatus familiar (artículos 7o. y 8o.), el derecho a la intimidad (artículo 16), la protección contra el secuestro y tráfico ilícito (artículo 11), la seguridad jurídica (artículos 37 y 40). Los derechos relacionados con la libertad son: la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 14), la libertad cultural, lingüística y religiosa (artículo 30), la libertad de expresión y de recibir y difundir información (artículos 1o. y 17), la libertad de asociación y reunión (artículo 15), un cierto derecho a participar en los asuntos que le afectan (artículos 12 y 31). Finalmente, los derechos relacionados con la igualdad son: la igualdad como exigencia formal (artículo 2o.), el derecho a la salud y seguridad social (artículos 24 y 27), el derecho al bienestar y al desarrollo integral de la persona (artículo 27), el derecho a la educación (artículos 28 y 29), al descanso y al esparcimiento (artículo 31), el tratamiento especial para los menores impedidos mental o físicamente (artículos 23 y 25) y el derecho de los niños víctimas de abandono a que se promueva su recuperación (artículo 39). Hierro incluye también otro tipo de derechos relacionados con la discriminación inversa (artículos 32 y 38) referidos a la no participación de niños en conflictos armados, la edad mínima para trabajar y el interés superior del niño (Hierro 1991, pp. 230-232).

[8] El texto de los artículos de la Convención se encuentra en el anexo III.

(Moerman 1996, p. 148). Generalmente, la minoría de edad está relacionada con un régimen jurídico compuesto por dos elementos: "la sujeción del menor a la institución protectora que corresponda y la limitación a la capacidad de obrar" (Lázaro 2002, p. 40). Esta protección del menor se presta básicamente mediante las instituciones de la patria potestad y la tutela, a las cuales queda sujeto.

Creo que ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo de investigación la enorme dificultad de establecer un criterio de delimitación de la infancia, sobre todo cuando se pretende incluir el periodo de adolescencia, que presenta diferencias significativas entre los sujetos —tanto respecto de su duración como de sus características— dependiendo de factores culturales, ambientales, etcétera. De tal manera que parece que no hay otra opción que la de recurrir al consenso para fijar las fronteras y evitar así el problema de la determinación singular de madurez en cada individuo, aunque se ha señalado ya como una de las grandes carencias de la Convención la falta de una distinción entre las distintas fases de la infancia, especialmente la adolescencia. En este sentido, algunos autores han considerado que no hay "menor de edad" sino "menores de edad", ya que las características propias de cada periodo son muy distintas (Lázaro 2002, p. 112). Al alcanzar la pubertad y sobre todo cuando se es adolescente, el hombre tiene ya desarrollada una gran capacidad para tomar decisiones autónomas y por tanto puede ejercer por sí mismo gran parte de sus derechos. La no diferenciación de la Convención tiene un doble efecto, pues por una parte el adolescente queda cubierto por la protección especial, lo cual puede ser positivo en tanto le garantiza ciertos derechos como educación, salud, etcétera, pero podría también estar limitándose el desarrollo y ejercicio de la autonomía —que también es una necesidad—. En este sentido, la Convención parecería responder al viejo criterio de considerar a la infancia como una clase homogénea y, en cierta medida, caracterizada por la incapacidad del sujeto, y no responder a la visión del desarrollo como un proceso gradual de adquisición de nuevas habilidades. Esta situación podría tener como consecuencia la justificación de un paternalismo indiscriminado, en el entendido de que todos los que se encuentren en ese rango de edad son incompetentes, sin tomar en consideración la necesidad de ir ejerciendo paulatinamente sus libertades. Por otra parte, puede ser obstáculo también para la violación del segundo paso de aplicación del principio de igualdad referido al prin-

cipio de diferencia, pues sobre esta base no es posible aplicar una distinción normativa con base en los rasgos relevantes de las características y capacidades entre las distintas etapas del desarrollo.

A pesar de que la Convención reconoce la posibilidad de que los ordenamientos internos de cada país establezcan un criterio propio (siempre y cuando sea anterior a los 18 años) para alcanzar la mayoría de edad, el umbral estipulado puede desconocer las diferencias significativas entre distintas culturas, pues se ha demostrado que la adolescencia prolongada es un rasgo de las sociedades industrializadas. En esta línea han sido dirigidas algunas de las críticas a la Convención, por considerar que puede tratarse de un documento en el que predomina la visión occidental de la infancia, e ignora que ésta "resulta ser uno de los grupos humanos atravesado por un mayor número de diferencias de todo tipo", no solamente por las discrepancias entre etapas, sino debido a que "es fácil deducir que los niños sufren las diferencias sociales que afectan a los mayores bajo cuya guarda se encuentran" (Bernuz 2000, p. 294). De tal manera que el agrupamiento de todos los seres humanos en el rango de edad comprendido hasta los 18 años en la categoría niño podría ser arbitrario, y reflejar únicamente la concepción de la infancia y la realidad de los niños y adolescentes de los países económicamente desarrollados. En particular han sido algunas feministas —las representantes del llamado feminismo "pos-moderno"— quienes han cuestionado la misma categoría de "niño" y la condición que implica dicha clasificación, así como la elaboración de un instrumento que pretende incluir a todos los niños del mundo:

> The concerns of post-modern feminism that bear most closely on the Convention on the Rights of the Child include the whole notion of a universal document to deal with all children, throughout the world; the concern that such an effort will almost inevitably result in a western-oriented document that merely purports to be universal; and, more positively, the question of the category 'child' and the status of that category (Olsen 1995, p. 215).

Si bien es cierto que la infancia no puede considerarse una categoría homogénea que incluya a los niños de todas las edades y de todo el mundo, como han señalado algunos autores, el único camino viable para el reconocimiento de derechos para los niños es a través del establecimiento de una frontera consensual que indique el ámbito de aplicación de las

normas. El establecimiento de medidas singulares para separar a quien ha alcanzado la madurez de quien todavía debe considerarse como menor presenta graves inconvenientes, quizá más peligrosos que la delimitación, aun cuando ésta pueda no responder a las realidades de algunas regiones. Además, la misma Convención admite que la mayoría de edad puede ser alcanzada antes de los 18 años de acuerdo con la legislación interna, reconociendo así que pueden existir diferencias en las situaciones de los países. Sin embargo, es necesario tener presente que la falta de consenso en torno a la niñez se ve reflejada en las reservas de los países y que se precisa mantener una actitud de diálogo.

Por otra parte, la interpretación de la Convención desde la perspectiva de necesidades humanas constituye una gran herramienta para superar las interpretaciones culturales derivadas de una concepción específica de la niñez y en especial de la adolescencia, pues mediante la distinción entre necesidades universales, necesidades intermedias y satisfactores es posible distinguir y respetar los componentes culturales. Es decir, se puede superar la visión occidentalizada y argumentar por el respeto a las distintas formas en que se atiende a los niños siempre y cuando satisfagan las necesidades, sin juzgar que alguna es mejor que otra por el hecho de que sea práctica común en los países industrializados.

2. *No discriminación (artículo 2o.)*

El segundo artículo de la Convención se deriva claramente del principio de igualdad, aunque la no discriminación se refiere básicamente a los derechos de la Convención en la medida en que obliga a los Estados a asegurar su aplicación a cada niño sin distinción. Se establece en este sentido una igualdad formal en relación con los otros niños que podría ser entendida como derivada de la práctica de la segunda parte del principio de igualdad respecto de los derechos humanos en general; en otras palabras, reconoce una igualdad entre los miembros de una clase a la que se da un tratamiento diferenciado en relación con los derechos en general, derivado de un rasgo considerado relevante como es la menor edad. Es por ello que la equivalencia es aplicable sólo entre los niños, sin extenderse a otros grupos de individuos, y una vez establecida esta distinción se prohíbe la discriminación por otras causas: raza, color, sexo, idioma, religión, etcétera. La segunda parte expresa una igualdad más

genérica —esto es, no sólo referida a los derechos de la Convención—, pues obliga a la protección de los niños contra cualquier forma de discriminación o castigo por causa de "la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

Además de actuar como principio en la medida en que establece una condición de interpretación y aplicación para todos los derechos de la Convención, el artículo 2o. reconoce también un derecho a la no discriminación, que en mi opinión involucra tanto una inmunidad (párrafo 2.1) como una pretensión (párrafo 2.2). Es decir, de este artículo se desprende una incompetencia del Estado para establecer medidas discriminatorias, pero la obligación del Estado no se limita a respetar los derechos por igual a todos los niños, sino que tiene el deber de adoptar medidas para protegerlos contra cualquier forma de discriminación: "This section requires that governments not only themselves refrain form discriminating on the forbidden bases, but also that they take «all appropriate measures» to prevent any discrimination on these bases" (Olsen 1995, p. 197).

Llama la atención que este derecho subjetivo del niño es entendido en el contexto de su pertenencia a una familia —o su sujeción a una institución protectora como la tutela—; es decir, no se busca garantizar al niño la igualdad de trato únicamente por sus propias acciones, sino que se le protege por las conductas de otros: padres, tutores o familiares.

El derecho a la no discriminación debe aplicarse, de acuerdo con los demás derechos que reconoce la Convención, tanto en el ámbito público como en el privado, esto debido a que en muchas ocasiones la desigualdad no se da en el aspecto formal, sino en otros contextos que afectan a niños y niñas; tal sería el caso, por ejemplo, de la asignación de recursos para la educación, que en algunas sociedades se realiza privilegiando a los varones (Olsen 1995, p. 197). De igual forma, debe entenderse que este artículo proscribe cualquier diferencia por la situación legal de los padres, es decir, la distinción hasta hace no mucho tiempo frecuente entre hijos naturales, hijos legítimos, hijos adulterinos, etcétera, así como que implica la tarea de tender hacia una asimilación entre los hijos adoptivos y los hijos biológicos en las familias.

Una interpretación armónica supone que el artículo 2o. opere como principio en la instrumentación de los demás derechos, por ejemplo en el de la educación, a no trabajar o a la familia, incluso a la supervivencia y

el desarrollo. Esta igualdad abarca situaciones diversas que van desde la tradicional discriminación por causa de sexo o nacimiento,[9] hasta la diferenciación derivada de las condiciones socioeconómicas de la familia o comunidad del menor. Esto conlleva no sólo la responsabilidad de los gobiernos respecto de los menores de edad que viven en su territorio, sino un deber de la comunidad internacional de no establecer discriminación entre los niños por su procedencia nacional, así como un compromiso en el cumplimiento igualitario de los derechos para todos los niños del mundo.

3. *Interés superior del niño (artículo 3o.)*

El concepto de "interés superior del niño" contenido en el artículo 3o. ha sido considerado una de las piezas claves de la Convención, pues se le identifica como un principio rector que actúa como criterio de interpretación para los demás derechos. Se le ha definido como una disposición paraguas que prescribe seguirse en todas las acciones que conciernen a los niños (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 257) y que por tanto abarca al resto de los derechos contenidos en este instrumento: "Se trata de asegurar por parte de los Estados que, en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la infancia y la adolescencia, han de tenerse en cuenta de forma prioritaria sus intereses" (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 433). La noción de "interés superior del niño" se menciona también explícitamente en otros artículos de la Convención: 9o., 18, 20, 21, 37 y 40. Para Hierro, se trata de un principio general de discriminación inversa a favor del niño que implica la responsabilidad subsidiaria del Estado en la satisfacción de los derechos:

> Se trata del principio del "interés superior del niño" que convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades ad-

[9] "This section prohibits discrimination specifically on the basis of the child's sex and also on the basis of the marital status of the mother when the child is born. The old notion of 'illegitimacy' harmed children and penalized women who did not marry before having a child" (Olsen 1995, p. 197).

> ministrativas e incluso de los órganos legislativos. Significa esto, a mi entender, que el principio humanitario primitivo en favor de los niños, que ya contenía la Declaración de Ginebra para casos de desastre, se convierte ahora en principio inspirador y jerarquizador del reconocimiento jurídico de los derechos de los niños (Hierro 1991, p. 232).

En la redacción del artículo 3o. puede advertirse claramente la evolución en el concepto de niño que queda plasmada en la Convención, pues supone su consideración como centro independiente de intereses y su reconocimiento como persona moral.[10] El Comité de los Derechos del Niño no ha dudado en declararlo como uno de los principios guía del acuerdo,[11] de tal manera que se ha convertido en uno de los criterios para la interpretación de los demás artículos. Pero su trascendencia radica también, en mi opinión, en que se vincula directamente con el principio de dignidad, separando definitivamente al niño de la esfera de inmunidad paterna.[12] Esta disposición es quizá también la más polémica del documento, pues algunos han puesto en duda su utilidad por considerar que

[10] El concepto de "interés superior del niño" aparece ligado a la preocupación internacional por los derechos de los niños. Una formulación embrionaria se encuentra en la Declaración de Ginebra de 1924 y aparece también el principio 2 de la Declaración de Derechos del Niño de 1959. Se ha incorporado igualmente a otros instrumentos, como la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 5o., inciso *b* y 16.1, inciso *d*), y la Declaración de Naciones Unidas acerca de Acogida y Adopción (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 261).

[11] Los otros tres principios identificados por el Comité al adoptar las guías generales en la primera sesión fueron: no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño. El Comité ha utilizado este principio también para reforzar el contenido e importancia de algunos derechos contenidos en la Convención, así como para abordar una serie de asuntos en los que el documento es omiso o contiene provisiones insuficientes para proporcionar una base sobre la que el Comité pueda actuar decisivamente (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 286).

[12] Es significativo que, salvo en los artículos 3o. y 37, inciso *c* (que reconoce el derecho del niño privado de libertad a estar separado de los adultos), todas las disposiciones en las que se menciona expresamente el principio se refieren a derechos vinculados con la pertenencia del niño a la familia. Los artículos en los que aparece enunciado el interés superior del niño prescriben que éste debe ser una consideración primordial: en la separación del niño de sus padres (artículo 9.1), en el derecho a mantener contacto con ambos padres (artículo 9.3), en la responsabilidad de padres y madres en la crianza (artículo 18), en la separación del medio familiar (artículo 20), en el caso de adopción (artículo 21), en el derecho a que se tenga en cuenta a sus padres o representantes legales en la administración de justicia del menor infractor de alguna ley penal (artículo 40, inciso *b*, iii).

los intereses del niño se recogen en los derechos, mientras que otros dicen que genera más dudas de las que resuelve y que podría ser contraproducente, aunque la crítica más común se debe a su indeterminación y consecuente difícil aplicación (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 258). Creo que una de las causas de esta ambigüedad radica en que lo que finalmente define este interés superior deriva de la concepción del niño, de sus capacidades y de sus necesidades, que dista mucho de ser homogénea y se encuentra influida en cada sociedad por una gran variedad de factores culturales. La pregunta obligada en relación con el concepto comprendido en el artículo 3o. ha estado latente a lo largo de todo este trabajo de investigación: ¿cómo se determina el interés superior del niño? La respuesta es fundamental, pues mediante esta noción podría justificarse casi cualquier tipo de actuación, de modo que es importante partir de una teoría que permita su interpretación, haciendo explícito el concepto de niño subyacente y las bases argumentativas en las que se apoya.

Uno de los aspectos que es necesario analizar de la redacción del artículo 3o. es el hecho de que el artículo dispone que interés superior del niño es "una" consideración primordial, más no "la" consideración primordial; esto quiere decir que existen otras consideraciones que pueden ser tomadas en cuenta en las decisiones relacionadas con los niños. Es decir, en algunos casos pueden intervenir otros factores a la luz de valores culturales y tradiciones (por ejemplo la familia o los derechos de los padres). El caso de la adopción aparentemente es distinto, pues según el artículo 21 los Estados que reconocen el sistema de adopción "cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial";[13] el artículo 18.1 también parece dar un peso diferente al interés superior del niño: "Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". El objetivo de la redacción del artículo 3o. fue dar cierta flexibilidad al principio, pues en las discusiones sobre la Convención se argumentó que en muchas

[13] Un dato curioso de la Convención: Alston y Gilmour-Walsh hacen notar que el artículo 3o. habla del interés superior del niño como "a primary consideration" a diferencia del artículo 21 que utiliza la expresión "a paramount consideration"; sin embargo, en el texto en español, considerado igualmente auténtico por el artículo 54 de la Convención ("el original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos…"), la expresión utilizada en ambos artículos es la misma: "consideración primordial".

ocasiones hay otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el interés superior del niño (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 265).

Por otra parte, el adjetivo "superior" debe también ser considerado, pues indica que no se trata de cualquier tipo de interés, sino de un interés especial, con una mayor fuerza para desplazar a otras pretensiones. La vinculación entre intereses y derechos fue objeto de análisis en el capítulo tercero, en el que se defendió la idea de que la teoría del interés es la única vía para justificar los derechos de los niños. Sin embargo, al parecer el artículo 3o. de la Convención hace referencia a un tipo de interés específico al agregar el calificativo "superior". Efectivamente, los intereses entendidos en un sentido amplio pueden ser múltiples, pero no necesariamente todos dan origen a derechos, y menos al tipo de derechos que contiene la Convención. Desde mi punto de vista, este adjetivo está vinculado con la idea de necesidades, es decir, no se refiere al interés que el niño pudiera tener en el cumplimiento de sus deseos o inclinaciones, sino a aquel que es más importante por ser un requerimiento para la vida y el desarrollo y que por tanto puede desplazar a otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño.

El problema de la aplicación del principio a problemas concretos ha sido objeto de diversas opiniones. Se ha dicho que es imposible su delimitación, pues el mismo principio puede conducir a resultados diversos, además de que con base en el valor del cual se parte es posible justificar o condenar una misma práctica. Se ha argumentado también sobre la dificultad de saber si la norma en realidad se está aplicando. Los defensores del principio han respondido a estas objeciones con varios argumentos: en primer lugar se ha propuesto que los acuerdos sobre el uso de la norma constituyan una guía para la aplicación del principio entre quienes utilizan las reglas, limitando las posibilidades de resultados de aplicación; en segundo lugar se ha planteado la utilización de precedentes o "exámenes previos" para restringir la selección de la regla en quien toma la decisión y, finalmente, se ha sugerido la definición del principio considerando el contexto, es decir, la Convención como un todo.

Se ha asignado también al principio el desempeño de tres papeles: en primer lugar, en combinación con otros artículos del instrumento, sirve para apoyar, justificar o clarificar un enfoque particular a las cuestiones de la Convención; en este contexto constituye un elemento que requiere ser tomado en cuenta para la implementación de otros derechos. El se-

gundo papel sería el de mediador en la resolución de conflictos entre derechos en el marco de la Convención y, finalmente, serviría para evaluar leyes, prácticas y políticas relacionadas con los niños que no se encuentren cubiertas por obligaciones expresas de la Convención (Alston y Gilmour-Walsh 1996, pp. 267-282).

Por otra parte, se ha subrayado la importancia de entender el principio de acuerdo con la serie de valores explícitos que la Convención protege, lo que significa que el resto de los artículos perfilan lo que debe ser entendido como el interés del niño (derecho a la vida, a un nombre y una nacionalidad, a preservar su identidad, a la relación con ambos padres, a expresar su opinión, etcétera) (Eekelaar 1995, pp. 231 y 232).

Efectivamente, la Convención en su conjunto ayuda a dotar de contenido a la expresión "interés superior del niño", pues provee una declaración de valores cuidadosamente formulados y balanceados; sin embargo, el objetivo de la Convención no es dar una afirmación definitiva sobre cómo atender este interés en una situación concreta, pues las implicaciones precisas del principio variarán dependiendo del tiempo y de una sociedad en función de sus propios valores culturales, sociales y de otras realidades, así como de acuerdo a la situación concreta de cada niño (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 259). De tal manera que esto no es suficiente para resolver todos los casos en los que se requiere determinar este tipo de interés, pues, como han dicho los críticos, si sólo los derechos permiten delimitarlo, el principio carece de contenido propio y es superfluo. La opinión del Comité de los Derechos del Niño también parece contradecir esta postura,[14] de modo que es necesario recurrir a un criterio metanormativo para precisar su alcance. A la luz de los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, parece que es importante tener presente no sólo la comprensión de la Convención de una manera sistémica y armónica, sino tomar en cuenta la naturaleza de los derechos a los que nos referimos, ya que no se trata de cualquier tipo de derechos, sino que comparten los rasgos atribuidos a los derechos humanos —si no

[14] El Comité de los Derechos del Niño ha utilizado el principio de interés superior del niño en tres contextos: 1) en relación con la atribución global de recursos de los Estados para los niños; 2) como principio "paraguas" que debe informar todas las actividades gubernamentales; 3) para reforzar el contenido e importancia de derechos específicos reconocidos en la Convención, así como para abarcar una serie de temas en los que la Convención es omisa o sus provisiones son insuficientes (Alston y Gilmour-Walsh 1996, pp. 283-287).

todas las disposiciones de la Convención, por lo menos la mayoría—; esto es, que son exigencias éticas especialmente importantes que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico. La clase de los beneficiarios, si bien no está integrada por todos los hombres en un mismo momento, sí la componen todos los hombres durante la primera etapa de la vida, es decir, la totalidad de los seres humanos son o fueron miembros de la clase a la cual se dirigen los derechos. De tal manera que es posible afirmar que éstos tienen su origen en los principios de autonomía, igualdad y dignidad desde la perspectiva constructivista, por lo que todos deben corresponder a los contenidos de los mismos. Esta vinculación se reconoce en algunos párrafos del preámbulo de la Convención:

> Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana,
>
> Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,
>
> Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Uno de los casos[15] en los que se manifiesta la dificultad en la aplicación del principio a situaciones concretas se relaciona con la influencia

15 Naffine ilustra otro caso en el que el interés del niño ha sido interpretado para justificar dos posturas opuestas en el sistema de justicia penal para jóvenes australiano: "Set against this debate, article 3 (1) of the United Nations Convention, with its focus on the child's best interest, might well be viewed as inherently controversial. To both set of critics of children's justice, the rhetoric of welfare, and in particular the notion of the child's best interests, has produced unwelcome results. To those from the Right, the idea has been used to justify lenient sentences. To those from the Left, this idea has excused the exercise of wide discretions and a consequent abuse of state power in the children's jurisdiction" (Naffine 1995, p. 80).

de la cultura sobre los valores de una sociedad y la consecuente interpretación de los intereses del individuo y en especial del niño. De tal manera que la forma en que se entiende el interés del menor en contextos distintos puede provocar el choque entre ciertos derechos y los valores de alguna comunidad. Los ejemplos son múltiples y muy variados, pues incluyen prácticas como la llamada "circuncisión femenina",[16] el matrimonio entre menores, así como problemas relacionados con la educación o la custodia. Las respuestas a este tipo de conflictos también han sido numerosas, dado que el interés superior del niño puede ser invocado para decidir en sentidos contradictorios. Además de la interpretación sistemática de la Convención, creo que los principios fundamentadores —autonomía, igualdad y dignidad— podrían ayudar actuando como pauta de interpretación; es decir, no sería admisible ninguna aplicación que contraviniera alguno de estos principios, con un papel preponderante el de dignidad, por ser el que garantiza los derechos del niño como tal, en sus circunstancias presentes.

Así, por ejemplo, para determinar la validez de la "circuncisión femenina" desde el interés superior de la niña, se examinan los argumentos que se aducen para su justificación: esta práctica responde al interés de la niña, pues posibilita su inserción en la sociedad adulta y constituye una condición para el matrimonio. Todas estas razones pueden considerarse "intereses" de la niña, sin embargo se trata de identificar el "interés superior", que es el que debe prevalecer. En este caso, una interpretación completa de la Convención debería tener en consideración otros derechos (por ejemplo a la salud), pero sobre todo el principio de dignidad opera, prohibiendo imponer sacrificios al individuo tanto en beneficio de la comunidad como en favor de la futura adulta, de tal manera que no es legítimo sacrificar al niño presente en función de algún rol posterior —por ejemplo el de ser esposa—. Por otra parte entra en juego aquí también la limitación a la autonomía y algunas consideraciones relacionadas con la igualdad (sobre todo entre los sexos). La conclusión es que esta práctica, a pesar de los argumentos a favor de los distintos intereses de la

16 Para Freeman, la llamada "circuncisión femenina" es un eufemismo de circuncisión masculina que no tiene ninguna similitud en términos de sus efectos físicos. Señala también que hay varios tipos de circuncisión: ritual, sunna, clitoridectomía e infabulación, cada una con distinto tipo de consecuencias físicas y psicológicas para la niña (Freeman 1997, p. 142).

misma titular de los derechos, es contraria al interés superior de la niña por ser opuesta a los principios y a otros derechos, de tal manera que viola lo dispuesto por el artículo 3o. de la Convención. En los casos en que cualquiera de las posturas resultantes sea acorde con los principios, de tal manera que puede considerarse que no hay un "interés superior" claramente identificable, se permite al niño decidir; por ejemplo, en los casos de custodia si no hay ninguna razón de peso a favor de cualquiera de los progenitores, el niño puede dar su opinión y elegir con quien quiere vivir (aunque por supuesto se deben sopesar también otros factores como los derechos paternos).[17] Ciertamente, la realidad social muchas veces —si no la mayoría— supera a la teoría y las soluciones podrían no siempre ser sencillas o evidentes; sin embargo, lo que se propone podría servir de ayuda para una mejor argumentación del interés superior del menor.

Como se ha dicho ya, las necesidades juegan un papel fundamental en la determinación del tipo de interés que se pretende proteger, en la medida en que permiten concretar los contenidos de los derechos de acuerdo con los principios. Por ejemplo, la dignidad se materializa en relación con las necesidades actuales del niño proscribiendo su sacrificio a favor de la sociedad o del futuro adulto, mientras que las necesidades de autonomía —presente y en desarrollo— deben ser consideradas como una parte fundamental del interés del niño, así como la igualdad se da respecto de las necesidades básicas. Por ello, un derecho profundamente vinculado con este principio es el de expresar su opinión en los asuntos que le afectan; lo que quiere decir que el niño debe tener un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista debe ser tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente, teniendo siempre presente la constante adquisición de nuevas habilidades. Esto permitirá a su vez superar los escollos derivados de las distintas realidades de los niños:

> Ya que el interés del menor no viene impuesto o definido lateralmente por las instituciones públicas, sino de acuerdo con los derechos fundamentales

[17] Otro de los aspectos a tomar en consideración en materia de custodia de menores en los casos de separación de los padres cuando éstos viven en países distintos, a la luz del principio de interés superior del niño, es la protección de las consecuencias negativas derivadas del cambio injustificado del entorno habitual en el que éste está desarrollando su personalidad (Gómez Bengoechea 2002, p. 42).

> y matizados por su opinión. O lo que es igual, se exige que los derechos de la infancia sean analizados desde la perspectiva del interés superior del niño; que a su vez vendrá integrado por la palabra del menor en relación a las cuestiones que les afectan (Bernuz 2000, p. 298).

Por supuesto que esta teoría incide también en la justificación de las medidas paternalistas en tanto éstas son aceptables, siempre y cuando respondan al interés superior del menor. De tal manera que el concepto de interés superior del niño se vuelve fundamental en la argumentación sobre la legitimidad de las intervenciones en las vidas de los niños, sin olvidar que la capacidad para dar su consentimiento está en evolución constante.

El artículo 3o., en especial la parte en que se refiere al interés superior del niño, es fundamental en la teoría e instrumentación de los derechos de los niños. Se ha explicado ya de qué manera son los intereses el origen de los derechos, y en el caso de la Convención debe entenderse que estos intereses, derivados de la idea de necesidades específicas de la infancia, constituyen el principio orientador en la aplicación de la Convención. Ciertamente se trata de un concepto problemático, pero del que no es posible prescindir si los derechos de los niños quieren ser tomados en serio, en especial por su profunda vinculación con la dignidad de la persona, en tanto sitúan al niño como el verdadero titular de los derechos derivados de la Convención.

4. *Obligación del Estado en la garantía de los derechos (artículo 4o.)*

Dos aspectos parecen especialmente relevantes en relación con este artículo: en primer lugar el que aparentemente puede traducirse en una pretensión del niño (o de los niños) frente al Estado, en tanto establece una obligación para la adopción de medidas —administrativas, legislativas y de otra índole— encaminadas a dar efectividad a los derechos. Por otro lado, la redacción de este artículo puede utilizarse como justificación de las intervenciones paternalistas, en tanto que éstas se requieren para la efectividad de los derechos. No debe olvidarse, sin embargo, que estas prácticas deben estar justificadas en última instancia por el interés superior del niño, desde los principios de autonomía, igualdad y dignidad y las necesidades básicas.

Se ha criticado el hecho de que esta disposición establezca que las medidas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales serán hasta el máximo de los recursos de que dispongan los Estados, argumentando que ello resta fuerza a la obligación en la protección de este tipo de derechos. El problema, creo, no está en la disponibilidad de recursos, pues evidentemente ello condiciona la posibilidad de satisfacer estas demandas; la cuestión es quién determina cuántos medios son utilizables. Parecería que de cierta forma se concede discrecionalidad a los Estados para determinar la cantidad de recursos que se pueden destinar a la protección de estos derechos, lo cual es contradictorio con su consideración como necesidades básicas. La interpretación correcta sería en el sentido de reconocer como prioritario en la asignación de los bienes la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Debe subrayarse también el hecho de que el texto establece que la adopción de medidas deberá hacerse dentro del marco de la cooperación internacional cuando sea necesario. Este aspecto es de una gran trascendencia, pues la eficacia de una importante cantidad de derechos de la Convención depende de la colaboración entre países, por ejemplo la prohibición de la sustracción de menores, la garantía en el pago de alimentos, la adopción internacional o el derecho de asilo, por mencionar algunos. En esta materia se presenta también como obstáculo la diversidad de valores culturales y maneras de entender el interés del niño; sin embargo, es necesario un esfuerzo por hacer una interpretación sistemática de la Convención para determinar cuál es el interés superior del niño y actuar en consecuencia.

El artículo 4o. es un reflejo de la nueva condición de los niños derivada de la Convención como sujetos plenos de derechos con una personalidad propia, independiente de la esfera familiar. Esta norma obliga a los Estados a dar un tratamiento a los menores de edad en el mismo sentido del convenio. El deber derivado de este artículo convierte efectivamente al niño en titular de derechos con los mecanismos necesarios para hacerlos cumplir.

La obligación contenida en esta norma es la condición de posibilidad para que la Convención logre el objetivo de convertir al niño en sujeto de derechos, no sólo de derechos pasivos para recibir prestaciones de los adultos, "sino también de derechos activos como la libertad de concien-

cia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación" (Hierro 1999, pp. 23 y 24).

Por otra parte, uno de los avances que más se ha reconocido de la Convención respecto de otros tratados internacionales consiste precisamente en que se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, de modo que esta disposición obliga a los Estados a establecer los medios necesarios para su efectiva aplicación. La exigencia de adoptar las medidas legislativas y administrativas refleja que es únicamente por la vía de los derechos como se puede llevar a cabo adecuadamente la Convención en el ámbito interno de los países. La crítica evidente se centra en la dificultad para hacer realidad esta norma, es decir, para obligar a los Estados a que realmente instituyan las normas y entidades necesarias para el reconocimiento y práctica de los derechos. Únicamente en la medida en que los Estados partes asuman la obligación derivada de este artículo 4o. los derechos de los niños de cada país serán una realidad, lo que supondría también un enorme avance en las condiciones de igualdad, no sólo de los niños sino de todos los seres humanos.

II. Derechos relacionados con las necesidades de salud física

Los derechos relacionados con las necesidades de salud física son, como se expuso en el capítulo segundo, todos aquellos destinados a lograr un nivel adecuado de salud para poder desenvolverse como individuo —optimizar la esperanza de vida y no padecer enfermedades graves—. Este tipo de necesidades no son muy distintas a las de los adultos, pues se encuentran presentes a lo largo de toda la vida; sin embargo, las cantidades de los satisfactores difieren, en algunos casos sustancialmente, y la protección de los derechos se instrumenta también en forma distinta, pues se busca garantizar el acceso a los bienes dada la incapacidad —fáctica y jurídica— de los niños para hacerlo por ellos mismos. No es difícil tampoco encontrar su vinculación con los principios de autonomía, igualdad y dignidad, puesto que constituyen las condiciones imprescindibles para la vida humana y la actuación de la persona como agente moral.

