

## CAPÍTULO CUARTO

EL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS . . . . .	257
I. El concepto de derechos humanos . . . . .	259
Los derechos humanos como derechos subjetivos morales . . . . .	267
A. Los derechos humanos como derechos subjetivos . . . . .	267
B. El carácter moral de los derechos humanos . . . . .	270
C. Los derechos subjetivos morales que son derechos humanos . . . . .	274
II. Los principios normativos y la personalidad moral: el constructivismo ético . . . . .	280
1. El principio de autonomía de la persona . . . . .	285
2. El principio de igualdad de la persona . . . . .	301
3. El principio de dignidad de la persona . . . . .	314
4. El concepto de persona moral . . . . .	321
III. Las características formales que se atribuyen a los derechos humanos . . . . .	324
1. Los derechos humanos como derechos absolutos . . . . .	325
2. Los derechos humanos como derechos inalienables . . . . .	328
3. Los derechos humanos como derechos universales . . . . .	330
IV. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos de los niños . . . . .	333
V. Los modelos de intervención estatal en relación con los derechos del niño . . . . .	342
1. Liberacionismo . . . . .	343
2. Perfeccionismo moral-jurídico . . . . .	355
3. Paternalismo jurídico . . . . .	360

A. El niño como “incompetente básico” y las partes en el conflicto: niño, padres y Estado . . . . .	370
B. Los “derechos obligatorios” . . . . .	378
VI. Los intereses fundados en las necesidades de los niños y adolescentes como justificación y límite de las intervenciones paternalistas . . . . .	383

## CAPÍTULO CUARTO

### EL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Parece ser que nos encontramos actualmente ante una paradoja en el lenguaje de los derechos humanos, derivada tal vez del proceso de expansión de los mismos, tanto en número como en titularidad. Por una parte, cada vez es más sencillo hablar de ellos, en el sentido de que se han incorporado de tal manera al lenguaje común que la expresión es utilizada en casi cualquier contexto y ante múltiples circunstancias con una fuerte carga emotiva; esta situación, sin embargo, se ha traducido en que hablar de derechos humanos resulta cada vez más complejo, pues además de que la expresión ha perdido su carácter estrictamente técnico, por lo que su significado se va diluyendo y ampliando, perdiendo precisión y tornándose ambiguo y vago, dentro de la literatura especializada tampoco hay acuerdo respecto de un sentido unívoco de la acepción. Como bien apunta Hierro, el desarrollo de esta retórica ha ido más deprisa que la elaboración teórica, de manera que debido a que se percibe que el vocablo *derecho humano* indica una exigencia con importancia moral particularmente fuerte, la formulación de deseos, satisfacción de necesidades o protección de intereses se realiza en términos de derechos, pareciendo que de esta manera se exige a quien los formula de demostrar su exigibilidad. En palabras de Hierro: “Se produce una especie de ecuación semántica: es mi «derecho», luego debe ser respetado o satisfecho” (Hierro 2000b, p. 352).

Los peligros de esta tendencia retórica han sido señalados por diversos autores, llegando a afirmar incluso que ésta se encuentra “fuera de control”, pues los asuntos públicos rutinariamente se expresan en el lenguaje de los derechos, tanto dentro de los Estados como en el ámbito internacional (Sumner 1990, p. 1). Sumner equipara este fenómeno a la inflación económica, pues al igual que ésta disminuye el valor del dinero, el incremento en la retórica de los derechos amenaza con minar el po-

der argumentativo de los mismos. Este grupo de especialistas se opone al aumento en el catálogo de los derechos humanos, pues sostienen que esto es incompatible con su valor como exigencias. En este sentido, Laporta hace alusión a la aparición de nuevas “generaciones” que incluyen derechos con contenido social y económico, así como situaciones relacionadas con el medio ambiente o las nuevas tecnologías: “Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente” (Laporta 1987, p. 23).

La postura opuesta es, evidentemente, la que tiende a extender el inventario de derechos, bajo el supuesto de que los bienes fundamentales estarán mejor protegidos si existe una amplia red de derechos humanos específicos que correspondan a cada uno de ellos. Otros autores, sin embargo, mantienen una postura intermedia, pues niegan que la respuesta sea la restricción en el catálogo de derechos, señalando que no existe relación entre la cantidad y su valor. Para Hierro (2000, p. 354) la percepción de Laporta deriva de la falacia de confundir valor y precio derivada de la ciencia económica, que atribuye un valor a las cosas directamente proporcional a su escasez. Pero tampoco justifican el aumento en el número de derechos por el simple hecho de que parecen constituir un buen medio para proteger los intereses de los individuos. En otras palabras, esta postura sostiene que es necesario huir de los prejuicios cuantitativos respecto de los derechos humanos al emprender la tarea de trazar una delimitación conceptual y de fundamentación de los mismos.

El desarrollo de los derechos de los niños parece formar parte de este fenómeno de expansión de los derechos humanos, en concreto de lo que algunos autores han llamado el proceso de “especificación” de los derechos. Los derechos del niño, así como los de otros grupos minoritarios, surgieron de la evolución histórica de los derechos humanos e intentan responder a las características específicas de este grupo, instrumentando una protección especial en atención a la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de la minoría de edad. Por tanto, es lógico suponer que quienes abogan por un catálogo restringido de derechos humanos se resistan también a considerar como tales a esta nueva categoría surgida como concreción de los derechos en general. Una vez más es necesario distinguir —al igual que sucede con las teorías del inte-

rés y de la voluntad— que no se niega que los niños deban tener una protección especial; sin embargo, se pone en duda si esto debe hacerse incorporando nuevos derechos humanos sólo aplicables a ellos, ya que se presupone que los derechos humanos son aplicables a todos los hombres independientemente de la edad que tengan. Más adelante veremos si es que realmente puede sostenerse esta afirmación, pues la minoría de edad plantea varios problemas en relación con el ejercicio de ciertos derechos y en mi opinión requiere de una fundamentación independiente. Por otra parte, nos enfrentamos a la cuestión de la titularidad de los derechos humanos directamente relacionada con la personalidad moral, y que como se planteará en las siguientes páginas no resulta un tema sencillo.

De manera que, tal como dice Sumner, es necesario plantear lo que denomina “criterio de autenticidad” que incluya un componente tanto conceptual como sustantivo, es decir, resolver el problema de la delimitación conceptual y el de la fundamentación, aunque —como se ha dicho ya— sin partir de un prejuicio cuantitativo respecto de la nómina de los derechos, así como de sus titulares, en ninguno de los dos sentidos; es decir, suponer que por ser menos tendrán más valor o afirmar que entre mayor sea el número tendrán mayor fuerza como exigencia. Es por ello necesario plantear un concepto de derechos humanos normativo que permita definir los alcances del término y, en el caso de los niños, que proporcione los elementos necesarios para determinar si éstos pueden ser titulares de los mismos, y si estamos hablando de este tipo de derechos cuando nos referimos a los derechos derivados del proceso de especificación y que son únicamente aplicables a los menores de edad. Para este fin es necesario delimitar también lo que es una persona moral, en el entendido de que es ésta la titular de los derechos morales, y si es posible llegar a un concepto que permita la inclusión de los niños en esta categoría como respuesta a la intuición moral a favor de sus derechos.

## I. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Son muchos los especialistas que han intentado realizar una delimitación conceptual del término derechos humanos, lo que ha dado lugar a una gran cantidad de propuestas teóricas acerca de qué se entiende con esta expresión y cuál es el fundamento que distingue a esta clase especial

de derechos. Desde mi punto de vista, podemos agrupar en tres grandes líneas las explicaciones sobre los derechos humanos, aunque evidentemente cada una presenta múltiples variantes:

- 1) En primer lugar podemos identificar una tendencia que sostiene que no existen más derechos que los establecidos por un ordenamiento jurídico y niega la posibilidad de encontrar un fundamento común a los derechos humanos. Un buen ejemplo de esta postura lo constituye el pensamiento de Bobbio, quien sostiene que el fundamento absoluto de los derechos humanos —entendidos no como derechos positivos sino como derechos racionales— es una ilusión debido a cuatro razones:
  - a) En primer lugar, la expresión es muy vaga y el fundamento de los derechos es una llamada a los valores últimos que, a su juicio, no pueden ser justificados, sino que deben ser asumidos precisamente porque son últimos.
  - b) En segundo lugar, la variabilidad histórica de la clase derechos humanos muestra que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza, sino que son relativos al momento y contexto históricos.
  - c) La clase de los llamados derechos humanos es también heterogénea y en muchas ocasiones se trata de pretensiones incompatibles entre sí, de modo que no se debe hablar de fundamento sino de fundamentos, ya que algunos derechos se ven restringidos por otros.
  - d) No puede hablarse de fundamento absoluto, ya que las generaciones de derechos son antinómicas entre sí, es decir, un tipo de derechos no puede realizarse sin menoscabo de otra clase de derechos. Por ejemplo, los primeros derechos que consisten en “libertades” requieren únicamente obligaciones negativas (abstenciones), mientras que los segundos que son “poderes” precisan necesariamente de acciones positivas y por tanto su desarrollo no puede realizarse paralelamente, pues cuanto más aumentan los primeros más disminuyen los segundos, y viceversa. De modo que dos derechos fundamentales antinómicos no pueden tener un fundamento absoluto (Bobbio 1991, pp. 53-61).

Finalmente, Bobbio cuestiona seriamente la utilidad de encontrar esta justificación común, pues en su opinión éste ha quedado resuelto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de modo que el problema actual de los derechos humanos no es su justificación sino su protección: "...hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948" (Bobbio 1991, p. 64).

- 2) La segunda línea de pensamiento acepta la existencia de un fundamento moral común a los derechos humanos; sin embargo, es requisito esencial para ser considerados como tales su pertenencia a un ordenamiento jurídico positivo. Esta línea de argumentación subraya la eficacia de los derechos, pues de otra manera no pasan de ser simples pretensiones o razones que justifican su reconocimiento jurídico; en otras palabras, únicamente la incorporación a una norma positiva otorga a las pretensiones o razones el estatus de derechos.

Martin, por ejemplo, caracteriza los derechos individuales como formas establecidas de actuar o de ser tratado que entrañan orientaciones normativas de las conductas de otros; es decir, forma parte esencial del concepto no sólo el reconocimiento de los derechos, sino las prácticas de promoción y mantenimiento de los mismos. Cuestiona los derechos humanos como pretensiones moralmente válidas, ya que al derivar de principios morales críticos y concluir en derechos y deberes, excluyen estos elementos —reconocimiento, promoción y mantenimiento— como constitutivos de lo que es un derecho. Para Martin es condición necesaria para la existencia de un deber de una persona hacia otra que éste se encuentre disponible reflexivamente, lo que para el autor significa que pueda surgir del contexto y ser coherente con el conjunto global de creencias morales y otras creencias importantes para las personas, de tal manera que la exclusión del reconocimiento como elemento esencial de los derechos humanos como pretensiones válidas implicaría la obligación de respetar una pretensión aun cuando ésta no se conociera, ya que se asume que la pretensión no necesita haber sido satisfecha ni el deber requiere haber sido reconocido. Pero además del reconocimiento, los derechos humanos requieren prácticas de

promoción y mantenimiento para que funcionen como derechos: "...la diferencia absoluta entre las pretensiones moralmente válidas y los derechos humanos es que los derechos incluyen esas prácticas dentro de su concepto, y las pretensiones no" (Martin 2001, p. 110).

En el mismo sentido, respecto de la necesidad de su transformación en una norma positiva, Peces-Barba (1995) sostiene que el fundamento de los derechos es moral, pero que deben pertenecer a un ordenamiento jurídico para ser eficaces y cumplir con la función que justifica su existencia. Los derechos que él denomina fundamentales constituyen un subsistema dentro del sistema jurídico:<sup>1</sup> "Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica" (Peces-Barba 1995, p. 104).

- 3) Por último, podemos agrupar a quienes sostienen que los derechos humanos son derechos morales, y que precisamente por ser anteriores al Estado tienen como una de sus funciones ser un elemento de legitimidad del mismo. La base de la cual derivan estos derechos ha dado lugar también a dos posturas: cognoscitivistas y no cognoscitivistas. La primera está representada por la tradición iusnaturalista y presupone que la justificación de los derechos se encuentra en una propiedad natural de los seres humanos que es posible conocer. Por el contrario, la línea no cognoscitivistista no presupone la existencia de características inherentes a la naturaleza humana, sino que busca construir un concepto normativo derivado de ciertos principios racionales que sirva como fundamento de los derechos humanos y a partir del cual deriva también la descripción de los titulares de los mismos. En esta segunda tendencia se inscribe el constructivismo moral o ético, desarrollado por Dworkin (1987), Nino (1989), MacCormick (1990), Ruiz Miguel (1990), Vázquez (1999) y Hierro (2000), entre otros, y que desde mi opinión es la única que hace posible sostener un concepto y función significativos de los derechos humanos, como se intentará mostrar a lo largo del presente ca-

<sup>1</sup> Peces-Barba (1995, p. 110) niega que los derechos que no pueden ser incorporados al ordenamiento sean derechos fundamentales, por ejemplo el derecho al trabajo y la desobediencia civil, ya que son imposibles de juridificación.

pítulo. Esta concepción teórica posibilita también desde mi punto de vista construir un fundamento que permita afirmar la existencia de derechos de los niños, aunque con ligeras variantes respecto de los principios concebidos tradicionalmente.

