

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 pre-programadas 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 pobreza 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 proscribire 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 exclu-

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 abrimos 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.