1. *Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.)*

No resulta problemático ubicar el conjunto de derechos contenidos en el artículo 6o. dentro de las necesidades del niño ni vincularlos con los principios, dado que la vida es el derecho que constituye el prerrequisito para el disfrute de todos los demás. El artículo se divide en dos partes: la primera es el reconocimiento del derecho intrínseco de todo niño a la vida, mientras que la segunda —que a mi juicio es complemento del primero— establece la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y el desarrollo del menor. Esta segunda parte convierte claramente el núcleo del derecho a la vida en una pretensión del niño frente al Estado que supone la realización de conductas positivas, a diferencia del derecho a la vida entendido como libertad o inmunidad, que podría implicar únicamente el deber de abstenerse de realizar acciones que pudieran privar de la vida a los individuos y de asegurar que otros no lo hagan.

En este sentido, el Estado tiene la obligación correlativa al derecho del niño de garantizar el acceso a los bienes indispensables para que pueda sobrevivir, y no sólo eso, sino crecer y desarrollarse adecuadamente. Desde una interpretación sistemática de la Convención, la autoridad pública tiene distintas formas de satisfacer este derecho, ya sea directamente a través de la provisión de satisfactores (por ejemplo educación, agua potable o atención médica) o mediante el reconocimiento de ciertas instituciones que garanticen que los adultos proporcionen los bienes necesarios para la supervivencia y el desarrollo, tales como la adopción, la creación de hogares alternativos o la obligación del pago de alimentos. De esta manera, el derecho a la vida implica el aseguramiento de diversos factores destinados a satisfacer las necesidades; es decir, el derecho a la supervivencia, en combinación con la personalidad del niño, supone que ésta se refiere no sólo a situaciones límite (en donde está en riesgo la vida) sino a las condiciones que requiere para vivir y crecer, tal como se debatió en los trabajos de la Convención:

> El derecho a la supervivencia se incorporó a pedido de la India y del UNICEF. Este concepto se basa en la realidad y en la propia experiencia de los organismos internacionales, que intentan asegurar que el niño no sólo nazca, sino que además tenga la oportunidad de "sobrevivir". No se contrapone el concepto de "supervivencia" con el de "desarrollo" de los países desarrollados. Se trata más bien de cuestiones complementarias, y

> si bien el concepto mismo de supervivencia no tiene una base legal establecida, ya ha sido utilizado en la práctica por el UNICEF y por el Banco Mundial. Respecto del tema de la personalidad del niño, se incluyó para despejar dudas sobre el alcance de la noción de supervivencia, que efectivamente podría entenderse sólo como relativo a situaciones de emergencia (Bárcena 1992, p. 187).[18]

El derecho a la vida del niño reviste características especiales en comparación con el mismo derecho en el adulto. En el apartado dedicado al análisis del paternalismo jurídico se expuso que muchos autores —desde una teoría liberal— estarían de acuerdo en que no se trata de un derecho absoluto y en que no justifica la imposición de medidas paternalistas en el caso de que el titular decida renunciar a él, como sería el caso del suicida o del héroe. Tampoco se consideran legítimas las intervenciones en las ocasiones en que la vida se pone seriamente en riesgo, por ejemplo mediante el ejercicio de actividades o deportes peligrosos, siempre y cuando se diera como requisito la voluntad del sujeto y la capacidad para prever las posibles consecuencias de su conducta. Pues bien, esto no sucede en el caso de los niños, pues este derecho claramente constituye un bien no disponible, en el sentido de que no es aceptable permitirle asumir riesgos que podrían llevarlo a perder la vida, partiendo de que es difícil el perfeccionamiento de la voluntad dadas las limitaciones en el conocimiento de los hechos relevantes. En los niños muy pequeños el concepto de la muerte difiere bastante del adulto, pues no se comprende su irreversibilidad, mientras que en los adolescentes parece difícil también medir completamente los alcances y riesgos de ciertas actividades. Esto no quiere decir que durante toda la infancia deba estar prohibida cualquier acción peligrosa, simplemente que esto debe ser acorde con las capacidades y nivel de desarrollo del sujeto.

Son muchos los temas polémicos ligados con el derecho del menor a la vida, que incluyen desde el derecho al aborto, para quienes estiman que el niño debe ser considerado como tal desde el útero materno,[19] hasta

[18] En la primera lectura del texto final de la Convención, el derecho a la vida y a la supervivencia correspondían al artículo 1o. bis (Bárcena 1992, p. 187).

[19] En las discusiones sobre la Convención se expusieron posturas que querían reconocer el derecho a la vida del niño desde antes del nacimiento. El Grupo de Trabajo decidió adoptar una posición que desde su punto de vista era neutral y fue omiso respecto del momento inicial de la existencia del niño (Bárcena 1992, p. 187).

la facultad para decidir sobre el tratamiento médico para prolongar la vida en el caso de los niños pequeños. Algunos autores han interpretado este artículo como una limitación al derecho de los padres en este tipo de decisiones, es decir, se trataría de un derecho no disponible tampoco para los progenitores o representantes: "The provisions of article 23 protecting disabled children and article 6, protecting the right to life, will surely be interpreted by some to eliminate the possibility of parents choosing against medical care that would prolong the life of a newborn, no matter how hopeless the situation was" (Olsen 1995, p. 202).

La solución ciertamente no es sencilla, pero en cualquier decisión debe ser tomado en consideración el interés superior del niño a la luz de los principios de dignidad, autonomía e igualdad, así como otros derechos que podrían verse afectados (por ejemplo el derecho a la salud, al juego o a la educación), y aunque ciertamente es difícil establecer los contornos, sí parece claro que el poder decisorio de los padres no puede entenderse como absoluto, esto es, acorde con la concepción de menor-propiedad, sino que se encuentra limitado por los derechos del niño.

De la misma manera puede entenderse el derecho al desarrollo y a la supervivencia, cuyas obligaciones recaen tanto en el Estado como en los padres. Un niño no puede decidir si desea dejar de comer o elegir exclusivamente el tipo de alimentos que desea, pues los padres deben obligarlo a ingerir la cantidad de nutrientes necesarios para su crecimiento; tampoco puede resolver un menor, por ejemplo, ponerse en huelga de hambre por muy legítima que sea la causa que pretenda defender, ya que dadas sus limitaciones cognitivas probablemente no puede anticipar totalmente el alcance de sus actuaciones. Aquí nos encontramos nuevamente con el tema de la falta de diferenciación por etapas, pues el adolescente ciertamente tiene un mayor conocimiento de la realidad y una mejor capacidad para prever resultados; sin embargo, por tratarse de derechos con resultados irreversibles, parece mejor otorgar una protección hasta alcanzar el umbral de la mayoría de edad.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo debe entenderse como la condición necesaria para el cumplimiento de otros derechos y por ello no se limita a la mera sobrevivencia, sino que se extiende a la pretensión de acceso a los satisfactores para atender las necesidades básicas, con una función directa y subsidiaria del Estado como agente y un deber en la asignación de recursos para el desempeño de este papel.

2. *Salud y servicios médicos: nivel de vida, alimentación, higiene, vestido, vivienda y medio ambiente. Derecho a la seguridad social (artículos 24-27)*

Los artículos 24-27 corresponden a las necesidades de alimentación, vivienda, vestidos e higiene, atención sanitaria, sueño y descanso, espacio exterior y ejercicio físico de la clasificación propuesta por Ochaíta y Espinosa, aunque algunas no se reconocen de manera explícita, sino que pueden entenderse comprendidos en el derecho a la salud y a un nivel de vida adecuado.[20] La disposición del artículo 24 comienza reconociendo "el derecho del niño al disfrute del nivel más alto de salud" y establece una obligación de los Estados de "esforzarse" por asegurar que ningún niño sea privado del acceso a servicios sanitarios, mientras que en la segunda parte se instituye el deber de asegurar la adopción de medidas para la satisfacción del derecho a la salud. La redacción del artículo 24 ha sido objeto de críticas debido a su vaguedad, que lo llevaría a parecer que se trata de obligaciones de buena voluntad que a casi nada comprometen jurídicamente por la generalidad de su redacción: "Más que ante obligaciones de comportamiento, el jurista tiene la impresión de encontrarse ante obligaciones de buena voluntad. O por decirlo con términos más de moda, ante normas de «*soft law*» o de derecho en agraz, más que ante normas de «*hard law*»" (Carrillo 1996, p. 96).

El artículo 26, por su parte, se refiere al acceso a la seguridad social, que podría considerarse un instrumento para hacer efectivo el derecho genérico a la salud, pues establece una medida concreta para garantizarlo. Sin embargo, se ha afirmado que el derecho a la salud implica no únicamente el acceso a servicios médicos, sino que involucra una serie de elementos que hacen viable la vida del niño y su desarrollo. De tal forma que el núcleo de estos derechos parece ser claramente una pretensión frente al Estado con la obligación correspondiente de adoptar las medidas necesarias para garantizar la salud. Evidentemente, la dificultad radica en la puesta en práctica de estas medidas en cada país.

El derecho contenido en el artículo 25 es interesante visto a la luz de las necesidades específicas de la infancia, pues se refiere a la evaluación

[20] "La mayoría de los niños son pobres y la mayoría de los pobres son niños en América Latina" (Mejía 1993, p. 170). Esta afirmación, desgraciadamente generalizable a muchas regiones del planeta, refleja la urgente necesidad de encaminar todos los esfuerzos para que los niños puedan tener acceso a un nivel de vida adecuado.

periódica del internamiento de los niños que reciben atención, protección o tratamiento de salud física o mental.

Esta norma puede dar origen a la imposición de ciertas medidas paternalistas derivadas de la imposibilidad —muchas veces fáctica, pero sobre todo jurídica— de los niños para decidir sobre su propio ingreso en una institución sanitaria. Se trata también de un derecho en el que no hay poder de disposición, ya que el niño no puede decidir si desea o no recibir los medios de protección a la salud, desde la aplicación de una vacuna hasta la entrada en alguna institución. En esta medida se vuelve fundamental el contenido de esta norma, pues debe garantizarse que el niño no estará internado más de lo necesario, dado que él no puede disponer cuándo quiere dejar de recibir el tratamiento. El tema de los tratamientos médicos también ha sido tradicionalmente un espacio de discusión acerca de las facultades parentales y estatales, derivada sobre todo de las implicaciones de creencias religiosas que prohíben la aplicación de ciertos métodos curativos.

No es posible abordar de manera exhaustiva un problema tan complejo, pero muy brevemente se puede mencionar que plantean la siguiente problemática: en primer lugar se asume, como ya se mencionó, que no se trata de un poder de disposición del niño, es decir, su decisión es irrelevante para la aplicación del tratamiento, aunque en este sentido sería importante marcar una diferenciación respecto de las edades, como han hecho ya los tribunales de algunos países que han reconocido esta facultad.[21] Pero el poder decisorio de los padres también se ha considerado inoperante para muchos de estos casos, los más conocidos referidos a la oposición a las transfusiones de sangre o trasplante de órganos a miembros de algún grupo religioso que considera inaceptable estas prácticas, y muchos Estados han considerado que prevalece el derecho a la salud del menor sobre su libertad religiosa y la de sus padres. En estos casos la imposición de la medida paternalista se entiende fundamentada en el interés superior del menor que predomina sobre el derecho de los padres o del mismo niño a la libertad en el ejercicio de sus propias creencias.[22]

21 El ejemplo más claro es el caso Gillick mencionado en el capítulo cuarto, en el que se reconoce el derecho a chicas menores de 16 años a recibir información médica sobre temas sexuales y a recibir anticonceptivos sin consentimiento de los padres.

22 Una resolución interesante en este sentido es la dictada por el Tribunal Constitucional español en la STC 154/2002 en relación con un menor de trece años que se negó a

El artículo 27 está compuesto por un conjunto de disposiciones destinadas a la protección de la salud, que incluye derechos de los padres a recibir información sobre salud y nutrición y la orientación y servicios relativos a la planificación familiar. Para Campbell este derecho hace referencia a los distintos estadios de autonomía, y no simplemente a la preparación para la vida adulta: "Here we might draw attention to article 26[23] «the right to a standard of living adequate for physical, mental, spiritual, moral and social development» as embodying a reference to the stages of autonomy and not simply to preparation for future adult life" (Campbell 1995, p. 19).

El artículo 27 constituye también un buen ejemplo de interacción de los agentes paternalistas en el ejercicio de los derechos del niño, pues establece la responsabilidad de los padres o personas encargadas del menor de proporcionar las condiciones adecuadas para el desarrollo (entre las cuales se incluye el cobro de la pensión alimenticia a quien tenga la responsabilidad financiera del niño), mientras que a los Estados se les impone la obligación de adoptar las medidas para hacer efectivo este derecho y, "en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda"; el artículo 24, inciso *c*, prevé también el combate a las enfermedades y malnutrición mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre. Este derecho constituye una pretensión del niño frente a las obligaciones de sus padres o personas responsa-

que le hicieran una transfusión de sangre debido a que ello era contrario a sus creencias religiosas. En la demanda de amparo se alega el error de la sentencia que se recurre al establecer "la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando está en juego su propia vida". A este respecto, el Tribunal Constitucional resuelve: "Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable", y continúa diciendo: "En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza… que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión tan vital como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar".

23 A pesar de que Campbell señala que es el artículo 26, su contenido corresponde al artículo 27.

bles y frente al Estado. Se subraya también el papel subsidiario de la autoridad pública respecto de la satisfacción de necesidades mediante la obligación de adoptar programas de apoyo a nutrición, vestuario y vivienda. En la puesta en práctica de estos derechos se refleja también la distinción entre necesidades y satisfactores de Max-Neef (1998, pp. 41-43), pues la nutrición y vivienda no requieren de una manera específica para ser cubiertas, sino que varía en cada cultura de acuerdo con los recursos y formas de vida de la zona.

El párrafo 3 del artículo 27 regula uno de los asuntos más controvertidos de la Convención —del que ya se había hablado al tratar el tema del interés superior del menor—, ya que obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. La dificultad de esta materia deriva, en primer lugar, de la ambigüedad en la redacción, que hace problemático definir sus alcances. Además, muchas prácticas constituyen el reflejo de los valores de un grupo social, de manera que no resulta fácil establecer un criterio universal sobre el cual exista un acuerdo. Freeman identifica tres posibles posturas ante estas prácticas: monismo, relativismo y pluralismo. Desde una visión monista o universalista existe un valor o serie de valores universales que anulan a todos los demás, mientras que, por el contrario, la postura relativista sostiene que todos los valores son convencionales y por tanto relativos y válidos sólo en el contexto en el que surgieron, de manera que todas las prácticas serían aceptables si responden a los criterios del grupo; para los pluralistas, los casos tienen que examinarse tanto en términos de valores primarios como del entorno cultural en el que los individuos implicados viven (Freeman 1997, pp. 136-142).

La única postura coherente con la aceptación de una convención internacional de la naturaleza de la que aquí se estudia supone asumir una visión pluralista, pues partimos del supuesto de que efectivamente existen valores que son universales y que se vinculan con las necesidades humanas y con los principios derivados del discurso moral, pero aceptando también que la manera de atender las necesidades puede ser distinta dependiendo del contexto cultural: “There is surely no dispute that there are certain needs which do not vary either temporally —they are historically constant— or culturally —they are the requirement of people everywhere. This does not mean that there are not differences in the ways in which these needs are met” (Freeman 1997, p. 139).

Pese a que ciertamente no existe una fórmula sencilla para evaluar las prácticas tradicionales desde una posición que tome en cuenta los valores culturales y las necesidades humanas, solamente desde una postura pluralista que admita las diferencias en la satisfacción de necesidades, pero que tenga presente que ninguna práctica puede ser contraria a las necesidades —en este caso concreto de salud física, pero tomando en consideración también su conexión con otras necesidades de autonomía— entendidas en el contexto de los principios fundamentadores, será posible una aplicación de la Convención que supere la visión parcial y satisfaga realmente el interés superior del niño.

Aunque podría pensarse que la falta de protección específica a las necesidades podría afectar más a los niños de las sociedades menos desarrolladas económicamente, por estar menos informadas, parece ser que esto no es así. Aparentemente, en las comunidades con menor grado de tecnificación e información los progenitores protegen a sus hijos a través de las conductas preprogramadas explicadas en el capítulo primero. Por ejemplo, la necesidad de sueño o de alimentación adecuada se satisfacen correctamente sin que los padres conozcan las teorías sobre cuántas horas requiere dormir o qué cantidad de alimento darle al niño. Delval nos dice que en las sociedades tradicionales la atención al niño dentro de la familia y la satisfacción de sus necesidades "se realiza de forma natural" (Delval 1994, p. 31). Una situación distinta es que por carencia de los recursos suficientes se deje de proveer al niño de satisfactores adecuados, lo que plantea un cuestionamiento sobre la justicia y la repartición de los recursos de nuestro planeta.

Finalmente, es importante hacer mención de que la necesidad de espacio exterior adecuado, no reconocida expresamente en la Convención —salvo la alusión del inciso *c* del artículo 27 respecto de tener en cuenta los riesgos de contaminación del medio ambiente en el combate a las enfermedades y la malnutrición—, puede considerarse como una omisión, pues es uno de los derechos más vulnerados en las sociedades modernas, particularmente en el caso de los niños que viven en contextos urbanos y que cada día ven más limitada la posibilidad de acceder a espacios al aire libre para jugar, hacer ejercicio físico y relacionarse con iguales: "Conseguir para los niños espacios y tiempos lúdicos parece volverse cada día más difícil, pues nos descubrimos invadidos por prisas y espacios aislados y reducidos que —además— se encuentran ocupados por televisión,

ataris, tareas, alfombras preciosas o vecinos inconformes con el ruido" (Chapela 1992, p. 87).

El espacio exterior debe estar libre de riesgos y de sustancias contaminantes;[24] debe permitir también al niño experimentar sin riesgos sus capacidades crecientes de autonomía: "Durante el segundo y tercer año de la vida los niños necesitan ya jugar al aire libre, en espacios apropiados y desprovistos de riesgos que les permitan ejercitar su movilidad y relacionarse con iguales" (Ochaíta y Espinosa 2004, pp. 273 y 274). Durante todo el desarrollo el ejercicio físico es indispensable para el crecimiento de los huesos, así como para la adquisición de habilidades motoras finas y gruesas, de tal manera que la carencia de espacios adecuados para la realización de estas actividades ha llegado a considerarse como una nueva forma de maltrato:

> Y ello fundamentalmente porque en las sociedades industrializadas los niños y niñas de estas edades pueden estar sobrecargados de actividades escolares formales que no les permiten disponer de tiempo suficiente para jugar y divertirse, lo que, desde nuestra concepción sobre el bienestar infantil, puede convertirse en una nueva forma de maltrato. Es necesario, por tanto, que las ciudades sean aptas para los niños y niñas, que les permitan tener una movilidad progresivamente independiente y que dispongan de lugares adecuados donde puedan realizar sus actividades de ocio de una manera autónoma y libre de riesgos (Bartlett *et al.* 1999; Ochaíta y Espinosa 2004, p. 298).
>
> Hay violencia contra el menor cuando la infraestructura urbana lo ignora, destinando la mayor parte de su espacio a los automóviles y muy poco para su recreación (Sarre 1992, p. 116).

El derecho a la salud debe ser entendido en un sentido amplio, es decir, no únicamente en lo que se refiere a la atención médica, sino que incluye el acceso a los satisfactores universales de alimentación adecuada,

[24] Las consecuencias derivadas de la contaminación en las ciudades son realmente graves para la salud infantil: "Aumentan en los niños las enfermedades en general y las respiratorias en particular; aumenta la mortalidad infantil. Los niños pierden el apetito, y con ello disminuyen sus oportunidades de crecimiento y desarrollo. Hay algo todavía más grave: numerosas investigaciones —registradas por el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente)— postulan que las concentraciones de plomo en la sangre producen disminuciones en la inteligencia infantil y pueden llegar a ser causa de hiperactividad o retraso mental" (Bárcena 1992, p. 115).

vivienda, vestidos e higiene, atención sanitaria, sueño y descanso, espacio exterior adecuado y ejercicio físico. La atención a estas necesidades debe darse atendiendo a las necesidades universales, pero teniendo en cuenta los distintos contextos en los que se desenvuelve cada niño y que pueden tener formas diversas de proporcionar los satisfactores. En general, la Convención contempla de manera adecuada las necesidades relacionadas con la salud, con excepción de las necesidades intermedias de espacio exterior adecuado y ejercicio físico, aunque éstas pueden entenderse comprendidas por el derecho a un nivel de vida adecuado del artículo 27, sobre todo porque éste tiene como fin su desarrollo físico, mental, espiritual,[25] moral y social. De esta manera, el derecho a la salud —entendido en la forma más extensa— debe contemplar la evolución del niño y las necesidades específicas de cada etapa, de tal forma que permita el buen desarrollo físico, pero promueva también el ejercicio de la autonomía.

3. *Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37)*

En los artículos enumerados se tutelan de manera conjunta tanto necesidades de protección de riesgos físicos relacionados con la salud física como con la autonomía; este conjunto de normas crea un ámbito de protección para el niño a través de instituciones que le garanticen condiciones de vida adecuadas, ya sea su propia familia o un sustituto, mediante una serie de pretensiones del niño frente a sus padres y al Estado. A través de las medidas establecidas se contempla también indirectamente la satisfacción de necesidades del apartado anterior (sueño, alimentación, etcétera), pues se busca colocar al niño en un contexto que atienda a todos sus requerimientos. En estos artículos se ve reflejado también claramente el papel tanto de la familia como del Estado en el aseguramiento de la atención a las necesidades. La protección de riesgos físicos se manifiesta sobre todo en el cuidado de la familia ante las situaciones que puedan suponer un riesgo para el niño y ante el maltrato, teniendo en es-

25 El término "espiritual" fue incluido en el primer párrafo del artículo 27 (que en la primera lectura del texto final de la Convención era el artículo 14) a sugerencia de la Santa Sede (Bárcena 1992, p. 189).

te último el Estado un papel preponderante como garante último del bienestar del niño.

La inclusión de la necesidad de protección de riesgos físicos en la categoría de necesidades relacionadas con la salud física obedece a la exigencia de una atención especial durante la infancia debido al largo periodo de inmadurez que caracteriza a la especie humana (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 252). Efectivamente, de acuerdo con la descripción de las necesidades intermedias de cada una de las etapas de la infancia, se requiere proteger al niño dado que éste tiene limitaciones para alcanzar a percibir los riesgos que podrían poner en peligro su salud; sin embargo, una vez más es conveniente resaltar que esta protección debe responder a las etapas de desarrollo y a las facultades del niño, pues en la medida en que va creciendo es más capaz de protegerse a sí mismo si cuenta con las herramientas adecuadas para hacerlo.

Uno de los temas más complejos en relación con la protección de riesgos físicos relacionados con la salud es el del maltrato infantil, pues no hay un consenso acerca de lo que debe entenderse como tal —como se puso de manifiesto en el capítulo primero—. Esta noción tiene por lo menos dos componentes: en primer lugar el daño que se puede causar al niño, pero también las percepciones sociales que pueden influir poderosamente en la noción de daño. Se decía que el maltrato infantil consiste en una inadecuada atención de las necesidades, pero parece que el término también indica cierta intencionalidad, sobre todo si consideramos que esto constituye una razón para la separación del niño de su familia. Para Delval el maltrato es un problema cada día más preocupante de los países industrializados, pues "supone hacer sufrir a los niños innecesariamente, y es un tipo de conducta que no tiene ningún valor adaptativo, que no contribuye a la supervivencia de la especie y que, por tanto, es una conducta que no ha podido ser seleccionada a lo largo de la evolución del hombre" (Delval 1994, p. 25).

El derecho a la protección contra los malos tratos dentro de la familia, que puede suponer la separación de sus progenitores, pone de manifiesto la concepción del niño como centro de intereses y su independencia respecto de la familia, que refleja un cambio en la concepción de la esfera de inmunidad de este grupo social. De igual manera, la regulación de la adopción refleja la transformación de esta figura jurídica del derecho de los padres a tener hijos al derecho del niño a tener una familia. El papel

subsidiario del Estado en la garantía de los derechos queda de manifiesto mediante la obligación de intervenir en el caso de que el pequeño no esté correctamente atendido en su hogar, llegando incluso al deber de separarlo de sus progenitores. En estos supuestos, la injerencia paternalista tiene como objetivo asegurar el bienestar del menor, y se justifica la vulneración de lo que mucho tiempo se consideró como un ámbito de libertad de los padres o de la familia.

Los artículos 32-37 detallan también casos especialmente peligrosos para el niño: trabajo infantil, explotación económica, sexual y de cualquier otro tipo, uso y tráfico de estupefacientes, venta y tráfico de niños, tortura y privación de libertad. Estos derechos se encuentran especialmente protegidos en el caso de los niños, excluyendo también la capacidad de elección, ya que se asume que no pueden tomar decisiones adecuadas. Respecto de la protección de daños físicos esto parece no tener problema, pues es conveniente proteger al niño de que sufra algún perjuicio derivado de estas actividades; la cuestión de la autonomía es un poco más compleja, específicamente en lo que se refiere al trabajo, como se verá más adelante.

Como se puede apreciar, los derechos correspondientes a la atención de las necesidades sexuales parecen casi inexistentes, pues aunque se protege expresamente al niño de la explotación sexual, es claro que las necesidades sexuales desde la perspectiva de la salud física —de acuerdo con lo que se expuso en el capítulo segundo— tienen una extensión mucho mayor. Aparentemente éste es uno de los temas pendientes en la evolución del concepto contemporáneo de niño. Para satisfacer adecuadamente las necesidades sexuales es necesario tener un buen conocimiento de éstas: "Sólo de este modo podremos educar a nuestros niños y niñas en una actitud «erotifílica» que les permita desarrollarse al máximo como personas y, al mismo tiempo, disponer de estrategias y recursos para protegerse de ciertos riesgos y abusos" (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 253).

A partir del análisis realizado respecto de los satisfactores de salud física, parece posible afirmar que la Convención ha alcanzado un buen nivel de consenso respecto de las necesidades de los niños (a excepción de las necesidades sexuales) y de los mecanismos adecuados para satisfacerlos. Como se ha dicho, el gran reto consiste en hacer efectivos estos derechos en la realidad cotidiana de cada uno de los niños del mundo,

para lo cual se requieren recursos y disponibilidad para emplearlos en los programas adecuados. Sin embargo, no cabe duda de que constituye un gran avance el hecho de que por lo menos en el papel estos derechos sean ya reconocidos por los Estados partes, aunque evidentemente requieren de su realización para que los niños puedan tener una vida digna.

Los derechos relacionados con la salud se identifican en buena medida con los llamados "derechos sociales", y en este sentido se articulan generalmente como pretensiones del niño frente al Estado ante las cuales hay una obligación correlativa. Aunque, como se he expuesto, su instrumentación tiene características distintas derivadas principalmente de la incapacidad del niño, que se manifiestan en particular en la no disponibilidad de la satisfacción de las necesidades. Aparentemente, respecto de los satisfactores universales de salud física sí podemos hablar de un gran acuerdo (por lo menos bastante aceptable) en torno a la infancia.

III. Derechos relacionados con las necesidades de autonomía

Se tratarán ahora los derechos relacionados con las necesidades de autonomía. No es demasiado difícil adelantar, a partir de los planteamientos expuestos a lo largo de los capítulos precedentes, que éstas no resultan tan sencillas o evidentes como las de salud física, quizá debido a que respecto de las últimas no se requiere recurrir a ningún procedimiento hipotético complejo para su delimitación; es decir, aparentemente son más objetivas que las necesidades de autonomía por estar relacionadas con la fisiología humana. Parece que existe una mayor dificultad en entender como necesidades básicas en el caso de los niños el ejercicio de ciertas libertades o su participación en las decisiones que les afectan. En este sentido la Convención es innovadora, aunque todavía falta mucho por hacer. Respecto de los adultos parece mucho más sencillo valorar como bienes fundamentales la libertad y las elecciones autónomas, pero en el caso de los niños no es así; ello puede deberse a la concepción tradicional del niño (incapaz y limitado), pero también a cierta disposición de los adultos a ejercer control sobre los pequeños, especialmente sobre los propios hijos. Sin embargo, como se ha repetido en múltiples ocasiones, la necesidad de autonomía es tan apremiante en el caso de los niños co-

mo en el de los adultos, aunque desde luego considerando las capacidades presentes en cada una de las etapas del desarrollo.

Las dificultades en el reconocimiento de las necesidades de autonomía y los derechos derivados de ellas se deben también en buena medida al concepto de derecho subjetivo sustentado por las teorías voluntaristas. La estricta percepción de los derechos subjetivos como elecciones protegidas privilegia el valor de la libertad, potenciando las exigencias para tomar decisiones independientes; desde esta perspectiva el niño aparece como un ser limitado e incompetente, sin personalidad moral y carente de las facultades para ser titular de derechos hasta en tanto no pueda ser totalmente autónomo. Es cierto que muchos autores voluntaristas han buscado algunas salidas a este planteamiento; por ejemplo, Wellman sostiene que el niño va adquiriendo las partes de los distintos derechos en la medida en que va desarrollando las capacidades de un agente moral, pero continúa negando derechos al infante en tanto éste no tiene capacidad para acciones voluntarias (Wellman 2004, pp. 57 y 58). Por las razones expuestas, especialmente en el capítulo tercero, la teoría del interés constituye una mejor explicación sobre el origen de los derechos subjetivos, y parece ser que ésta es la postura de la que parte la Convención al reconocer derechos a todos los niños, sin olvidar que la autonomía como capacidad está presente desde los primeros días de la vida del hombre.

1. *Participación informal (artículos 5o., 13, 17, 18 y 29)*

Los derechos de participación, junto con las libertades, son quizá los de más difícil aceptación al atribuirse a los niños, y tal vez también los de más complicada ejecución, a pesar de que constituyen un aspecto indispensable para el desarrollo moral. El artículo 5o. obliga a los Estados a respetar el derecho de los padres o personas responsables del niño a impartirle dirección y orientación para el ejercicio de los derechos de la Convención; en la misma línea, el artículo 18 establece el reconocimiento de ambos padres en las obligaciones respecto del desarrollo del niño y la obligación del Estado de auxiliar a los progenitores en el desempeño de las funciones relacionadas con la crianza. En este sentido, el ejercicio de los derechos debe suponer un reconocimiento de la autonomía del menor y la responsabilidad de estimular su ejercicio en las decisiones que le afectan a él y a su familia, de acuerdo con la evolución de las ca-

pacidades. Aquí entra en juego el papel de los padres como observadores privilegiados del desarrollo y la adquisición de habilidades, pues ante la dificultad de establecer criterios individualizados para reconocer jurídicamente facultades en el ejercicio de los derechos, los progenitores tienen la obligación de ir permitiendo la realización de elecciones conforme ven que el niño va teniendo capacidad de hacerlas. La familia —junto con la escuela, como se explicará más adelante— es el contexto más adecuado para la práctica de la participación informal, pues la cercanía de los padres permite responder a esta demanda del niño desde los inicios de la vida. Se ha subrayado repetidamente la necesidad de participación informal para el adecuado desarrollo de la autonomía, y es así como debe entenderse el ejercicio de los derechos de los niños y las obligaciones de los padres respecto de la crianza desde la teoría de las necesidades expuesta. Así, el núcleo de los derechos contenidos en estos artículos debe entenderse como una pretensión de participación activa del niño frente a los padres o cuidadores y maestros. En este sentido, los derechos de participación formal de los adultos son radicalmente distintos, pues según Atienza, el núcleo de esto es una potestad de ejercicio facultativo, ya que los ciudadanos "tienen la potestad (el poder) de nombrar representantes y, por tanto, de contribuir a la creación o modificación de normas jurídicas" (Atienza 1986, p. 40).