La visión de los derechos humanos vinculada necesariamente a su transformación en una regla de derecho positivo parece ser incompatible con su propio carácter de protectores de los bienes fundamentales para la existencia humana, pues supone sujetarlos al arbitrio de las disposiciones del sistema político.<sup>2</sup> De modo que las dos primeras posturas parecen, desde mi punto de vista, inadecuadas para reflejar la importancia del lenguaje de los derechos humanos de acuerdo con las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la apelación a los valores últimos a los que hace referencia Bobbio no es, como parece suponer el autor, una llamada a elementos metafísicos indemostrables, y su justificación se encuentra precisamente en la adhesión al discurso moral que expone los principios de los cuales, según el constructivismo moral, derivan los derechos humanos. En otras palabras, los valores que sustentan los derechos humanos son asequibles racionalmente y tienen un carácter normativo, de manera que resulta falso que deban asumirse sin condiciones precisamente porque son últimos. La fundamentación de los derechos resulta entonces principalmente procedimental,<sup>3</sup> como bien apunta Hierro: “Alternativamente,

<sup>2</sup> Como han afirmado muchos autores, si se acepta como elemento esencial al concepto de derechos humanos su inclusión en un ordenamiento jurídico positivo, no podría decirse que un régimen totalitario o una dictadura viola derechos humanos si éstos no se encuentran reconocidos por el derecho del Estado. Laporta lo ejemplifica gráficamente: “Y, entonces, a la pregunta ingenua ¿viola el régimen de Pinochet los derechos humanos?, tenemos que contestar: no, porque los chilenos *no tienen* derechos humanos (o no tienen ciertos derechos humanos). ¿Violaba el régimen de Franco los derechos humanos? No, porque hasta 1978 los españoles no tuvieron derechos humanos” (Laporta 1987, p. 74). El mismo Peces-Barba, que niega que puedan desvincularse los derechos fundamentales de su positivación, señala: “Así, cuando se dice en el contexto político de una dictadura que tenemos derecho a reunirnos, o de otra forma, que la reunión y la asociación son un derecho humano, aunque el sistema jurídico de esa dictadura no incorpore como norma positiva un derecho subjetivo o una libertad a reunirse o asociarse” (Peces-Barba 1995, p. 23).

<sup>3</sup> Hierro identifica dos líneas de argumentación que sostienen una justificación de los derechos en la que la cuestión central es procedimental: contractualismo y constructi-

la cuestión procedimental parece convertirse entonces en la cuestión central, es decir, la única posibilidad de reconstruir una fundamentación racional de lo que es bueno o justo porque se deriva de un procedimiento racionalmente correcto de evaluación y decisión” (Hierro 2000b, p. 360).

Este argumento responde también a la objeción de la disponibilidad reflexiva a la que alude Martin, ya que, desde mi punto de vista, si los principios son razonables y racionalmente accesibles, cualquier ser humano puede llegar a ellos y en consecuencia son válidos los derechos y obligaciones derivados de los mismos.

Por otra parte, del texto de Bobbio parece desprenderse una vinculación entre el fundamento común y la caracterización de los derechos como absolutos, aunque opino que esta relación no es necesaria. Efectivamente, los derechos no son absolutos, pues —como ha sostenido Feinberg— si así fuera sería lógicamente imposible un conflicto de derechos, y evidentemente es cierto que los derechos se ven enfrentados entre sí, lo que requiere elegir cuál debe prevalecer aun a costa del sacrificio del otro o de los otros. Sin embargo, se recurre precisamente a razones morales para explicar este tipo de decisiones y generalmente se hace sobre la base de una coherencia con la justificación común; es decir, se alega que un determinado derecho debe predominar, ya que éste es más congruente con una concepción de los derechos humanos en su conjunto. Lo mismo es aplicable para el argumento de la variación histórica, pues ésta no explica tampoco la imposibilidad de un fundamento común, ya que desde la perspectiva del constructivismo moral esto no es incompatible con la aceptación del proceso de evolución que ha llevado al reconocimiento de los derechos. La descalificación basada en la historicidad llevaría a cuestionar la validez misma de los conceptos modernos de Estado o de niño, pues éstos también aparecieron en una época concreta.

Ahora, si lo que niega Bobbio es una oposición a la línea cognoscitivista en el sentido de que ese fundamento deriva de ciertas propiedades naturales, estoy de acuerdo con él, pero ello no constituye un obstáculo para construir un fundamento moral.

El argumento que sostiene que cada derecho tiene un fundamento distinto tampoco parece excluir la posibilidad de encontrar un fundamento

común a los derechos humanos, pues aunque efectivamente cada derecho o tipo de derechos tienen una justificación particular en la medida en que protegen bienes concretos, ésta deriva de la combinación de los principios normativos, pues ese es precisamente el requisito para ser considerado como un derecho de esta clase. En otras palabras, negar el fundamento común a los derechos humanos fuera del ordenamiento positivo implica negar su existencia, pues lo que los caracteriza como tales es precisamente esta justificación común, derivada —como se expone en la continuación— de los principios de autonomía, igualdad y dignidad. No sólo esto, sino que intentaré explicar también que los derechos de los niños comparten esta base y por tanto son derechos humanos.

Precisamente porque es posible construir un fundamento moral común —como se intentará argumentar a lo largo del presente capítulo— los derechos han ido evolucionando en lo que se ha identificado como las generaciones de derechos, ya que las nuevas normas responden a un desarrollo más amplio. Otra cosa es determinar si todas las nuevas generaciones pueden ser consideradas como derechos humanos, pero desde mi punto de vista ese es otro nivel de discusión que sólo será posible precisamente desde la idea de la conceptualización normativa que se propone, pues ésta constituye el elemento que permite identificar qué derechos pertenecen a esta clase.

Por otra parte, la apreciación de Bobbio respecto de que la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos ha quedado zanjada con la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es equivocada, por lo menos en lo que respecta a los niños. En primer término, creo que ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo que respecto de la aplicación del lenguaje de los derechos a los niños no existe un acuerdo generalizado, de modo que es necesario trabajar en la elaboración de una teoría que permita incluirlos. Por otra parte, aun cuando no estuviese en duda la titularidad de los derechos humanos durante la minoría de edad, algunos de los derechos consagrados en la Declaración no son aplicables a los niños, de modo que se vuelve ineludible buscar, más allá del texto de este instrumento, un fundamento común que permita sostener las causas de esta exclusión desde esta misma teoría.

Tampoco podemos obviar el tema de que no existe aún acuerdo generalizado acerca de que realmente todos los derechos de la Declaración sean derechos humanos, pues como se dijo en la primera parte de este

capítulo, existen serias oposiciones a la consideración de los derechos sociales y económicos como miembros de esta categoría, esto sin hablar de las distintas interpretaciones o de los problemas de aplicación de este instrumento. Como señala Nino, el reconocimiento positivo de los derechos humanos no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para definir su alcance y su ausencia no modifica la ilegitimidad de las normas y decisiones que los desconocen.

Finalmente, antes de pasar a la caracterización de los derechos humanos desde el constructivismo ético, es necesario hacer una breve referencia a los problemas relacionados con esta denominación. Como bien señala Peces-Barba, la expresión derechos humanos es la más generalizada para aludir a ciertas pretensiones morales fuertes relacionadas con lo necesario para el desarrollo de una vida digna; sin embargo, varios son los autores que se oponen a su utilización —entre ellos el mismo Peces-Barba—. Alega este autor que el término “derechos humanos” no es la expresión adecuada por ser ambiguo y expresar dos ideas contrarias: una pretensión moral y un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, que se han reflejado en el enfrentamiento entre el punto de vista iusnaturalista y el positivista. Esta situación dificulta “poder elaborar una reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos” (Peces-Barba 1995, p. 24). Peces-Barba se inclina por la utilización de la expresión “derechos fundamentales” por considerarla más precisa y que refleja la doble dimensión moral y positiva de este tipo de derechos.

Por la misma razón por la que Peces-Barba elige el término derechos fundamentales, es por la que en mi opinión parece adecuada la expresión derechos humanos, ya que se acerca más a la idea de éstos como exigencias morales fuertes no sujetas al reconocimiento como normas de derecho positivo. La importancia de los derechos humanos y de su función legitimadora se refleja en el propio uso de la expresión en el lenguaje común, pues su utilización responde a una percepción que podríamos calificar de generalizada, de que constituye “algo” importante para las personas y ello parece acorde con su objetivo. De tal manera que me parece importante hacer una delimitación conceptual que permita definir los contenidos y límites del término, pero conservando esta intuición de constituir exigencias morales y que no es otra cosa que un reflejo de su importancia y toma de conciencia de su papel como elemento indispensable de los Estados democráticos, vinculado también a otros valores como la libertad, la igualdad, la dignidad, la solidaridad, etcétera.

La solución a la vaguedad de la expresión que pone de manifiesto Bobbio —y con ello respondo a la primera observación del autor— no es, como pretende, renunciar a la construcción de un fundamento común, sino realizar una tarea de delimitación conceptual que sea a la vez, como dice Nino, descriptiva y estipulativa, es decir, que constituya un acuerdo sobre lo que debe significar la expresión, pero basada en los elementos que se reflejan en el uso de la misma. Esta labor debe llevarse a cabo, según Nino, comenzando por una caracterización provisoria con rasgos que se suponen teóricamente relevantes *a priori* para ir perfilando el concepto, incorporando, de ser necesario, propiedades teóricamente importantes o excluyendo las que no son significativas (Nino 1989, p. 13).

### *Los derechos humanos como derechos subjetivos morales*

#### *A. Los derechos humanos como derechos subjetivos*

El primer atributo de la caracterización de derechos humanos que se pretende sostener es que éstos pertenecen a la clase “derechos subjetivos”. Esta afirmación tiene una gran importancia, pues significa reconocer su carácter de derechos, en contra de las opiniones que han pretendido reducirlos a principios, criterios o pretensiones ideales (Hierro 2000b, pp. 355 y 356). De acuerdo con la construcción teórica del capítulo precedente, esto quiere decir que se trata de pretensiones, libertades, potestades o inmunidades, frente a los cuales existen obligaciones, no pretensiones, sujeciones o incompetencias, respectivamente, tanto de los demás individuos como del Estado, que tienen su origen en los intereses de las personas. Este tipo de derechos subjetivos está vinculado también a una pretensión especial frente al Estado para que éste garantice estas posiciones, de la cual deriva su función legitimadora de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos.

Ruiz Miguel distingue dos causas que explican la negativa a considerar los derechos humanos como derechos, aunque aclara que a menudo éstas aparecen juntas: la primera de ellas es más bien de carácter formal y deriva de una identificación entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo; según esta postura, existe un vínculo entre la idea de tener un derecho con la posibilidad de su cumplimiento coactivo, es decir, que para tener un derecho forzosamente debe existir un poder para hacerlo efecti-

vo, especialmente por medio de su reclamación ante los tribunales. La segunda causa, referida sobre todo a algunos aspectos de contenido, supe-dita la existencia del derecho a su reconocimiento convencional, no ne-cesariamente dentro de un sistema jurídico positivo, aunque sí dentro de un sistema de normas socialmente vigentes (Ruiz Miguel 1990, p. 156).

La utilización del término “derecho” refleja la fuerza de estas exigen-cias éticas como posiciones jurídicas del titular con un deber análogo, y tal como apunta Ruiz Miguel, el calificativo “moral” permite distinguir los rasgos que le son característicos y que lo distinguen de un derecho jurídico, sin perder su carácter de correlatos de obligaciones morales y su pertenencia a un sistema normativo. La utilización del término *derechos* para referirnos a los derechos morales no implica entonces la confusión entre ambos conjuntos de normas ni implica la pérdida de precisión del concepto. Por otra parte, tal como han argumentado muchos autores, la reducción de los derechos a las normas de derecho positivo resta fuerza a las demandas morales legítimas cuando éstas no se encuentran incorpo-radas a un sistema jurídico. Para Ruiz Miguel esto puede ser causa de con-fusión entre la fuerza prescriptiva de una proposición y la eficacia de la misma, y los derechos humanos no pueden estar sujetos a su eficacia, si-no a su fuerza moral:

De modo paralelo, el valor y la fuerza de los derechos humanos no depen-de de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral. Si esa justificación e intensidad son fuertes, hasta el punto de dar lugar a obligaciones morales correlativas, los derechos humanos son justamente derechos *morales*, es decir, merecen un contenido que podría resultar in-fravalorado por la sobrevaloración de lo jurídico, implícita en las versiones del positivismo jurídico que he considerado (Ruiz Miguel 1990, p. 158).

