

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, crianza² 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 Hohfeld 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.