En el caso de los niños esta pretensión supone también el derecho a la planeación de "proyectos apropiados", de los cuales se ha hablado ya en los capítulos anteriores, y que implica permitir que el niño tome sus propias decisiones en los ámbitos en los cuales tiene capacidad, es decir, en los que no hay riesgo de daño si se le permite elegir. En otras palabras, la obligación de los padres debe cumplirse mediante la interacción entre la autodeterminación —liberación— y la crianza —protección—. El problema evidente en este tipo de derechos es la gran dificultad para establecer lo que MacCormick llama derechos "remediales" ante el incumplimiento de los deberes en lo que se refiere al respeto a la autonomía presente del niño. Generalmente es mucho más sencillo invocar este tipo de derechos cuando se trata de situaciones relacionadas con la salud física o con el incumplimiento de la obligación de protección. A menos que la negación a la participación dentro de la familia sea de tal modo grave —por ejemplo que el niño permanezca aislado, encerrado o amarrado— hay poca disposición a considerar que se está conculcando un derecho.

Esto quizá deriva de la concepción de niño como ser vulnerable y dependiente, propiedad del padre, y el consecuente desdén hacia las necesidades de autonomía. En esta línea, la Convención parece ser prácticamente omisa en reconocer la trascendencia de la participación informal dentro de la familia.

Los derechos comprendidos en los artículos 13, 17 y 29 se proyectan en un ámbito más público y por tanto más visible, en el que la Convención sí ha podido —por lo menos en el papel— constituir un avance significativo. En estos artículos los intereses derivados de la necesidad de participación informal se consagran en los derechos de libertad de expresión, el acceso a información adecuada y la participación en el ámbito de la educación formal.[26] Hay que señalar que, pese a que estos derechos se encuentran reconocidos en la Convención y por tanto son derechos positivos, aún resulta extraño para algunos pensar en que los menores son titulares de los mismos, y falta mucho por hacer en la generación de una conciencia colectiva que valore la importancia de éstos.

Este tipo de derechos puede ser entendido desde la perspectiva de dos posiciones jurídicas distintas: una como libertades y otra como pretensiones. La posición de libertad es clara, sin embargo se combina —sobre todo en el artículo 17— con la pretensión de que la información y los contenidos de la educación sean los adecuados. La pretensión radica en que el Estado asuma la obligación de promover contenidos adecuados para los niños, tanto por su capacidad de comprensión como por estar dentro de su interés, así como en el deber de protegerlos del material perjudicial para su bienestar. Esta postura es adecuada a las necesidades, pues le permite participar activamente en la sociedad, tanto aportando como enterándose de los hechos relevantes. La satisfacción de esta necesidad no sólo es importante para el interés presente del niño, sino que con-

26 A diferencia del derecho a la participación informal dentro de la familia, la participación en la escuela ha sido reconocida no sólo en el artículo 29 de la Convención, sino también por el Comité sobre los Derechos del Niño: "La Convención sobre los Derechos del Niño aboga por una escuela democrática. El artículo 12 no sólo dice que el niño debe tener la oportunidad de expresar su opinión, sino también que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta «debidamente». Es evidente que la escuela es el terreno ideal para la puesta en práctica de este derecho; no es puro azar que el Comité sobre los Derechos del Niño ha exigido a las delegaciones de los gobiernos, en una discusión tras otra, que explicaran de qué manera se implementaba el artículo 12 en sus sistemas escolares" (Hammarberg 1998, p. 24).

tribuye a su beneficio como futuro adulto en la medida en que lo prepara para ser un ciudadano participativo en el procedimiento democrático.

No queda claro, sin embargo, cuál es el papel de los agentes paternalistas ni dónde están sus límites, pues en este tipo de derechos se produce una situación especial derivada de la pertenencia del niño a la familia y su sometimiento a la patria potestad. Esto se manifiesta cuando, por ejemplo, al niño se le permite —jurídicamente— el acceso a cierto tipo de información o publicaciones y los padres se oponen a ello. Creo que en esta dirección se dirige la crítica de Freeman —como se mencionó en el capítulo tercero— de que la Convención asigne la tarea de promover los derechos a los padres, sometiendo al niño a la autoridad paterna. Freeman critica en particular el artículo 5o., al que considera fundamental para el futuro de los derechos de los niños, ya que reconoce la necesidad de promover los derechos, pero impone esta carga a los padres, ignorando que éstos pueden tener interés en que su hijo no ejerza los derechos contenidos en la Convención (Freeman 1997, p. 68). La solución no es simple, pues tampoco se pueden negar los derechos de los padres en el ejercicio de la crianza, aunque en mi opinión una interpretación armónica de la Convención puede señalar los límites en el ejercicio de estas facultades. Esto significa que los padres no tienen poder de decisión absoluto en relación con el ejercicio de los derechos de los niños, de manera que los Estados deben implementar otros medios para que actúen subsidiariamente.

Respecto del derecho a la información cabría hacer otro cuestionamiento importante: generalmente se percibe éste como una libertad, pero desde la adecuada atención a las necesidades de los niños convendría evaluar los efectos de la exposición a los medios, especialmente la televisión y la publicidad, ya que esto podría ser causa de la violación de otros derechos igualmente importantes por su incidencia en las formas de vida, el uso del tiempo libre, las relaciones interpersonales y el consumo. Varios especialistas han hablado de los peligros de la televisión, dado que no siempre son coincidentes los intereses de los medios de comunicación con los fines que persigue el derecho a la información. Hay que tomar en cuenta, en primer lugar, que la percepción infantil frente a los hechos que se le presentan en la televisión es distinta a la adulta, pues no cuentan con las mismas herramientas previas que le ayuden a discernir sobre su contenido, es decir, a distinguir entre la realidad y la manera en que los acontecimientos y su interpretación aparecen en la pantalla:

> Habrá que recomendar —dice Trejo— a los niños que ven T.V. que: ésta no es una realidad y que no basta por sí misma para dar autenticidad a un hecho. Igualmente recomienda lo siguiente: la T.V. tiende a uniformar la realidad; la T.V. muestra destellos de un asunto, no el asunto: la T.V. busca audiencias no anuencias; la T.V. tiende al escándalo; la T.V. no es neutral; la T.V. crea necesidades; la T.V. suele estar lejos de sus públicos; la televisión es de muy difícil acceso (Medina 1993, p. 209).

Según Delval los estudios indican que los niños permanecen entre tres y cuatro horas diariamente frente a la televisión, y en muchas ocasiones este aparato es utilizado como niñera por los padres. Además de las actividades necesarias para el desarrollo que dejan de hacerse a cambio de situarse pasivamente frente al televisor, uno de los problemas más graves es que los niños se encuentran mucho más indefensos que los adultos frente a la influencia de los mensajes de la publicidad, puesto que sus capacidades cognitivas los vuelven más crédulos respecto de las promesas hechas por los anunciantes. Esto tiene también graves consecuencias en el consumo y en la alimentación, ya que la publicidad orientada a los jóvenes promueve sobre todo los juguetes y los alimentos (Delval 1994, pp. 37-40). Incluso se ha llegado a afirmar que esta situación podría ser una nueva forma de maltrato, en la que "se agrede al niño cuando se le expone a programas y publicidad que campean el poder del dinero y de la fuerza, y brillan por su ausencia valores como la justicia y la verdad" (Sarre 1992, p. 116). Es por ello que el derecho a la información debería incluir una regulación estricta, sobre todo en materia de publicidad, que impidiera que los niños se convirtieran en víctimas, además de que debe considerarse que este derecho debe conciliarse con los derechos al juego, a la interacción con iguales y adultos, a la educación, etcétera, de tal manera que no pueden sacrificarse permitiendo al niño pasar su tiempo libre frente al aparato televisivo.[27]

[27] Las consecuencias de un excesivo consumo de televisión aún no han sido suficientemente estudiadas, sin embargo, según Delval, un estudio realizado en varias poblaciones canadienses parece mostrar que tiene dos tipos de efectos, unos relativos a lo que se hace y otros relativos a lo que se deja de hacer: "Los sujetos dejaban de hacer muchas cosas por ver la televisión, hacían menos deporte y tenían menos contacto con otros chicos. Pero además en Notel, después de dos años de recepción, disminuyó la capacidad de lectura, los resultados en capacidad cognitiva también bajaron, mientras que aumentaron los estereotipos sobre las conductas adecuadas entre chicos y chicas" (Delval 1994, p. 38).

A pesar de que los derechos a la participación son compartidos por los niños con los adultos, ya que ambos los tienen, las características en el ejercicio son muy distintas y en este sentido podríamos identificarlos como derechos de la categoría que son aplicables a todos, pero con ciertas limitaciones en el caso de los niños. Es esta necesidad de formar parte activa de la comunidad, de intervenir en las decisiones que afectan a la propia vida, vinculada con los principios de autonomía entendida como participación y decisión, dignidad en el sentido de ser tomado en consideración e igualdad al ser tratado como una persona moral con idéntico valor al de los demás, la que subyace también a los derechos de participación "formal" de los adultos. En esta línea, Flekkøy (ex defensora del menor en Noruega) argumenta a favor de la creación de un *ombudsman* para los niños, dado que éstos no tienen derechos de participación formal; asimismo, resalta la importancia de que sean los propios menores quienes manifiesten sus necesidades:

> Children cannot vote, the only minority group that does not have this right. They have no influence on the political bodies which make important decisions regarding them and they cannot use the media organizations to say public opinion. In the political bodies, the adults who have closest contact with the needs of children, e.g. parents of particularly young children, are poorly represented (Flekkøy 1996, p. 57).

El tipo de derechos que responden a la necesidad intermedia de participación informal constituye sin duda una aportación importante de la Convención, pese a que aún tiene muchas limitaciones tanto en su reconocimiento jurídico como en su aplicación concreta, en particular el derecho a la participación dentro de la familia. No es difícil adivinar que éste constituye un ámbito conflictivo en el que se manifiestan con singular fuerza las diferencias culturales, por estar tradicionalmente concebido como un espacio privado, al cual es difícil penetrar sin oposición por parte de los padres. Además, esta situación parece ser el reflejo de la dificultad en asumir el cambio de paradigma respecto del niño y del adolescente, especialmente en lo que concierne al reconocimiento de la capacidad para decidir en los asuntos que les afectan y participar activamente en el ejercicio de sus derechos. La Convención ha sido de gran ayuda también para promover cambios en las legislaciones y prácticas internas, aunque todavía falta mucho por hacer para que esta nueva perspectiva de la in-

fancia se extienda a toda la sociedad, especialmente a los progenitores en el ejercicio de sus derechos, pero sobre todo de los derechos de sus hijos.

2. *Libertades, entendidas como derechos civiles (artículos 7o., 8o., 12-17 y 30)*

Las normas relativas a las libertades, entendidas como derechos civiles, son quizá la parte más novedosa de la Convención, por tratarse de derechos tradicionalmente asociados a la edad adulta y a las condiciones de la madurez. Estas prescripciones se pueden clasificar en dos clases: en primer lugar, el conjunto de artículos relacionados con los llamados tradicionalmente "derechos de la personalidad" y que son generalmente consagrados en el sistema liberal: los artículos 7o., 8o. y 30, que establecen los derechos al nombre y nacionalidad, a la preservación de la identidad y los derechos de los niños pertenecientes a las minorías o poblaciones indígenas, que constituyen la precondición necesaria para el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles. El resto de los artículos (12-17) regulan las libertades de opinión, expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación, intimidad y acceso a la información adecuada, respectivamente. En opinión de Ruiz Giménez, la Convención constituye un hito histórico en relación con el valor de la libertad, el cual se refleja en el amplio sistema de libertades que consagra: opinión (artículo 12); información y expresión (artículos 13 y 17); pensamiento, conciencia y religión (artículo 14); reunión pacífica y asociación (artículo 15) (Ruiz Giménez 1996, p. 87).

El primer grupo de derechos (7o., 8o.[28] y 30) tiene como núcleo una pretensión frente al Estado de nacimiento y frente a los demás países en

[28] La redacción del artículo 8o., que en la primera lectura del Grupo de Trabajo de la Convención era el 9o. bis, fue el resultado de una larga serie de negociaciones sobre la base de una propuesta de la delegación argentina, especialmente de las Abuelas de la Plaza de Mayo. En la sesión plenaria, varias delegaciones de países occidentales (Noruega, Países Bajos, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austria y Australia) hicieron preguntas acerca del alcance y justificación del artículo: "La delegación argentina respondió, también en plenaria, a las diversas preguntas, explicando el origen de la incitativa en el doloroso pasado reciente de su país en el que unido al método de las «desapariciones» se utilizó el secuestro de niños y el cambio de identidad de los mismos. Pese a estas aclaraciones pormenorizadas, varias delegaciones de países occidentales destacaron tener dificultades con el concepto de «identidad», pues, según afirmaciones de los propios delegados, tal

el reconocimiento de esa identidad; como correlato se encuentra la obligación de garantizar la identidad a todos los niños que según las leyes internas sean considerados nacionales. Por otra parte, este derecho a la identidad debe suponer también una obligación de los padres de cumplir con los requisitos necesarios para que el niño tenga un nombre y la nacionalidad que le corresponde (que generalmente consiste en llevar al niño a registrar). Esto ha dado lugar también a una reflexión sobre las facultades de los agentes paternalistas, padres y Estado, en la intervención en estas decisiones que afectarán radicalmente al niño a lo largo de toda su vida, que pueden ir desde el impedimento de poner determinados nombres hasta el establecimiento de medidas coactivas para que el niño quede registrado. En este sentido, es claro que debe prevalecer el derecho del niño a la identidad sobre la discrecionalidad de los padres a satisfacer sus gustos o intereses, aunque los progenitores conservan un amplio margen de acción para tomar decisiones que afecten la vida de su hijo. Por otra parte, el derecho a la identidad, entendida como las formas de vida de determinadas comunidades, tampoco puede entenderse extendido hasta el extremo de aceptar un relativismo: el derecho del niño a la identidad cultural debe ser interpretado armónicamente con el resto de los derechos de la Convención y la consecuente adecuada satisfacción de las necesidades básicas. Ello excluye las prácticas culturales que afectan el adecuado desarrollo del menor, aunque no supone asumir una forma determinada de atender a las mismas como la única valiosa o adecuada. Resulta difícil en este sentido hacer un juicio genérico ante las múltiples situaciones que se pueden presentar en torno a este derecho; sin embargo, cada caso debe ser evaluado utilizando como criterio la satisfacción de necesidades entendida como el interés superior del niño.

El artículo 12 resulta particularmente interesante, ya que establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a expresar su opinión en

concepto no existía en sus propias legislaciones internas. Por este motivo sugirieron que la idea podía estar ya considerada en otros artículos del proyecto de Convención ya aprobadas… La delegación argentina explicó que tales artículos no sólo no cubrían el concepto de «identidad», sino que tampoco preveían un mecanismo para el restablecimiento de la misma cuando hubiera sido alterada fraudulentamente. Esta idea fue aceptada por el grupo de trabajo… Quedó claro durante la negociación del texto que la principal preocupación de los países occidentales que se resistían a este artículo era la de que no implicara un impedimento para seguir adelante con sus experimentos en el campo de la inseminación artificial y la ingeniería genética" (Bárcena 1992, pp. 188 y 189).

los asuntos que le afectan al niño que "esté en condiciones de formarse un juicio propio", "teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"; para cumplir lo anterior, debe dársele la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, en los procedimientos judiciales o administrativos. Este derecho a expresar su opinión, en cierta medida "suple" la libertad de elección que tienen los adultos respecto de las decisiones que afectan sus vidas, ya que permite al niño intervenir en los procesos que le conciernen. Para Freeman es la disposición más innovadora y significativa del convenio y deriva de la filosofía liberacionista de los años setenta (Freeman 1997, p. 153). Sin embargo, es evidente que el reconocimiento de este derecho dista mucho de ser claro y preciso. En primer lugar, adolece de una gran indeterminación al establecer como requisito que el niño tenga capacidad de formarse un juicio propio; por otra parte, otorga una gran discrecionalidad a la autoridad para establecer lo qué significa tener "debidamente en cuenta" las opiniones del niño, pues ello puede significar perfectamente dejarle opinar pero no hacerle caso sin contravenir la Convención. De tal manera que lo que podría articularse como una potestad del niño, que colocaría al Estado en una posición de sujeción a escucharle y tomarlo en cuenta, se queda en una especie de compromiso de buena voluntad que no identifica deberes concretos. Ciertamente, en muchos Estados —entre ellos México— se han dado pasos importantes para vincular a las autoridades a escuchar a los niños y tener en cuenta su opinión, lo que no significa necesariamente el cumplimiento de la voluntad expresada, pero sí establece una obligación de la autoridad para motivar la decisión que fue tomada contraviniendo el parecer del menor. La adecuada instrumentación de este derecho responde a la dignidad del niño y el ejercicio de la autonomía y contribuye al desarrollo moral, ya que supone respetar los intereses presentes del niño sin poner en riesgo su independencia futura: "The right enunciated here is significant not only for what it says, but because it recognizes the child as a full human being, with integrity and personality, and with the ability to participate fully in society" (Freeman 1997, p. 56).

Por otra parte, hay que recordar la importancia de escuchar al niño para determinar la justificación de las medidas paternalistas a partir de su aceptabilidad, pero que hasta el momento ha omitido incluir —o por lo menos esa es la apariencia— la lógica y opinión de los niños en los asun-

tos que les afectan, particularmente la intervención de la autoridad en sus vidas.

El artículo 13 —entendido como libertad— se configura igual que el de los adultos, pues se imponen como únicas limitaciones el respeto a terceros y cuestiones de orden público; sin embargo, es evidente que en la práctica el niño encuentra muchas más restricciones para hacer efectivo este derecho, pues la incapacidad —sobre todo jurídica— para acceder a los medios para buscar, recibir y difundir informaciones dificultan el ejercicio, al igual que sucede con la libertad del acceso a la información del artículo 17. Por otra parte, la oferta de los medios de programas y publicaciones especiales para los niños es mucho menor que la de los adultos. Además de esta limitación, hay también una marcada diferencia en la práctica de este derecho entre los mismos niños: "La desigualdad económica y social en este caso puede transformarse en desigualdad formativa, informativa y cultural" (Medina 1993, p. 203).[29] Es por ello más difícil identificar claramente la libertad que debería constituir el núcleo de este tipo de derechos, pues se encuentran fuertemente constreñidos, tanto por la ley como por los padres y las condiciones socioeconómicas.

El artículo 14[30] relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión resulta especialmente problemático, pues, por un lado, para muchos hombres y mujeres que además son padres constituye la protección

29 "Por ello, un niño frente al mensaje comunicacional, cualquiera que éste sea, cuyos padres lo involucraron en la lectura de libros, en viajes al extranjero para recorrer y conocer otras culturas, que es inducido a la adquisición de determinados bienes espirituales y materiales, nada o casi nada tiene que ver con los niños de la calle, desabrigados de muchos de esos bienes. La extrapolación tiene un sentido: aceptar la diferencia que crea la realidad y que constituye una contradicción de origen en la aplicación y positividad de un derecho universalmente aceptado" (Medina 1993, p. 204).

30 En la discusión del Grupo de Trabajo sobre la redacción de este artículo, que originalmente era el 7o. bis, se dio un prolongado debate: "Algunas delegaciones preferían que el texto fuera conciso y que se remitiera a lo establecido en otros instrumentos internacionales. Otras delegaciones preferían dar mayores detalles, criterio que prevaleció". Sin embargo, finalmente el texto del artículo definitivo resultó mucho más conciso que el de esta primera lectura, en particular el párrafo 2, que originalmente decía: "2. Este derecho incluirá en particular la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, y la libertad de manifestar su religión o sus creencias en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con sujeción únicamente prescrita por las leyes que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos, y el derecho a tener acceso a la enseñanza de la religión o las creencias". Además, se su-

de un ámbito sumamente valioso, relacionado con las creencias y la propia conciencia, de tal manera que consideran un deber moral la transmisión de estos valores a sus hijos y en este contexto entienden su libertad como adultos y su derecho como padres. Por otra parte, complica también las cosas el hecho de que, pese a que aquí se ha defendido un concepto de autonomía amplio en el que el niño puede tomar decisiones propias, las elecciones relacionadas con la conciencia, el pensamiento o la religión —al ser de un alto nivel de abstracción— se pueden interpretar como aceptadas libremente sólo cuando el individuo ha desarrollado un grado avanzado de capacidad de reflexión e independencia que le permita comprender ciertas ideas y diferenciar sus propias convicciones de las de sus padres.

Esta situación tiene como consecuencia que éste sea uno de los derechos —desde mi punto de vista— más difícil de definir y proteger; es decir, no resulta claro hasta qué punto el padre se encuentra legitimado para imponer ciertas conductas —por ejemplo relacionadas con prácticas religiosas— al menor, pero sobre todo es complejo estipular cuándo puede considerarse que el niño es capaz de ejercer por sí mismo estas libertades, pues es obvio que en la mayoría de los casos la transmisión de ciertas creencias obedece a la vinculación afectiva entre padres e hijos, esto es, que se inculcan porque se considera que ello es en interés del niño. La Convención reconoce esta realidad y establece, dentro del derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de los padres o representantes a guiarle en el ejercicio de acuerdo con la evolución de sus facultades, de tal manera que no puede interpretarse como una libertad en términos amplios como en el caso de los adultos, aunque tratándose de los adolescentes este derecho de "guiar" de los padres debe ser mucho más acotado y de acuerdo con las inclinaciones manifestadas por el individuo. En este sentido, Eekelaar subraya que la orientación y dirección de los padres debe ser en el ejercicio de los derechos y no en su derogación, por lo que debe ser acorde con la evolución de las facultades del menor:

primió totalmente el párrafo 4 que intentaba ser una salvaguarda contra el posible intento de algunos Estados de imponer creencias sobre los niños y sus familias: "4. Los Estados partes respetarán igualmente la libertad del niño y de sus padres y, en su caso, de los tutores legales, de velar por la educación religiosa y moral del niño, de acuerdo con las convicciones de sus elecciones" (Bárcena 1992, p. 188).

> The article allows the adults 'direction and guidance': but this must be in the exercise of the rights not in derogation of the rights. Similarly, in regard to the 'right of the child to freedom of thought, conscience and religion', article 14 (2) requires states to respect the 'rights and duties of parents and, when applicable, legal guardians to provide direction in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child'. The directions cannot therefore be inconsistent with the rights. Parents are not given free hand (Eekelaar 1995, p. 233).

De la libertad de asociación se ha hablado ya a lo largo del presente trabajo, al considerar que dentro de este derecho se entiende la facultad de los niños —aun de los pequeños— de elegir compañeros de juego, formar grupos con distintos fines, etcétera. Esta aptitud claramente va evolucionando hasta llegar a lo que entendemos en el sentido adulto como ejercicio de la libertad de asociación, pudiéndose sostener que en el caso de los adolescentes se asemeja mucho, pues sus agrupaciones pueden tener objetivos concretos, una organización sofisticada, procedimientos de decisión preestablecidos y normas de participación.

El derecho de asociación, vinculado con el tema del paternalismo, presenta aristas interesantes que pueden tener consecuencias durante la minoría de edad. Nino considera que una sociedad liberal es compatible con un paternalismo genérico elegido por los individuos que prefieren no realizar elecciones propias y delegar las decisiones en aspectos relevantes de su vida en otras personas o autoridades, siempre y cuando se trate de "comunidades voluntarias" en las que tengan libertad de ingreso y egreso y en ellas los sujetos ensayen sus concepciones sobre los ideales de vida. Y acota que "son compatibles con el principio de autonomía en la medida en que sus miembros no sean indebidamente adoctrinados y tengan plena conciencia de la existencia de otras alternativas". Esto, que en el caso de los adultos puede resultar tan claro, tratándose de los niños presenta ciertas dificultades, pues no se ve de qué manera podrían ellos prestar su consentimiento para pertenecer a alguna institución de este tipo y se presenta el planteamiento del límite del poder paterno en la libertad de conciencia. Nino resuelve esto —y creo que no hay otra solución aceptable— subrayando la importancia de que la educación de los jóvenes en el seno de estas comunidades no debe apartarse de las pautas de la educación liberal (Nino 1989, pp. 418-420).

Finalmente, el artículo 16 reconoce el derecho del niño a la protección de su vida privada, que se extiende a su familia, domicilio, correspondencia y ataques ilegales a su honra y reputación. Este tema ha sido minuciosamente analizado por Hierro, quien lo considera como uno de los casos en que los derechos deben asumir una estructura distinta cuando el titular es un menor de edad. Tratándose de los adultos, el derecho a la intimidad constituye un poder de disposición, es decir, se trata de un ámbito protegido por la ley que es irrenunciable en cuanto a su titularidad, pero al que es posible renunciar en relación con su ejercicio concreto: "tenemos garantizado un ámbito sagrado (constitucionalmente sagrado) de intimidad en el que nadie puede penetrar sin nuestro consentimiento, pero en el que cualquiera puede penetrar con nuestro consentimiento" (Hierro 1994, p. 382). En este sentido, se trata de una posición jurídica de libertad, sin embargo, en el caso de los niños es distinto, pues, continúa Hierro, si se tratara de un poder de disposición, alguien podría suplir la voluntad (por ejemplo los padres o representantes legales), pero si se considera la intimidad del niño como un espacio necesario para su desarrollo como persona, ésta es indisponible y en este sentido constituye un límite ante el cual tendría que ceder la libertad de información (Hierro 1994, pp. 385 y 386). Se trata, pues, de un derecho obligatorio a cuyo ejercicio no puede negarse el titular: "Pues bien, creo que en atención al desarrollo evolutivo de la inteligencia y la voluntad, muchos derechos que en el adulto asumen la estructura de un poder de disposición, en los menores de edad y en los incapaces asumen la estructura de un derecho obligatorio no activo, es decir, de un derecho a ser tratado, en todo caso, de cierto modo" (Hierro 1994, p. 390).

De tal manera que, en el caso de los niños, el derecho a la intimidad se convierte en una libertad en tanto ámbito protegido, pero en combinación con una pretensión que obliga a los padres y subsidiariamente al Estado —mediante la imposición de medidas paternalistas— a no permitir una intromisión que no sea en beneficio del titular, configurándose así como un derecho obligatorio que tiene como fin proteger el desarrollo de la personalidad, respondiendo a la necesidad de autonomía. Esta disposición tiene como objetivo la protección de la dignidad del niño en tanto tutela sus intereses presentes, así como la autonomía futura, ya que previene al niño contra decisiones que podrían suponerle limitaciones en su porvenir como adulto, preservando también la igualdad en la medida en

que busca compensar una desventaja que deriva del hecho de no poder predecir exactamente las consecuencias de determinados actos.

El caso de las libertades del niño, en conclusión, debe ser considerado con especial atención, pues por un lado presenta como reto la búsqueda constante, tanto en la ley como en el ejercicio, del adecuado equilibrio entre los derechos de los padres y las libertades del niño, en el entendido de que las últimas actúan en cierto modo como limitación a los primeros; el cómo lograr esto debe ser analizado en cada caso concreto y de acuerdo con la realidad de cada comunidad, pues resulta difícil y arriesgado intentar establecer un parámetro que sea válido universalmente, y quizá esta realidad se refleja en las dificultades para llegar a los acuerdos de la Convención y en la gran cantidad de reservas de los Estados. Pero el tema de las libertades de los niños —y en general de los derechos— se distingue también porque tiene un peso distinto en los conflictos de derechos. Por ejemplo, como dice Hierro, en el caso del derecho a la intimidad cuando está involucrado un menor, no puede prevalecer el derecho a la información aunque ello sea en beneficio de alguien en particular o de la comunidad en general. Lo mismo sucede con otras libertades, como la libertad de expresión y la libertad de comercio, que en otros casos podría tener una fuerza igual o mayor que otros derechos, pero que cuando se trata de niños tienen que ceder. Esta situación requiere de un delicado equilibrio, puesto que protege ciertas áreas necesarias para el desarrollo pero supone también una restricción importante. En este sentido, se requiere poner especial cuidado en su aplicación, pues la protección es necesaria, pero también lo es el dar espacios al niño para expresarse y opinar no sólo sobre los asuntos que le afectan de manera personal y directa, sino de los temas de interés social, especialmente relacionados con el grupo al que pertenece, es decir, la infancia. Probablemente descubriremos que tienen mucho más capacidad que la que generalmente se les atribuye para opinar sobre la realidad que les rodea.[31]

[31] En este sentido resultan muy interesantes las experiencias de las "elecciones infantiles" llevadas a cabo por iniciativa de UNICEF en América Latina durante los últimos años. Los resultados son sorprendentes, pues muestran, en mi opinión, que los niños tienen una visión mucho más objetiva de la realidad de su propio país de la que generalmente les atribuimos; como muestra se citan algunos ejemplos: en Argentina, el derecho a recibir alimentación, atención médica adecuada y a una vivienda digna aparece como el menos respetado. En otros países los niños tenían que elegir entre varios derechos cuál consideraban que era el más importante y los resultados fueron los siguientes: México:

3. *Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículos 5o., 7o., 9o., 10 y 18)*

Las necesidades de vinculación afectiva, interacción con adultos y niños, y educación no formal se reconocen de manera general en el preámbulo de la Convención, que declara que el niño, "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Probablemente los satisfactores relacionados con este tipo de necesidades afectivas y relacionales sean los más difíciles de salvaguardar, pues no pueden limitarse a la exigencia de cierto tipo de conductas, sino que involucran disposiciones internas y actitudes hacia el niño. Aunque es evidente que la vinculación afectiva no puede ser garantizada mediante un derecho, pues no puede constituir el contenido de una obligación correlativa, los derechos relacionados con esta necesidad subrayan el papel relevante de los intereses del niño dentro de la familia: la familia ya no se entiende como esfera de inmunidad de los ascendientes, ni la paternidad como un derecho inatacable del adulto; si no cumple con su función de satisfacer las necesidades del niño, éste puede ser separado de ella y se buscan medios alternativos para su atención. Este cambio de perspectiva, de una familia centrada en los derechos del adulto a considerar la importancia de las necesidades del hijo, se refleja también en una nueva percepción sobre la adopción. Durante mucho tiempo se entendió la adopción como un medio para atender a los deseos de los adultos que no habían podido tener descendencia biológica, mientras que hoy no se dirige a compensar a los padres, sino que responde al derecho del niño a tener una familia. Este cambio es de gran trascendencia, pues prima el interés del niño sobre cualquier otra consideración, lo que se ha traducido en una mayor exigencia para las parejas que soliciten adoptar a un pequeño y es así como debe explicarse esta figura jurídica. Esta transformación tiene consecuencias también en la interpretación del artículo 9o., pues el derecho a tener contacto con los padres en caso de separación debe entenderse como un derecho del niño, no del o los adultos (Freeman 1997, p. 153).

tener una escuela para poder aprender y ser mejor; Bolivia: contar con alimentación adecuada; Colombia: el derecho a la vida en primer lugar, seguido del derecho a la paz (González 1999, pp. 83-86).