El segundo motivo de oposición niega la existencia de normas fuera de los ordenamientos positivos, por lo que hace depender la posesión de un derecho del reconocimiento por parte de una regla socialmente vigen-te: la argumentación de esta postura sostiene que las reglas ajenas a un ordenamiento adolecen de inconcreción, indeterminabilidad y arbitrariedad, por lo que no pueden ser consideradas como derechos, de modo que los derechos morales sin vigencia social se reducen a criterios, principios o paradigmas, demandas inespecíficas con una exigibilidad débil. Señala Ruiz Miguel que esta aproximación crítica se dirige contra dos rasgos

polémicos de los derechos humanos: su exigibilidad, ya que no permiten justificar obligaciones correlativas, y su carácter individualista:

...en suma, no habría derechos *humanos* porque el punto focal de referencia moral no procede de los hombres tomados como individuos, sino, en el utilitarismo, del bienestar de todos y cada uno de los asociados, o, en el comunitarismo, de determinadas agrupaciones humanas especialmente cohesionadas —las comunidades, justamente—, tomadas en su conjunto (Ruiz Miguel 1990, p. 159).

El carácter individualizado de los derechos, en contra de la postura comunitarista que engloba los derechos de las personas en los derechos de los grupos sociales, es especialmente importante en el caso de los niños, pues el reconocimiento de los derechos humanos como exigencias individualizadas vinculadas a su consideración como personas morales, hace posible diferenciar su papel como titular de derechos del ámbito de protección legal de la familia. Esta postura, en la que tiene origen en buena medida la negativa a reconocer derechos a los niños al suponer que entraban dentro del perímetro de inmunidad de la familia y se encontraban por tanto supeditados a la autoridad paterna, es aún sostenida por muchos autores, especialmente los que defienden una postura comunitarista: John O'Neill se opone a la visión de los niños como titulares de derechos por estar vinculada a la concepción contractualista liberal de la sociedad, alegando que el sistema de derechos de los niños es incompatible con los derechos de la familia<sup>4</sup> (John O'Neill 1994, p. 64). Esta postura ignora que los derechos de los niños no son siempre afines con los del grupo familiar, pues, desde una óptica utilitarista, de ser así quedaría justificado el sacrificio de algún interés del hijo por el bienestar de la comunidad en su conjunto; los ejemplos sobran: el trabajo infantil para contribuir al ingreso familiar, el sacrificio de la educación formal a las niñas para privilegiar a los hijos varones, el matrimonio infantil concertado y múltiples casos que se producen cotidianamente en el mundo. No

<sup>4</sup> “The two systems of rights are unlikely to be mutually coherent. Currently, there are attempts (Holt 1974; Franklin 1986) to define children’s rights on the liberal model of individual rights exercised by potentially autonomous agents —despite the reality of children’s dependency. Thus the necessity of recognising parent/guardian’s rights/duties means that family rights cannot be wholly reduced either to women’s or children’s rights” (J. O’Neill 1994, p. 64).

pretendo sostener que la solución a estos problemas sea fácil ni evidente; no obstante, creo que la postura que pretende defender los derechos de la familia sobre los de sus integrantes, sobre todo los pequeños, es muy peligrosa. Por otra parte, se corre el riesgo también de ignorar que en ocasiones los padres no son los garantes de los intereses de sus hijos, y no solamente por una cuestión de conflicto de intereses, sino motivado muchas veces por incapacidad para cubrir las necesidades de los niños, lo que se manifiesta principalmente en las prácticas de maltrato infantil.<sup>5</sup>

### B. *El carácter moral de los derechos humanos*

La segunda propiedad particular de los derechos humanos es su carácter moral. Al hablar de derechos morales se pueden significar varias cosas. En primer lugar, se utiliza el adjetivo “moral” como opuesto a “jurídico”, es decir, marca la distinción respecto de los derechos jurídicos.<sup>6</sup> Pero este calificativo indica también algo vinculado directamente con la justificación de los derechos, es decir, su origen o fundamento, ya que quiere decir que derivan de una norma o razón moral y parece que su característica moralmente definitoria es la exigencia moral de que sean jurídicamente protegidos (Hierro 2000b, p. 357). El adjetivo moral indica que son anteriores al Estado por ser pretensiones derivadas de principios éticos, y es por ello que constituyen una prueba de legitimidad. Sumner sostiene que la fuerza normativa de los derechos morales no depende de su reconocimiento convencional, es decir, que los derechos morales son justificados moralmente:

<sup>5</sup> Se ha dicho ya que el término maltrato infantil es muy amplio e incluye cualquier situación de no satisfacción de las necesidades de los niños; sin embargo, yo me refiero en este caso a una concepción más extendida de maltrato que implica un ataque directo contra el hijo: golpes, insultos, abandono físico y afectivo, etcétera.

<sup>6</sup> El término “derechos jurídicos” puede parecer confuso, debido a que en castellano utilizamos la misma palabra para designar el derecho objetivo y el derecho subjetivo: “Pero esa es una circunstancia accidental, como lo muestra el que en inglés se utilicen palabras por completo diferentes para aludir a uno y otro fenómeno: *law* para hablar de derecho en sentido objetivo y *rights* para aludir a los derechos en sentido subjetivo, distinguiéndose después dentro de estos últimos entre *legal rights* y *moral rights*” (Ruiz Miguel 1990, p. 150). Una de las razones que alega Peces-Barba en contra de la expresión derechos morales es precisamente ésta, pues opina que: “Es una terminología reciente, ajena a la cultura jurídica continental, de origen académico, procedente de la anglosajona con un uso del término “right” más libre y autónomo de “law”, que los sinónimos de las lenguas continentales lo están de términos como derecho...” (Peces-Barba 1995, p. 34).

In all of these respects the normative force of a moral right is different. That force does not depend on recognition or acknowledgement of the rights within any conventional rule system or by the members of any institution or association... It is this independence of conventional recognition which enables moral rights to set standards of justice for the design of conventional rule systems (Sumner 1990, p. 91).

Para Fernández, el término *derechos morales* expresa la síntesis entre los derechos humanos como exigencias éticas y como derechos jurídicos:

Con el término “derechos morales” pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo “morales” aplicado a “derechos” representa tanto la idea de fundamentación ética, como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos (Fernández 1982, p. 99).

Sin embargo, quienes se oponen a considerar como derechos a las normas que no pertenecen a un sistema jurídico, sostienen que el término moral ha venido a sustituir lo que antes era considerado “natural” para encubrir una fundamentación iusnaturalista de los derechos (Martin 2001,<sup>7</sup> Peces-Barba 1995,<sup>8</sup> Pérez Luño 1987,<sup>9</sup> Sumner 1990).<sup>10</sup> Ante esta obje-

<sup>7</sup> “En este contexto, el vocablo «moral» parece estar cumpliendo en gran parte la misma función que cumplía el vocablo «natural» con la ventaja de no confinar a la persona al criterio de que las normas referidas a los derechos humanos son de alguna manera inherentes a la naturaleza humana o al universo” (Martin 2001, p. 96).

<sup>8</sup> Peces-Barba se opone a la utilización del término derechos morales, alegando que es difícil diferenciarlo del de derechos naturales: “Tengo la impresión de que tampoco estamos ante la expresión ideal que integre toda la compleja textura de los derechos y que nos conduzca a su comprensión integral. Al menos las siguientes razones abonan esta opinión: a) es difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales...” (Peces-Barba 1995, p. 34).

<sup>9</sup> “...La teoría iusnaturalista históricamente supuso un término para dar cuenta de la intersección entre el derecho y la moral. De ahí, que, a mi entender, la teoría de los derechos morales supone una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de los derechos humanos, tal como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica naturalista” (Pérez Luño 1987, p. 52).

<sup>10</sup> Sumner no objeta la existencia de derechos morales, simplemente señala las características que una teoría de los derechos morales debe tener para ser una teoría de los de-

ción, los autores que defienden que los derechos morales son posiciones normativas han respondido —como ya se mencionó en la primera sección de este capítulo— argumentando que su justificación deriva de la validez del procedimiento, es decir: la validez está dada por la racionalidad de la argumentación, a diferencia de la fundamentación iusnaturalista, que pretende desprender de características naturales de los titulares la existencia de los derechos.

En esta línea, Nino señala que cuando hablamos de derechos humanos en los contextos en que se están cuestionando leyes, instituciones, medidas o acciones, se entiende que aludimos a derechos distintos de las normas positivas: “Se reclama el respeto a los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque no los reconocen” (Nino 1989, p. 15). La disputa entre el positivismo conceptual y el iusnaturalismo<sup>11</sup> se supera renunciando a cualquier pretensión

rechos naturales: “As a rough initial approximation we may say that a moral theory is a natural rights theory just in case (1) it contains some moral rights, which (2) it ties to the possession of some natural property, and which it treats as both (3) basic and (4) objective” (Sumner 1990, p. 95).

<sup>11</sup> Nino señala que la disputa entre el positivismo conceptual y el iusnaturalismo se puede reducir a una mera disputa verbal distinguiendo entre las dos tesis que defiende el iusnaturalismo: “a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios aludidos en el punto anterior” (Nino 1989, p. 16). El positivismo conceptual se opone únicamente a la tesis *b*, mientras que respecto de la tesis *a* se sostienen posturas diversas. La controversia sobre la tesis *b* es una mera “*disputa verbal* y su significación desaparece no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un *único* concepto de derecho” (Nino 1989 p. 16). Si se acepta que puede coexistir un concepto *normativo* con un concepto *descriptivo* de las normas, la discusión de fondo se desvanece.

Bulygin, sin embargo, no está de acuerdo con esta percepción de Nino acerca de las diferencias entre iusnaturalismo y positivismo: “La conveniencia de la definición del positivismo propuesta por Nino resulta dudosa, pues la mayoría de los autores de cuño positivista consideran que su posición es incompatible con la creencia en la existencia de un derecho natural” (Bulygin 1987, p. 82).

Fernández sostiene también que la consideración de los derechos humanos fundamentales como derechos morales —entendidos como resultado de la doble vertiente ética y jurídica— posibilita superar la polémica entre iusnaturalismo y positivismo: “En relación con la fundamentación iusnaturalista, porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial

de que los principios relacionados con los derechos humanos sean cognoscibles:

La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión “derechos humanos” *existan* o sean *cognoscibles*. Es importante distinguir aquí una tesis *semántica* de una tesis *ontológica* y de una tesis *epistemológica*: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales (Nino 1989, p. 19).

Pérez Luño critica también esta postura teórica —especialmente la de Laporta— y ubica este concepto de derechos humanos dentro de la teoría iusnaturalista por considerarlo como “bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para ser protegidos normativamente” (Pérez Luño 1987, p. 52), ya que implica que la positivación de los derechos es un acto declarativo y no constitutivo. Laporta responde sosteniendo la falsedad de esta afirmación, y alega que “la validez de los enunciados se determina por argumentación racional, teórica y práctica” (Laporta 1987, p. 75). Hierro se opone también a la postura cognoscitivista, es decir, niega la pretensión de que los juicios de valor puedan expresar conocimientos, añadiendo también que la validez está determinada por la racionalidad de la fundamentación (Hierro 2000b, p. 360).

Íntimamente relacionada con la objeción naturalista, se ha criticado la utilización del concepto derechos morales por la confusión que, según algunos autores, provoca entre los ámbitos del derecho y la moral. Se dice que el afirmar la existencia de derechos morales puede suponer establecer una relación de necesidad entre derecho y moral. Las respuestas se han dirigido a mostrar que el concepto no supone la confusión de los dos sistemas, pues cada tipo de derechos está ubicado en el plano que le corresponde, aunque sin negar que pueden existir, y de hecho existen, derechos que son tanto morales como jurídicos. Laporta habla de la distinción entre los dos órdenes: moral y jurídico, lo que no implica asumir

importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de su reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo jurídico porque defiende la existencia de los derechos humanos aun en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico” (Fernández 1982, pp. 99 y 100).

la postura iusnaturalista del dualismo.<sup>12</sup> Ruiz Miguel subraya precisamente que la expresión derechos morales ayuda a trazar la distinción entre estos dos ámbitos, al suponer que pueden no ser coincidentes:

...utilizar la expresión “derechos morales” no supone confundir ni relacionar de forma necesaria, derecho y moral. Todo lo contrario, supone que el derecho puede no coincidir con la moral, precisamente por violar o no reconocer algunos derechos básicos, y que debería hacerlo. Lo único que estas ideas exigen en este punto es considerar a la moral como criterio superior de justificación y/o crítica del derecho (Ruiz Miguel 1990, p. 151).