La inclusión de los artículos 5o., 7o. y 18 en este grupo de satisfactores relacionados con la autonomía, obliga a hacer una reflexión desde una perspectiva distinta, pues no sólo deben ser interpretados en tanto condiciones para la participación informal, sino como ámbitos de protección de algo mucho más intangible, pero igualmente fundamental para el desarrollo. Parece innecesario hacer hincapié una vez más en las consecuencias de la falta de vinculación afectiva y relación con adultos en los niños, pues creo que ha quedado de manifiesto su importancia a lo largo del presente trabajo.[32] Es en parte también este derecho a la vinculación afectiva y a las relaciones el que da cierta coherencia a la discrecionalidad de los padres en el ejercicio de la crianza. Ciertamente, existe una presunción acerca de la disposición para satisfacer adecuadamente esta necesidad, ya que los padres se vinculan también afectivamente con sus hijos y experimentan la necesidad de atenderlos, relacionarse con ellos y satisfacer sus necesidades —lo que no significa negar que hay padres poco competentes, ya sea por desinterés o por incapacidad—, de modo que el cumplimiento de este derecho se produce de una manera natural —generalmente—. En este sentido, de la presunción de que los adultos cuidarán adecuadamente de su prole se puede desprender también la justificación de darles libertad en la atención de esas necesidades, pues contradiría una inclinación natural la falta de vinculación entre padres e hijos, y no sólo entre padres e hijos, sino entre adultos y niños en general. Es ilustrativo recordar lo dicho por Delval en relación con el trato a la infancia, especialmente sobre la manera natural en que se da la atención en las sociedades tradicionales.

Lo mismo cabe decir respecto de la necesidad de educación informal, pues ésta consiste precisamente en toda la serie de comportamientos que los padres y la comunidad transmiten a los hijos en el desempeño de las labores de crianza. Resulta igualmente complicado definir los alcances de este derecho, pues este tipo de educación no tiene contenidos clara-

[32] Los derechos a la vinculación afectiva y a la educación informal incluyen también lo que podríamos llamar una "pretensión de establecimiento de límites", aunque a primera vista parezca contradictorio con la defensa de los derechos de los niños como restricción a los derechos de los padres. Tal como se expuso en el capítulo segundo, el niño y el adolescente requieren de límites claros que les permitan comprender el mundo y ayuden al desarrollo de la confianza y seguridad, así como que estimulen el desarrollo moral a través de la creación de vínculos estables y predecibles.

mente definidos, por lo que supone la transmisión de las formas de vivir y relacionarse que tiene el grupo social:

> Los conocimientos y habilidades que los niños van adquiriendo precisan de espacios y condiciones donde puedan contrastar sus opiniones, comprobar sus suposiciones e intercambiar sus resultados, para disfrutar de su actividad, de su invención. Un clima tenso, angustiante y limitativo dificultará la adquisición plena y presentaría obstáculos a la realización personal como condicionante de la integración emocional (Elizondo 1992, p. 121).

El derecho a la interacción con iguales en el seno de la familia es, asimismo, una cuestión complicada, pues en primer lugar no se puede encontrar una disposición de la Convención que lo reconozca claramente y además ello depende en buena medida de la estructura familiar de cada sociedad; es decir, si las familias suelen tener varios hijos, si hay relación con los primos, etcétera, de tal manera que parece que esta necesidad puede satisfacerse complementariamente en el ámbito de la educación formal; lo que sí es posible afirmar es que constituye una pretensión del niño frente a los padres el que le permitan relacionarse con niños de su edad. Al no estar contemplado expresamente en la Convención, su identificación como pretensión puede restarle fuerza y esto pone al niño en una situación de riesgo, pues no establece límites claros a los derechos de los padres.

Resulta un poco extraño decir que el derecho a la vinculación afectiva constituye una pretensión frente a la cual hay una obligación correlativa, pues es obvio que en el momento en que el afecto se convierta en una imposición probablemente dejará de satisfacer la necesidad del niño. Sin embargo, es plausible sostener la existencia de una pretensión del niño frente al Estado de que se le garantice en la medida de lo posible un entorno con este tipo de instituciones, que puede involucrar la obligación de organizar diversos tipos de medidas como la adopción, la tutela administrativa, o el dotar de medios que permitan a los padres ser más competentes en el ejercicio de sus funciones. Esto puede parecer sencillo, pero comprende más aspectos de los que se suelen tener en cuenta. Un ejemplo interesante de cómo opera esto puede ser el caso de la lactancia materna: hoy se sabe que la lactancia es un satisfactor sinérgico que responde no sólo a la necesidad de alimentación del bebé, sino que resulta

fundamental para la vinculación entre niño y madre y potencia la satisfacción de otras necesidades de atención, relación, etcétera. Pues bien, esto puede tener consecuencias importantes en el nivel de políticas públicas, pues puede considerarse como un deber del Estado el promoverla, el establecer normas jurídicas —especialmente laborales— que la hagan posible y hasta el extremo de regular la publicidad de productos que promuevan otro tipo de alimentación durante los primeros meses de la vida.

A pesar de que la necesidad de vinculación afectiva es especialmente visible en el caso de los niños, se trata de una necesidad compartida por los adultos, y parece ser que a necesidades de este tipo responde también, por ejemplo, el derecho contenido en la Declaración a fundar una familia. La diferencia está en que suponemos que los adultos tenemos la capacidad para buscar estos satisfactores por nosotros mismos, en tanto podemos elegir relacionarnos, por ejemplo con una pareja, o la manera y medida en que queremos vincularnos afectivamente con otros a lo largo de nuestra vida. En este sentido, este derecho se configura como una libertad a fundar una familia, con la pretensión de que el Estado establezca las medidas apropiadas para su protección, pero se trata siempre de un poder de disposición —es decir, se puede elegir si tenerla o no—, aunque es obvio que la decisión de hacerlo supone ciertas obligaciones —al igual que en el caso de otras libertades—. La situación de los niños es completamente distinta, pues se trata de un derecho-obligatorio a pesar de que la expresión resulte extraña, pues no hay capacidad reconocida para decidir si se quiere tener una familia, ni siquiera si se desea pertenecer a una determinada familia, como tampoco hay facultad para que el niño considere si está siendo suficientemente cuidado por sus padres, pues generalmente es responsabilidad de la autoridad retirar la custodia a los padres en el caso de juzgar que no hay adecuada atención, aun en contra de la voluntad del niño y de éstos. Esta situación nos revela la importancia de los bienes de los que estamos hablando y de su papel en el desarrollo.

Los derechos de los padres también se encuentran fuertemente constreñidos por el artículo 10, que establece el derecho a vivir con ambos padres y en caso de que estén separados a mantener relaciones con ambos, todo esto supeditado al interés del niño. Esto condiciona el derecho de cada padre a organizar su vida independientemente de las decisiones asumidas en cuanto a su relación, pues deben respetar el derecho del ni-

ño al contacto con el otro progenitor. Es importante destacar que la Convención establece el derecho de todas las partes interesadas, dentro de las cuales se entiende que está incluido el niño —aunque no lo menciona expresamente—, a participar en el procedimiento. Esto supone establecer los mecanismos adecuados para que pueda manifestar su opinión, en lo que hace falta aún dar muchos pasos, en parte porque precisamente la vinculación afectiva puede tener como consecuencia la resistencia del menor a ser separado de sus padres, aun cuando sea víctima de maltrato.

Del artículo 10 se puede destacar que abarca un ámbito muy amplio, pues involucra, a diferencia de los demás artículos que generalmente se circunscriben a los Estados nacionales, un compromiso internacional a favor de la reunificación familiar y al contacto del niño con ambos progenitores. En este sentido, es notoria la trascendencia que tiene el hecho de que la Convención esté ratificada por la mayoría de los países, pues supone que deberán respetar este derecho, aunque en la práctica sea difícil su efectividad, tanto por las políticas migratorias de algunos Estados como por la falta de recursos económicos de niños y adultos. Este artículo se relaciona en cierta medida con lo que entendemos como libertad de tránsito en el caso de los adultos, aunque fuertemente limitada debido a que se establece exclusivamente con la finalidad de reunirse con su familia.

De esta serie de normas que parten de la presunción de la familia como organización encargada de la satisfacción de la necesidad de vinculación afectiva y relación con adultos, iguales y de educación informal podría decirse que constituyen pretensiones —y alguna potestad en los casos en que se requiere del consentimiento del menor— del niño frente al Estado para que éste tome medidas institucionales y legislativas para garantizar su realización. La Convención no establece límites a la acción estatal en el sentido de que deba tomar en consideración los deseos y elecciones del niño en su satisfacción; es decir, sobre su inclinación a permanecer en su familia o a ser separado de sus padres, por tratarse de derechos fundamentales para el desarrollo. La intervención paternalista del Estado sobre la base de los derechos del niño opera tanto respecto de los padres como del niño mismo; sin embargo, no puede tener un tratamiento igual para todas las edades, pues debe reconocerse mayor poder de opinión y hasta de decisión en la medida en que el menor va adquiriendo madurez. Esto se ha reconocido en los ordenamientos positivos de

algunos países,[33] que obligan a las autoridades a escuchar al niño y tomar en consideración su opinión respecto de la custodia en caso de separación de los padres o a requerir del consentimiento del menor para ser adoptado a partir de cierta edad, lo que además supone una posición de potestad, en tanto el Estado y los padres o adoptantes están en una posición de sujeción frente a las decisiones que tome.

4. *Juego y tiempo de ocio (artículo 31)*

Del derecho reconocido en el artículo 31 de la Convención ya se ha hablado en el capítulo correspondiente al concepto de derecho subjetivo, por resultar interesante su análisis a la luz de las posiciones jurídicas de Hohfeld. Se ha subrayado también la trascendencia del juego para el desarrollo, y es en este sentido que resulta conveniente analizar el tipo de derecho de que se trata. Tal vez la importancia del estudio de la posición que involucra se relaciona con la misma dificultad para definir el juego y es la razón por la cual debe considerarse como una libertad: "El reino del juego está poblado por lo azaroso, impredecible, inatrapable y efímero, y nada tiene que ver con resultados, evaluaciones o productos. Lo lúdico existe en un espacio misterioso y aparece en tiempos mágicos que no son ni aprehensibles ni medibles ni comunicables por medio de palabras, límites o definiciones" (Chapela 1992, p. 83).

Efectivamente, el artículo 31 contiene una serie de derechos distintos que involucran diversas posiciones jurídicas, pues consagra también la libertad para participar libremente en la vida cultural y en las artes —que es innecesario señalar que se enfrenta al mismo problema que otros derechos, derivado del sometimiento a la patria potestad— y el derecho al descanso y el esparcimiento, además del derecho al juego y a las actividades recreativas propias de cada edad. Se había dicho ya que de la posición que involucre este derecho depende la satisfacción que se justifique

33 En México, el Código Civil Federal señala que para que la adopción pueda tener lugar se requiere el consentimiento del niño mayor de 12 años (artículo 397). La legislación española reconoce también estas potestades al niño, pues el Código Civil establece que el niño mayor de doce años debe dar su consentimiento para la formalización del acogimiento familiar (artículo 173.2) y la adopción (artículo 177.1), y el menor de doce años debe ser escuchado por el juez en el procedimiento de adopción (artículo 177.3.3), y la consecuencia de la falta de estos requisitos debería acarrear la nulidad del acto.

dársele. Generalmente se asume que la satisfacción de las necesidades de los niños y por tanto el riesgo de violación a sus derechos se vincula con condiciones económicas difíciles, pero el caso del juego constituye un ejemplo de que no siempre es así. Si entendemos que una parte importante del derecho al juego como necesidad relacionada directamente con la autonomía consiste en una posición de libertad (privilegio o permiso) en la que el niño tiene frente a los padres y otros adultos una correlativa no pretensión, es decir, no tiene ni obligación de actuar o no actuar de una determinada manera. Esto supone dejarle tiempo libre para que lo emplee como él quiera y juegue a lo que prefiera, sin que se le imponga ninguna actividad en concreto. Este espacio de libertad es fundamental para la interacción con iguales y el desarrollo moral, pues en él los niños pueden relacionarse en términos de equidad y van asumiendo el carácter de las normas en la medida en que se implican en el juego de reglas. El juego también desempeña un papel importante en el aprendizaje, pues estimula la curiosidad, fomenta la imaginación, le permite explorar y experimentar en su entorno y ensayar nuevas situaciones:

> El juego es una de las principales actividades del niño a través del cual interactúa sobre el mundo que le rodea, descarga su energía, expresa sus deseos, sus conflictos, lo hace voluntaria y espontáneamente, le resulta placentero y al mismo tiempo, a través del juego, el niño tiene una participación activa en la solución de problemas, así como en la creación y recreación de situaciones que ha vivido. De esta manera, se responden algunas de las cosas que no comprende y satisface su curiosidad (Malagón 1992, p. 91).

A pesar de que el núcleo del derecho al juego está constituido por una libertad, se requiere también de medios que faciliten esta actividad, es decir, juguetes; sin embargo, éstos se relacionan con el juego entendido como espacio y tiempo de libertad, es decir, sin un fin determinado. En este sentido se distinguen de otras herramientas como el material didáctico, que tiene como objetivo ayudar en la tarea de un aprendizaje concreto de una manera que al niño le resulte atractiva, pero que es distinto del juego entendido como "evento libre, recreativo, optativo, independiente de evaluaciones y resultados académicos predeterminados" (Chapela 1992, p. 87).

Se ha asimilado que el trabajo infantil constituye una amenaza para este satisfactor del niño y ciertamente lo es si no le deja tiempo para ju-

gar, aunque no es éste el único factor que es obstáculo para la realización de esta necesidad. Los niños de países o sociedades con entornos altamente competitivos muchas veces ven vulnerada esta libertad en la medida en que los padres o instituciones pretenden saturarlos con actividades formativas o educativas con el fin de "prepararlos para el futuro". Sampedro hace otra distinción importante relacionada también con los códigos culturales, pues distingue lo que es el juego y el deporte a partir de la noción de competitividad: "Entre el horario larguísimo, los deberes y la televisión, al niño de hoy, y esto me parece espeluznante, se le ha privado del juego. Es verdad que hoy practican más deporte, pero hay una gran diferencia entre el deporte y el juego: la competitividad, otra de las palabras claves de nuestra cultura" (Sampedro 1996, p. 141).

Esta actitud se disfraza de interés del menor, pero es contraria a la satisfacción de necesidades básicas, sacrifica su autonomía presente en "beneficio" de su autonomía futura y transgrede la dignidad del titular. Este derecho es un buen ejemplo del espacio que debe dejarse a la discreción del menor, pues dentro de este ámbito protegido puede tomar decisiones autónomas, relacionadas con sus compañeros de juego, las actividades a realizar o las normas que regirán. Es por ello que las intervenciones paternalistas no se justifican en tanto no exista riesgo para el niño, aunque parece que no siempre es fácil interpretar este derecho como una libertad ni justificar el respeto a este espacio libre de intervenciones. La misma Convención se limita a reconocer el derecho al juego, pero sin especificar qué tipo de posiciones supone para las partes relacionadas con los niños, es decir, los padres y el Estado.

Por último, el derecho al juego podría ser también una aportación de los niños a los adultos, pues a pesar de aparecer íntimamente ligado a la etapa infantil, también es una necesidad de los mayores que es en muy pocas ocasiones atendida: "Que nos quede muy claro que el derecho al juego está íntimamente ligado con el derecho a la alegría y con el derecho que tenemos todos los seres humanos sin distinción de edad, posición ni conocimientos de estar vivos, plenos y felices" (Robleda 1993, p. 217).

5. *Educación formal (artículos 28 y 29)*

El derecho a la educación formal es el ejemplo por excelencia en la literatura sobre los derechos del niño. Esto puede deberse a varias causas,

entre ellas que se trata de uno de los elementos que más específicamente se relacionan con la etapa de la niñez, aunque también debido a la gran importancia que tiene para el desarrollo del niño y su futuro como ciudadano. En las sociedades occidentales los pequeños pasan la mayor parte del día en la escuela y ésta se convierte en un espacio en el que es posible la satisfacción de múltiples necesidades además de la educación formal: interacción con iguales y con adultos, participación informal, juego, ejercicio físico, etcétera. Es importante decir que, pese a que la educación formal es una necesidad para todos los niños, ésta no debe responder necesariamente a los modelos de escolarización de las sociedades occidentalizadas, pues lo importante es que permita al niño desarrollar el pensamiento y dotarle de herramientas para desenvolverse en la sociedad a la que pertenece o elija pertenecer. La educación formal es también un instrumento eficaz para la transmisión de ideas y valores, de modo que socialmente se asume como una de las funciones primordiales el garantizar que éstos respondan a las formas de vida de la comunidad. Esta situación ha sido motivo de enfrentamientos entre distintas partes: entre el Estado (que supuestamente representa los intereses del niño) y ciertos grupos de poder o minorías, entre los padres y el Estado, incluso entre Estados.

Los conflictos en el ámbito de la educación formal tienen una larga tradición en los tribunales, por lo menos de algunos países, pues frecuentemente ha entrado en colisión con los derechos de los padres, en especial con las libertades de pensamiento, conciencia y religión.[34] Sin embargo, parece ser que la discusión sobre el tema se ha enfocado hacia el interés del niño como adulto futuro, tanto por parte de los progenitores, que generalmente alegan un derecho a la educación de sus hijos, reforzado por el interés del niño para incorporarse a la comunidad —a la que

34 En Estados Unidos encontramos ejemplos de este tipo de conflictos de derechos que han llegado a los tribunales, marcando importantes precedentes. Uno de los más conocidos es el caso *Wisconsin vs. Yoder* en contra de una resolución que condenaba a ciertos miembros de la comunidad Amish por violar la ley de educación obligatoria de Wisconsin. El objetivo de la educación amish es el preparar a los niños para una vida industriosa y piadosa a través de la transmisión de los métodos de cultivo de sus antepasados y desechando los métodos y estilos modernos, de modo que se negaban a enviar a sus hijos a la escuela después del octavo grado, siendo que la educación obligatoria se extiende hasta los 16 años. La Suprema Corte resolvió a favor de los padres amish por considerar que uno o dos años más de educación no debían prevalecer sobre la libertad religiosa de los padres. Feinberg critica esta decisión por cerrar las opciones a la vida del niño y no responder a sus intereses (Feinberg 1994, pp. 81-84).

pertenecen los padres—, mientras que la postura de la autoridad —en el Estado liberal por supuesto— ha ido orientada a defender la autonomía futura del niño, dejando abiertas las opciones para que pueda elegir. Un ejemplo de esta situación es la opinión de Gutman sobre la educación en una sociedad liberal: "If children have rights in virtue of their basic needs and interests as future adult citizens, one of those rights will be a right to education, or what some theorists have called «a right to socialization»" (Gutman 1980, p. 349).

Feinberg parece asumir la misma postura al criticar los razonamientos de juez Burger en el caso *Wisconsin vs. Yoder*: "An impartial decision would assume only that education should equip the child with the knowledge and skills that will help him choose whichever sort of life best fits his native endowment and matured disposition" (Feinberg 1994, p. 84).

Gutman considera que la educación formal es un instrumento indispensable para que los niños sean capaces de ejercer sus derechos civiles y políticos una vez alcanzada la mayoría de edad y justifica, en consecuencia, la restricción de los derechos de los padres. De lo contrario, continúa, se privaría a los niños de dos bienes fundamentales de la sociedad liberal: la elección informada entre distintas concepciones de la vida buena y la participación en el autogobierno democrático significativo. En este sentido, el derecho a la libertad religiosa de los niños también debe ceder en caso de entrar en conflicto con el derecho a la educación, pues aunque el niño manifieste que cierto tipo de formación es contraria a sus creencias, ello no debe eximirle de cumplir con su deber de recibir la educación obligatoria por ser necesaria para crear las condiciones para el goce futuro de la libertad religiosa y otras libertades. El derecho a la educación del niño, según Gutman, tiene prioridad sobre el derecho de sus padres al libre ejercicio de su religión por las siguientes razones:

1) El derecho a la educación del niño es una precondición necesaria para el desarrollo de las capacidades para elegir una concepción de la vida buena y emplear sus libertades políticas de ciudadanía democrática.
2) Aun considerando que la limitación al libre ejercicio de los padres es negar al niño su libertad religiosa presente o futura, la concurrencia de la negación del derecho a la educación del niño pone en tela de juicio los fundamentos de su aceptación de esas creencias religiosas.

3) Aunque esta prioridad permite al Estado limitar la libertad religiosa de los padres, sólo se justifica la limitación en aquella parte de la libertad de los padres que extiende su dominio sobre sus hijos y restringe los derechos básicos de los niños.
4) El valor de una democracia liberal para sus ciudadanos es en buena parte dependiente de la habilidad de sus ciudadanos para ejercitar sus derechos políticos inteligentemente, así como para elegir entre distintas alternativas de concepciones de la vida buena. Permitir a los padres privar a los niños del derecho a la educación obstruye la realización de estas libertades básicas futuras de elección personal y política (Gutman 1980, p. 350).

Ciertamente, la educación formal es una pretensión importante que involucra deberes correlativos del Estado y una obligación para los padres, pudiendo incluso, como señalan Gutman y otros autores, limitar los derechos de éstos e imponerla en caso de oposición. Sin embargo, la justificación de este derecho no reside exclusivamente en el interés del niño para desarrollar las capacidades que le permitirán desenvolverse adecuadamente en su sociedad ni participar responsablemente como ciudadano. La educación formal cumple también un papel fundamental en la satisfacción de los intereses presentes del niño, entre ellos, como se había dicho ya, en la vinculación con iguales, aunque como se ha expuesto esta concepción de la escuela tuvo también una aparición tardía en la historia y para muchos niños aún no es una realidad.[35] La interacción con adultos también tiene un espacio importante en la escuela, pues permite al niño relacionarse de una forma distinta que con sus familiares y establecer nuevos apegos. Otras necesidades que se satisfacen mediante la educación formal son el juego, la participación informal, el ejercicio de ciertas libertades, etcétera. Se trata, pues, de un satisfactor sinérgico que puede garantizar, además del ejercicio de la autonomía futura, la autonomía presente, de acuerdo con la dignidad del niño, es decir, con su valor como tal en el momento actual.

35 Como se expuso en el capítulo primero, durante muchos siglos en las instituciones educativas se mezclaban grupos de todas las edades, lo que no quiere decir que no se satisficiera esta necesidad, pues los niños efectivamente podían convivir con otros de su misma edad, aunque sí refleja que no se le atribuía la misma importancia; por tanto, tampoco significa que las instituciones de educación formal que no tienen una organización por etapas no satisfagan esta necesidad del niño.

La educación formal desempeña también una labor importante en relación con la igualdad, pues a través de la educación pública y obligatoria tiene como objetivo generar condiciones de igualdad de oportunidades en el punto de partida, y es por ello que el Estado tiene la obligación de poner los medios que faciliten este propósito:[36]

> Para proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades, entendida no sólo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida, el Estado tiene que intervenir en la equitativa distribución de los bienes básicos. Es en este contexto que se debe entender como deber del Estado la distribución obligatoria de la educación básica, que, en tanto contribuye a la formación de la autonomía personal, hace posible el logro de una sociedad más homogénea (Vázquez 1999, p. 119).

Desgraciadamente, la tendencia a la privatización de la educación que se da en muchos países tiene como efecto lo contrario, pues marca una diferencia importante —sobre todo en los países pobres— respecto de la calidad de la enseñanza, de manera que los sectores favorecidos de la sociedad pueden ofrecer a sus hijos una mejor educación, mientras que las familias con escasos recursos económicos no tienen alternativas. Se acentúa así la distancia entre pobres y ricos justamente a través de la escolarización durante la infancia y la adolescencia:

> Otra tendencia, aún más reciente, es la privatización. Al crecer la competitividad en las escuelas, los padres que disponen de los medios necesarios inscriben a sus hijos en instituciones de alta calidad que a menudo son privadas. Los niños pobres no tienen esa posibilidad. La dinámica de este proceso lleva al aumento de las desigualdades (Hammarberg 1998, p. 5).

36 En algunos casos es necesaria la aplicación de medidas de discriminación inversa para alcanzar la igualdad en materia de educación según el Comité de Derechos del Niño: "El Comité ha reconocido que la verdadera implementación de la cláusula de no discriminación puede requerir tratos diferenciados de signo positivo para compensar las desventajas que algunos niños deben enfrentar desde el principio. En varios países, las escuelas de las zonas pobres necesitan más recursos que las demás. Se necesitan esfuerzos adicionales para proteger el derecho de las niñas a ir a la escuela o para brindar a los niños discapacitados una auténtica oportunidad de recibir una educación normal, no basta afirmar simplemente que tienen los mismos derechos que el resto" (Hammarberg 1998, p. 18).

Esta misma situación de alta competitividad tiene también como consecuencia que los niños que han podido acceder a escuelas con alto nivel académico se vean sometidos a una excesiva presión y a la privación de otros satisfactores necesarios para su desarrollo, como el juego, el tiempo de ocio, la interacción con iguales, el ejercicio, el aire libre, etcétera:

> Estamos tan angustiados por el futuro de los niños, que decidimos que su tarea fundamental y única es que ellos estudien, que vayan a la escuela y que hagan tareas, y la vida del niño se desenvuelve entre un aula y el espacio que le hemos destinado en su casa para que haga tareas, obviamente consideramos que el juego será algo que el niño tendrá una vez que haya logrado ser excelente en la escuela, y mientras no le impida asistir a la escuela (Pineda 1993, p. 177).

El derecho a la educación formal comprende también ciertas pretensiones que frecuentemente son ignoradas, pues como afirma Delval, es necesario proteger al niño de prácticas inadecuadas que le obligan a aprender cosas que están fuera de su alcance y escapan a su comprensión. En muchas ocasiones los contenidos son excesivos y sin vinculación alguna con la realidad en la que vive el niño y la enseñanza se basa en la repetición de datos sin sentido para el alumno. Para que un contenido sea adecuado, el programa de estudio debe relacionarse con la vida cotidiana del alumno y de lo que para él es importante: "El punto clave es que la escuela debe impartir conocimientos adecuados para el niño, para su presente y su futuro" (Hammarberg 1998, p. 19). Una de las causas de que estos métodos subsistan es que la organización escolar responde más a las necesidades sociales que a las necesidades de los niños que asisten a la escuela. Estas prácticas han evolucionado poco en muchos países, a pesar de las teorías que han surgido en los últimos tiempos y que las desacreditan por no responder a las necesidades del niño: "Esta ha sido durante siglos la base de la actividad escolar y el único cambio que se ha producido es que la formación moral, religiosa y nacionalista, importante en otras épocas, ha sido sustituida por otros contenidos más inspirados por el desarrollo de las ciencias, pero sin que los métodos de enseñanza hayan cambiado sustancialmente" (Delval 1994, p. 37).

En consecuencia, no basta con la existencia de escuelas para todos los niños para considerar que la necesidad de educación formal está satisfecha, pues esto depende también de los contenidos y de los métodos peda-

gógicos empleados, así como de la calidad de las relaciones entre el niño, sus compañeros y sus maestros. El derecho a la educación formal está compuesto por una serie compleja de pretensiones a las cuales el Estado debe responder, y que incluye el que los programas, materiales y métodos de enseñanza se ajusten a las necesidades del niño. El que las políticas educativas respondan al interés superior del niño significa, entre otras cosas, que "se debe prevenir la violencia en la escuela, que la enseñanza debe orientarse hacia las habilidades necesarias para la vida, aplicables ahora y en el futuro, que se debe destacar la importancia de los derechos humanos y de los valores democráticos y que el niño debe recibir ayuda para comprender sus propias raíces y las relaciones de las mismas con el resto del mundo" (Hammarberg 1998, p. 32).

6. *Protección de riesgos psicológicos o de autonomía (artículos 19-21 y 32-38)*

Los derechos relacionados con la protección de riesgos psicológicos quizá no susciten tanta sorpresa, pues pueden coincidir con la imagen que prevaleció durante muchos años y que aún sigue vigente para algunos, del niño como objeto de protección. De hecho, las primeras leyes[37] surgidas en relación con los niños tenían un propósito tutelar derivado de su percepción como seres desvalidos y vulnerables. Lo novedoso no es ciertamente este contenido protector, sino los medios para garantizarlo, es decir, el reconocimiento de derechos que pueden suponer una obligación del Estado para intervenir en las familias que no den atención adecuada a los niños y la limitación del llamado "derecho de corrección" de los padres, así como el cambio de perspectiva respecto del papel de los intereses del niño en la adopción. Se ha hablado ya de la dificultad de establecer una definición de maltrato que sea universal, es decir, aplicable a todas las situaciones y culturas, pues aunque maltratar al niño significa no dar adecuada atención a sus necesidades, debe existir cierta intencionalidad. Por otra parte, el fenómeno del maltrato se ha acrecentado en los

[37] Como se mencionó en el capítulo primero, las primeras leyes de protección a la infancia surgen en el siglo XIX como consecuencia de la industrialización y tenían como fin proteger a los niños, limitando el trabajo en las fábricas (Robertson 1982, p. 469). Estas leyes apoyaban la idea de que los niños eran posesión de sus padres, quienes tenían el control sobre sus vidas y su ser (Berger 1973, p. 211).

últimos tiempos y particularmente en los países industrializados. Según Delval:

> El maltrato supone ejercer violencia física o psíquica, de forma no accidental. Se podría decir que en otras épocas el trato dispensado a los niños era mucho más duro que en la actualidad y, por ejemplo, los castigos físicos eran muy frecuentes en la casa y en la escuela. Las conductas infantiles consideradas inadecuadas se reprimían con enorme dureza. Pero sin que pueda justificarse, esas prácticas diferían del maltrato que actualmente se produce en los países desarrollados (Delval 1994, p. 25).

Ochaíta y Espinosa han subrayado también la dificultad de definir el maltrato infantil y el hecho de que no existe una descripción que sea totalmente aceptada por la comunidad de profesionales relacionados con la infancia. Esta situación tiene como consecuencia que las estadísticas sobre este problema a menudo presenten diferencias importantes. Las autoras sostienen la existencia de un continuo entre el buen trato y el mal trato, y proponen entender que "maltratar a un niño significa, en definitiva, no satisfacer sus necesidades adecuadamente, no ofrecerle las condiciones básicas que garanticen su bienestar y posibiliten su desarrollo" (Ochaíta y Espinosa 1999, pp. 354 y 355).

Otra de las características en la que es necesario hacer hincapié respecto del complejo fenómeno del maltrato infantil es que no se trata de un problema exclusivo de la familia, sino que se produce en cualquiera de los contextos en los que el menor se desenvuelve, y de acuerdo con este criterio se pueden identificar varios tipos de maltrato:

a) Maltrato socioeconómico: se relaciona con la falta de recursos para satisfacer las necesidades económicas del niño.[38]
b) Maltrato institucional: esta forma de maltrato proviene de las entidades con las que el niño se relaciona: escuelas, organizaciones asistenciales, sistema de justicia, policía, etcétera.

38 A pesar de que este tipo de maltrato no tiene el factor de intencionalidad hacia el niño en particular, sí se vincula con una omisión, la mayoría de las veces en la justa distribución de los recursos y, sobre todo, desde la óptica de la Convención, en el incumplimiento de los Estados partes de garantizar las condiciones de vida necesarias para los niños, incluyendo desde luego la perspectiva de la responsabilidad internacional de los países que concentran altos niveles de riqueza.

c) Maltrato intrafamiliar: es al que tradicionalmente se hace referencia cuando se habla de maltrato infantil y se relaciona con la inadecuada atención a las necesidades del niño dentro de la familia, incluyendo por supuesto la agresión física, el abuso sexual y el abandono (Álvarez Gómez 1995, pp. 79-93).

Es evidente que, debido tanto a la dificultad para delimitar el maltrato infantil como por la complicación para detectarlo y probarlo —especialmente el maltrato psicológico—, éste constituye uno de los ámbitos más problemáticos de proteger jurídicamente, a pesar de las importantes consecuencias que puede tener en el desarrollo y del sufrimiento presente que representa para el niño. De aquí que, a pesar de que podríamos decir que el niño tiene frente al Estado una pretensión de ser protegido en contra del maltrato que pudiera sufrir dentro de su propia familia, así como en la escuela o en las instituciones sociales, la obligación muchas veces resulta difícil de cumplir, salvo en los casos en que éste es muy evidente (por ejemplo cuando al niño se le da una paliza, se le abandona, se le priva de educación formal, etcétera), lo cual se complica todavía más tratándose de una inadecuada atención a las necesidades de autonomía.

Otra de las instituciones importantes en relación con los derechos de protección de riesgos psicológicos es la adopción. La adopción surge también en una etapa tardía de la historia, cuando el niño pasa a ocupar un papel protagónico en la sociedad, aunque inicialmente esta figura tenía como finalidad subsanar la incapacidad de una pareja para ser procreadores biológicos. La nueva perspectiva, centrada en el derecho del niño a tener una familia, conlleva la tarea de establecer los mecanismos para garantizar que los padres elegidos tengan las cualidades necesarias para ser competentes en el desempeño de sus deberes. De tal manera que este derecho supone una serie de pretensiones del niño para que el Estado asuma su obligación de procurarle la satisfacción de este derecho, que implica la creación de estructuras, leyes, programas, etcétera, que velen por el adecuado funcionamiento de la familia. En algunos casos también lleva aparejada una potestad, si es que se requiere del consentimiento del menor para formalizar el acogimiento familiar o la adopción.

Los artículos 32-37 consagran derechos de protección muy concretos en contra de situaciones que representan un grave riesgo para los niños: se refieren a la prohibición del trabajo de menores, a la protección contra

el uso y tráfico de estupefacientes, la explotación —sexual y otras formas—, la venta, tráfico y trata de niños, la tortura y privación de libertad —que incluye la prohibición de imponer la pena capital o la prisión perpetua—, la prohibición contra detenciones arbitrarias, el derecho a la asistencia jurídica y a la impugnación en contra de la detención. Este tipo de derechos constituyen pretensiones que en su mayoría son compartidos por los adultos, pero que en el caso de los niños implican una tutela especial.

El derecho a no trabajar, sin embargo, constituye un caso singular, pues representa la pretensión contraria al derecho del adulto, es decir, el derecho del mayor de edad al trabajo. Este derecho a no trabajar no es absoluto ni igualmente aplicable en todas las etapas de la infancia, sino que se deja una gran discrecionalidad a los Estados para legislar y establecer las condiciones para que un menor de edad pueda laborar: edad mínima, reglamentación sobre los horarios y condiciones de trabajo, y estipulación de penalidades en el caso de infracción de este artículo. De tal manera que en esta disposición pueden distinguirse dos partes: en primer término, un derecho a ser protegido en contra de la explotación económica y en contra del desempeño de cualquier trabajo nocivo para la salud, educación o desarrollo, y en segundo lugar una obligación para los Estados partes de fijar edades mínimas y reglas sobre las condiciones del trabajo. De forma muy general es posible decir que parece ser que protege algunos bienes considerados fundamentales, como salud, integridad física, acceso a la educación, espacio para el juego, etcétera, y que en general el objetivo de esta prohibición es garantizar el acceso a estos otros satisfactores. En este sentido, el hecho de ser niño pone al sujeto en una situación de vulnerabilidad, pues además de que impide la satisfacción de necesidades presentes, puede comprometer seriamente el desarrollo; también es cierto que el niño está situado en una posición de desventaja respecto del adulto al no poder negociar en términos igualitarios. Resulta interesante ver que las primeras leyes específicas en relación con la infancia surgen en torno a este tema, con el fin de proteger a los niños que precisamente por su condición de desigualdad sufrían de condiciones de explotación.

El tema del trabajo infantil es complejo, comenzando por el hecho de que constituye el único medio de subsistencia para millones de niños del mundo, y es difícilmente erradicable desde las circunstancias actuales.

Existe una complicada vinculación entre el trabajo de los niños y la pobreza, ya que no únicamente el trabajo es consecuencia directa de ésta, sino que la incorporación de los niños al mercado laboral reproduce y consolida el ciclo de la pobreza[39] (por ejemplo, la falta de educación impide acceder a empleos incluso de los sectores más bajos de la economía formal), además de tener graves consecuencias físicas y psicológicas para el desarrollo (García Méndez 1999, pp. 176 y 177). La delincuencia está ligada también con esta serie de circunstancias, pues en la medida en que los niños no pueden incorporarse legalmente a la economía formal, se colocan en sectores informales que están fuera de la regulación en el mejor de los casos, porque en muchas ocasiones —en que ni siquiera trabajar en este medio es posible— se ven orillados a desempeñar actividades de la economía informal consideradas ilegales, actividades ilícitas, prostitución, tráfico de drogas, etcétera. "Es así como el menor trabajador se vuelve un menor infractor" (Staelens 1995, p. pp. 71 y 72).

Por otra parte, las dificultades relacionadas con el trabajo infantil derivan también del hecho de que este fenómeno tiene un fuerte componente contextual, ya que en muchas culturas se le considera como una forma de preparar a los niños y formarlos en la responsabilidad. Salazar, al hablar del trabajo infantil en América Latina, lo relaciona con condiciones culturales, además de las socioeconómicas:

> Los niños trabajan en general, porque su familia es pobre, pero también por factores culturales. La concepción que subyace de fondo parece ser la de que todos los miembros de la familia son proveedores económicos de la misma y a través del ejercicio de esta responsabilidad se forma a los niños de hoy para ser los adultos competentes del mañana. En todos los países se encontraron formas de producción en las que la familia actúa como bloque, dándose por sobreentendida la colaboración activa de los niños. Los padres justifican la vinculación de sus hijos al trabajo aduciendo que en él adquieren valores como la responsabilidad, la autonomía y la tenaci-

39 Algunos países han logrado la erradicación de la pobreza a través de la supresión del trabajo infantil: "Contrariamente a lo que en sentido común... sostiene acerca de que la erradicación del trabajo infantil constituye un subproducto y un *lujo* que las sociedades pueden permitirse sólo después de haber alcanzado un cierto nivel de desarrollo económico, la experiencia de Japón y los países escandinavos demuestran exactamente lo contrario. Tanto en Japón cuanto en los países escandinavos la erradicación del trabajo infantil, vía universalización de la educación básica, constituye un factor decisivo para entender y explicar el desarrollo económico" (García Méndez 1999, p. 176).

> dad para sobrellevar las dificultades o para soportar sacrificios. Además se ve el trabajo como una protección contra los vicios y el ocio que conduce a la delincuencia (Salazar 1996, p. 180).

Es necesario, entonces, tomar en consideración diversos factores respecto del trabajo infantil: en primer lugar, algunos autores proponen que el término trabajo infantil debe extenderse sólo hasta los 12 años, "reservándose la expresión «juvenil» para designar el trabajo realizado por aquellos comprendidos en la franja de los 12 a los 18 años incompletos", y en consecuencia diferenciar las políticas encaminadas a tratar cada uno (García Méndez 1999, p. 169). La misma Convención reconoce esta diferencia al obligar a los Estados a señalar una edad mínima para trabajar. En esta misma línea, el Comité sobre los Derechos del Niño ha exigido cierta flexibilidad en la planificación escolar para que las vacaciones permitan a los niños ayudar a sus padres con la cosecha (Hammarberg 1998, pp. 12 y 13). Además, es necesario articular el tema del trabajo infantil en la lucha contra la pobreza, pues este fenómeno está inscrito en la situación de marginación de las familias, de tal manera que no puede combatirse como un problema aislado.

La existencia de diferentes concepciones sobre el trabajo infantil tiene como resultado una mayor dificultad para llegar a un acuerdo sobre su prohibición absoluta, pues las razones aducidas por algunos padres respecto de su importancia para la educación del niño responden a realidades concretas y a la adquisición de habilidades necesarias para desenvolverse en el contexto al que pertenecen. En consecuencia, el trabajo infantil debe ser evaluado en relación con el mejor interés del niño y sus necesidades; es decir, por un lado diferenciar entre las distintas etapas del desarrollo, pero también considerar que en tanto no ponga en peligro la satisfacción de otras necesidades (como la educación o el juego y tiempo de ocio, o que resulte arriesgado para su salud física o desarrollo de la autonomía) los pequeños pueden colaborar en pequeñas tareas que fomenten los valores que los padres desean, sobre la base de que no es justificable sacrificar al niño en función del futuro adulto.

El artículo 38 —a pesar de que Ochaíta y Espinosa (2004, p. 435) no lo incluyen dentro de su clasificación— tiene como finalidad la protección de riesgos de autonomía —aunque también de salud física— al imponer a los Estados firmantes una obligación de impedir que los niños menores de 15 años participen directamente en las hostilidades. Como se

había dicho ya en el capítulo tercero, este tipo de protección involucra una inmunidad en el sentido de que los Estados no pueden establecer normas que obliguen a los menores dentro de este rango de edad a alistarse en el ejército, aunque evidentemente no sólo supone esta responsabilidad, sino que implica también una pretensión para la adopción de medidas paternalistas que impidan que los niños intervengan en conflictos armados.

Es posible que los satisfactores de autonomía requieran, además de recursos económicos, una profunda transformación en la mentalidad relacionada con las necesidades y capacidades de los niños. El ejemplo más claro lo tenemos en la omisión en el reconocimiento de las necesidades sexuales de los niños, así como de la participación informal dentro de la familia —los grandes ausentes de la Convención—, aunque hay muchos más que, pese a estar presentes en la Convención, lo están de manera ambigua y poco clara, o carecen de los mecanismos para ser efectivos. El niño es un ser en desarrollo, pero no incompleto; requiere ser sujeto activo en su crecimiento y participar en las decisiones que afectan directa e indirectamente su vida. El derecho de los padres no supone disponibilidad total sobre todos los aspectos de la vida del niño; se encuentran limitados por los derechos y esto aparentemente es difícil de comprender y aceptar, pero sobre todo de llevar a la práctica, ya que implica romper con siglos de tradición respecto de la concepción de los pequeños. La Convención constituye un gran avance, en especial en lo referente a los derechos relacionados con las necesidades de autonomía, pues reconoce este tipo de necesidades, aun con las limitaciones que supone plasmarlo en un instrumento internacional con pretensión de ser aceptado por una gran diversidad de culturas, formas de vivir y sobre todo manera de entender al niño y las relaciones paterno filiales.

IV. Satisfactores especiales (artículos 22, 23, 39 y 40)

Los satisfactores especiales constituyen un complemento respecto de las necesidades de salud física y autonomía en tanto no son universalizables, es decir, no se trata de satisfactores generales, pues van dirigidos a un grupo de personas con características específicas. Sin embargo, lo cierto es que este tipo de derechos tienen como finalidad compensar las circunstancias que sitúan a los niños con necesidades especiales en una

posición de desventaja con respecto al resto, de modo que resultan indispensables para generar condiciones de igualdad y cumplen con la segunda premisa de este principio, lo que significa que mientras la Convención reconoce una igualdad genérica entre todos los miembros de la clase infancia, las características de los niños en una situación particular constituyen rasgos relevantes para dar un trato diferenciado. De esta manera, los derechos de estos artículos derivan directamente del principio de igualdad.

En el tema de los niños con necesidades especiales, sobre todo aquellos física o mentalmente impedidos (artículo 23), la dignidad como principio fundamentador de los derechos humanos juega también un papel fundamental, pues en muchos casos esta discapacidad imposibilita el desarrollo de la autonomía plena. En efecto, en el caso de un niño que no presenta alguna discapacidad es factible argumentar los derechos a partir de su capacidad potencial para convertirse en agente moral y la protección va encaminada a proteger esa futura libertad. Sin embargo, cuando un niño se encuentra de tal manera impedido que podemos presumir casi con absoluta certeza que nunca llegará a ser completamente independiente, se imposibilita la justificación por vía de la autonomía potencial. En mi opinión, esta es una de las razones por las que debe darse igual peso a los otros principios, pero en estos casos especialmente al de dignidad. Cada persona es un fin en sí misma, independientemente de que puede considerarse "útil" para la sociedad en el presente o en el futuro, de manera que todos los hombres tienen igual valor moral y los derechos les corresponden en igual medida.

Los artículos 22 y 39 se refieren a los niños que se encuentran en situaciones de alto riesgo: la de refugiado y la de haber sido víctima de maltrato, respectivamente. Ambos artículos establecen obligaciones para los Estados de dar una atención especial a los niños que se encuentran en estas circunstancias, de modo que esto no redunde en un mayor daño en el desarrollo del niño que ya ha sido víctima de una realidad que le ha llevado a tener que salir de su país o de "cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados". Este artículo 39 establece la obligación de los gobiernos de promover la recuperación y reintegración social, haciendo mención expresa de que ésta debe llevarse a cabo "en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

Finalmente, el artículo 40 establece los derechos del niño que ha cometido una infracción a las leyes penales. Este conjunto de disposiciones es uno de los grandes avances que reflejan el cambio en la percepción del niño y sus derechos. García Méndez identifica dos grandes momentos de ruptura en el tratamiento de los menores infractores: el primero lo sitúa en 1899 con la creación del primer tribunal de menores en Illinois, que marcó el inicio del trato diferenciado a la infancia y adolescencia, y el segundo en 1989, precisamente con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño (García Méndez 1999, pp. 59 y 60).

A finales del siglo XIX y principios del XX comienza una nueva corriente identificada como "correccionalismo" que desplaza el punto de partida del delito al delincuente, es decir, se consideraba la transgresión a las normas como el resultado de una serie de circunstancias personales, sociales y psicológicas, de manera que la pena debía tener una naturaleza terapéutica,[40] se veía a los delincuentes como seres incapaces de gobernarse a sí mismos y por tanto necesitados de la protección tutelar del Estado (Ríos y Segovia 1998, p. 35). Así, los menores abandonados y los menores delincuentes eran considerados sujetos de la misma protección tutelar. En España, el primer Tribunal Tutelar de Menores se crea en 1920, en el que el juez, sin obligación de someterse a ninguna regla o formalidad, debía aplicar medidas disciplinarias basado en las condiciones morales del menor, el medio en el que había vivido e imponía medidas de carácter educativo, moral y religioso para apartarlo del mal camino (Ríos 1993, p. 103). Esto tuvo como consecuencia una falta de seguridad jurídica para los niños y adolescentes, ya que si el objetivo era su corrección, no podía determinarse previamente cuánto tiempo se llevaría:

> La consecuencia de esta concepción era una negación de la seguridad jurídica tanto del menor abandonado como del menor delincuente. En efecto, si las medidas no eran penas, sino instrumentos de carácter educativo y cautelar, entonces las medidas eran buenas por naturaleza y, por ello, lógicamente indeterminadas en su duración, el procedimiento para imponerlas no requería de las garantías y discusiones propias del procedimiento pe-

40 Una cita de Dorado Montero ilustra la concepción de la pena desde la corriente correccionalista: "El derecho tutelar de menores no es penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría y arte de buen gobierno" (Ríos y Segovia 1998, p. 35).

nal, ni consecuentemente de jueces profesionales, fiscales, abogados, etcétera (Hierro 2004, p. 187).

García Méndez explica este mismo fenómeno en América Latina[41] a partir de lo que denomina la doctrina de la "situación irregular", paradigma imperante sobre el tratamiento a la infancia durante mucho tiempo. La doctrina de la situación irregular legitimaba una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad, derivada de una concepción del menor como objeto de compasión-represión. Sin embargo, según García Méndez, la ley procedente de esta doctrina no se aplicaba en la práctica a todos los miembros de la clase infancia, sino sólo a los menores, es decir, aquellos cuyas necesidades básicas están parcial o totalmente insatisfechas, a diferencia de los niños y adolescentes, quienes tienen cubiertas sus necesidades básicas y cuentan con los medios para eludir la ley. Para los menores, toda ley basada en la situación irregular poseía la capacidad para decidir cada uno de los movimientos de su vida cotidiana: "desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad" (García Méndez 1999, p. 26).

La concepción del niño como ser completamente vulnerable y dependiente dio como resultado esta falta de seguridad jurídica en el tratamiento penal, puesto que no se concebía la necesidad de reconocer garantías procesales, sino de proteger tanto al niño como a la sociedad, y con este objetivo se asignaba al juez la función de sustituir al padre de familia y aleccionar al menor descarriado. La Convención parte de una concepción distinta del niño y le reconoce el derecho al debido proceso legal, con las adecuaciones necesarias tanto en el procedimiento como en la imposición de las sanciones, reconociendo así un cierto nivel de autonomía y

[41] Pese a compartir los mismo rasgos generales, el tratamiento jurídico a la infancia en América Latina tuvo una evolución propia, sobre todo en la praxis. Las ideas del movimiento de los reformadores (correccionalismo) se impuso en los países latinoamericanos, en donde se crean legislaciones específicas para la infancia; sin embargo, en las transformaciones concretas no ocurrió lo mismo, especialmente en dos aspectos fundamentales: "*a)* la no instauración efectiva de los tribunales previstos en la legislación específica… *b)* la persistencia —aun declarando su excepcionalidad— en la práctica de colocar menores en instituciones penitenciarias para adultos" (García Méndez 1999, pp. 62 y 63).

dando seguridad jurídica en caso de infracción a las normas penales. García Méndez considera que la Convención representa una transformación en el reconocimiento de los niños como una sola categoría, independientemente de que hayan sido abandonados o hayan cometido un delito:

> Del *menor* como objeto de la *compasión-represión* a la *infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos*, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el *menor* abandonado-delincuente, como resultaba de la letra y más aún en la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular (García Méndez 1994, p. 83).

Esta nueva doctrina, a la que llama "protección integral", está compuesta por un conjunto de normas del que la Convención es el dispositivo central y constituye un cambio de paradigma respecto al tratamiento durante la infancia. La protección integral, que tiene como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño, condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

a) La Convención sobre los Derechos del Niño.
b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) (García Méndez 1999, p. 29).

La importancia de la Convención radica no sólo en que proporciona un marco general de interpretación de las demás leyes, sino que además ha sabido llamar la atención sobre la importancia de la dimensión jurídica en la lucha por mejorar la situación de los niños, desencadenando un proceso de reformas legislativas en muchos de los Estados partes:

> No caben dudas de que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto

> de esta normativa. Pero no son sólo razones de carácter estrictamente jurídicas las que explican la importancia de la Convención. Además, ha sido precisamente este instrumento el que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales cuanto del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia (García Méndez 1999, p. 29).

Las transformaciones introducidas por la Convención exigen una definición legal de "menor infractor" centrada en el acto que se proscribe, evitando cualquier referencia a las condiciones biológicas, psicológicas o sociales del niño, lo que excluye los llamados "estados de peligro" que "subsumían en un solo sistema de control los problemas de carácter penal en el ámbito más amplio de lo asistencial, pero mediante una respuesta que, sin importar cómo se le denominara, tenía un carácter penal" (González y Cruz 1995, p. 48). Esta condición de menor infractor según la Convención requiere también de una edad mínima, antes de la cual no se puede considerar que se ha quebrantado la ley penal. Esta determinación se basa en el concepto de imputabilidad, que supone dos capacidades: la capacidad para comprender lo injusto del hecho y la capacidad para dirigir la actuación conforme a dicho conocimiento: "De aquí que para que se considere ausente la imputabilidad, y por ello se exima de responsabilidad criminal, se exija que el sujeto que ha realizado la conducta típicamente antijurídica sea capaz de comprender el significado antijurídico de la misma y dirigir su actuación conforme a dicha comprensión" (Lázaro 2002, p. 35). En este nuevo tratamiento a los menores hay un reconocimiento de la responsabilidad que deben asumir frente al orden social, pero a la vez se reconocen todas las garantías aplicables al régimen de adultos (González y Cruz 1995, p. 49):

— Principio de legalidad: se contempla en el inciso *a* del artículo 40, que exige la existencia de una ley previamente establecida para considerar que un menor ha infringido una norma penal.[42]

[42] Tanto las Reglas de Beijing como las Directrices de Naciones Unidas para la Administración de Justicia van más allá de la Convención en la garantía de este principio al insistir en la necesidad de crear leyes especiales para el caso de los menores en las que los tipos punibles sean, cuando más, los que lo son también para los mayores de edad (González y Cruz 1995, pp. 49 y 50).

— Principio de proporcionalidad de la respuesta penal: este principio, contemplado en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención, garantiza que la respuesta penal sea justa, acorde con la gravedad del delito cometido. La Convención reconoce dos tipos de proporcionalidad: una de carácter abstracto referida al delito, y que debe estar planteada en el tipo penal, y la otra de carácter concreto, que incluye factores contextuales de la comisión del delito.
— Principios procesales: el reconocimiento de las garantías procesales es exhaustivo, y además de las básicas se añaden algunas otras como el reconocimiento de las autonomías culturales y el derecho a la intimidad. Los principios procesales funcionan como límite a las potestades punitivas del sistema de control social de menores y garantizan que el juicio se apegue al hecho imputado; están reconocidos en los siguientes párrafos del artículo 40: *i)* derecho a la presunción de inocencia; *ii)* derecho de notificación, derecho de audiencia y derecho a la defensa; *iii)* principio de legalidad, derecho de audiencia, derecho a la jurisdiccionalidad y derecho a la defensa; *iv)* principio de no autoincriminación, principio de contradicción; *v)* principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, autonomía del órgano jurisdiccional; *vi)* reconocimiento de las autonomías culturales, y *vii)* derecho a la intimidad.
— Principios en materia de ejecución: la Convención se basa en el principio de subsidiariedad, es decir, que la privación de libertad sea el último recurso, siendo de este modo una medida de excepción, además de que una vez aplicada se considere una duración mínima de los periodos de reclusión, como lo dispone el artículo 37, que garantiza asimismo la separación de los adultos en caso de privación de la libertad, a tener contacto con su familia, prohibición de la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, etcétera (González y Cruz 1995, pp. 49-55).

Los principios contenidos en el artículo 40 son reconocidos también a los adultos y son fundamentales para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica. Se establece también la obligación por parte del Estado de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños, todo esto teniendo como base el respeto a la dignidad del niño y tomando en cuenta la edad y la función de reintegración social de

la pena. Este artículo también protegería una esfera de inmunidad para los niños al obligar a los Estados a establecer una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, aunque la Convención es omisa respecto de cualquier orientación sobre cuál sería el límite apropiado.

En este conjunto de derechos se refleja con claridad la profunda transformación en el concepto de niño, sobre todo de adolescente, ya que como la misma norma indica, antes de cierta edad los niños (y se entiende los niños pequeños) no pueden ser considerados infractores de las normas penales. En primer lugar, se reconoce la responsabilidad del menor en la comisión de un acto ilícito, lo que supone la aceptación de actuar de manera autónoma, consciente y con discernimiento; sin embargo, esto no obsta para reconocer la especificidad de la etapa adolescente, es decir, que a pesar de ser capaz de conocer los hechos y obrar de acuerdo con éstos, existe una presunción de que estas capacidades no son iguales a las adultas y por tanto las consecuencias penales son distintas. Por otra parte se acepta que la sociedad tiene también una responsabilidad en la comisión del hecho ilícito y se establece como objetivo la reintegración del menor infractor a la comunidad. La Convención (junto con las demás normativas que complementan la protección integral) logra un equilibrio entre la función protectora de la ley y el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derechos, admitiendo el valor de la seguridad jurídica para el niño en la misma medida que a los adultos, pero buscando al mismo tiempo generar condiciones de igualdad, reconociendo las diferencias en la responsabilidad entre niños y adultos a través de la legislación y tribunales especializados.

En opinión de Freeman, la Convención no es más que un inicio (Freeman 1997, p. 59), pero en mi opinión un inicio nada despreciable en tanto permite vislumbrar la vigencia de un nuevo paradigma respecto de las características y capacidades de los seres humanos durante los primeros años de la vida, pero sobre todo acerca de la importancia de la atribución de derechos a los niños. A pesar de las grandes limitaciones de la Convención, es necesario resaltar el nuevo papel protagónico que atribuye al niño y a su bienestar en todos los asuntos que le afectan directa o indirectamente. El reconocimiento de cierto tipo de derechos, sobre todo relacionados con las libertades de participación, opinión y expresión, abren nuevos caminos para hacer de la Convención y de las leyes nacionales

que de ella derivan, instrumentos abiertos al diálogo y susceptibles de ser enriquecidos en su interpretación y aplicación a través de la palabra de los niños.

El gran avance que supone el reconocimiento de derechos vinculados con las necesidades de autonomía, tan ajenos al mundo infantil hasta hace muy poco tiempo, habla también de esta evolución derivada del conocimiento del niño y adolescente, gracias —en muy buena medida— a las herramientas proporcionadas por las disciplinas encargadas del estudio de esta etapa de la vida humana. En consecuencia, se hace necesario el continuar en este esfuerzo de interdisciplinariedad en la aplicación concreta de los derechos de la Convención en las legislaciones internas y en la interpretación de los derechos de los niños.

Falta aún un largo camino por recorrer en dos sentidos: en primer lugar, en el reconocimiento o reforzamiento jurídico de algunos derechos, entre los que resaltan —como se mencionó ya— los relativos a las necesidades sexuales y a la participación dentro de la familia. Es necesario también fortalecer los mecanismos para garantizar el derecho a ser escuchado y tomado en consideración, pues la ambigüedad de las disposiciones puede ser un obstáculo para que este derecho fundamental para el ejercicio de otros derechos sea efectivamente respetado. Pero el otro gran reto no se refiere ya a la protección jurídica, sino a las condiciones fácticas en las que vive la mayoría de los niños del mundo y que tornan prácticamente imposible la aplicación de los derechos de la Convención, sobre todo por la falta de las condiciones mínimas que hagan posible la supervivencia y el desarrollo.

No todos los derechos de la Convención son derechos humanos en sentido estricto, pues muchos de ellos son derechos instrumentales respecto de otros. En este sentido, podría considerarse que forman parte del denominado proceso de especificación, aunque no de la forma que plantea Bobbio, quien toma como referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos, aun cuando en el preámbulo de la Convención se haga referencia al derecho de la infancia a cuidados especiales contenido en la Declaración. Parece ser que el proceso de especificación se da en efecto, pero no a partir de los derechos positivos del tratado internacional sino de los derechos derivados de los intereses relacionados con las necesidades humanas, y por ello es posible encontrar su fundamentación en los principios de autonomía, igualdad y dignidad.

Creo que un catálogo de derechos humanos básicos, en el sentido de intrínsecos —utilizado por Campbell (que su justificación no depende de su papel como garantes de otros objetivos)— no difiere demasiado del que deriva de las necesidades de los niños y adolescentes propuesto por Ochaíta y Espinosa. En otras palabras, parece ser que una adecuada identificación, también para los derechos humanos de los adultos, podría proceder de las necesidades de salud física y autonomía, propuesta por Doyal y Gough, en el sentido de que pueden ser consideradas "exigencias éticas justificadas especialmente importantes, que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico y la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres", y en tal virtud derivarse de los principios de autonomía, igualdad y dignidad de la persona, aunque esto supone colocar en el mismo nivel los derechos llamados sociales, económicos y culturales y los derechos civiles y políticos, cosa en la que no estarían de acuerdo muchos autores.

Si los derechos humanos, de acuerdo con la definición expuesta, se refieren a bienes de fundamental importancia para la existencia humana, no podemos limitarlos a las libertades civiles y políticas, pues ello excluye no sólo a los niños, sino a millones de seres humanos que viven en condiciones de insatisfacción de las necesidades básicas. El reconocimiento del valor moral de cada individuo supone la aceptación de una exigencia ética fuerte para que tenga los bienes necesarios para buscar su propia realización, y es evidente que esto no se puede lograr mediante la simple atribución de la libertad para que cada quien pueda buscar sus propios medios de subsistencia. La situación actual exige reconocer una pretensión para generar condiciones de equidad. La marginalidad de millones de seres humanos no sólo compromete su propia dignidad moral, sino la de los afortunados que gozamos de los medios proporcionados por la sociedad de bienestar, pues pone en tela de juicio la atribución de nuestro propio valor moral cuando permanecemos indiferentes ante las injusticias que padecen otros seres humanos.

Es innegable también que los derechos de los niños están engarzados con las condiciones de sus padres, no solamente por la potestad que pueden ejercer sobre ellos, sino porque la situación familiar afecta la satisfacción de las necesidades de los niños. Si los padres carecen de recursos, poco podrán hacer para satisfacer las necesidades de salud física de sus

hijos, pero también si viven sujetos a horarios de trabajo extenuantes se dificulta la vinculación afectiva, la interacción con adultos o el derecho al esparcimiento. El fenómeno del maltrato infantil en los países desarrollados obliga a una reflexión seria acerca de las condiciones de vida que requieren tener los adultos para satisfacer adecuadamente las necesidades del niño, no sólo en el plano de salud física, ya que esto aparentemente no representa un problema en los Estados de bienestar, sino respecto de la autonomía. La Convención quiere establecer una homogeneización en el punto de partida, es decir, que todos los niños tengan las condiciones básicas de desarrollo que les permitan asumir la autonomía al alcanzar la mayoría de edad sin desventajas, aunque debe ser interpretada teniendo también en consideración los intereses presentes del niño. Pero este tratado constituye una gran aportación respecto de la igualdad en otros dos sentidos —en opinión de García Méndez— pues contribuye, por una parte, a cerrar la brecha entre "hombre" y "ciudadano" con base en un nuevo concepto de ciudadanía que permita incluir a los niños y adolescentes, así como también ayuda a superar la distinción entre "niños" y "menores": "En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes" (García Méndez 1999, p. 237).

Para finalizar, conviene recordar que el concepto de "interés superior del niño" (consagrado en el artículo 3o.) debe ser considerado como clave de interpretación de la Convención, entendiéndolo desde la perspectiva de necesidades básicas y la concepción del niño como persona moral titular de derechos humanos, derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad en las amplias acepciones planteadas a lo largo de este trabajo.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CONCLUSIONES

1) Tal como se apuntó en la introducción a este trabajo de investigación, el texto de MacCormick constituye una buena muestra del enfoque desde el cual se ha abordado el tema de los derechos de los niños en una gran parte de la literatura especializada. La utilización de este texto se hace aun a sabiendas de que el objetivo del autor no era proponer una teoría sobre los derechos de los niños, sino utilizar éstos como *test-case* para descalificar la teoría de la voluntad como explicación sobre el origen de los derechos subjetivos. Pero así como este autor utiliza los derechos de los niños para demostrar su teoría, me permití recurrir al texto de MacCormick para intentar mostrar la creencia comúnmente aceptada que subyace a lo que se identificó como una de las dos premisas implícitas, es decir, que es moralmente correcto que la voluntad de los niños no se vea involucrada en el ejercicio de sus derechos.

2) Esta aceptación implícita de la irrelevancia de la voluntad en el ejercicio de los derechos, desde mi punto de vista, refleja aspectos importantes sobre el tema de los derechos durante la minoría de edad, pues pone de manifiesto que al abordar la discusión se presupone un concepto de niño que no es tan universal ni tan indiscutible como podría parecer a partir de los textos a los que se hace referencia. En otras palabras, la concepción del niño como ser incapaz e incompetente requiere de un extenso trabajo de explicación y fundamentación que permita establecer los límites de esta carencia de habilidades y la aplicación del lenguaje jurídico durante la infancia. Es por ello que el primer paso debe ser necesariamente explicitar y delimitar el concepto de niño como condición de posibilidad para construir una fundamentación de sus derechos, y esto tiene que realizarse desde un enfoque interdisciplinario no solamente por el hecho de que las ramas encargadas del estudio de la etapa infantil pueden aportar datos valiosos sobre ésta, sino porque parece que en el ámbito estrictamente jurídico existe una presunción generalizada sobre las características de los niños y adolescentes que han llevado a argumentar

sobre sus derechos partiendo del supuesto de la incapacidad, sin hacer patente su justificación y, en consecuencia, sin esgrimir argumentos en este sentido.

3) El capítulo, entonces, tiene como finalidad hacer explícito el concepto de niño desde una doble perspectiva: histórica y psicológico-evolutiva. Este trabajo de delimitación conceptual permite no sólo aclarar el término que se utiliza y las características que se le atribuyen, sino que muestra que está lejos de ser un concepto claro e inamovible, dada su variabilidad histórica y la diversidad de teorías que explican las cualidades del ser humano durante esta etapa de la vida.