Nino marca también la distinción entre los dos órdenes cuando habla de lo que denomina juicios de “adhesión normativa” de los jueces, que consisten en juicios valorativos inferidos de principios morales que prescriben obedecer al derecho y se producen cuando éstos se apoyan en normas jurídicas. Es decir, distingue entre el ámbito positivo al cual pertenecen las reglas a las que los jueces aluden en su resolución, y el plano moral que contiene los principios de ética normativa que ordenan aplicar esas normas positivas. Se trata en todo caso de dos campos bien diferenciados, aunque las normas de derecho positivo deben hacerse coincidir con los derechos humanos derivados de los principios válidos. Por otra parte, aclara el autor que el reconocimiento positivo de los derechos humanos no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para definir su alcance, y su ausencia no modifica la ilegitimidad de las normas y decisiones que los desconocen (Nino 1989, pp. 23-25).

### *C. Los derechos subjetivos morales que son derechos humanos*

Una vez expuestas las razones por las cuales los derechos humanos son derechos subjetivos morales, es necesario establecer los rasgos distintivos, es decir, los criterios que determinarán la pertenencia a esta especie de derechos. Evidentemente, no todos los derechos morales son de-

<sup>12</sup> “Cuando Kelsen critica al iusnaturalismo como «dualismo en la teoría del derecho», lo que niega es que lo *jurídico* se presente en la realidad en dos manifestaciones distintas: lo *jurídico*-natural y lo *jurídico*-positivo. Pero no niega que por un lado se dé un orden jurídico y por otro una moralidad, y no niega, por cierto, tampoco, que por un lado haya «derechos jurídicos» y por otro «derechos morales». Esa es mi posición” (Laporta 1987, p. 73).

rechos humanos, pues existen múltiples obligaciones y derechos que no pertenecen a esta categoría, como podría ser el derecho moral al cumplimiento de una promesa o la obligación de ser leal a un amigo. Por otra parte, como dice Dworkin (1987, p. 192), tampoco todos los derechos constitucionales representan derechos morales contra el Estado, sino únicamente aquellos que se consideran fundamentales en sentido fuerte. Esto nos lleva a preguntar ¿qué caracteriza a los derechos morales que son derechos humanos?

Son muchos los autores que han propuesto los rasgos que han de caracterizar a un derecho subjetivo moral para pertenecer a la especie de los derechos humanos; sin embargo, utilizaré como referencia la clasificación de Ruiz Miguel, quien identifica tres rasgos conceptuales que se presuponen en el concepto de derechos humanos, aunque complementada con un rasgo propuesto por Nino:

A mi modo de ver, cuando se postula la existencia de los derechos humanos (o de algún derecho humano) se presuponen, por lo menos, tres rasgos conceptuales: que los derechos humanos son *a)* exigencias éticas justificadas, *b)* especialmente importantes, y *c)* que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico (Ruiz Miguel 1990, p. 152).

...La clase de sus beneficiarios está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos o extenderse más allá de la especie humana (Nino 1989, p. 41).

#### *a.* Exigencias éticas justificadas

Para Ruiz Miguel, el rasgo de los derechos como exigencias éticas justificadas se vincula directamente con la tesis de la correlatividad, pues —afirma— no tiene sentido atribuir a alguien un derecho si no recae sobre alguien más la obligación de respetar el contenido del mismo, aunque aclara que esta correlatividad es unidireccional, en el sentido de que no puede haber derechos sin deberes correlativos, pero sí a la inversa.<sup>13</sup>

La idea de exigencia ética parece hacer referencia también al origen de los derechos que tiene que ver con los intereses de las personas, los ti-

<sup>13</sup> La correlatividad que Ruiz Miguel llama unidireccional, se identificó como correlatividad débil en el capítulo tercero.

tulares de los derechos; en Laporta y Nino aparece la idea de *bienes*, “posiciones, situaciones, estados de cosas o aspectos de ciertos individuos” (Laporta 1987, p. 30). Así queda de manifiesto también en MacCormick, quien al hablar de los derechos de los niños subraya la distinción entre decir que alguien “debería” ser tratado de alguna manera y que alguien “tiene derecho” a ello. La fuerza de los derechos como exigencias se manifiesta precisamente en esta diferenciación, pues el *tener un derecho* significa que no existe una justificación ulterior —y por tanto implica la imposición de la obligación de la conducta correspondiente en alguien más, ya sea que ésta consista en una acción o en un no impedimento—, mientras que la afirmación *debería* puede hacer referencia a un objetivo superior, es decir, no constituye un fin en sí mismo (MacCormick 1990, pp. 132 y 133).

Por otra parte, el calificativo justificadas sirve por una parte para explicar la imposición de obligaciones, pero también sugiere que esta justificación deriva de una argumentación racional a partir de ciertos principios morales que sirven como fundamento de estas exigencias y están relacionados con los otros rasgos característicos de los derechos humanos.

### b. Especialmente importantes

La importancia de las exigencias que constituyen los derechos humanos se vincula directamente con su valor para el titular; no basta con que sean exigencias éticas justificadas, sino que deben ser de un *cierto tipo*. En palabras de Nino, versan sobre bienes que —normalmente— son de fundamental importancia para el titular y de ahí deriva su fuerza. Este rasgo se encuentra presente también en la caracterización de derechos de MacCormick, quien señala que al atribuir un derecho a un cierto trato a los miembros de una clase se presupone que este trato “es, en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros” de la clase y que “es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o rehusarlo” a cualquiera de los miembros (MacCormick 1990, p. 133).

Para Hierro, la importancia de los derechos reside en que son condiciones necesarias para desenvolverse como agente moral: “...en segundo lugar, tampoco son todas las posiciones que jurídicamente pueden instrumentarse como derechos subjetivos sino sólo aquellas que tienen una cierta característica moral, a saber: que son condición necesaria para que

una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado” (Hierro 2000b, pp. 357 y 358). Mientras que para otros autores, como Dworkin, Peces-Barba y Fernández, se vincula directamente con la idea de dignidad humana, siendo los derechos humanos la única manera en que ésta puede estar reconocida; es decir, al mismo tiempo derivan de la dignidad del hombre y son el único medio para hacer factible la realización de la misma en la sociedad.

En mi opinión, la importancia de los intereses que constituyen los derechos humanos está vinculada con el hecho de que los mismos tienen su origen en las necesidades humanas, entendidas en el sentido expuesto en el capítulo segundo. Estas necesidades constituyen los bienes mínimos indispensables para que cualquier ser humano pueda desenvolverse y desarrollarse en la sociedad. Este criterio nos permite identificar los intereses que —según la teoría del mismo nombre— constituyen el contenido de los derechos y al mismo tiempo permite justificar su carácter de exigencias, pues resultan indispensables para cualquier ser humano.

c. Que deben ser protegidas eficazmente, en particular  
a través del aparato jurídico

Peces-Barba, como ya se ha dicho, también considera la capacidad de ser incorporable a una norma jurídica como elemento conceptual de los derechos humanos, aunque ello se debe lógicamente a que no acepta la existencia de derechos morales sin la positivación; pero aun quienes sostienen los derechos humanos como derechos morales, establecen como requisito para ser considerado como tal el que pueda ser instrumentado en una regla positiva.

Este rasgo impone al mismo tiempo una restricción al concepto y alude a una de sus funciones esenciales, pues, por una parte, para que un interés, posición, estado de cosas, etcétera, pueda ser un derecho humano debe ser posible instrumentarse como derecho subjetivo, de manera que queda excluido todo aquello que, aun siendo valioso para el ser humano, no es susceptible de ser recogido como tal. Por otra parte, mediante este rasgo se establece también una exigencia, una pretensión de que el ordenamiento jurídico los proteja y de ahí su carácter legitimador, ya que ello deriva, como apunta Ruiz Miguel, de los dos rasgos anteriores: que son exigencias éticas justificadas, especialmente importantes. Al respecto, Hierro dice:

En primer lugar, lo que debemos entender por “derechos humanos” no son todos los deseos, intereses o necesidades relevantes de un agente humano, sino sólo aquellos deseos, intereses o necesidades que pueden instrumentarse normativamente como derechos subjetivos, esto es, como libertades, pretensiones, inmunidades o potestades, lo que excluye, por ejemplo, cualquier pretensión imposible de satisfacer (Hierro 2000b, p. 357).

*d. La clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres*

A pesar de que la caracterización de Ruiz Miguel se limita a tres rasgos, me parece importante añadir uno más, propuesto por Nino, y que se refiere precisamente a la clase a la cual va dirigida este tipo de derechos, compuesta por “todos los hombres y nada más que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos o extenderse más allá de la especie humana” (Nino 1989, p. 41). Este rasgo indica, por una parte, que los titulares son los hombres como individuos, es decir, que los derechos humanos son individualizados, en el sentido de que constituyen limitaciones a la persecución de objetivos socialmente valiosos que prevalecen aun si la mayoría estaría mejor si se limitasen. No son exigencias que se atribuyen a los hombres como colectividad, sino que cada uno de los miembros de la clase es titular de ese derecho. Por otra parte, esta caracterización nos conduce también directamente a la cuestión de los destinatarios de los derechos humanos, pues desde la perspectiva constructivista ésta no puede derivarse de una propiedad natural, sino que debe ser el resultado de un concepto normativo que determina los rasgos de la persona moral que será titular de los derechos. La delimitación de la clase de beneficiarios de los derechos humanos es una tarea complicada, pues implica construir un concepto que incluya a todos los que poseen las características de la persona moral y sea lo suficientemente exacto para excluir a otros candidatos a la titularidad. Este aspecto resulta especialmente importante, pues el problema de los derechos de los niños tiene en esta característica una cuestión conflictiva, ya que se cuestiona su pertenencia a esa clase que es titular de derechos. De modo que en el siguiente apartado se abordará el tema de la personalidad moral desde la perspectiva teórica del constructivismo ético.

Sin embargo, antes de pasar al siguiente tema, me parece importante realizar una distinción que resulta especialmente útil para arrojar luz en

el análisis de los derechos de los niños y que consiste en la diferenciación entre los derechos humanos y los derechos instrumentales. En uno de los extremos teóricos se encuentra la concepción de Laporta (1987), que considera a los derechos como títulos. Laporta señala que la utilización actual del lenguaje de los derechos, especialmente la clasificación de Hohfeld, confunde los derechos con las técnicas de protección de los mismos, ya que los derechos son los títulos que subyacen a las técnicas de protección que serían las pretensiones, poderes normativos, inmunidades o libertades.

A pesar de que la distinción entre los derechos y los medios para protegerlos es importante, no comparto la tesis de Laporta. Tal como se ha argumentado, los derechos humanos son una especie del género derechos subjetivos, y como tales consisten en posiciones normativas; de otra manera parecerían quedar reducidos a principios, perdiendo así el carácter de derechos. Uno de los argumentos para descalificar a la teoría de la voluntad es precisamente que confunde estos dos tipos de posiciones, identificando como elemento constitutivo de cualquier derecho básico el poder para hacerlo efectivo. MacCormick, por ejemplo, diferencia los derechos de las medidas reparadoras, que tienen como función precisamente servir como garantes de los derechos, resarciendo el daño en caso de incumplimiento: “Lejos de que las medidas reparadoras sean constitutivas de un derecho, el hecho es, por el contrario, que el reconocimiento del derecho justifica la imposición de la medida reparadora” (MacCormick 1990, p. 132).<sup>14</sup> Campbell (1995), al defender la idea de derechos morales para los niños como fundamento para los derechos positivos, identifica los “derechos intrínsecos” (*intrinsic rights*) y “derechos extrínsecos” o “instrumentales” (*instrumental rights*) de acuerdo con su justificación, ya que la de los primeros no depende de su papel como garante de otro objetivo y, por tanto, proporcionan razones para construir las estructuras institucionales y son lógicamente anteriores en el proceso de razonamiento legal. El debate en relación con los derechos de los niños está en la titularidad de derechos intrínsecos, ya que los derechos instrumentales pueden recaer en otras personas (por ejemplo los padres), sin que esto signifique que no son detentadores de derechos básicos. A la vez, Camp-

<sup>14</sup> Incluso podemos decir que uno de los derechos humanos es el derecho a la garantía y protección legal y jurisdiccional de los derechos de manera genérica, y de ahí derivan los derechos instrumentales destinados a hacer eficaces los derechos humanos.

bell divide en dos tipos los derechos instrumentales: aquellos que aseguran derechos intrínsecos, a los que denomina “derechos de implementación” (*implementation rights*) y los que aseguran un remedio contra la violación de un derecho intrínseco o de otro tipo, a los que llama “derechos remediales” (*remedial rights*). La falta de este último tipo de derechos se ha utilizado para negar derechos a los niños, ya que no pueden por sí mismos recurrir a ellos para reparar las violaciones a sus derechos; sin embargo, alega Campbell que es precisamente porque los niños tienen derechos intrínsecos que alguien más puede recurrir a los remediales en su nombre (Campbell 1995, pp. 9-12).<sup>15</sup>

De modo preliminar podemos citar la definición de derechos humanos propuesta por Hierro, ya que recoge los elementos expuestos hasta ahora: “(1) Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pre-tensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico” (Hierro 2000b, p. 359).

## II. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS Y LA PERSONALIDAD MORAL: EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO

Como creo que pone de manifiesto la situación de los niños, el tema de la personalidad moral como condición para ser titular de derechos morales es uno de los más complejos y que más debate ha suscitado en relación con los derechos humanos. Se ha visto que algunos autores no aceptan la titularidad de derechos en los niños y que recurren a otros mecanismos para garantizar la protección que requieren para su desarrollo;

<sup>15</sup> Esta distinción está presente en las teorías de otros autores; por ejemplo, Alexy distingue entre (1) enunciados sobre razones para derechos: “G es «una necesidad que está inevitablemente impuesta por la naturaleza animal del hombre»”; (2) enunciados sobre protección de derechos: “A puede reclamar la violación de su derecho a G a través de la demanda”, y (3) enunciados sobre derechos: “A tiene derecho a G” (Alexy 2002, p. 181). Nino, a su vez, al hablar de los derechos que están sujetos a ciertas condiciones: “hay candidatos serios a derechos humanos, como el derecho a la asistencia médica adecuada o a jubilación por vejez, que están condicionados por circunstancias positivas que se adicionan a la mera pertenencia a la especie humana, como las de estar enfermo o ser viejo... son sólo casos especiales o *instrumentales* respecto de derechos más fundamentales y genéricos que parecen presentar el rasgo que estamos analizando” (Nino 1989, pp. 41 y 42).

sin embargo, creo que esto contradice una intuición moral importante para el concepto de derechos humanos y que consiste en lo que se identificó como uno de los rasgos distintivos: que la clase de sus beneficiarios está compuesta por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres, independientemente de su edad. Esta característica, lejos de ser evidente, crea una serie de interrogantes, pues se refiere a las cualidades que se requieren para acceder a la titularidad de estos derechos. La función legitimadora que se pretende asignar a los derechos humanos esta íntimamente relacionada con este atributo, pues su adscripción a todos los hombres excluye la posibilidad de establecer otras subclases o nuevos requisitos para acceder a ellos, o sujetarlos a apreciaciones subjetivas u otras condiciones de los sistemas políticos. Pero, ¿qué significa ser hombre?, ¿cuáles son las características que definen a esta clase?

Por otra parte, como bien señala Nino, la presunción de que todos los hombres poseen un título igual a los derechos humanos supone que esta propiedad —ser hombre— se tiene en igual grado, de modo que si el concepto de hombre se basa en ciertas propiedades morales nos enfrentamos al problema de la gradualidad (ya que, por ejemplo, no todos los hombres son igualmente racionales o autónomos); de igual manera, la utilización de ciertos rasgos biológicos como criterio queda descartada, ya que éstos se encuentran desvinculados de los derechos humanos (Nino 1989, p. 43). En consecuencia, es necesario encontrar una forma que permita caracterizar a la clase a la que se atribuyen los derechos humanos, salvando los obstáculos mencionados.

Desde mi punto de vista, el constructivismo moral<sup>16</sup> parece constituir una buena alternativa para la definición del concepto de derechos humanos y la precisión de los miembros de la clase de sus beneficiarios. Esta propuesta teórica plantea encontrar unos principios normativos que fundamenten los derechos humanos a través de una aceptabilidad hipotética a la que se llega mediante la discusión moral, tal como lo explica Vázquez:

...la aceptación de las premisas normativas a través de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad

<sup>16</sup> Fue Rawls uno de los primeros teóricos en proponer el constructivismo como vía para la justificación a través del consenso y a quien se debe el nombre de este enfoque particular.

y de la imparcialidad. Las premisas obtenidas, que se apoyan también en condiciones empíricas, deben ser aceptadas sin justificación ulterior. Pero, en tanto fruto de un acuerdo discursivo moral, siempre podrán ser racionalmente cuestionables, por lo que los principios morales tendrán, entonces, una validez *prima facie* y no absoluta (Vázquez 1999, pp. 34 y 35).

El constructivismo basa la validez de los juicios morales en el consenso, sin embargo, no es el acuerdo el que da validez a los principios en sí mismo, sino la adhesión a los juicios derivados de la discusión como expresión de la racionalidad de los mismos, ya que —tal como señala Nino— los juicios de la moral social proceden de la formulación de principios que pretenden dar cuenta de una moral crítica o ideal. En otras palabras, la práctica del discurso tiene un valor epistemológico y el acuerdo al que se llega mediante la discusión opera como garante de la racionalidad de los argumentos de los cuales derivan los principios. En este sentido, el constructivismo moral se diferencia claramente de otras teorías basadas en el consenso pero que niegan la posibilidad de una moral crítica y defienden por tanto una posición relativista en la que la validez está dada por los pactos como manifestación de la apreciación subjetiva de los miembros de las distintas comunidades humanas. Esta postura parece ser incompatible con un concepto de derechos humanos como el que se ha intentado perfilar hasta este momento, y evidentemente con la pretensión de una titularidad universal. Por otra parte, el constructivismo se opone también a una visión absolutista de la ética desde la cual existen verdades absolutas independientes de cualquier argumentación o razonamiento y no se concede valor a la discusión social. El discurso moral, como procedimiento dialógico, permite establecer los criterios morales que sirvan como principios normativos justificados racionalmente para derivar los derechos humanos, pero que nunca se asumen como definitivos sino abiertos al diálogo y a la argumentación. Evidentemente, la práctica misma de esta discusión social presupone ciertas características de sus participantes que permitirán a su vez la formulación de los principios éticos.

Es así como el discurso moral consiste en una técnica que se desarrolla conforme a ciertas reglas implícitas que determinan qué razones para actuar son válidas, cuyo objetivo es lograr la aceptación libre de ciertos principios y actitudes con el fin de reducir conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso. Por ello, evidentemente los argumentos que

apelan a la obediencia dogmática de autoridades, a amenazas o daños, así como beneficios, engaño o cualquier condicionamiento, están excluidos por ser contrarios a su valor como método. De acuerdo con esta propuesta, los derechos humanos derivarían de los principios obtenidos mediante el discurso moral y su validez estaría determinada por la racionalidad de la argumentación. La imparcialidad de los mismos estaría dada por el procedimiento y la aceptación de las razones aducidas.

Por otra parte, como señala Vázquez, el discurso moral “parte del reconocimiento objetivo y de la necesidad práctica de superar las limitaciones del ser humano, fijando lo que Ruth Zimmerling ha llamado el «límite inferior» de la moral” (Vázquez 1999, p. 36). Para fijar este límite inferior propone utilizar una teoría de las necesidades básicas para estructurar adecuadamente las circunstancias del ser humano: “Pienso, en este punto, que la estructuración adecuada de las circunstancias del ser humano, tanto objetivas como subjetivas, para fijar el límite inferior de la moral, se debe realizar a través de una teoría de las necesidades básicas como criterio básico y universal” (Vázquez 1999, p. 36).

Así, las necesidades básicas se configuran como contenido de los intereses fundamentales, ya que sin ellas sería imposible la vida humana. El presupuesto de la moral (y requisito indispensable para que se pueda dar el discurso moral, por supuesto) es precisamente la existencia de ciertas cosas o estados de cosas que son valiosos para todos los seres humanos, por ser condiciones de posibilidad de la supervivencia. Una teoría de las necesidades humanas básicas permite establecer una base mínima para lograr el objetivo de resolución de conflictos y cooperación que constituye la finalidad de la práctica social de la discusión moral.

De esta manera, los derechos humanos derivarían de la combinación de una serie de principios obtenidos mediante esta práctica del discurso moral, y a su vez, tal como propone Nino, las características de la personalidad moral estarían delimitadas por estos principios de cuya combinación derivan los derechos humanos. Así, el concepto de persona moral como titular de derechos es un concepto normativo y no derivado de propiedades fácticas. El autor propone llevar a cabo un cambio en la estrategia filosófica y en primer lugar determinar los principios morales de los cuales derivan los derechos humanos, para posteriormente definir a las personas morales como la clase de personas que pueden gozar de estos derechos: “Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que

los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica” (Nino 1989, p. 45). Los principios, continúa Nino, son *erga omnes*, siendo sólo una cuestión de hecho que sólo algunos puedan gozar de éstos; ello presupone una distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo: “La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos... Quiénes son las personas morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos” (Nino 1989, p. 46).

En consecuencia, los principios morales de cuya combinación derivan los derechos humanos deben tener las siguientes propiedades:

- 1) Si existieran tales principios, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad*, no por su reconocimiento efectivo, por lo tanto son principios de una moral crítica o ideal.
- 2) Si fueran aceptados para justificar ciertas conductas serían aceptados como justificación *final*, es decir, no hay principios de otra clase que prevelezcan sobre ellos para valorar las acciones.
- 3) Los principios morales pueden valorar *cualquier* conducta. Si una conducta está sometida a ellos, no puede valorarse *a priori*, sino que depende del contenido de los principios morales básicos (Nino 1989, p. 20).

Los principios que se proponen como base de los derechos humanos son entonces: el principio de autonomía, el principio de igualdad y el principio de dignidad.<sup>17</sup> Sobra decir que algunos autores proponen algu-

<sup>17</sup> Esta caracterización se aleja de la propuesta de Nino, siguiendo la construcción de Vázquez. Los principios identificados por Nino son: autonomía, inviolabilidad y dignidad; sin embargo, a mi juicio —y como intentaré explicar al exponer cada uno de los principios—, el de inviolabilidad resulta un poco redundante respecto del de autonomía, y en cambio falta el valor de la igualdad como fundamento necesario de los derechos humanos.

Al parecer Fernández comparte esta selección de principios que fundamentan los derechos humanos al señalar que: “discrepo en que ese fundamento tenga que ser necesariamente iusnaturalista, y no simplemente la defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de la persona humana” (Fernández 1982, p. 102).

na variación respecto a este inventario;<sup>18</sup> sin embargo, como se intentará justificar en las siguientes páginas, en mi opinión estos tres principios resultan los más fundamentales y de su combinación puede derivar un catálogo completo de derechos humanos.

Sentadas las bases para la práctica del discurso moral, cabe hacer una pregunta: ¿cuál es el papel de los niños en la discusión social? La respuesta de la mayoría de los autores se dirige a sostener que los intereses de los niños están representados por los adultos, basándose en argumentos sobre inclinación de los adultos hacia proteger a los pequeños, en especial tratándose de los hijos y en consideración a que constituyen las nuevas generaciones. Esta respuesta parece plausible, pero me gustaría sugerir un nuevo enfoque en el cual los niños son participantes directos en este procedimiento hipotético, y ello a través de dos medios: por una parte, el establecimiento de un límite inferior de la moral basado en necesidades humanas, aunque, agregaría yo, desde un enfoque interdisciplinario en el que participen activamente las especialidades dedicadas al estudio de los niños, ya que esto permite presumir, desde mi punto de vista, la adhesión a los juicios morales que derivan del discurso sobre una base objetiva de las características de esta etapa de la vida. Pero en segundo lugar, la participación de los niños en el discurso moral puede hacerse también de una forma más directa, permitiéndoles intervenir, desde los foros adecuados y tomando en consideración las condiciones de desarrollo moral en las que se encuentran, en las discusiones éticas de la sociedad. Esto puede lograrse si se consigue que los principios normativos puedan incluirlos, como creo que es posible e intentaré hacer a continuación.