4) La perspectiva histórica del concepto de niño, o lo que se ha denominado *historia de la infancia*, es de reciente aparición. Es en la segunda mitad del siglo XX, con el trabajo de Ariès, cuando se da por primera vez un interés por estudiar el trato a los niños a lo largo de la historia occidental. A partir de esta investigación comienzan a surgir otras publicaciones relacionadas con el tema, las cuales podemos agrupar en tres grandes interpretaciones: en primer lugar, la tesis que sostiene que a lo largo de la historia el niño fue ignorado (considerado como un ser inacabado, un adulto en miniatura) y que no es sino hasta el siglo XVII que se empieza a gestar el moderno sentimiento de infancia; en segundo lugar, la tesis de un maltrato generalizado causado por la proyección de las frustraciones paternas en los hijos, que fue transformándose en la medida en la que los padres desarrollaron la capacidad para aproximarse a la niñez sin ansiedad; y por último la hipótesis de que resulta falsa la interpretación del maltrato a la infancia, ya que en todas las épocas los padres han atendido adecuadamente las necesidades de sus hijos por una inclinación natural. Los principales representantes de estas posturas son Ariès, De Mause y Pollock, respectivamente.

5) La situación del niño aparece ligada íntimamente a la condición de hijo en Grecia y Roma, y suponía un poder de disposición sobre la vida y la muerte del individuo: era el *pater familiae* quien decidía al momento del nacimiento si el bebé debía vivir y quien a lo largo de toda la infancia ejercía un gran poder sobre su descendiente. En la época identificada como *Cristianización* la situación no cambia sustancialmente en los hechos, y pese a que el espíritu cristiano comienza a fomentar cambios de actitud hacia la infancia, esto tardaría aún mucho tiempo en llevarse a la práctica de forma generalizada; la nota característica durante los siguien-

tes siglos (Alta y Baja Edad Media) es la pugna entre la consideración del niño como ser inocente, en contra de su percepción —derivada de creencias sobre la naturaleza humana— con una inclinación hacia el mal. Estas posturas contradictorias coexisten, siendo también las ideas cristianas las que propugnaban por preservar las virtudes infantiles y los monasterios el contexto en el que se comienzan a valorar las características de inocencia, virtud, etcétera. Durante todo este tiempo, sostienen los historiadores que se daban ciertas prácticas de crianza, las cuales hoy serían consideradas como maltrato. Entre éstas, las más llamativas son la costumbre de enviar a los niños fuera del hogar paterno durante los primeros años de la vida y el fajamiento de los bebés, por ser contrario a lo que hoy se consideraría como una adecuada atención de las necesidades del niño.

La transformación en el sentimiento hacia la infancia tiene como origen —al igual que numerosos cambios sociales— en la modificación sobre la concepción del hombre y del mundo que tuvo lugar en el Renacimiento. El proceso de individuación llevó al hombre a percibirse como ser independiente de la comunidad y a propiciar el desplazamiento hacia la familia nuclear, lo que hizo posible el surgimiento del nuevo personaje que poco a poco fue adquiriendo un papel más protagónico hasta llegar a desempeñar el rol que hoy le atribuimos: el niño. Si bien es cierto que, al igual que en otros siglos, primero aparecieron en la teoría los nuevos modelos y tardaron algún tiempo en convertirse en prácticas generalizadas, al final triunfó este nuevo concepto de la infancia.

6) La historia del desarrollo del concepto de niño puede ser entendida de una mejor manera si se le sitúa en los contextos que resultan relevantes para este proceso. En primer lugar, y muy importante para el tema de esta investigación, la distinción entre las distintas etapas del desarrollo surge una vez que la infancia como categoría social era reconocida, al igual que la adolescencia, de la cual es posible decir que constituye la fase más complicada de estudiar por ser la de más reciente identificación y por presentar más diferencias en relación con los distintos contextos culturales. Por otra parte, debido a la relación entre la situación del niño y la filiación, la historia del concepto de infancia no puede entenderse sin el contexto de familia por la doble dependencia que existe: una natural derivada del periodo prolongado de inmadurez, y otra construida a partir de las percepciones sociales sobre lo que es un niño. Finalmente, se subraya

la importancia de la educación formal en la evolución del concepto de niño, pues la institución escolar surge de manera simultánea al mismo. La escuela se convierte también en espacio privilegiado de observación de los niños y sus características, lo que propició la distinción entre las distintas etapas de la niñez, así como el surgimiento de las disciplinas especializadas.

7) Parece poco viable —y poco útil— poder afirmar de manera categórica si es que el maltrato infantil fue una práctica generalizada hasta antes del momento señalado como el surgimiento del moderno sentimiento de infancia. Poco factible porque, en primer lugar, al tratarse de un aspecto relativo a la vida privada, se vuelve complicado realizar afirmaciones contundentes y los autores no han llegado a acuerdos; pero sobre todo porque afirmar una actitud de maltrato generalizado supone juzgar desde las propias categorías, los conocimientos y percepciones imperantes hoy en día. Hoy sabemos que el movimiento irrefrenable y gritos de los que hablaba Platón y que consideraba imperioso controlar para someter el alma irracional, son los movimientos reflejos y los intentos de comunicación de los bebés, indispensables para el desarrollo motor, psicológico y social. Pero ¿se puede llamar a esto maltrato?

Pero también puede considerarse poco útil, pues lo que interesa es, desde mi punto de vista, mostrar que el concepto de niño dista mucho de ser unívoco y uniforme y su evolución en la historia puede ser un buen medio para sustentar esta afirmación. Respecto de esto parece ser que no hay desacuerdo entre los especialistas y sería posible afirmar que efectivamente el concepto de niño tuvo una aparición tardía en la historia. La consideración del niño como bueno o malo deriva de un desconocimiento: se cree que es malo porque no se comprende cómo piensa y se comporta; por ejemplo, por qué hace berrinches o intenta transgredir las normas. El conocimiento del niño llevó a la humanidad a entender que simplemente es distinto, que no razona como los adultos, pero que es necesario comprenderlo y ayudarlo a desarrollarse. Esto nos puede ayudar a ser tolerantes hacia la diferencia.

8) A partir de la consolidación de la noción de niño en la historia de Occidente, comienza a ser objeto de interés para distintas disciplinas, entre éstas la psicología del desarrollo, que se encarga de estudiar los procesos de cambio, es decir, las leyes que rigen el desarrollo de los individuos. El desarrollo del ser humano se caracteriza por tener un largo periodo de in-

madurez como resultado de un nacimiento prematuro provocado por el tamaño del cerebro, el cual conocemos como infancia, y se distingue por ser un tiempo de cambios acelerados y significativos en lo que hay una gran capacidad para el aprendizaje de nuevas conductas —y una inteligencia flexible—, de modo que es objeto privilegiado de estudio de esta disciplina. Desde luego que no existe un acuerdo unánime en relación con la naturaleza y características del desarrollo, aunque parece ser que es posible hablar de algunos consensos —con acentos puestos en distintos aspectos— desde una postura sistémica que sostiene la interacción entre visión de cambio transformacional (holístico en contra de la visión rupturista), un acuerdo sobre la interacción entre herencia y ambiente y, en general, una aceptación de la continuidad en el desarrollo.

9) Las distintas perspectivas desde las cuales se ha emprendido el estudio de la etapa infantil proporcionan datos acerca de esta etapa de la vida. La etología nos ayuda a comprender las conductas instintivas o preprogramadas que compartimos con otras especies animales y que orientan en cierta medida el tratamiento hacia los pequeños. Entre las grandes aportaciones de esta teoría se puede mencionar el descubrimiento del apego y las consecuencias de la carencia de atención materna durante los primeros días de la vida, indispensables para comprender las necesidades de los niños, en especial la de vinculación afectiva. Las teorías del aprendizaje, a pesar de que no constituyen un buen modelo para estudiar el desarrollo infantil por constituir una visión parcial del comportamiento humano (sólo conductas observables) y ser susceptible de manipulación, proporcionan información importante sobre los procesos de aprendizaje durante la niñez, aunque se limita a los condicionamientos y a la imitación. Las teorías psicoanalíticas también aportan nuevos conocimientos, en especial acerca de la trascendencia de las experiencias infantiles en la neurosis adulta.

Es indudable que una de las grandes revoluciones en cuanto al estudio del desarrollo —en especial del desarrollo infantil— es la iniciada por Piaget y continuada por todos los autores pertenecientes a la escuela cognitiva. Las aportaciones de estos teóricos son fundamentales para conocer y comprender al niño, pero de modo muy especial puede destacarse la idea de que el pensamiento infantil, entendido como racionalidad, difiere del adulto; no se trata de que los niños carezcan de información o de conocimientos para poder razonar como adultos, sino que las estruc-

turas de pensamiento son distintas y por tanto su lógica no es equiparable a la que se posee en la última etapa de las señaladas por Piaget (es decir, la etapa de las operaciones concretas, aunque no todos los adultos la alcanzan). Este descubrimiento supone la superación definitiva de la imagen del niño como adulto en miniatura y tiene importantes connotaciones en relación con la participación del niño en el discurso moral, el desarrollo de la autonomía y el ejercicio de los derechos, como se explica en los capítulos tercero, cuarto y quinto. Finalmente, la perspectiva sistémica de Bronfenbrenner, más que proporcionar nuevos datos sobre el desarrollo infantil, es de una gran utilidad para comprender el complejo proceso de interacción entre el individuo, sus características y el medio ambiente, no sólo inmediato sino entendido como macrosistema.

10) Pocas veces al decir "niño" somos conscientes de todo lo que estamos significando. Nos enfrentamos a la paradójica situación de referirnos a una experiencia por la que hemos pasado, pero que al mismo tiempo nos es ajena y muchas veces no alcanzamos a comprender. Los niños tienen una manera distinta de percibir las cosas, sus estructuras mentales difieren de las de los adultos. Desde mi punto de vista, el conocimiento del niño es el único camino para generar las condiciones que faciliten el desarrollo y comprender en cada etapa sus necesidades. Esta tarea ha sido emprendida desde hace ya muchos años por pedagogos, psicólogos, médicos, educadores, etcétera, pero para los juristas parece no ser tan fácil como para las otras disciplinas. Efectivamente, para el mundo del derecho es aparentemente más complicado el hecho de encontrar el lugar o la especialidad para los niños en sí mismos, fuera del ámbito familiar. Esto puede deberse a la evolución de los derechos subjetivos y, sobre todo, a la íntima vinculación entre el ejercicio de los derechos y la autonomía.

11) Las teorías que se exponen en el capítulo segundo representan cuatro enfoques distintos desde los cuales ha sido abordado el tema de las necesidades humanas, y cada uno aporta elementos valiosos en el esfuerzo por delimitar conceptualmente qué es lo que se entiende por necesidades humanas y qué papel pueden desempeñar en el fundamento de los derechos. El trabajo de exposición de las necesidades básicas permite lograr un doble objetivo: por una parte, proporciona información importante sobre las características de los niños desde la perspectiva de necesidades, pero además permite hacer explícito tanto el concepto como el contenido de las necesidades, indispensable para construir una funda-

mentación lo más completa posible de los derechos, especialmente de los derechos de los niños. La teoría de las necesidades humanas ayuda a superar el escollo derivado de la falta de capacidad —fáctica y jurídica— en los niños al proporcionar pautas objetivas para dotar de contenido a los derechos.

12) La teoría de las necesidades como impulsos propuesta por Maslow facilita un primer acercamiento a la universalidad de las necesidades; es decir, al hecho de que éstas son compartidas por todos los seres humanos. Por otra parte, subraya también la importancia de la satisfacción de las mismas durante la infancia en relación con posibles trastornos durante la vida adulta, aunque se le ha criticado el hecho de jerarquizarlas, pues la mayoría de los autores estarían hoy de acuerdo en que no es posible sostener que entre las necesidades básicas unas sean más fundamentales que otras. Las necesidades para evaluar el *desarrollo a escala humana* planteado por Max-Neef tienen aportaciones muy valiosas para comprender y clarificar el tema de las necesidades: en primer lugar, el objetivo de proponer una teoría que permita evaluar el desarrollo de una sociedad con parámetros distintos a los neoliberales es perfectamente coherente con la postura de las necesidades como fundamento de los derechos. En efecto, el progreso de una sociedad visto desde esta perspectiva no puede reducirse a términos económicos, pues la realización del ser humano es mucho más compleja que lo meramente evaluable en el aspecto monetario y esto es especialmente importante en el caso de los niños, pues parece difícil sostener que una sociedad es "desarrollada" si no atiende adecuadamente todos los requerimientos de sus habitantes más pequeños. Íntimamente ligado con esto está la distinción entre pobreza y pobrezas que hace posible la evaluación de una sociedad superando los factores puramente económicos. Por último, la importante distinción entre satisfactores, necesidades y bienes económicos, que refuerza la universalidad de las necesidades y permite acotarlas, generando además una vía para superar el etnocentrismo respecto de éstas y la manera de hacerles frente en los distintos contextos sociales y culturales.

El punto de vista de Rawls aporta un enfoque desde el punto de vista político —y jurídico— sobre las necesidades humanas a partir de su clasificación de los bienes primarios y el papel que desempeñan en una teoría de la justicia. El criterio de los bienes primarios permite identificar a los miembros menos aventajados de la sociedad para hacer aplicable el

principio de diferencia. Sin embargo, pese a que la tesis de Rawls ofrece elementos importantes sobre el papel de las necesidades humanas en una teoría de la justicia, no contempla la participación de los niños en esta distribución y sin embargo justifica el paternalismo en el caso de los menores con base en un método de consentimiento hipotético metodológicamente dudoso.

La posición de Rawls obliga a repensar el contractualismo desde un punto de vista que incluya a los niños, pero además constituye un buen ejemplo de la forma en que tradicionalmente se les ha concebido, como seres excluidos de la ciudadanía, integrados en la esfera de derechos de los padres, que aún no han alcanzado la *edad de la razón* y cuyo valor radica en la posibilidad de lograr la autonomía. Aunque desde luego no es el objetivo de este trabajo realizar una teoría de la justicia, es obligado tocarla al hablar de la fundamentación de los derechos de los niños. En este sentido, se aprecia claramente que éstos también constituyen una prueba para las teorías del derecho o de la justicia, pues cuestionan seriamente la viabilidad de una justificación por la vía contractualista, por lo menos desde los presupuestos de los que hasta ahora se ha partido, pues resulta prácticamente imposible incluir los puntos de vista de los niños en el ejercicio del contrato social, ya que tradicionalmente se presupone que los participantes son ciudadanos y no se justifica por qué los niños no pueden participar, ni de qué manera quedarían representados sus intereses. Esto se refleja también en la justificación de Rawls del paternalismo con base en el consentimiento posterior.

13) La propuesta de Doyal y Gough, en especial su clasificación en necesidades intermedias de salud física y autonomía, es de particular utilidad en la construcción de una fundamentación de los derechos de los niños a partir de las necesidades básicas. Esta idea ha sido utilizada por Ochaíta y Espinosa para realizar su sistematización y descripción de las necesidades intermedias o satisfactores universales de cada una de las etapas de la infancia. A la necesidad universal de salud física corresponden las necesidades intermedias de alimentación adecuada, vivienda adecuada, vestido e higiene adecuados, atención sanitaria, sueño y descanso, espacio exterior adecuado, ejercicio físico, protección de riesgos físicos y necesidades sexuales —que son también necesidades intermedias de autonomía—. Los satisfactores universales de autonomía, por su parte, son los siguientes: participación activa y normas estables, vinculación afecti-

va primaria, interacción con adultos, interacción con iguales, educación formal, educación no formal, juego y tiempo de ocio y protección de riesgos psicológicos. Mención especial merecen las necesidades sexuales, que se relacionan tanto con la salud física como con la autonomía y que constituyen una novedad respecto de la taxonomía propuesta por Doyal y Gough, siendo que además son las más ignoradas, según se desprende del análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño del capítulo quinto. Cada uno de estos satisfactores tiene un papel especial en cada etapa del desarrollo.

14) Dada la incapacidad de los niños de participar —hipotética y prácticamente— en la decisión sobre sus derechos o, en términos de MacCormick, en las decisiones acerca de lo que constituye el bien y por tanto el contenido de los derechos, es necesario recurrir a otros parámetros que desempeñen esta función en la labor de fundamentación. La utilización de las necesidades humanas en un contexto de justificación de los derechos supone el reconocimiento de ciertas condiciones objetivas y universales. De acuerdo con Zimmerling, las necesidades básicas pueden actuar como *límite inferior de la moral* a partir de un prejuicio a favor de la subsistencia, que cumpla la función de premisa sin justificación ulterior (el *límite superior* sería la autonomía). En efecto, el concepto de necesidades humanas ha sido reconocido ya como criterio normativo con pretensiones de objetividad y universalidad a través de su diferenciación con las aspiraciones y deseos. Ciertamente, esta postura ha tenido sus detractores, quienes señalan fundamentalmente que el desprender directamente los derechos de las necesidades humanas supone saltar la brecha entre lo fáctico y lo normativo, incurriendo en la falacia iusnaturalista.

La respuesta a esta objeción ha sido bien expresada por Hierro, quien atribuye esta crítica al hecho de asumir una visión voluntarista de los derechos. Si, por el contrario, se acepta que los derechos no necesariamente suponen una obligación correlativa de dejar actuar con libertad, el carácter normativo de las necesidades básicas puede derivarse del valor atribuido a la realización y existencia humanas, sin incurrir en la falacia. Sin embargo, es claro que no todas las necesidades dan origen a derechos, de modo que se requieren criterios complementarios para determinar cuáles pueden tener un papel en la fundamentación de los mismos y en la imposición de deberes correlativos, y éstos son los siguientes: ser traducibles al lenguaje de los derechos, tener posibilidades de satisfacción, ser uni-

versales, apelar a fines últimos y ser indispensables para la salud física y la autonomía; es decir, su realización debe ser exigible incondicionalmente —para ello se recurre a la noción de daño—.

15) A través del recorrido por las necesidades intermedias de salud física y autonomía en las distintas etapas de la niñez, es posible identificar no sólo los satisfactores que son imprescindibles para el desarrollo, lo cual ofrece un conocimiento mucho más profundo de las etapas infantiles que permite la delimitación del contenido de los derechos, sino que además posibilita mostrar que la autonomía es una capacidad presente desde los primeros días de la vida humana y que es, tal como sostienen Doyal y Gough, al mismo tiempo una necesidad y un fin al que debe tender el desarrollo como conquista de manera gradual.

16) En efecto, desde los primeros días de su vida, el bebé es un constante buscador de estímulos y relaciones, de manera que comienza a partir de este momento a ejercer y construir su autonomía. Son especialmente importantes durante esta etapa la atención a la alimentación —de preferencia a través de la lactancia materna—, el vestido, la higiene, el sueño y la interacción con adultos que promueve el aprendizaje y la búsqueda de nuevos estímulos. La primera infancia (1 mes a 2 años) está marcada por una activa exploración del entorno y por la formación del apego que debe proporcionar también fuentes externas de autocontrol, mereciendo también especial atención el juego y la protección de riesgos psicológicos. Durante la etapa preescolar (2-6 años) tiene lugar el surgimiento del lenguaje y con él el pensamiento propiamente dicho; además de los satisfactores de salud física que demandan la creación de hábitos de higiene y espacios externos apropiados, el desarrollo moral se da a través del aprendizaje de la estabilidad y obligatoriedad de las normas, que se refleja también en la resolución de conflictos en el juego con iguales, lo que posibilita la aparición de los sentimientos morales de solidaridad, justicia y respeto. La incorporación a la educación formal marca el inicio de otra etapa (6 años hasta la pubertad) que se distingue por la capacidad de realizar operaciones concretas y la aparición del pensamiento reflexivo, además de promover —la escuela— la interacción con iguales y el juego de reglas como expresión de la voluntad común. Finalmente, marcan el límite de lo que se considera como infancia la pubertad y la adolescencia, ciertamente esta última es la etapa más difícil de definir por su variabilidad relacionada con el contexto social. Esta fase se caracteriza por

una marcada aceleración de los cambios físicos, lo que tiene como resultado también un énfasis en la imagen corporal. Hay una necesidad creciente de participación e integración y un desplazamiento de la familia hacia los iguales, de manera que se requiere de la creación de espacios en los que el individuo pueda participar activamente y vaya tomando las decisiones personales.

17) La teoría de las necesidades de la infancia y adolescencia permite identificar las condiciones o intereses necesarios para que sea posible el desarrollo, es decir, para que el niño vaya creciendo, formando sus propios planes de vida y encontrando los medios para desplegar sus habilidades. La satisfacción de éstas constituye al mismo tiempo el argumento para limitar la autonomía y la condición para que ésta vaya evolucionando. Por otra parte, este planeamiento debe integrarse con una teoría de la justicia que considere los derechos de los niños y, sobre todo, que reconozca la importancia de asignarles un papel en cuestiones de equidad en la distribución de recursos. Las necesidades de los niños constituyen exigencias en sentido fuerte, más fuerte incluso que las de los adultos, debido principalmente a tres razones:

En primer lugar, tienen una imposibilidad inherente a su condición de niños, es decir, física e intelectual, para cubrir las necesidades por sus propios medios, de manera que si los satisfactores no les son proporcionados, éstas probablemente se verán frustradas. En este mismo argumento se encuentra la situación de que en muchas ocasiones las necesidades ni siquiera son percibidas como tales, de manera que, en este caso, el obstáculo cognitivo que se transforma en una percepción del sujeto acerca de su propia necesidad puede ser el impedimento para que ésta sea cubierta. Por ejemplo, un niño pequeño puede no percibir la necesidad de una alimentación con la cantidad de nutrientes necesarios, o la educación formal tampoco puede experimentarse como necesidad, ni valorarse de qué manera puede esto afectar en la formación de la autonomía.

En segundo lugar, los niños tienen una limitación formal para cubrir sus necesidades por sí mismos, derivada de la limitación a la capacidad en el ejercicio de sus derechos que les es atribuida de forma general. De manera que la dependencia física y psicológica se traduce en una dependencia jurídica en la que el adulto suple la voluntad del niño para actuar.

La tercera razón por la cual las necesidades de los niños son exigencias en sentido fuerte, es que puede hablarse, desde mi punto de vista, de

un daño o perjuicio mayor en el caso de que la necesidad quede frustrada, ya que el desarrollo tiene como consecuencia que el ser humano sea más vulnerable en muchos aspectos, sin posibilidad de reemplazo por una acción futura. Por ejemplo, la falta de vestido adecuado en un recién nacido puede tener como resultado una lesión cerebral irreversible, cosa que en un adulto no sucedería, o la falta de límites claros puede hacer que el niño crezca inseguro y con miedos y no alcance un nivel adecuado de desarrollo moral. La tolerancia a la frustración de las necesidades es mayor en los adultos, sobre todo si, como sostiene Maslow, éstas han sido cubiertas anteriormente por un periodo prolongado de tiempo.

18) El reconocimiento de los derechos de los niños basado en sus necesidades debe tener, en mi opinión, un lugar dentro de una teoría de la justicia entendida como equidad y servir como criterio para la distribución de bienes. De otra manera, es difícil que los derechos de los niños puedan ser un elemento de legitimidad y el contenido de éstos como necesidades obligue al legislador, sobre todo considerando que al no ser votantes no cuentan con un medio para exigir el sentido de las normas. Los niños y adolescentes no tienen manera de ser representados, de modo que el reconocimiento de sus derechos debe estar basado en una teoría de la justicia que los presente como exigencias y requisitos para la equidad. Una vez más me parece que el único modo de hacerlo es a través de las necesidades como fundamento de los derechos. Desde el punto de vista de Max-Neef, esto significaría incluir las necesidades de los niños y adolescentes como un criterio para medir el desarrollo de una sociedad, pues la edad sí que constituye un factor importante para determinar quiénes son los menos aventajados de la comunidad y darles un lugar en la asignación de los bienes.

19) El siguiente problema en la construcción de una teoría de los derechos de los niños consiste precisamente en la delimitación conceptual del término *derecho*. Como se dejó entrever en el análisis de las necesidades como fundamento de los derechos, la acepción del término determina la posibilidad de construir o no dicha argumentación. De tal manera que el tema se aborda desde una doble perspectiva sobre la cual se ha centrado tradicionalmente el debate en relación con los derechos: por una parte la visión primordialmente descriptiva, que se emprende a partir de la clasificación de Hohfeld —y la reformulación de Ross— de los derechos subjetivos, y por otra parte con una finalidad preponderantemente estipu-

lativa de lo que debe ser considerado como derecho, examinando la confrontación entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés con sus distintas variantes.

20) La primera de las posiciones jurídicas identificadas por Hohfeld son los derechos subjetivos entendidos como pretensiones, caracterizados por tener un deber correlativo. En el caso de los niños éstos se manifiestan con cualidades específicas, pues la mayoría de sus derechos se articulan como pretensiones en cuyo ejercicio no hay discrecionalidad, además de que tampoco pueden ser reclamados o exigidos personalmente, de modo que se ven involucrados en el ejercicio tanto los padres como el Estado, lo cual no invalida su carácter de derechos subjetivos. La siguiente posición hohfeldiana es la de privilegio con un no-derecho correlativo, de la cual también es posible encontrar ejemplos de aplicación a los niños, aunque en este caso se encuentra restringido el ámbito de libertad derivado de las lagunas, sobre todo por su pertenencia a la familia y a la autoridad paterna. En lo que se refiere al derecho subjetivo entendido como potestad con la correspondiente situación de sujeción, algunos derechos del niño pueden encajar en esta descripción por su capacidad para producir cambios en una relación jurídica determinada, como sucedería en el caso en que se requiere del consentimiento del menor para formalizar el acogimiento familiar o la adopción y, en general, cualquier acción en que la aceptación del niño sea vinculante. Finalmente, la postura identificada como inmunidad en función de la incompetencia correlativa puede ejemplificarse con los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que proscriben la intervención de los menores de 15 años en conflictos armados, u obligan a los Estados a establecer edades mínimas para trabajar o ser imputable penalmente, dado que el legislador no tiene competencia para legislar en esos periodos. En el caso de las inmunidades también es posible identificar diferencias respecto de los niños en el Estado liberal, pues se encuentran limitadas —sobre todo las relacionadas con la vida privada, como la libertad religiosa o la libertad de expresión— por la inmunidad paterna, siendo muchas veces entendida como parte de ésta.

21) El procedimiento seguido por Hohfeld para la explicación de los derechos y utilizado en el caso de los niños, es decir, describir la relación jurídica y buscar ejemplos de su aplicación práctica, permite concluir que efectivamente cada una de las posiciones es predicable en el caso de

los niños, aunque con las características especiales que se mencionan. De modo que desde el punto de vista descriptivo es posible afirmar que los niños efectivamente son titulares de derechos subjetivos de acuerdo con las distintas acepciones en las que se emplea en el lenguaje jurídico, aunque aclarando que a partir de una teoría de la correlatividad débil, es decir, aceptando que es posible la existencia de deberes que no tienen un derecho correspondiente.

22) El debate entre las teorías de la voluntad y del interés es clásico en relación con los derechos de los niños, pues durante mucho tiempo la argumentación en ambos sentidos se ha derivado de las diferentes concepciones de los derechos subjetivos que sostiene cada postura. Por otra parte, el análisis desde esta perspectiva permite hacer frente a una de las críticas que se hacen a la teoría de Hohfeld respecto de la falta de un criterio unificador del concepto de derecho subjetivo y encontrar los rasgos comunes a todos los derechos de esta clase. El debate en relación con los niños se da en torno a cómo debe instrumentarse la protección que requiere el individuo durante la infancia, negando las teorías voluntaristas que esto pueda hacerse a través del otorgamiento de derechos.

23) Desde las teorías de la voluntad o de la elección, la característica unificadora de las normas consiste en que crean derechos que respetan la voluntad de las personas por acción u omisión. Los derechos serían entonces instrumentos para promover la autonomía, con la función de crear un perímetro protector en el cual el individuo actúe como soberano con poder sobre las obligaciones correlativas. La discrecionalidad en el ejercicio de los derechos es, por tanto, un elemento indispensable de los mismos. Hart, uno de los defensores más relevantes de esta tesis, distingue entre tener un derecho y beneficiarse de un deber, ya que el ser el destinatario de una conducta no basta para ser titular de un derecho. Wellman, por su parte, utiliza el concepto de dominio para caracterizar al derecho subjetivo, entendiendo que éste proporciona libertad y control al titular frente a quien tiene el deber correlativo. Para los teóricos voluntaristas, la agencia moral es un requisito indispensable para tener derechos morales, de modo que quedan excluidos de su titularidad los seres que no tengan capacidad para ser moralmente responsables, es decir, capacidad para actuar a la luz de razones morales específicas. Las teorías voluntaristas no sólo son incapaces de justificar los derechos de los niños, sino que, además, no se ajustan a acepciones difundidas de lo que es te-

ner un derecho y no es posible a partir de éstas explicar la evolución de cierto tipo de derechos —por ejemplo los laborales—, pero sobre todo parten de una concepción del niño como ser totalmente carente de autonomía. Una de las salidas a la instrumentación de la protección de los niños ha sido la fundamentación de los derechos positivos a partir de obligaciones fundamentales propuesta por Onora O'Neill, que desde su punto de vista evita que queden desprotegidos aspectos importantes de la vida de los niños.

El problema de las tesis voluntaristas es que subestiman la importancia del lenguaje jurídico en el caso de los niños, desplazando el acento del titular del derecho al titular de la obligación —adulto—, con graves implicaciones para la dignidad del portador del derecho. Por otra parte, este grupo de teorías es incapaz también de explicar ciertos derechos de los padres hacia los hijos, en los que tampoco existe la capacidad de decisión respecto del ejercicio, aunado a que se atribuirían al niño obligaciones pero no derechos, y todo esto sosteniendo la inexistencia de autonomía.

24) Las teorías no-voluntaristas, a pesar de sostener un concepto de derecho subjetivo opuesto al de las teorías de la voluntad, parten de una concepción del niño bastante similar —como carente de autonomía e incapaz— y por ello asumen que éstas son incapaces de sustentar los derechos de los niños. El elemento común que se atribuye a los derechos es la función de proteger intereses, ser herramientas para promover el bienestar individual a través de la imposición de obligaciones correlativas, de tal manera que el único requisito necesario para ser titular de derechos subjetivos es la capacidad para tener intereses. Nino considera que el debate entre ambos tipos de teorías es un falso dilema, pues uno de los intereses del individuo puede ser precisamente la capacidad para actuar o no realizar cierto tipo de acciones. Los intereses serían, entonces, algo que generalmente se considera provechoso para los miembros de una clase, de tal manera que el problema es precisamente cómo identificar este interés, que debe ser objetivado, es decir, el derecho debe ser aquel interés ante el cual se obra bien, si y sólo si se satisface. La propuesta de este trabajo consiste precisamente en utilizar el concepto de necesidades básicas explicado en el capítulo segundo para identificar los intereses que dan origen a los derechos. Esta proposición tiene especial relevancia en el caso de los niños, pues el concepto de interés puede diferir de su percepción.

En la postura no-voluntarista, aunque con una concepción distinta de los derechos, se encuentra un grupo de autores que consideran los derechos como pretensiones o demandas. Feinberg se inscribe dentro de esta corriente con una versión de la teoría del reclamante, que considera que las pretensiones pueden ser previas al Estado con validez derivada de un principio moral. El autor distingue entre *mandatory rights* (derechos obligatorios) y *discretionary rights* (derechos discrecionales), siendo los primeros oportunidades garantizadas de asegurar bienes que se pagan mediante sacrificio de libertad, ya que son de tal importancia que se anula la posibilidad de fallar en su cumplimiento. Esta distinción es fundamental para los derechos de los niños, ya que una gran parte se instrumenta como derechos obligatorios, sin que esto suponga la negación de que se trate de derechos auténticos.

25) Hay, sin embargo, una visión distinta respecto de la titularidad de derechos de los niños desde una perspectiva diversa, pues podría decirse que comparten el concepto de derecho de la tesis voluntarista, pero difieren en lo que concierne al concepto de niño. A pesar de haber tenido poca relevancia desde el punto de vista jurídico, la postura liberacionista es útil para poner en evidencia las cualidades subyacentes al discurso sobre los derechos de los menores y es de utilidad para matizar estas atribuciones.