### 1. *El principio de autonomía de la persona*

El primer principio fundamentador de los derechos humanos es el principio de *autonomía*; es primero no sólo por su temprana aparición histórica vinculada a la idea de los derechos humanos, sino porque mu-

<sup>18</sup> Peces-Barba, por ejemplo, propone como fundamento de los derechos los valores de: libertad, seguridad jurídica, igualdad y solidaridad. Considera la seguridad como motivo principal del pacto y condición de la convivencia y a su vez como requisito para el desarrollo moral del hombre, lo que sitúa a la solidaridad como condición para que una sociedad sea viable (Peces-Barba 1995, pp. 210-213).

chos autores lo consideran el más básico de los principios.<sup>19</sup> Efectivamente, la relación entre la autonomía y los derechos humanos ha sido evidente desde el surgimiento del concepto de derecho subjetivo, y por ello es quizá el principio que más desarrollo teórico ha tenido y probablemente con el menor número de objeciones. Desde lo que se considera como la *primera generación de derechos*, entendida como los derechos civiles y políticos, el valor de la libertad aparece como elemento indiscutible y no se puede negar que los otros dos principios —igualdad y dignidad—, tal como los entendemos actualmente, son producto de desarrollo posterior y resultado de los procesos de evolución de los derechos humanos. En este sentido, Peces-Barba sostiene incluso que alcanzar la autonomía puede ser considerado como el fin de la vida humana, y que la igualdad se fundamenta también a partir de este valor, ya que pretende su generalización con el propósito de que todos puedan ser igualmente libres:

Tanto del análisis histórico como de la reflexión teórica, el primer valor que aparece por su importancia es el de la libertad, que encontramos en muchos discursos doctrinales desde el humanismo y el iusnaturalismo racionalista, con raíces tan antiguas como el pensamiento humano, y que cumpliría el papel, a mi juicio de valor central, del que derivan y se explican otros, por su mayor proximidad con la idea de moralidad. En efecto, no es descabellado sostener, y entre las aportaciones históricas esa argumentación aparece reiteradamente, que alcanzar la libertad moral, sinónimo de autonomía y de independencia, respecto a los demás, en la realidad

<sup>19</sup> Para Kant el principio de moralidad deriva del principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que únicamente desde la autonomía es posible el cumplimiento del imperativo categórico de obrar sólo según máximas universalizables: “La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley —independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer—. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal”. En esto consiste también la dignidad humana: “la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun cuando con la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación” (Kant [1785] 1963, p. 101).

Por otra parte, en el campo del derecho natural, para Kant el único derecho innato es el derecho a la libertad, y de éste se derivan los demás: “Libertad —independencia del arbitrio compulsivo de otra persona—, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es éste el único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad” (Kant [1797] 1978, p. 98).

social, cultural, económica y política, es el fin de la vida humana. El centro del consenso de los derechos será encontrar una libertad social y jurídica que facilite la que hemos llamado libertad moral (Peces-Barba 1995, p. 210).

Por otra parte, la autonomía es condición de posibilidad del constructivismo moral, pues constituye un presupuesto del discurso que permite llegar a un consenso acerca de los principios de los cuales derivan los derechos humanos. En efecto, dado que el discurso moral pretende llegar a una convergencia acerca de los principios para la justificación de las acciones a través de la aceptación libre de los participantes, la autonomía es un elemento esencial de esta práctica, y por ello cualquier actuación tendente a condicionar la libre aceptación de dichos valores invalidaría el procedimiento mismo. En este sentido, la autonomía opera al mismo tiempo —al igual que en el caso del desarrollo infantil— como punto de partida y finalidad, ya que se requiere necesariamente para ser participante en el discurso moral y por ello precisamente debe concluirse que es uno de los principios de los cuales derivan esta clase de derechos. Niño subraya la importancia de la autonomía en el discurso moral a través de la formulación de lo que podría considerarse como la regla básica de esta práctica:

*Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos.* La presunción de que nuestros interlocutores comparten con nosotros la adhesión a esta regla básica —por más radicalmente que difieran de nosotros en sus ideas morales sustantivas— es lo que da sentido a nuestra preocupación por convencerlos de la validez de ciertos principios morales (Niño 1989, pp. 230 y 231).

Para Hierro, la autonomía determina la pertenencia misma de un derecho a la categoría de derecho humano, pues las posiciones normativas que dan origen a este tipo de derechos deben constituir una condición necesaria para que una persona pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado (Hierro 2000b, p. 358). El carácter legitimador de los sistemas jurídicos que se atribuye a los derechos humanos deriva también de considerar a la autonomía como el primer valor moral, y sólo así se puede presumir que responden a los problemas de la justicia —jus-

ticia como legalidad, legitimidad en origen y legitimidad en contenido—; es decir, “las normas son legítimas porque son necesarias para el ejercicio de la autonomía individual, la competencia normativa es legítima si y sólo si deriva del ejercicio de la autonomía por los destinatarios de las normas (esto es, del consentimiento) y las normas son justas si y sólo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía” (Hierro 2000b, p. 359).

Parece entonces poco discutible la profunda vinculación entre la idea de derechos humanos con el principio de autonomía de la persona; empero, es necesario precisar a qué tipo de libertad estamos haciendo referencia. Berlin fue uno de los primeros autores en realizar una distinción entre los significados de libertad, separando el concepto de libertad negativa del de libertad positiva y delimitando tanto su evolución histórica como sus ámbitos de aplicación. Un tercer concepto es el de libertad real, que como se expondrá a continuación es menos aceptado que los dos anteriores:

1) Berlin relaciona la “libertad negativa” con la idea de no coacción, esto es, con “el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros” (Berlin 1988, p. 191). Se trata de la posibilidad de actuar sin interferencias, es decir, “la no existencia de obstáculos, de interferencias o intimidaciones para realizar una acción indica que tal acción es libre” (Laporta 1983, p. 25). En el terreno jurídico la libertad negativa se traduce en no-impedimento, como la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no vedadas por alguna norma vinculante, ya sea por tratarse de un comportamiento no regulado —y por tanto no prohibido ni obligatorio— o por tratarse de acciones directamente permitidas. Hierro identifica también este tipo de libertad como uno de los sentidos que comprende la idea moderna de libertad, entendida como independencia o no imposición de obstáculos, coacciones o interferencias normativas que impidan o fuercen a actuar de determinada manera (Hierro 1999, p. 20).

Peces-Barba habla también de tres modalidades de aplicación de la libertad, que en su opinión dan lugar a tres líneas distintas de derechos: el primero de ellos, al que denomina “libertad protectora”, y que consiste en la libertad como no interferencia, crea un ámbito en el que a nadie le está permitido entrar, ni siquiera con el consentimiento del titular, ya que protege el núcleo “que más directamente afecta a la capacidad de elección y decisión” y fundamenta los derechos vinculados con la propia

persona: vida, honor, conciencia, etcétera, y los derechos civiles: libertad de reunión, inviolabilidad del domicilio, etcétera (Peces-Barba 1995, p. 221). De tal manera que este espacio en el que el sujeto puede moverse libremente sin que se le coaccione para actuar de una manera determinada incluye dos tipos de libertad negativa: en primer lugar, la libertad genérica, que existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en el sentido de que todo lo que no está regulado está autorizado y que se expresa mediante la norma general de clausura “todo lo no prohibido está permitido”; y, por otra parte, tenemos las libertades más específicas a las que se refiere Peces-Barba y que son las que se encuentran reconocidas y protegidas jurídicamente, es decir, la norma crea un área en la que nadie puede interferir, aunque siguen siendo libertades porque el titular puede decidir autónomamente si las ejerce o no.

Esta idea de libertad es a la que Mill se refiere cuando habla de la función del Estado únicamente como garante de un ámbito de actuación y por consiguiente de la ilegitimidad de casi todo tipo de intervención pública en la vida de las personas. Sin embargo, tal como pone de manifiesto Berlin, este tipo de libertad no guarda una relación de necesidad con la democracia, dado que se refiere al ámbito de control, es decir, a los límites del poder, mas no al origen de este dominio. De tal manera que la libertad en sentido negativo sería compatible con un régimen autócrata que garantice un espacio amplio de acción a los individuos; es decir, es posible concebir un déspota que conceda una gran libertad personal a sus súbditos (Berlin 1988, p. 200).

2) La noción de “libertad positiva” hace referencia a que el sujeto es en cierta medida autor de las normas que se le aplican, y deriva, según Berlin, del deseo del individuo de ser su propio dueño; en palabras de Hierro, consiste en la “autodeterminación normativa” (Hierro 1999, p. 20). Es posible, desde mi punto de vista, distinguir dos vías de interpretación de esta autodeterminación que obedecen a ciertas concepciones del hombre y a la creencia en la existencia de verdades cognoscibles: la primera es como autonomía moral, relacionada con el autogobierno interno, y la segunda como participante en el procedimiento de creación de las normas que regulan la convivencia social.

El primer tipo de libertad positiva, entiendo que es a lo que Berlin se refiere cuando habla de autoabnegación o autorrealización y que se relaciona con la libertad “interna” del sujeto; en palabras de Laporta, “gober-

narse de acuerdo con los dictados de la razón, superando, asumiendo y dominando así la esclavitud de los afectos, las pasiones y las aflicciones del ánimo” (Laporta 1983, p. 26). Esta concepción supone la existencia de verdades cognoscibles a través de la razón y por tanto de la posibilidad de llegar a una solución única para todo problema, de modo que la verdadera libertad consistiría en ajustar las conductas a la racionalidad para conseguir el orden justo y verdadero. Este concepto de libertad puede conducir a la paradoja autoritaria del Estado racional o al despotismo, a través de la imposición de leyes con la justificación única de su presunta racionalidad y a entender que “forzar a los yos empíricos a acomodarse a la norma correcta no es tiranía sino liberación” (Berlin 1988, p. 218).

Sin embargo, hay otro tipo de autonomía que pertenece al ámbito interno del individuo, pero que no supone la existencia de verdades racionales únicas —pese a que se refiere al autogobierno del sujeto—, sino que deriva de un adecuado desarrollo moral y se identifica con la madurez. La autonomía moral en este sentido se relaciona íntimamente con la libertad positiva, entendida como participación en el procedimiento democrático; es más, podría decirse que constituye su presupuesto, ya que faculta a los ciudadanos para tomar decisiones considerando no sólo el beneficio personal, sino el interés de la colectividad y de las minorías. Como se explicó en el capítulo segundo, la noción de la norma y su obligatoriedad va cambiando a lo largo de la vida: durante los primeros años se percibe como totalmente externa e inmutable —confusión del determinismo con la obligación—, para luego ser concebida como expresión de la voluntad común y finalmente ser asumida internamente sin necesidad de coacción externa ni amenaza de castigo. Esta evolución hace posible que el individuo posea un código moral propio —en el sentido de asumido internamente— y, por tanto, tenga capacidad para tener un punto de vista autónomo no determinado por las opiniones ajenas. Esta situación es la que hace posible hablar de responsabilidad, capacidad, etcétera, y por ello esta concepción de autonomía como autogobierno es presupuesto de la participación en el juego democrático, en tanto abastece de los puntos de vista independientes de los ciudadanos, necesarios para el pluralismo.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Berlin se inclina por el pluralismo como respuesta a la existencia de distintos valores tan básicos como el de libertad: “El pluralismo, con el grado de libertad «negativa» que lleva consigo, me parece un ideal más verdadero y más humano que los fines de aque-

La segunda clase de libertad positiva, como ya se ha adelantado, se refiere al autogobierno, entendido como participación directa o indirecta en el procedimiento democrático; es decir, consiste en darse normas a uno mismo en el sentido jurídico, externo. Se relaciona con la libertad política, la libertad entendida como poder soberano relacionado con el titular del poder, a diferencia de la libertad negativa que tiene que ver con los límites del mismo. Parece que a esto se refiere Bobbio cuando habla de la autonomía que deriva del paso de la teoría de la libertad como no impedimento a la teoría de la libertad como *autonomía*, que significa la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas, es decir, darse normas a uno mismo. En este tipo de libertad como “poder positivo” se fundamenta la teoría de la libertad política como desarrollo de la libertad civil, ya que se entiende que el individuo debe participar —directa o indirectamente— en la creación de las normas que regularán su conducta (Bobbio 1991, pp. 43 y 44). Para Peces-Barba este supuesto del valor de la libertad social, política y jurídica se da para intervenir en los procesos de formación de los criterios de decisión política y de éste derivan los derechos políticos relacionados con la participación.

La libertad positiva tampoco implica a la libertad negativa, pues es concebible también un régimen democrático que suprima la libertad como no interferencia, sin por ello dejar de ser una democracia. Berlin subraya que no existe una conexión entre los dos tipos de libertad y que ambas tienen pretensiones absolutas que no pueden ser satisfechas completamente:

Pero no hay una necesaria conexión entre la libertad individual y el gobierno democrático. La respuesta a la pregunta “quién me gobierna” es lógicamente diferente de la pregunta “en qué medida interviene en mí el gobierno”. En esta diferencia es en lo que consiste en último término el gran contraste que hay entre los dos conceptos de libertad negativa y libertad positiva... El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida puede ser

llos que buscan en las grandes estructuras autoritarias y disciplinadas el ideal del autodomio «positivo» de las clases sociales, de los pueblos o de toda la humanidad. Es más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros... Es más humano porque no priva a los hombres... de mucho de lo que han visto que les es indispensable para su vida como seres humanos que se transforman a sí mismos de manera imprevisible” (Berlin 1988, p. 242).

tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa. En efecto, es tan diferente que ha llevado en último término al gran conflicto ideológico que domina nuestro mundo (Berlin 1988, p. 200).

Laporta, a pesar de que acepta la no implicación lógica de la libertad negativa y positiva en la mayoría de las situaciones, sostiene que en algunos casos ambas tienen que convivir o destruirse a la vez, lo que sucede si entendemos la libertad positiva como la expresión de la idea del gobierno democrático, ya que éste supone la existencia de una serie de conductas no interferidas por normas, es decir, libertades negativas: libertad de expresión, libertad de asociación política, libertad electoral, libertad de voto, contra las que nunca podrá atentar porque lo definen como gobierno democrático. De tal manera que “la libertad política positiva es en muy amplia medida el reconocimiento de un conjunto bastante extenso de libertades negativas” (Laporta 1983, p. 37). “El gobierno democrático puede, es cierto, atentar contra muchas de esas libertades, pero nunca puede anular aquellas relativas a elección, consentimiento y confianza, que lo definen como gobierno democrático” (Laporta 1983, p. 38).

Finalmente, Hierro sostiene una vinculación aún más fuerte entre ambos tipos de libertad —negativa y positiva—, pues afirma que no sólo se implican de la forma que sostiene Laporta, sino que ambas consisten en el ejercicio de la autonomía individual en diferentes contextos, aunque son posiciones normativas distintas. La autonomía no puede ejercerse individualmente en aquellos ámbitos en que las decisiones son interdependientes, de modo que la libertad positiva no es más que el ejercicio de la autonomía en estas condiciones:

...Libertad negativa y libertad positiva son dos posiciones normativas distintas pero ambas consisten en el ejercicio de la autonomía individual, si bien en diferentes contextos. La autonomía se puede ejercer individualmente en multitud de aspectos con el sólo límite de la igual libertad ajena. La autonomía, sin embargo, no puede ejercerse individualmente en aquellos ámbitos en que las decisiones son interdependientes (Hierro 2000b, p. 362).<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Hierro ejemplifica su postura de la siguiente manera: “yo puedo decidir con perfecta autonomía si esta tarde voy al cine o al teatro. Pero si mi decisión individual autónoma es pasar la tarde con mi mujer y con mis dos hijos, y sus tres decisiones individua-

3) El último de los sentidos en el que se interpreta el término libertad se refiere a lo que Hierro identifica como “libertad real” y que significa la disponibilidad de los medios necesarios para el ejercicio de la autonomía. Este tipo de libertad va encaminada a suplir las carencias del individuo y está vinculada con la idea de necesidades humanas, ya que se requiere tener éstas cubiertas para que sea posible llevar a la práctica las conductas abstractas contenidas en las normas que otorgan derechos. A juicio de Peces-Barba, esta clase de libertad fundamenta los derechos vinculados con la promoción y satisfacción de necesidades a través de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos derivados del proceso de especificación, como serían los derechos de las mujeres, niños, etcétera, y la llama “libertad promocional” (Peces-Barba 1995, p. 222).<sup>22</sup>

Esta tercera acepción ha sido fuertemente impugnada, pues para muchos autores deriva de la confusión entre la libertad con las condiciones para ejercerla. Para Berlin no se gana nada con la confusión de términos, lo que no quiere decir que no se justifique el sacrificio de libertad por otros valores como la igualdad o la justicia, ya que la libertad no es el

les autónomas son recíprocamente iguales, entonces la decisión de qué hacer aparece como una decisión de segundo orden que ha de tomarse en situación de interdependencia. No es ya posible que ninguno de los cuatro decidamos individual y autónomamente qué hacer si queremos satisfacer nuestra preferencia primaria de pasar la tarde juntos... Si creamos un contexto que permite a los cuatro exponer sus razones, tratar de convencer a los demás, y —caso de no llegar a un consenso— decidimos por mayoría, entonces hemos permitido el mayor ejercicio posible de la autonomía individual de cada uno de los cuatro en esa situación de interdependencia” (Hierro 2000b, pp. 362 y 363).

<sup>22</sup> Al hablar de la libertad promocional, Peces-Barba distingue tres tipos de necesidades: radicales, de mantenimiento y de mejora. Las necesidades radicales son aquellas cuya no satisfacción imposibilita que se den las condiciones para una vida humana viable y ponen al individuo en peligro de perder las condiciones antropológicas mínimas que nos identifican como seres humanos; entre ellas estarían las necesidades frente al hambre, cuidados a la salud, frente a epidemias o enfermedad. En segundo lugar, la satisfacción de las necesidades de mantenimiento permite conservar la capacidad de elección ilustrada que se deduce de una condición humana en niveles normales y generalizados; entre ellas está la alimentación suficiente, la educación básica, sanidad, vivienda y seguridad social. Finalmente, la superación de las necesidades de mejora permite incrementar el nivel de decisión, la capacidad de discernimiento y de elección y acrecienta las posibilidades de desarrollo moral, en éstas se producen diferencias razonables y justas derivadas de la capacidad; serían por ejemplo el acceso a la enseñanza superior e investigación (Peces-Barba 1995, pp. 222-224).

único fin del hombre (Berlin 1988, p. 195). Para Laporta, la consecuencia de la pobreza o la incultura no es la falta de libertad, sino el desprecio de su valor debido a la carencia de otros bienes prioritarios y por ello representa una amenaza para la existencia política de la libertad (Laporta 1983, p. 40).

En mi opinión, a partir de la descripción de los distintos tipos de libertad, habría que hacer otras dos distinciones relevantes para formular el principio de autonomía: en primer lugar, la diferencia entre libertad negativa y libertad positiva, pero entendida esta última exclusivamente como participación en el procedimiento democrático. En segundo lugar, quedaría en un terreno distinto lo que se describió como *libertad positiva interna*, es decir, la “autonomía moral”. Los tres conceptos están claramente vinculados, pero parece que al intentar construir un principio que sirva como fundamento de los derechos humanos es conveniente describir qué función desempeña cada uno. En primer lugar, la autonomía moral se entiende como una capacidad humana relacionada con la posibilidad de ser agente moral, que supone, como se ha dicho, la aptitud para tomar decisiones propias y hacer elecciones; esto sirve como presupuesto para el procedimiento democrático, pero también determina la obligación del poder de respetar un ámbito en el que el sujeto pueda desenvolverse sin obstáculos para realizar sus proyectos. De tal manera que el principio de autonomía del cual pueden derivar los derechos humanos debe ser entendido de la forma más amplia posible, pues debe permitir sustentar los derechos relacionados con el desempeño del hombre como agente moral. Nino propone la siguiente enunciación del principio de autonomía:

Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino 1989 pp. 204 y 205).

Es importante mencionar que Nino distingue entre la moral personal o autorreferente y la moral social o intersubjetiva: la primera prescribe o prohíbe ciertas acciones o planes de vida por su efecto en el carácter mo-

ral del propio agente, mientras que la segunda lo hace por sus efectos en el bienestar de otros individuos distintos del propio agente. La interferencia estatal únicamente está justificada en el caso de una desviación a la moral intersubjetiva de acuerdo con los dos aspectos contenidos en el principio enunciado: la valoración positiva de la autonomía en la elección del individuo en la adopción y materialización de los planes de vida y la prohibición al Estado y a los terceros de interferir (Nino 1989, p. 229).<sup>23</sup>

La definición del principio de autonomía propuesta por Nino incluye las distinciones de libertad —negativa, positiva y autonomía moral—, pues prescribe la no interferencia del Estado y de terceros —libertad negativa—, pero al mismo tiempo aduce como justificación de esto el valor de la libre elección y materialización de los planes de vida, lo que supone el concepto de autonomía moral; es decir, la capacidad para autoimponerse normas que lleven a la realización de los proyectos personales. La libertad positiva se puede extraer como exigencia en los términos expresados por Hierro, en el sentido de que el diseño de las instituciones sociales que debe posibilitar la persecución de los ideales de vida y la satisfacción de los ideales de virtud puede verse como el ejercicio de la autonomía en condiciones de interdependencia.

El principio de autonomía formulado permite, según Nino, identificar —dentro de ciertos márgenes de indeterminación y sin pretensiones de ser exhaustivo, aclara— el contenido de algunos derechos, compuesto por ciertos bienes indispensables para la materialización de los planes de vida que los individuos se propongan:

<sup>23</sup> Estos dos aspectos del principio de autonomía aparecen en muchos otros autores, además de Nino. Por ejemplo, para Hierro, la libertad como derecho moral básico podría enunciarse de la siguiente manera: “Todo ser humano tiene derecho al conjunto de libertades necesarias para desenvolverse como agente moral, así como un derecho general a que su libertad de acción sólo sea limitada por razones necesarias de coordinación social y mediante su consentimiento directo o representado” (Hierro 2000b, pp. 363 y 364). Peces-Barba define a la libertad como “una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social a través del derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello” (Peces-Barba 1995, p. 228). Como se puede apreciar, la valoración de objetivos para la propia vida y la no interferencia del Estado y de terceros se encuentran presentes en los conceptos sobre la libertad de los autores citados.

- En primer lugar, el bien más genérico es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.
- La vida consciente como bien imprescindible para plantearse y materializar los planes de vida.
- Integridad personal y psíquica.
- Libertad frente a posibles obstáculos externos a ese buen funcionamiento.
- Educación liberal<sup>24</sup> para el desarrollo de las facultades intelectuales.
- Libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas.
- Libertad en el desarrollo de la vida privada.
- Libertad de asociación.
- Libertad para realizar trabajos significativos y la de contar con períodos de ocio.

De los anteriores emerge el bien de la *seguridad personal* como bien de segundo nivel, es decir, la certeza de no verse privado de los bienes anteriores (Nino 1989, pp. 223-227).

Es interesante hacer notar que en la formulación del principio propuesto por Nino para fundamentar los derechos humanos, el concepto de autonomía moral parece ser similar a la definición de autonomía que proponen Doyal y Gough como una de las necesidades humanas básicas, expuesta en el capítulo segundo de este trabajo. En efecto, los autores entienden la autonomía como la “capacidad de iniciar acciones, proponerse planes de vida propios y utilizar los medios para llevarlos a cabo”. El nivel de autonomía se determina con base en tres variables: comprensión del yo y de la cultura, salud mental, y oportunidades de acciones nuevas y significativas.<sup>25</sup>

Por otra parte, la lista de bienes que Nino hace derivar del principio de autonomía guarda cierta relación con las necesidades de autonomía pro-

<sup>24</sup> Vázquez desarrolla ampliamente lo que debe entenderse por una educación liberal: Vázquez, Rodolfo (1999), *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56.

<sup>25</sup> Como se señaló en el capítulo segundo, Doyal y Gough también distinguen entre autonomía como “libertad de agencia” y el grado superior de autonomía crítica: “libertad de acción” y “libertad política”.

puestas por los autores citados y analizada por Ochaíta y Espinosa desde la perspectiva de las necesidades de los niños y adolescentes.<sup>26</sup> De dicha clasificación podemos deducir que la autonomía moral se encuentra presente —aunque es evidente que con características particulares— desde los primeros días de la vida. Esta perspectiva cambia, a mi modo de ver, la posición tradicional en la que se niega casi cualquier grado de autonomía en los primeros años del ser humano, y permite incluir a los niños como titulares de derechos humanos desde la postura teórica del constructivismo moral.

En efecto, parece ser que la percepción acerca de la autonomía en los niños, y en consecuencia los derechos, cambia si se considera la posibilidad de entender este principio de una forma más amplia; es decir, no restringiendo el ejercicio de la agencia exclusivamente a la utilización de capacidades adultas, sino abriendo el concepto a las habilidades de los niños. Esto supone que el ser humano desde antes de alcanzar la madurez tiene la capacidad para ajustar su vida a sus propios planes, aunque quizá no sean los proyectos a largo plazo que hipotéticamente<sup>27</sup> caracterizan la etapa adulta. Tal como se expuso en el capítulo segundo, desde los primeros días de la vida el ser humano comienza a interactuar con el medio y a manifestar sus necesidades y deseos: el llanto de un bebé o la sonrisa social, el desarrollo del lenguaje en la primera infancia, el deseo de participación activa en las decisiones relacionadas con las rutinas durante la etapa preescolar, la participación en el juego de reglas característico de la etapa escolar y la actitud crítica de la adolescencia son expresiones de esta aptitud que, desde la teoría de las necesidades expuesta, constituyen un ejercicio de la autonomía, pues el niño busca dirigir sus acciones hacia objetivos concretos y lo hace voluntariamente. Ante la objeción de que esto no puede entenderse como un plan de vida trascendente a largo

<sup>26</sup> Esto resulta claro respecto de determinados bienes como la integridad personal y psíquica, la educación formal e informal, o la protección de riesgos psicológicos; sin embargo, la necesidad intermedia de participación activa y normas estables se relaciona directamente con las libertades de expresión, pensamiento, asociación, etcétera. El niño es capaz y necesita involucrarse desde los primeros años en las decisiones que afecten a su propia vida.