26) Las críticas a las teorías no voluntaristas se dirigen principalmente a la dificultad para identificar los intereses de los titulares de los derechos, pues si la libertad de elección no es relevante para ser considerado derecho, esta situación podría dar como resultado la justificación de cualquier tipo de medida paternalista. Esto resulta especialmente problemático en el caso de los niños, pues no sólo la titularidad, sino también el ejercicio de los derechos, puede ser forzoso (en el caso de los adultos hay derechos cuya titularidad es irrenunciable, pero en algunos casos se puede renunciar a su ejercicio día a día). Los métodos de consentimiento hipotético que han sido propuestos por varios autores para resolver este problema también presentan graves inconvenientes por ser procedimentalmente dudosos, ya que incorporan elementos de la racionalidad adulta que a su vez ha sido fuertemente influida por el trato recibido durante la infancia, además de que ignora que la lógica infantil responde a estructuras propias que pueden caracterizar los intereses de los niños.

27) La alternativa que se propone es la utilización de las necesidades de los niños y adolescentes desde un enfoque multidisciplinario —como

el planteado en el capítulo segundo— como método para objetivar el bien de los miembros de una clase para dar contenido a los derechos. Este procedimiento puede dar lugar a una concepción normativa de la persona moral basada en la apreciación intersubjetiva de la realidad que parte del valor de la vida y la realización humanas y permite situar la autonomía como necesidad del adulto, pero también del niño. Como propone Lowy, es necesario partir de la particularidad de la racionalidad infantil y reconocer la capacidad del niño en cada etapa para proponerse *proyectos apropiados* y del interés en no ser interferido en la realización de los mismos. La teoría planteada permite predicar la universalidad de las necesidades básicas al mismo tiempo que posibilita la consideración del contexto a través de la distinción entre necesidades y satisfactores.

La adhesión a la teoría del interés y utilización de las necesidades de los niños y adolescentes para identificar los intereses que dan origen a los derechos no supone compartir el concepto de niño que parecen sostener los teóricos que se han ocupado del tema. En efecto, la autonomía y la capacidad de elección se encuentran limitadas en el caso de los menores de edad, pero esta limitación en modo alguno es tan radical como parecen suponer. La autonomía como capacidad gradual debe entenderse presente desde los primeros días de la vida y el reconocimiento de derechos debe ir acorde con su evolución, de tal forma que se identifique como uno de los intereses del niño el ejercicio de ésta y la realización de las elecciones que tiene capacidad de hacer. La teoría del interés ciertamente plantea un concepto más complejo de derecho, pero parece ajustarse mejor a la manera en que entendemos lo que significa tener un derecho en el lenguaje común, y al mismo tiempo puede ser más flexible para admitir la evolución en el concepto de niño, así como la transformación de la autonomía a lo largo del proceso de desarrollo.

28) El capítulo cuarto pretende continuar en el esfuerzo de delimitación conceptual respecto de lo que son los derechos humanos a partir de su definición como derechos morales anteriores al Estado y por tanto elementos de legitimidad del mismo. Desde el constructivismo moral es posible hacer una fundamentación de los derechos a partir de principios derivados del discurso moral que son asequibles racionalmente y tienen carácter normativo. Esto supone rechazar la postura que niega la posibilidad de encontrar un fundamento común a los derechos humanos —como la de Bobbio—, así como la que incorpora como elemento de validez

de los derechos humanos su pertenencia a un ordenamiento jurídico positivo, dado que sujetan la titularidad de los mismos a su reconocimiento y excluyen la posibilidad de considerarlos como criterio de justicia de los sistemas jurídicos. El caso de los derechos humanos durante la infancia presenta también características singulares que vuelven necesario hacer una reflexión sobre este tipo especial de derechos, en primer lugar debido a la duda sobre la titularidad que sostienen algunos autores, en segundo término porque algunos derechos considerados como pertenecientes a esta clase no son aplicables a los niños, o por lo menos no de la misma manera que a los adultos —por ejemplo las libertades— y por último porque los derechos económicos y sociales, cuya garantía es imprescindible para el desarrollo, no son considerados como derechos humanos por algunos especialistas. La construcción del fundamento común debe ser descriptiva y estipulativa y, siguiendo a Nino, debe partirse de una caracterización provisoria con rasgos que se consideran teóricamente relevantes *a priori* para incorporar y excluir las propiedades necesarias. Sin embargo, para el caso de los niños es necesario modificar de alguna manera estos rasgos y sobre todo redefinir los valores de los cuales se pretenden derivar los mismos, debido a la situación de desarrollo que caracteriza esta etapa de la vida.

29) Uno de los rasgos que se adjudica a los derechos humanos es, en primer lugar, su carácter de derechos subjetivos. El reconocimiento de que son derechos subjetivos implica reconocer su carácter de derechos, es decir, de exigencias éticas con deberes análogos que tienen su origen en los intereses de la persona y con una pretensión especial de protección frente al Estado. El carácter moral de esta clase de derechos hace referencia también a su justificación, en el sentido de que derivan de una norma o razón moral y parece, según Hierro, que su característica moralmente definitoria es la exigencia moral de que sean jurídicamente protegidos. A través del calificativo moral se hace referencia a que son anteriores al Estado y su validez está dada por el procedimiento, por la racionalidad de los argumentos, a diferencia de la argumentación iusnaturalista que pretende desprenderla de propiedades naturales del ser humano. Finalmente, como criterio para distinguir los derechos morales que efectivamente son derechos humanos, Ruiz Miguel y Nino proponen los siguientes elementos: ser exigencias éticas especialmente importantes que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico, y la clase de sus benefi-

ciarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres.

30) El constructivismo moral plantea encontrar principios normativos que fundamenten los derechos humanos a través de la aceptabilidad hipotética a la que se llega mediante la práctica de la discusión social; lo que da validez no es el acuerdo en sí mismo, sino la adhesión a juicios derivados del discurso como expresión de la racionalidad de los mismos. De tal manera que los principios normativos nunca se asumen como definitivos, sino abiertos al diálogo y a la argumentación. De acuerdo con esto, los principios deben tener ciertas propiedades: su existencia estaría dada por su aceptabilidad, serían aceptados como justificación final y deben poder valorar cualquier conducta. El constructivismo moral, sin embargo, plantea serias interrogantes cuando se intenta aplicar al caso de los niños, pues su participación en el discurso, desde una percepción estricta, estaría limitada o hasta excluida totalmente por la carencia de las estructuras de pensamiento de acuerdo con la racionalidad adulta. La postura asumida generalmente ha sido la de excluir a los niños utilizando como procedimiento para la determinación de los intereses medios hipotéticos de consentimiento que son oscuros metodológicamente por las razones expuestas. De tal forma que se propone un enfoque ligeramente modificado del constructivismo moral y de los principios de los cuales derivan los derechos humanos que incluya a los niños a través de tres vías: en primer lugar, la teoría de las necesidades básicas y en especial las de los niños como base mínima a partir de la cual es posible comenzar la discusión social; una reformulación de los principios —especialmente el de autonomía— que permita implicar a los niños, y la inclusión de los niños en el discurso moral desde sus propias capacidades presentes a partir del conocimiento de la racionalidad infantil y de la planeación de proyectos apropiados. Los principios de los cuales se pretenden derivar los derechos humanos serían: autonomía, igualdad y dignidad.

31) El principio de autonomía de la persona es el de más temprana aparición histórica y probablemente el que más consenso tiene. Al igual que respecto de la taxonomía propuesta por Doyal y Gough, el principio de autonomía opera como punto de partida, ya que constituye una de las condiciones de posibilidad del discurso moral y como meta, ya que es el objetivo a alcanzar mediante el reconocimiento de un sistema de derechos humanos. El principio de autonomía de la persona reconoce un va-

lor a la libertad de elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y establece un deber de no intervenir, así como una obligación para el Estado de crear las instituciones que faciliten la persecución de los planes e ideales personales y que impidan la interferencia. Esta formulación incluye los distintos conceptos de libertad propuestos por Berlin y retomados por otros autores: libertad negativa —no interferencia del Estado y de terceros—, libertad positiva —ejercicio de la autonomía en condiciones de interdependencia a través de la creación de instituciones sociales— y autonomía moral —presupone capacidad para autoimponerse normas que llevan a la realización de los planes personales—. Del principio de autonomía de la persona emerge también el principio de seguridad personal que exige tener la certeza de no verse privado de los bienes relacionados con el mismo.

El principio de autonomía de la persona ha sido tradicionalmente problemático cuando se trata de derechos de seres que no tienen autonomía plena, como es el caso de los menores de edad. Sin embargo, la autonomía como capacidad puede entenderse en un sentido amplio, de acuerdo con la teoría de las necesidades infantiles de Ochaíta y Espinosa, pues además de que ésta se encuentra presente desde los primeros días de la vida, tampoco es posible hablar de autonomía en un sentido estricto, presente en todo momento y toda elección de la vida adulta. Si se asume como valiosa la libre decisión, deben respetarse aun las elecciones en las que el individuo decide renunciar a su libertad, así como las opciones que los niños hacen de acuerdo con sus capacidades y la racionalidad presente, de modo que la interferencia estatal y de terceros estaría proscrita en tanto no existiera una incapacidad para prever consecuencias y peligro de daño grave de acuerdo con la teoría de las necesidades básicas.

32) El principio de igualdad que reconoce el derecho de los seres humanos a igual consideración y respeto y por tanto es presupuesto también del discurso moral, resulta problemático desde su formulación clásica cuando se trata de menores de edad, pues contradice la intuición de que debe dárseles un tratamiento distinto. El principio de igualdad está compuesto por dos contenidos: un principio de no discriminación y otro que establece cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas. En este sentido, las necesidades humanas pueden servir también como referentes para el tratamiento diferenciado, especialmente en el caso de los niños, pues de sus condiciones específicas de-

riva la justificación para dar un trato distinto, aclarando que éste difiere de la discriminación, que supone la superioridad de un grupo sobre otro. El principio de igualdad, en especial la segunda parte, constituye la justificación para la creación de normas específicas para los niños que les permitan superar las condiciones de desigualdad en las que se encuentran con respecto a los adultos, pero también para establecer condiciones de igualdad de oportunidades a través de las necesidades como parámetro de distribución.

33) El principio de dignidad de la persona funciona como criterio de distribución del principio de autonomía en la medida en que restringe cálculos utilitarios y es también requisito de la discusión social, pues supone reconocer en el otro idéntico valor moral. La dignidad de la persona, entendida desde la noción kantiana como fin en sí misma, es fundamental para derivar los derechos de los niños, pues proscribe imponer sacrificios que no redunden en beneficio del propio titular. Esto supone, por una parte, un contrapeso importante al excesivo énfasis que tradicionalmente se ha atribuido a la autonomía y una herramienta importante para reconocer valor moral al niño como individuo e impedir sacrificar sus intereses presentes por el bien de la comunidad o por el interés del futuro, sobre todo considerando su incapacidad para intervenir en las decisiones políticas.

34) La personalidad moral depende entonces de las condiciones que permitan disfrutar de los derechos derivados de los principios morales y requiere la capacidad para adaptar la propia vida a ciertos valores, la autoconciencia como centro de imputación y la facultad para adoptar decisiones que implican consecuencias normativas, siendo estas capacidades compatibles con su no actualización. Desde la reformulación propuesta, los niños son personas morales, aunque debe resaltarse la importancia de atribuir el mismo peso a los tres principios y considerar, sobre todo, que la autonomía se encuentra presente desde los primeros días de la vida del ser humano. En consecuencia, el niño considerado como persona moral abstracta puede incorporarse al discurso moral desde sus propias estructuras de pensamiento y racionalidad.

35) Finalmente, para concluir la caracterización de los derechos humanos se les atribuyen los siguientes rasgos: su carácter absoluto, que se refiere a su importancia y capacidad para desplazar a otras exigencias éticas —aunque aceptando que pueden entrar en conflicto con otros de-

rechos—, su inalienabilidad, es decir, su vinculación indisoluble con la personalidad moral, y la propiedad de universalidad en virtud de que derivan de las necesidades humanas básicas y por tanto corresponden a todos los seres humanos.

36) De acuerdo con la caracterización de los derechos humanos propuesta, al analizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos es posible advertir que no todos los derechos contenidos en ésta son directamente atribuibles a los niños, pudiéndose identificar tres categorías de derechos: aquellos que son aplicables a todos los seres humanos, es decir, efectivamente universales —como el derecho a la vida o a no ser torturado—; aquellos que presentan limitaciones en el ejercicio durante la minoría de edad —por ejemplo la igualdad y las distintas libertades—, y aquellos que definitivamente no pueden predicarse de los niños —como el derecho a casarse, a trabajar o los derechos de participación política—. Es posible concluir entonces que, contrario a lo que sostienen algunos autores, los derechos de los niños no pueden considerarse como el producto de un proceso de especificación respecto de este instrumento internacional, ya que no todos los derechos contenidos en la Declaración derivan directamente de los principios de igualdad, autonomía y dignidad, sino que son instrumentales respecto de otros. Esto sugiere la importancia del constructivismo moral y de integrar a los niños en la discusión social, de tal forma que sea posible argumentar a favor de sus derechos sin utilizar como parámetro los derechos positivos de la Declaración.

37) El siguiente conflicto derivado de la caracterización de los derechos consiste precisamente, en el caso de los niños y adolescentes, en la justificación que desde la perspectiva del constructivismo moral puede tener la intervención estatal para la instrumentación de los derechos. Tradicionalmente, la vida de los hombres durante la menor edad ha sido objeto de intervención, originalmente del padre de familia, y en la actualidad con una participación cada vez más activa y directa por parte del Estado. Es necesario entonces resolver el problema de la justificación y límite de estas injerencias desde la perspectiva de los intereses y las necesidades básicas. En este sentido, tanto las posturas radicales del liberacionismo como del perfeccionismo moral-jurídico quedan descartadas por ser contrarias a una adecuada atención a las necesidades de cada una de las etapas del desarrollo, el primero por dejar al niño expuesto al no reconocer una razón para el tratamiento diferenciado, y el segundo por

imponer ideales morales y atribuir al Estado un deber de conducción hacia éstos, violando la libre elección de la persona —y evidentemente la autonomía como necesidad básica—.

38) El único modelo consistente con una postura de los derechos del niño derivados de los principios morales es el paternalismo jurídico, aunque con algunos matices respecto de la forma en que se le entiende comúnmente, lo que incluye abordar dos problemas relacionados con el tema: la incompetencia atribuida a los niños y la intervención de los padres y el Estado en el ejercicio de los derechos, y los derechos obligatorios, como la forma en que generalmente aparecen los derechos de los niños.

El término paternalismo refleja en sí mismo cierta concepción de la infancia, y su carga peyorativa sugiere una percepción de dependencia derivada de alguna incapacidad o incompetencia. En general, el paternalismo se entiende como la imposición por parte del Estado de ciertas medidas o conductas para evitar que el individuo se dañe a sí mismo. Esta definición guarda relación con el concepto de voluntad, pues desde la perspectiva liberal es inaceptable la injerencia de la autoridad en caso de que el individuo consienta, aun cuando esto suponga un grave riesgo o incluso la pérdida de algún bien valioso como la vida. El caso de los niños difiere de esta definición estricta, pues en primer lugar las intervenciones estatales parecen ir más allá de la simple evitación de un daño —por lo menos si se considera este concepto en un sentido restringido—, pero además el consentimiento en muchas ocasiones se considera irrelevante o incluso se estima que las decisiones no pueden expresar la voluntad del agente por la limitación en el cálculo de las consecuencias de las propias acciones; es decir, se estima que existe una situación de incompetencia. El punto de conflicto aparece reflejado en la crítica de Atienza a las premisas propuestas por Garzón para justificar el paternalismo: la primera consiste en la verificación empírica de la incompetencia básica, y la segunda en una verificación de tipo ético-normativo, según la cual la finalidad de la medida debe ser promover la autonomía y superar la desventaja. La objeción se funda en el problema de quién determina quién debe decidir si existe una incompetencia básica, de modo que no puede hablarse de una verificación exclusivamente empírica, por lo que Atienza propone recurrir a la idea de consenso o aceptabilidad racional. La cuestión es que la idea de consenso parece hacer referencia exclusivamente a la racionalidad adulta, de modo que los niños quedarían exclui-

dos o la justificación de las injerencias en sus vidas sujeta a un procedimiento al cual son totalmente ajenos. La perspectiva de los derechos entendidos a partir de necesidades básicas permite, en mi opinión, tener un criterio que supere la limitación de la racionalidad adulta, combinado, claro, con un derecho del niño a ser escuchado y dar su opinión en los asuntos que le conciernen y de acuerdo con sus capacidades en desarrollo permanente.

39) La calificación del niño como incompetente básico tiene como consecuencia la aparición de un falso dilema entre ejercicio de los derechos y protección, derivado de una concepción de la infancia excesivamente centrada en su vulnerabilidad. Como muestra la descripción de las necesidades de cada una de las etapas de la niñez, la situación de dependencia hacia los adultos no es traducible a una incompetencia absoluta; antes bien, el ejercicio de la autonomía es un requerimiento importante del desarrollo, de modo que una adecuada atención al niño debe contemplarla. De esta manera, el papel de la protección de los niños se asigna a distintos actores, con el problema de la delimitación de las funciones que debe tener cada uno, sobre todo porque hay quienes consideran la interferencia estatal en el caso de los niños como una injerencia en la esfera familiar. Por otra parte, los derechos de los niños se han configurado también como derechos-obligatorios, es decir, excluyendo la disponibilidad de los bienes protegidos. La perspectiva de necesidades básicas desde un enfoque interdisciplinario permite reducir estos niveles de conflicto, entendiendo que los padres tienen cierta discrecionalidad en el ejercicio de las obligaciones de crianza, sobre la base de una presunción a favor de los padres biológicos, pero limitada siempre por los derechos del niño. En consecuencia, el espacio de no disponibilidad de los derechos debe ser el mínimo posible y la limitación debe tener un fundamento lo más objetivo posible en las necesidades básicas, que al mismo tiempo servirán para limitar las intervenciones. Por otra parte, hay que subrayar el papel de los tres principios en el fundamento de los derechos y por tanto en la instrumentación de las medidas paternalistas para su efectividad, aunque esto debe ser diferente en cada una de las etapas de acuerdo con las capacidades presentes y el objetivo de logro de la autonomía y de la igualdad homogeneizadora.

40) El capítulo quinto constituye casi en sí mismo una especie de conclusión respecto de las delimitaciones conceptuales y las soluciones pro-

puestas para la aplicación del lenguaje jurídico durante la infancia a través del análisis de los derechos de los niños en el ámbito positivo, específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño. A través de este estudio crítico es posible mostrar si las disposiciones contenidas responden a las concepciones teóricas propuestas y determinar si efectivamente es posible hablar de un resultado del proceso de especificación de los derechos humanos. Con este fin, se emplea la clasificación de Ochaíta y Espinosa en necesidades de salud física y autonomía con sus respectivos satisfactores universales. Para ello se divide el articulado en condiciones generales de satisfacción de necesidades del niño, derechos relacionados con la salud física, derechos relacionados con la autonomía y satisfactores especiales. Al primer grupo pertenecen los primeros artículos de la Convención, que establecen las condiciones para que los derechos sean aplicables: la caracterización de los titulares, los principios de no discriminación y del interés superior del niño, y el papel del Estado en la garantía de los derechos. Merece especial atención el principio contenido en el artículo 3o., que establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la aplicación de los derechos de la Convención. De acuerdo con el criterio establecido por el Comité sobre los Derechos del Niño, este principio debe considerarse rector de la Convención para actuar en la interpretación de los demás artículos y en todas las actuaciones que conciernan a los niños, lo que supone su consideración como centro independiente de intereses y su reconocimiento como persona moral. Este valor, presente explícitamente en otros artículos del instrumento, debe relacionarse con las necesidades como criterios para la delimitación del interés superior del niño en la medida en que permiten la concreción del contenido de los derechos de acuerdo con los principios normativos de autonomía, igualdad y dignidad —que aparecen explícitamente en el preámbulo de la Convención y que desde luego conllevan el interés del niño a expresarse y ser tomado en cuenta en los asuntos que le afectan directa e indirectamente—.

41) Los derechos relacionados con la salud física y cada una de las necesidades intermedias no resultan tan problemáticos y se encuentran, en general, bien resueltos en la Convención a través de una serie de posiciones jurídicas, en su mayoría pretensiones, del niño frente al Estado y frente a sus padres o cuidadores. Esta situación se debe quizá a que este tipo de satisfactores no difieren sustancialmente de los adultos, además

de que esta esfera de protección ha sido tradicionalmente identificada con la etapa infantil. La diferencia radicaría, primero, en su reconocimiento como derechos y, segundo, en los medios para hacerlos efectivos. Los Estados partes aparecen con una función subsidiaria algunas veces y directa otras en la garantía del acceso a estos satisfactores, papel que justifica su injerencia en la familia hasta el grado de privar a los padres de los derechos derivados de la patria potestad en caso de atención inadecuada. Otra de las características distintivas de este tipo de derechos, a diferencia de la forma en que se entienden en el caso de los mayores de edad, es la indisponibilidad de su contenido, por ejemplo en el caso del derecho a la vida y en la implementación de ciertos controles derivados de esta falta de discrecionalidad en el ejercicio —como el caso de la evaluación periódica del internamiento—. Los grandes ausentes de este grupo son el espacio exterior adecuado, que desde la realidad actual del desplazamiento hacia las ciudades constituye un riesgo para los niños, pues falta un reconocimiento de este satisfactor sinérgico que contribuye también a la atención de ejercicio físico e interacción con iguales, y se relaciona igualmente con el derecho a la salud. Las necesidades sexuales también son ignoradas por la Convención tanto en su aspecto relacionado con la salud física como con la autonomía.

42) Respecto de los satisfactores universales de autonomía, la Convención parece reflejar un menor nivel de consenso, y ello puede deberse a que implican una transformación en la concepción de la etapa infantil y sus necesidades que difiere de la que se ha sostenido tradicionalmente. En efecto, parece más complejo entender como necesidad básica de un niño o adolescente el ejercicio de ciertas libertades o la participación en las decisiones que le afectan. Por otra parte, el concepto de derecho subjetivo sostenido por las teorías voluntaristas representa también un obstáculo, pues carece del requisito de discrecionalidad total en el ejercicio.

43) El derecho a la participación informal puede entenderse regulado por una serie de artículos relacionados con la libertad de expresión, el acceso a la información adecuada y la participación en el ámbito de la libertad informal. En este sentido pueden ser entendidos como posiciones jurídicas de libertad, aunque complementadas con una pretensión de protección respecto de los contenidos nocivos para el desarrollo. Este tipo de derechos enfrenta dos problemas derivados de la pertenencia del niño a la familia: por una lado, las libertades pueden verse restringidas por la

sujeción del niño a la autoridad paterna, aunque precisamente debe interpretarse que ésta tiene como límite los derechos del niño; pero por otra parte la Convención es omisa respecto del derecho a la participación en el seno de la propia familia. Esta situación parece reflejar ciertos residuos de la vieja concepción del niño como propiedad de los padres y de la patria potestad entendida como poder de disposición.

44) La parte más novedosa de la Convención la constituyen las disposiciones relacionadas con las libertades entendidas como derechos civiles, que consagran derechos como la libertad de opinión, pensamiento, expresión, conciencia y religión, asociación, intimidad y acceso a la información adecuada. Un primer grupo de derechos relacionados con estas necesidades está integrado por una serie de pretensiones frente al Estado y a los demás países en el reconocimiento de la identidad del individuo. El segundo grupo de derechos se enfrenta al mismo problema que los derechos de participación, en la medida en que el niño está subordinado a la autoridad paterna. Especialmente conflictivo es el derecho a la libertad de conciencia y religión, pues por una parte requiere del desarrollo de habilidades avanzadas para ser efectivamente autónomo, y por otra puede enfrentarse a una fuerte oposición por parte de los progenitores en lo que concierne a permitir el libre ejercicio a sus hijos por tratarse de bienes considerados de gran trascendencia. Sin embargo, este derecho debe interpretarse como una limitación a los padres para evitar que su hijo conozca otras formas de vida y los argumentos que otros esgrimen para considerarlas razonables. El derecho a la intimidad merece también una explicación especial, pues constituye el ejemplo de un derecho que consagra un espacio indisponible para el titular, pero también para los agentes paternalistas que no pueden suplir la voluntad para renunciar a su ejercicio. El reconocimiento de este grupo de derechos supone un esfuerzo constante de justificación de cada medida paternalista, pues el respeto a los mismos es la condición de posibilidad para que los niños puedan considerarse como verdaderos titulares de derechos y participantes activos en el discurso moral.

45) Algunos autores negarían que los derechos relacionados con la vinculación afectiva, la interacción con adultos y niños y la educación no formal son traducibles al lenguaje de los derechos. Sin embargo, de su reconocimiento como un interés fundamental para el niño deriva una serie de disposiciones que tiene como objetivo generar el marco adecuado

que garantice en la máxima medida de lo posible la atención a esta necesidad. Para ello se establece toda una serie de normas relacionadas con la familia en las que se ha producido un cambio de paradigma en los últimos tiempos, de una visión centrada en los intereses del adulto a tener como eje los intereses del niño. A esta nueva concepción responden las disposiciones sobre la adopción, el derecho al contacto con ambos padres, que en el caso de los adultos pueden considerarse como libertades que involucran poder de disposición —como el derecho a fundar una familia—, pero en el caso de los niños adquieren la figura de una pretensión —a pertenecer a una familia— a la cual no hay posibilidad de renunciar, por lo menos en un largo periodo de la infancia.

46) El juego y tiempo de ocio constituyen también derechos interesantes en el sentido de que su interpretación a la luz de la teoría de las necesidades y las posiciones jurídicas pueden brindar una nueva perspectiva, al entenderse como libertades, como espacios libres de intervenciones paternalistas en tanto no exista un riesgo para el menor. Finalmente, el derecho a la educación formal, que ha sido objeto de numerosos análisis desde los derechos de los niños, es un espacio para la satisfacción de numerosas necesidades: interacción con iguales y con adultos, participación informal, juego, ejercicio físico, etcétera. Este derecho también se caracteriza por la posibilidad de entrar en colisión con los derechos de los padres, en especial cuando éstos perciben que afecta su libertad de pensamiento, conciencia o religión. Por otra parte, también parece ser que se ha enfocado a considerarlo en función de la preparación para la autonomía, es decir, atendiendo sólo al futuro adulto. La adecuada atención a la necesidad de educación formal —que no supone aceptar como válida únicamente la educación escolarizada extendida en las sociedades occidentalizadas— debe considerar al niño y sus intereses presentes, satisfaciendo las necesidades actuales, al mismo tiempo que debe constituir una limitación de los derechos de los padres, exponiendo al niño a distintas formas de vida consideradas aceptables. Finalmente, la educación formal debe tender también a generar la igualdad en el punto de partida, de manera que permita a los niños llegar al ejercicio pleno de la autonomía sin diferencias atribuibles a las oportunidades en la satisfacción de necesidades.

47) La instrumentación de la protección de riesgos psicológicos de la Convención es también novedosa en lo que se refiere a la obligación del

Estado de intervenir en la familia en el caso de riesgo para el menor de edad. Este tipo de derechos involucra diversos ámbitos como el trabajo infantil, el maltrato y la prohibición de participación en conflictos armados. Cada uno de estos espacios de protección presenta diversas aristas relacionadas con las percepciones culturales y las condiciones de las sociedades modernas. En particular, el tema del trabajo infantil ha sido uno de los más difíciles de dotar de un contenido concreto aceptable desde distintos entornos culturales, debido a que, entre otras cosas, resulta difícil de definir (¿cuántas horas deben ser?, ¿qué tipo de labores entran en esta protección?, etcétera), pero también porque en algunas comunidades se le atribuye un valor formativo. El parámetro de aplicación debe ser entonces, en primer lugar, el establecimiento de una clara distinción entre etapas, pero además debe observarse cuidadosamente que no interfiera con el desarrollo ni suponga la privación de otros satisfactores —en especial el juego y la educación formal—.

La protección contra el riesgo psicológico que supone el maltrato infantil es igualmente compleja debido en parte a la dificultad para llegar a un acuerdo sobre su definición, aunado a que el maltrato psicológico resulta muy difícil de proteger jurídicamente. Sin embargo, el Estado, a través de las instituciones sociales, debe tener como fin el garantizar que el entorno del niño suponga el menor grado de riesgo posible, aunque esto conlleve privar a los progenitores de los derechos parentales. En consecuencia, podría decirse que la protección de riesgos psicológicos se articula en una serie de pretensiones frente al Estado, combinadas con alguna inmunidad —como la de no participar en conflictos armados—. Ciertamente, los satisfactores de autonomía requieren aún de una profunda transformación en el concepto del niño y de su protección, especialmente en lo que se refiere a las necesidades sexuales y a la participación informal dentro de la familia, las grandes necesidades básicas ausentes en la Convención.

48) Los satisfactores espaciales constituyen un complemento respecto de las necesidades universales, que tiene como finalidad hacer efectivo el segundo nivel del principio de igualdad, en la medida en que obligan a dar un tratamiento diferenciado a los niños que están en circunstancias particulares. Resaltan dentro de este grupo los derechos relacionados con los menores que han infringido las normas penales, que se instrumentan como una inmunidad —de no legislar para hacer responsables penalmen-

te a los menores de cierta edad—, y como una serie de pretensiones que derivan del reconocimiento de las garantías procesales que se otorgan también a los adultos. Es posible afirmar sin duda que este grupo de derechos constituye uno de los grandes avances de la Convención, pues transforma el tratamiento a menores infractores como *objeto* de compasión-represión en el reconocimiento de ciertas capacidades y responsabilidades acorde con éstas a través de un sistema de garantías.

49) La Convención indudablemente representa un avance fundamental para los derechos de los niños, ya que supone su efectivo reconocimiento como titulares de derechos derivados de los intereses que involucran todas las posiciones jurídicas y tienen su origen en un concepto de niño y adolescente acorde con los conocimientos aportados por las distintas disciplinas que tienen como objetivo el estudio del desarrollo. Esta nueva visión responde a los principios de autonomía, igualdad y dignidad, siendo posible derivar la mayoría de las disposiciones convencionales a partir de éstos para concluir que efectivamente los niños son personas morales, titulares de derechos humanos (aunque no todos los derechos de la Convención son derechos humanos en sentido estricto) y centros independientes de intereses. Evidentemente, esto no zanja la problemática en relación con los derechos de los niños, especialmente su ejercicio, pues se caracterizarán por la tensión entre los distintos agentes y el reconocimiento de la capacidad de autonomía gradual. En este sentido, es fundamental seguir avanzando en la distinción entre las distintas características y capacidades de las etapas con el fin de ir reconociendo mayor poder de decisión en el ejercicio de los derechos. Esta posición evidentemente supone reconocer el mismo nivel a todos los derechos humanos, es decir, incluidos los derechos sociales, económicos y culturales, y aunque algunos autores se niegan a aceptar esta afirmación, creo que sin las garantías para las condiciones de una vida que permita al hombre cubrir sus necesidades básicas, ningún sistema de libertades puede considerarse auténtico, pues los primeros son presupuestos de posibilidad de los segundos.

50) Por otra parte, tampoco es aceptable dejar de lado al tratar el tema de los derechos de los niños, aun cuando se trate de una fundamentación teórica, las condiciones fácticas de los niños y adolescentes en el mundo y de nuestra responsabilidad en la transformación de esta situación desde la dignidad presente del niño, sin olvidar la autonomía —presente y futura— para generar condiciones de igualdad entre los *mundos* en que se en-

cuentra dividido nuestro planeta, pero que no excluye de graves situaciones de riesgo a los niños de todas las sociedades y entornos. La situación de pobreza extrema e imposibilidad de acceso a los satisfactores básicos de millones de niños en el mundo cuestiona seriamente cualquier discurso que se pretenda hacer sobre los derechos, mientras no exista una disposición para realizar acciones encaminadas a aportar soluciones. Tampoco podemos tranquilizar nuestra conciencia pensando que la violación de los derechos de la Convención, ya sea derivada de las reservas o de la inobservancia de los derechos, es atribuible exclusivamente a los países del "tercer mundo" que no comprenden la importancia de los derechos. Somos todos responsables en la distribución de los recursos del planeta, ya sea por nuestra forma de consumir o con nuestro silencio. No puedo pensar que soy inocente si mi bienestar proviene de la plusvalía que genera el tener mano de obra barata infantil en otra parte del mundo. El propio valor moral queda comprometido con la indiferencia ante las condiciones que son contrarias a la dignidad de cualquier ser humano, y en particular de los niños. Lo mismo sucede con el fenómeno del incremento en el maltrato infantil en países industrializados. Esta actitud, que cuestiona seriamente nuestra herencia biológica y nuestras inclinaciones naturales, debe ser una señal de alarma para interrogarnos sobre la clase de sociedad que estamos construyendo, en especial sobre los valores que mueven y motivan nuestras acciones.

51) Para finalizar, es necesario insistir en el derecho del niño a ser escuchado, a expresar su opinión y tomar decisiones, pero sobre todo hacer hincapié en que esto debe tener como punto de partida la conciencia de que las estructuras mentales y la lógica del niño son distintas y que no es desde la perspectiva adulta como deben ser interpretadas estas manifestaciones, sino intentando comprender cuál es la percepción y la expresión de la necesidad desde este sistema concreto. La teoría de los derechos fundados en necesidades, con un especial acento en este deber de escuchar realmente la opinión del niño es, desde mi punto de vista, la única vía para justificar el tratamiento diferenciado a los niños desde la perspectiva de una sociedad democrática que valora especialmente la libertad y el derecho de autogobierno a través de la participación. Cualquier otra postura supone no reconocer igual dignidad a todos los seres humanos con base en prejuicios y formas de pensar que aceptan como única válida cierta forma de vivir, pero también algunas formas de razonar y de perci-

bir la realidad. Los estudios de psicología se inclinan cada vez más a sostener que no existe un solo tipo de inteligencia, a pesar de que por tradición la sociedad occidental ha valorado únicamente el razonamiento lógico-matemático. Ello no significa que debamos renunciar a éste, pero sí abrirnos a la posibilidad de reconocer otro tipo de habilidades igualmente valiosas por ser expresión de la dignidad del hombre, lo que permitirá también una mayor tolerancia y entendimiento hacia quienes son distintos. Y en esto los niños, sus necesidades, intereses y derechos pueden también hacer una aportación fundamental.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ANEXO I

DECLARACIÓN DE GINEBRA
(ADOPTADA POR LA V ASAMBLEA DE LA SOCIEDAD DE NACIONES EL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1924)

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

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

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Anexo II

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1959)

Preámbulo

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad,

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle,

La Asamblea General

Proclama la presente Declaración de Derechos del Niño, a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen para su observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio I

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ni dis-

tinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

PRINCIPIO II

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

PRINCIPIO III

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO IV

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda y recreo y servicios médicos adecuados.

PRINCIPIO V

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y los cuidados especiales que requiere su caso particular.

PRINCIPIO VI

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan

de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio VII

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados a los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de ese derecho.

Principio VIII

El niño debe en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio IX

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ninguna trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio X

El niño deberá ser protegido contra todas las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ANEXO III

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989)

PREÁMBULO

Los Estados partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de la que familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

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

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y al bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1o.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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.

Artículo 2o.

1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3o.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4o.

Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5o.

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la

comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6o.

1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7o.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8o.

1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9o.

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o

cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por el niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9o., los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

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

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

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y material de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esta información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.

2. Estas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la Kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la co-

locación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las cuales determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o de acuerdos bilaterales o multilaterales, y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades y organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cual-

quier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto, los Estados partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico y psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa in-

formación a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud;
c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;
e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia;

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internamiento.

Artículo 26

1. Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hechas por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera del niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella, y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a ningún niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística, y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese

propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo, y
c) Estipularán las penalidades y otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad.
b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.
b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

   i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
   ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él, y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
   iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerara que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta, en particular, su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas al internamiento en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado parte; o
b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan:

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados partes. Cada Estado parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección se celebrará, a más tardar, seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el secretario general de Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El secretario general preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados partes convocada por el secretario general en la sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un periodo de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de

la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado parte que propuso a este miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un periodo de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El secretario general de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la presente Convención,
b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán, asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades.
b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones.
c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al secretario general que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño.

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del secretario general de Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del secretario general de las Naciones Unidas. El secretario general comunicará

la enmienda propuesta a los Estados partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de los Estados partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados partes se declara a favor de tal conferencia, el secretario general convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el secretario general a la Asamblea General para su aceptación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El secretario general de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al secretario general de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el secretario general.

Artículo 52

Todo Estado parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al secretario general de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el secretario general.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al secretario general de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍA, Macario (2000), *Sobre el paternalismo*, Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho.

ALEXY, Robert (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (original: *Theorie der grundrechte*, Berlín, Suhrkamp, 1986).

ALSTON, Philip *et al.* (eds.) (1995), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

——— y GILMOUR-WASH, Bridget (1996), "The Best Interests of the Child. Toward a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

ÁLVAREZ GÓMEZ, Ana Josefina (1995), "Maltrato y abuso sexual de menores en México", *Los menores ante el sistema de justicia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

ÁLVAREZ VÉLEZ, Ma. Isabel (1994), *La protección de los derechos del niño: en el marco de las Naciones Unidas y el derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.

ANDERSON, Michael (1980), "Approaches to the History of the Western Family 1500-1914", *Studies in Economic and Social History*, Gran Bretaña, The MacMillan Press LTD.

AÑÓN ROIG, María José (1994), *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ARCHARD, David William (2003), *Children, Family and the State*, Gran Bretaña, Ashgate.

ARIÈS, Phillipe (1987), *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus (original: *L'Enfant et la Vie Familiale sos l' Ancien Regime*, París, Plon, 1962).

——— y DUBY, Georges (dirs.) (1988), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus (original: *Histoire de la vie privée*, París, Éditions Du Seuil, 1985).

——— (1991), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vols. 3, 4, 7, 8, 9 y 10 (original: *Histoire de la vie privée*, París, Éditions Du Seuil, 1985).

ATIENZA, Manuel (1986), "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4.

——— (1988), "Discutamos sobre paternalismo", *Doxa 5*, Alicante.

——— y RUIZ MANERO, Juan (1987), "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", *Doxa*, Alicante, núm. 4.

AYMARD, Maurice (1988), "Amistad y conveniencia social", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

BADINTER, Elisabeth (1993), *XY La identidad masculina*, Madrid, Alianza Editorial (original: *XY de L'Identité Masculine*, Editions Odile Jacob, 1992).

BAILEY-HARRIS, Rebecca (1995), "Child Support: Is the Right the Wrong One? A Comment on Parker", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

BÁRCENA, Andrea (1992), *Textos de derechos humanos sobre la niñez*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

BERGER, Nan (1973), "El niño, la ley y el Estado", *Los derechos de los niños: hacia la liberación del niño*, México, Editorial Extemporáneos.

BERLIN, Isahiah (1988), *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad (original: *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1958).

BERNUZ BENEITEZ, Ma. José (2000), "El derecho del niño a ser oído", en CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Madrid, Mira Editores.

BETTELHEIM, Bruno (1978), *Psicoanálisis de los cuentos de hadas*, Barcelona, Crítica (original: *The Uses of Enchantment: The Meaning and Importance of Fairy Tales*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1975).

BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.

BRAUNSTEIN, Philippe (1991), "Aproximaciones a la intimidad. Siglos XIV y XV", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 4.

BRAVO-VILLASANTE, Carmen (1971), *Antología de la literatura infantil universal*, Madrid, Doncel, ts. I y II.

——— (1979), *Historia de la literatura infantil española*, 4a. ed., Madrid, Escuela Española.

BRENA SESMA, Ingrid (1994), *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

BRONFENBRENNER, Urie (1987), *La ecología del desarrollo humano*, Barcelona, Paidós (original: *The Ecology of Human Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1979).

BROWN, Peter (1988), "La antigüedad tardía", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 1.

BULYGIN, Eugenio (1987), "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, Alicante, núm. 4.

CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords.) (2000), "Los derechos de la infancia y de la adolescencia", *Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Madrid, Mira Editores.

CAMPBELL, Tom D. (1995), "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

CAMPOY CERVERA, Ignacio (2000), *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.

CAMPS, Victoria (1988), "Paternalismo y bien común", *Doxa*, Alicante, núm. 5.

——— (1988), "Sigamos discutiendo", *Doxa*, Alicante, núm. 5.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996), "Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

CELANO, Bruno (2001), *I diritti nella jurisprudenza anglosassone contemporanea*, inédito.

CHAPELA MENDOZA, Luz María (1992), "El juego, instrumento de formación de carácter y conocimiento", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

COADY, C. A. J. (1995), "Theory, Rights and Children: A Comment on O'Neill and Campbell", en ALSTON, P. *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

COBIN, Alain y PERROT, Michelle (1991), "Entre bastidores", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 8.

COLEMAN, Emily y LASLETT, Peter (eds.) (1973), *The Family in History. Interdisciplinary Essays*, 2a. ed., Estados Unidos, Harper Torchbooks.

CRAIG, Grace, J. (2001), *Desarrollo psicológico*, 8a. ed., México, Pearson Educación de México (original: *Human Development*, 8a. ed., Nueva Jersey, Prentice Hall, 1999).

CRUZ PARCERO, Juan Antonio (1999), *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara.

CYRULNIK, Boris (2002), *Los patitos feos. La resilencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Barcelona, Gedisa (original: *Les vilains petits canards*, París, Odile Jacob, 2001).

LUCAS, Javier de y AÑÓN, Ma. José (1990), "Necesidades, razones, derechos", *Doxa*, Alicante, núm. 7.

DELGADO, Buenaventura (1998), *Historia de la infancia*, Barcelona, Ariel.

DELIBES, Miguel (2003), *El príncipe destronado*, Barcelona, Ediciones Destino.

DELVAL, Juan (1994), "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños", *Infancia y sociedad*, Madrid, núm. 27-28.

——— (1999), *El desarrollo humano*, 4a. ed., Madrid, Siglo XXI.

DICKENS, Charles [1838] (1999), *Oliver Twist*, Barcelona, Juventud.

DOYAL, Len y GOUGH, Ian (1994), *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria-FUHEM (original: *A Theory of Human Needs*, Londres, MacMillan, 1992).

DUANE, Michael (1973), "La libertad y el sistema estatal de educación", *Los derechos de los niños: hacia la liberación del niño*, México, Editorial Extemporáneos.

DUBY, Georges (1991), "Situación de la soledad. Siglos XI-XIII", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 4.

——— *et al.* (1991), "La vida privada en las familias aristocráticas de la Francia feudal", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

DWORKIN, Ronald (1987), *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth.

EEKELAAR, John (1995), "The Importance of Thinking that Children Have Rights", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

ELIZONDO VEGA, Guadalupe (1992), "El derecho a la integridad emocional", *Foros de Abril. Memorias*, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

ERIKSON, Erik H. (1987), *Infancia y sociedad*, 11a. ed., Buenos Aires, Hormé (original: *Childhood and Society*, Nueva York, Norton, 1950).

——— (comp.) (1981), *La adultez*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *Adulthood*, Nueva York, Norton, 1978).

ESPINOSA, Ma. Ángeles (2001), proyecto docente en *Necesidades y derechos de la infancia y adolescencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.

FANLO CORTÉS, Isabel (comp.) (2004), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 90.

FEINBERG, Joel (1980), *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press.

——— (1994), "The Child's Right to an Open Future", *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Nueva Jersey, Princeton University Press.

FERNÁNDEZ, Eusebio (1982), "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 1.

FILMER, Robert [1690] (1966), "Patriarca o el poder natural de los reyes", *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, colección Clásicos Políticos.

FINNIS, John (2000), *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (original: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980).

FLEKKØY, Målfrid Gruñe (1996), "Ombudsmen for Children: Actualization", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

FLOUD, Jean Esther (1976), "A Right to Education: A Test-Case for a Theory of Children's Rights", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII/3.

FREEMAN, Michael D. A. (1995), "Taking Children's Rights More Seriously", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

——— (1997), *The Moral Status of Children. Essays on the Rights of the Child*, Países Bajos, Dordrecht, Kluwer Law International and Martinus Nijhoff.

GALINO CARRILLO, Ma. Ángeles (1984), *Los tratados sobre educación de príncipes. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994), *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis-UNICEF, TACRO.

——— (1999), *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELLOF, Mary (comps.) (1998), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis-Depalma.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988), "Sigamos discutiendo sobre paternalismo", *Doxa*, Alicante, núm. 5.

——— (1993), "El problema ético de las minorías étnicas", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

——— (1993), "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

——— (1993), "Intervencionismo y paternalismo", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

——— (1993), "Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción de Mario Bunge", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

——— (1994), "Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", *Doxa*, Alicante, núm. 15-16, vol. II.

——— y LAPORTA, Francisco J. (eds.) (1996), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.

GÉLIS, Jacques (1998), "La individualización del niño", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.) *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

GERBER, David (1976), "Rights", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII.

GILLHAM, Bill y PLUNKETT, Kim (1985), *Desarrollo infantil: desde la concepción a la edad escolar*, Madrid, Morata (original: *Child Psicology*, Londres Hodder & Stoughton, 1982).

GOLDSTEIN, Joseph (1981), "Acerca de ser adulto y de ser un adulto en el derecho secular", en ERIKSON, Erik *et al.*, *La adultez*, México, Fondo de Cultura Económica.

GÓMEZ BENGOECHEA (2003), *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, Dykinson, colección Monografías de Derecho Civil.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (1999), *Derechos humanos y niñez*, tesis profesional, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y CRUZ CRUZ, Jesús (1995), "El menor frente al derecho penal: problemas y alternativas", *Los menores ante el sistema de justicia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1985), "Epílogo. La justicia de menores en España", en Leo, Gaetano de, *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, Barcelona, Teide.

GOUBERT, Pierre (1973), "Historical Demography and the Reinterpretation of Early Modern France: A Research Review", en COLEMAN, Emily y LASLETT, Peter (eds.), *The Family in History. Interdisciplinary Essays*, 2a. ed., Estados Unidos de América, Harper Torchbooks.

GUTMAN, Amy (1980), "Children, Paternalism and Education: A Liberal Argument", *Philosophy and Public Affairs* 9, núm. 4.

HACKER, P. M. S. y RAZ, J. (eds.) (1977), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.

HAKSAR, Vinit (1978), "The Nature of Rights", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXIV.

——— (1979), *Equality, Liberty and Perfectionism*, Nueva York, Oxford University Press.

HAMMARBERG, Thomas (1998), *La escuela y los derechos del niño. La significación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el campo de las nuevas políticas educativas*, conferencia de 1997, Florencia, Innocenti Lectures.

HARRIS, John (1996), "Liberating Children" y "Harris' Reply", ambos en LEAHY, Michael y COLM- SHERBOK, Dan (eds.), *The Liberation Debate. Rights at Issue*, Londres-Nueva York, Routledge.

HART, H. L. A. (1974), "¿Existen derechos naturales?", en QUINTON, Anthony, *Filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica (original: "Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review* 64, 1955).

HIERRO, Liborio L. (1982), "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", *Sistema*, Madrid, núm. 46.

——— (1991), "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista de Educación*, núm. 294, enero-abril.

——— (1994), "La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad", en SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

——— (1995), "Recensión a María José Añón Roig. Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 20, Madrid, enero-abril.

——— (1996), "Los derechos de la infancia, razones para una ley", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, vol. IV.

——— (1997), "Niños y víctimas", *Anuario de Psicología Jurídica*, Madrid.

——— (1998), "Las huellas de la desigualdad en la Constitución", *Estado de derecho: problemas actuales*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 69.

——— (1999), "Los derechos humanos del niño", en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE.

——— (2000a), "Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber", *Revista Jurídica*, Madrid, núm. 3.

——— (2000b), "¿Qué derechos tenemos?", *Doxa*, Alicante, núm. 23.

——— (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

——— (2004), "El niño y los derechos humanos", en FANLO, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 90.

HOHFELD, Wesley N. (2001), *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 2 (original: "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning", *Yale Law Journal 23*, 1913).

HOLT, John (1971), *Summerhill: pro y contra*, México Fondo de Cultura Económica (original: *Summerhill: For and Against*, Nueva York, Hart Publishing Company, 1970).

HUNT, Lynn (1991), "La vida privada durante la Revolución Francesa", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 7.

IFE-UNICEF (1997), *Algunas experiencias recientes de participación infantil-juvenil apoyadas por UNICEF*, México, Dirección Ejecutiva

de Capacitación Electoral y Educación Cívica, Instituto Federal Electoral, mimeógrafo.

ILLICK, Joseph E. (1982), "La crianza de los niños en la Inglaterra y América del Norte en el siglo XVII", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

KANT, Immanuel [1785] (1963), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe.

——— [1797] (1978), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

KEARNS, Tomas R. (1975), "Rights, Benefits and Normative Systems", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXI.

KETT, Joseph K. (1973), "Adolescence and Youth in Ninthteenth-Century America", en COLEMAN, Emily y LASLETT, Peter (eds.), *The Family in History. Interdisciplinary Essays*, 2a. ed., Estados Unidos, Harper Torchbooks.

KÖNIG, René (1981), L*a familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*, Madrid, Siglo XXI (original: *Die Familie der Gegenwart. Ein interkultureller Vergleich*, Munich, 1974).

LAPORTA, Francisco (1983), "Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político", *Sistema*, Madrid, núm. 52.

——— (1985), "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, Madrid, núm. 67.

——— (1987), "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, Alicante, núm. 4.

——— (1987), "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero", *Doxa*, Alicante, núm. 4.

LASLETT, Peter (1973), "Age at Menarche in Europe since Eighteenth Century", en COLEMAN, Emily y LASLETT, Peter (eds.), *The Family in History. Interdisciplinary Essays*, 2a. ed., Estados Unidos, Harper Torchbooks.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.) (2002), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos.

LEAHY, Michael y COLM-SHERBOK, Dan (eds.) (1996), *The Liberation Debate. Rights at Issue*, Londres-Nueva York, Routledge.

LEBOVICI, Serge y SOULÉ, Michel (1993), *El conocimiento del niño a través del psicoanálisis*, México, Fondo de Cultura Económica (origi-

nal: *La connaissance de l'enfant par la psychanalyse*, París, Presses Universitaires de France, 1970).

LEO, Gaetano de (1985), *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Barcelona, Teide (original: *La giustizia dei minori*, Giulio Einaudi, 1981).

LOCKE, John [1690] (1966), "Primer libro sobre el gobierno", *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, colección Clásicos Políticos.

——— [1693] (1994), *Pensamientos sobre la educación*, Madrid, colección Akal Bolsillo.

LÓPEZ, Félix (1995), *Necesidades de la infancia y protección infantil*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.

LOWY, Catherine (1995), "Autonomy and the Appropriate Projects for Children: A Comment on Freeman", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

LYMAN, Richard B. (1982), "Barbarie y religión: la infancia a fines de la época romana y la edad media", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

MACCORMICK, Neil (1977), "Rights in Legislation", en HACKER, P. M. S. y RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.

——— (1990), "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Tecnos (original: "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982).

MALAGÓN Y MONTES, Ma. Guadalupe (1992), "La importancia del juego en el desarrollo preescolar", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

MARTIN, Rex (2001), *Un sistema de derecho*, Barcelona, Gedisa.

MASLOW, A. H. (1975), *Motivación y personalidad*, 2a. ed., Barcelona, Sagitario (original: *Motivation and Personality*, Nueva York, Harper, 1954).

MAUSE, Lloyd de (1982), *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad (original: *The History of Childhood*, Nueva York, The Psicohistory Press, 1974).

MAX-NEEF, Manfred (1998), *Desarrollo a escala humana*, 2a. ed., Barcelona, Icaria (original: *Human Scale Development*, Nueva York, The Apex Prexx, 1986).

MCLAUGHIN, Mary Martin (1982), "Barbarie y religión: la infancia a fines de la época romana y la Edad Media", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

MEDINA VIEDAS, Jorge (1993), "El derecho a acceder a los medios y a encontrar en ellos mensajes adecuados", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

MEJÍA, Jorge (1993), "Los niños: el derecho a una vida con calidad", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

MELDEN, A. I. (1977), *Los derechos y las personas*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *Rights and Persons*, Oxford, Basil Blackwell, 1977).

MILL, Stuart [1859] (1991), *Sobre la libertad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

MOERMAN, Joseph (1996), "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

MORENO, Amparo (1997), "La adolescencia como tiempo de cambios", en MADRUGA, J. A. y PARDO, P. (comps.), *Psicología evolutiva*, Madrid, UNED, t. II.

——— y BARRIO, Cristina del (2000), *La experiencia adolescente. A la búsqueda de un lugar en el mundo*, Buenos Aires, Sigue.

NACIONES UNIDAS (1979), *Las Naciones Unidas y los derechos humanos*, Nueva York, Oficina de Información Pública de Naciones Unidas.

NAFFINE, Ngaire (1995), "Children in the Children's Court: Can There Be Rights Without a Remedy?", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

NEILL, Alexander S. (1973), "La libertad funciona", *Los derechos de los niños: hacia la liberación del niño*, México, Editorial Extemporáneos.

——— (1974), *Summerhill: un punto de vista radical sobre la educación de los niños*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *Summerhill, a Radical to Child Rearing*, Nueva York, Hart Publishing Co., 1960).

——— (1976), *Hijos en libertad*, Barcelona, Granica Editor (original: *Freedom - Not license!,* Nueva York, Hart Publishing, 1966).

NINO, Carlos Santiago (1989), *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel.

——— (1990), "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7.

OCHAÍTA, Esperanza (2000), proyecto docente en *Necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

——— y ESPINOSA, Ma. Ángeles (1997), "Children's Participation in Family and School Life: A Psychological and Development Approach", *The International Journal of Children's Rights*, 5 (3).

——— (1999), "Dificultades en el desarrollo de origen social: definición, incidencia, tipos y consecuencias del maltrato infantil", en GARCÍA SÁNCHEZ, J. N. (comp.), *Intervención psicopedagógica en trastornos del desarrollo*, Madrid, Pirámide.

——— (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, McGraw-Hill-UNICEF.

OLLENDORFF, Robert (1973), "Los derechos de los adolescentes", *Los derechos de los niños: hacia la liberación del niño*, México, Editorial Extemporáneos.

OLSEN, Frances (1995), "Children's Rights: Some Feminist Approaches to the United Nations Convention on the Rights of the Child", en ALSTON, Philip *et al*. (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

O'NEILL, John (1994), *The Missing Child in Liberal Theory. Towards a Covenant Theory of Family, Community, Welfare and the Civic State*, Toronto, University of Toronto Press.

O'NEILL, Onora (1995), "Children's Rights and Children's Lives", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

PÁRAMO, Juan Ramón de (1996), "Derecho subjetivo", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.

PARKER, Stephen (1995), "Child Support: Rights and Consequences", en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.

PECES-BARBA, Gregorio (1995), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1987), "Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", *Doxa*, Alicante, núm. 4.

PERROT, Michelle (1991), "Figuras y funciones", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 7.

PETRINI, Enzo (1963), *Estudio crítico de la literatura juvenil*, Madrid, Rialp (original: *Avviamento critico a la letteratura giovanile*, Brescia, "La Scuola", 1958).

PIAGET, Jean (1974), *El criterio moral en el niño*, Barcelona, Fontanella (original: *Le judgement moral chez l'enfant*, París, 1932).

——— (1977), *Seis estudios de psicología*, Barcelona, Barral (original: *Six études de psychologie*, Gonthier, 1964).

——— (1994), *El nacimiento de la inteligencia en el niño*, México, Grijalbo (original: *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1977).

PICADO, Sonia (1996), "Los derechos de los niños son derechos humanos", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

PINEDA, Fany (1993), "Derechos humanos: derechos de los niños", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

PLANCHARD, Emile (1956), *La pedagogía contemporánea*, 2a. ed., Madrid, Rialp (original: *La pédagogie scolaire contemporaine*, E. Nauwelaerts, Louvain, Coimbra Editora).

PLASCENCIA, Germán (1992), "El juego como filosofía de vida", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

POLLOCK, Linda (1993), *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *Forgotten Children: Parent-Child relations from 1500 to 1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983).

POSTMAN, Neil y Weingartner, Charles (1973), *La enseñanza como actividad crítica*, Barcelona, Fontanella (original: *Teaching as a Subversive Activity*, Nueva York, Delacorte Press, 1969).

PROST, Antoine (1991), "Fronteras y espacios de lo privado", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 9.

PURDY, Laura (1996), "Children's Liberation: A Blueprint for Disaster", en LEAHY, Michael y COLM-SHERBOK, Dan (eds.), *The Liberation Debate. Rights at Issue*, Londres-Nueva York, Routledge.

QUINTON, Anthony (1974), *Filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *Political Philosophy*, Oxford University Press, 1967).

RANUM, Orest (1988), "Los refugios de la intimidad", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

RAWLS, John (1973), *A Theory of Justice*, Oxford University Press (hay traducción española: *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica —Ediciones FCE España—, 1979).

——— (1986), "Unidad social y bienes primarios", *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos (original: "Social Unity and Primary Goods", en SEN, A. y WILLIAMS, B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 1982).

——— (2002), *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós (original: *Justice as Fairness*, Massachusetts, Harvard University College, 2001).

REVEL, Jacques (1988), "Los usos de la civilidad", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

RINCÓN GALLARDO, Laura (2001), *El abrazo que lleva al amor*, México, Instituto Prekop.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (1993), *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Comares.

——— y SEGOVIA BERNABÉ, José Luis (1998), *La infancia en conflicto social: tratamiento socio-jurídico*, Madrid, Cáritas.

ROBERTSON, Priscilla (1982), "El hogar como nido: la infancia de la clase media en la Europa del siglo XIX", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

ROBLEDA MOGUEL, Margarita (1993), "El derecho al juego", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

RONCIÈRE, Charles de la (1991), "La vida privada de los notables toscanos en el umbral del Renacimiento", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 3.

ROSS, Alf (1968), *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, International Library of Philosophy and Scientific Method, 1968 (hay traducción española: *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971).

——— (1977), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (original: *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958).

ROSS, James Bruce (1982), "El niño de la clase media en la Italia urbana del siglo XIV a principios del siglo XVI", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

ROUCHE, Michel (1988), "Alta Edad Media occidental", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 1.

ROUSSEAU, Jean Jacques [1762] (1980), *Emilio o de la educación*, Madrid, Edaf (original: *Emilie ou de l'educaction*, París, Garnier Flammarion, 1762).

RUIZ-GIMÉNEZ, Joaquín (1996), "La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990), "Los derechos humanos como derechos morales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6.

SALADO OSUNA, Ana (2000), "La Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados partes", en CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Madrid, Mira Editores.

SALAZAR, María Cristina (1996), "Explotación económica y educación del niño en América Latina", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

SAMPEDRO, José Luis (1996), "El diálogo intergeneracional en la cultura actual", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

SAN AGUSTÍN [400] (1964), *Confesiones*, Madrid, Apostolado de la Prensa.

SARRE IGUIÑEZ, Miguel (1992), "Derecho a la integridad física", *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

SERRANO, Ana María (2003), *Inteligencias múltiples y estimulación temprana: guía para educadores, padres y maestros*, México, Trillas.

SHORTER, Edward (1973), "Illegitimacy, Sexual Revolution and Social Change in Modern Europe", en COLEMAN, Emily y LASLETT, Peter (eds.), *The Family in History. Interdisciplinary Essays*, 2a. ed., Estados Unidos, Harper Torchbooks.

STAELENS, Patrick (1995), "Menores infractores: un análisis desde la perspectiva laboral", *Los menores ante el sistema de justicia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

SUMNER, Lawrence W. (1990), *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Clarendon Press.

TAMÉS PEÑA, Beatriz (comp.) (1995), *Los derechos del niño. Un compendio de instrumentos internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

TRINIDAD NUÑEZ, Pilar (2002), *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Cáceres, Universidad de Extremadura.

TUCKER, M. J. (1982), "El niño como principio y fin: la infancia en la Inglaterra de los siglos XV y XVI", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

UNAMUNO, Miguel de (1940), *Amor y pedagogía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, colección Austral.

VÁZQUEZ, Rodolfo (1999), *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56.

VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.) (1996), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca.

VEYNE, Paul (1988), "El Imperio Romano", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 1.

VIVES, Juan Luis [1523] (1947), "Obras morales: de la mujer cristiana", *Obras completas*, Madrid, Aguilar, t. I.

VOLUNTARIADO NACIONAL *et al.* (1992), *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

——— (1993), *Foros de Abril. Memorias*, México, Patronato Nacional de Promotores Voluntarios-UNICEF.

VON IHERING, R. (1921), *La lucha por el derecho,* Madrid, Librería General Victoriano Suárez.

WELLMAN, Carl (1995), *Real Rights*, Nueva York, Oxford University Press.

——— (2004), "El crecimiento de los derechos de los niños", en FANLO, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 90.

WHITE, Alan R. (1984), *Rights*, Oxford, Oxford University Press.

WIRTH MARWICK, Ellizabeth (1982), "Naturaleza y educación: pautas y tendencias de la crianza en los niños en la Francia del siglo XVII", en MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad.

ZIMMERLING, Ruth (1990), "Necesidades básicas y relativismo moral", *Doxa*, Alicante, núm. 7.

VARIOS AUTORES (1973), *Los derechos de los niños: hacia la liberación del niño*, México, Editorial Extemporáneos (original: *Children's Rights - Towards the Liberation of the Child*, Londres, Elek Books Limited, 1971).

——— (1990), *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

——— (1995), *Los menores ante el sistema de justicia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

mónica González Contró

Doctora en derechos fundamentales por la Universidad Autónoma de Madrid; máster en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia por la misma Universidad; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Profesora de argumentación jurídica en la Universidad Iberoamericana y de teoría del derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM; directora de Desarrollo Institucional de Fundación Alcance, A. C.; coordinadora del área de Defensa Nacional en Acción de los Cristianos para la Abolición de la Tortura (ACAT).

Autora de varios artículos, entre los que destaca: "Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes".

Los derechos de los niños constituyen una verdadera prueba para las teorías de los derechos humanos, pues a partir de las fundamentaciones tradicionales resulta complicado sostener su titularidad durante la etapa infantil. La presente obra pretende aportar una nueva fundamentación de los derechos de los niños y adolescentes que permita su consideración como titulares de derechos humanos, desde un enfoque interdisciplinario y utilizando como criterio las necesidades básicas.

A lo largo de la investigación se ponen en tela de juicio los paradigmas de los cuales se ha partido usualmente, con el fin de encontrar las ideas y creencias subyacentes al discurso sobre los niños y lanzar una mirada crítica para repensar sus derechos. Así, utilizando los conocimientos aportados por las disciplinas especializadas en el estudio del desarrollo y las necesidades humanas, se someten a pruebas las teorías de los derechos subjetivos y los derechos humanos para elaborar una argumentación en favor de los derechos del niño. Para comprobar la validez de la explicación se hace una revisión de la Convención sobre los Derechos del Niño, utilizando las conceptualizaciones propuestas.

La presente obra representa un punto de vista sobre el tema que pone en duda algunas de las creencias imperantes sobre la infancia y el ejercicio de los derechos durante esta etapa de la vida humana.

www.juridicas.unam.mx

ISBN 978-970-32-5359-3