<sup>27</sup> Digo *hipotéticamente*, ya que es evidente que no todos los adultos viven de acuerdo con la formulación ideal de la autonomía, es decir, proponiéndose planes de vida propios y patrones de excelencia humana y ajustando sus conductas para la materialización de estos proyectos.

plazo, se puede responder que desde las categorías propias de la infancia sí que lo es, pues son el ejercicio de las capacidades presentes en ese momento concreto. Además, tampoco podemos afirmar que la autonomía —en el sentido que se expresa en el principio— esté actualizada en todo momento de la vida del ser humano adulto y que constituye el criterio para la toma de la totalidad de sus elecciones: por ejemplo, la vida está llena de conductas y decisiones diarias que no constituyen el ejercicio de la autonomía en el sentido estricto de ajustar la vida a los propios planes, sino que se guían por intuiciones, deseos, preferencias o simplemente influencias externas, y que aún así deben ser respetadas con la obligación del Estado y de terceros de no intervenir, aun cuando perjudiquen claramente el plan de vida del agente moral.

En esta línea de pensamiento, Lowy propone considerar la capacidad de los niños de proponerse proyectos en un sentido más amplio, como alternativa a la postura que sostiene que, en el caso de los niños, no es tan importante la autonomía presente como la “capacidad de autonomía” para ser ejercida en algún momento de su vida.<sup>28</sup> Como bien señala la autora, esto supondría que el sustento de la teoría de los derechos estaría basado no en la autonomía —y otros valores como la dignidad— sino en la capacidad de autonomía, y como consecuencia se justificaría su protección a expensas de los actos o decisiones presentes de los niños. En su opinión, la protección de los niños no debe ser instrumentada únicamente a la luz de su futuro. Cuestiona también los métodos basados en supuestos juicios sustitutorios que pretenden justificarse con base en una presunta aprobación posterior, ya que, en su opinión, ésta estará probablemente influida por los valores inculcados a través de las intervenciones paternalistas. Sostiene la habilidad de los niños, aun de los más pequeños, de proponerse proyectos en el sentido amplio; éstos suponen por lo menos una estructura relacionada con expectativas, determinada por una serie de intereses positivos, cuyo rasgo más importante es que pueden o no ser apropiados a las circunstancias presentes de las personas. De esta

<sup>28</sup> En particular, Lowy pretende rebatir la tesis de Freeman, quien adopta la postura dworkiniana de los derechos, pero agregando al igual respeto e interés un principio de autonomía. Freeman argumenta que lo importante en el caso de los niños no es tanto su autonomía actual como su *capacidad de autonomía* para ser ejercida presumiblemente en algún momento de la vida y con ello justifica la protección de esta capacidad, en algunos casos aun a costa de sacrificar las decisiones presentes de los niños, utilizando un procedimiento de consentimiento hipotético (Lowy 1995, p. 72).

manera, respetar la autonomía del niño implica respetar sus proyectos cuando son apropiados, como expresión de la autonomía presente (Lowy 1995, pp. 72-74). Así, podría establecerse que el principio de autonomía entiende como planes de vida los proyectos apropiados a los que se hizo referencia en el capítulo tercero, es decir, se valora la elección de éstos de acuerdo con las capacidades presentes y la persecución de su materialización, y por tanto es ilícita la interferencia del Estado y aun de terceros cuando dicho proyecto no afecte a los demás o al propio titular, y la intervención es legítima siempre y cuando la posibilidad de perjuicio se deba a la incapacidad para prever y asumir las consecuencias derivadas de sus acciones. Tal como menciona la autora, es un error interpretar la desviación de los criterios adultos de racionalidad como daño en todos los casos e intentar proteger a los niños partiendo de este prejuicio. Las capacidades y formas de racionalidad infantil son distintas, y la autonomía se manifiesta con base en estas capacidades presentes. Esto no significa negar que la capacidad no actualizada de la que habla Nino<sup>29</sup> carezca de sentido; simplemente refuerza —desde mi punto de vista— la idea de que la autonomía no es algo que corresponda exclusivamente a la etapa adulta.

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, la autonomía —moral— como capacidad de elección en el ejercicio de un derecho es el postulado fundamental de la teoría de la voluntad; sin embargo, como se argumentó en su momento, los derechos no se articulan siempre bajo este supuesto, y de ahí su incapacidad para servir como explicación de los derechos subjetivos. Tal como se aprecia en el desarrollo de este capítulo, la autonomía puede concebirse de una manera mucho más amplia que incluya a los seres sin capacidad de elección plena, como los niños. De esta manera, podemos decir que este atributo del ser humano no se manifiesta de manera estática y uniforme, sino que se va transformado a lo largo de la vida y de las situaciones por las que atraviesa cada persona; se encuentra presente de alguna u otra forma en todos los hombres, pero requiere de su ejercicio para su desarrollo. Por otra parte, la no injerencia en la deci-

<sup>29</sup> Al hablar de las capacidades necesarias para la personalidad moral, Nino sostiene que el alcance del concepto de capacidad es compatible con su no actualización: “Parece que las condiciones que impiden la actualización de la capacidad que le atribuimos a un individuo deben ser tales que sean superables por el curso normal de las cosas o con medios técnicos disponibles, o con instituciones o prácticas sociales asequibles” (Nino 1989, p. 361).

sión sobre su ejercicio o no ejercicio constituye al mismo tiempo el respeto a este principio, es decir, la libertad se manifiesta también en la elección de no hacer uso de ella o someterse voluntariamente a las decisiones de otra persona o institución.<sup>30</sup> La autonomía así entendida no requiere forzosamente la capacidad de proponerse proyectos de vida a largo plazo o ideales de excelencia elaborados, sino que puede expresarse en los llamados proyectos apropiados y en la adecuación de las conductas para su consecución.

En cuanto a la interferencia estatal, en el caso de los niños también resulta injustificada en el sentido que propone Nino, es decir, en tanto viola la neutralidad respecto de los planes de vida o los ideales de excelencia personal de los individuos. La intervención pública, por ejemplo en la educación, no debe imponer ideales morales —más allá de los que se presuponen en la concepción liberal de los derechos humanos—, sino que debe limitarse a dotar al niño de herramientas para el desarrollo de la autonomía. El conflicto de intereses en el caso de este principio se presenta sobre todo en el seno de la familia, pues tradicionalmente se ha aceptado que los padres tienen facultad para educar en los modelos que ellos consideren adecuados. Esta postura sería compatible con los derechos del niño siempre y cuando no supusiera la imposición y la imposibilidad de conocer otros modos de vida, pues esto vulneraría su libertad para elegir llegado el momento. Lo anterior no supone asumir una postura liberacionista desde la cual se defiende que los niños deben tomar sus propias decisiones y ser tratados como adultos. El respeto a la autonomía no equivale a la ausencia de valores —de lo contrario sería imposible tener una postura de defensa de los derechos humanos—, significa educar para la libre elección, y no pretender coaccionar llegado el momento en el que el niño pueda ir realizando sus propias opciones.

Queda abierta la cuestión de la interferencia estatal en el caso de los satisfactores básicos para cubrir las necesidades de los niños; es decir, determinar en dónde se encuentra el límite hasta el cual el Estado puede llegar para asegurar los mínimos indispensables, dado que los niños no

<sup>30</sup> El caso de los monjes es utilizado con frecuencia para ejemplificar el uso de la autonomía personal para renunciar a cierto grado de libertad; sin embargo, me parece que también estaría en este supuesto de cesión de la autonomía quien deja sus decisiones en manos de, por ejemplo, la publicidad, el horóscopo o el azar, que no son tan raros como nos gustaría suponer.

pueden garantizarlos por sí mismos. Esta pregunta será objeto de análisis al tratar el tema del paternalismo, en donde intentaré dar una solución coherente con el concepto amplio de autonomía expuesto.

De lo anterior parece razonable concluir que a partir del principio de autonomía es posible derivar derechos aplicables a los niños, lo que quiere decir reconocer que tienen cierto grado de autonomía moral y que como consecuencia de ello hay una exigencia de libertad negativa y positiva. No hay que olvidar tampoco que este principio no constituye en exclusiva el fundamento de los derechos humanos —ni a mi juicio es el más fundamental—, sino que debe combinarse con los principios de igualdad y dignidad —que en mi opinión tienen la misma importancia—, que se expondrán a continuación.

## 2. *El principio de igualdad de la persona*

El segundo principio que en combinación con el de autonomía y dignidad puede dar origen a los derechos humanos es el principio de igualdad.<sup>31</sup> El concepto de igualdad responde a la intuición de que esta clase de derechos corresponde a todos los hombres a título igual por estar vinculados con exigencias éticas especialmente importantes para los seres humanos. Este principio es también candidato a constituir la base de los demás principios, especialmente por los autores que ponen el énfasis en

<sup>31</sup> No todos los autores consideran el principio de igualdad como uno de los que pueden dar origen a los derechos humanos. Nino habla del principio de *dignidad* de la persona, que a su juicio “prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento...* su importancia como directiva de la moralidad se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad” (Nino 1989, p. 288). Según este autor, de este principio surge la ilegitimidad de las instituciones o medidas que discriminen a los hombres sobre la base de factores ajenos a su voluntad. En mi opinión, según la definición de Nino, el que denomina principio de dignidad cumple la misma función que el de igualdad, en tanto prescribe el trato equitativo entre las personas, aunque creo que el de igualdad resulta más adecuado porque no depende de las manifestaciones de voluntad, que parecen estar incluidas en el ámbito del principio de autonomía y en el que yo considero como el principio de dignidad (que Nino identifica como inviolabilidad). Sin embargo, de alguna u otra forma el valor de la igualdad está presente en la fundamentación de los derechos humanos de este autor, de manera que creo que se sostiene su validez como principio.

la justicia como equidad. Tal es el caso de Dworkin, quien expone una fundamentación de los derechos en la que el concepto central es el de equidad, en lugar del de autonomía, negando que exista un derecho genérico a la libertad.<sup>32</sup> Dworkin define la concepción liberal de equidad partiendo de los postulados de moralidad política que establecen que el gobierno debe tratar a sus gobernados con igual consideración (*concern*) —como seres humanos con capacidad de sufrimiento y frustración— y respeto (*respect*) —como seres humanos capaces de formar y actuar sobre concepciones inteligentes de cómo deben vivir sus propias vidas— y no debe distribuir los bienes y oportunidades inequitativamente sobre la base de que algunos ciudadanos son dignos de mayor interés, ni restringir la libertad por considerar que la concepción de la vida buena de un grupo es más noble o superior a otras.

Para Dworkin el derecho a igual consideración y respeto comprende dos derechos distintos: el primero es un derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que cualquier otro, y el segundo es el derecho al tratamiento como un igual, que se traduce en el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas sobre cómo han de ser distribuidos estos bienes y oportunidades (Dworkin 1987, pp. 272 y 273). De tal manera que los llamados derechos políticos, que para algunos autores derivan del principio de autonomía, para Dworkin se desprenden directamente del derecho a ser tratado como un igual, y los derechos a las distintas libertades deben ser reconocidos únicamente cuando así lo requiera este derecho fundamental:

I propose that the right to treatment as an equal must be taken to be fundamental under the liberal conception of equality, and that the more restricti-

<sup>32</sup> Dworkin utiliza como base para argumentar en contra de un derecho general a la libertad la diferencia entre cualquier tipo de libertad y las libertades básicas, cuestionando qué es lo que hace a estas últimas más importantes que las primeras: “My present point, however, is that if the distinction between basic liberties and other liberties is defended in this way, then the notion of a general right to liberty as such has been entirely abandoned. If we have a right to basic liberties not because they are cases in which the commodity of liberty is somehow specially at stake, but because an assault on basic liberties injures us or demeans us in some way that goes beyond its impact on liberty, then what we have a right to is not liberty at all, but to the values or interests or standing that this particular constraint defeats” (Dworkin 1987, p. 271). Finalmente, Dworkin afirma que los argumentos sobre distintas libertades son independientes entre sí, pues no existe un derecho general a la libertad.

ve right to equal treatment holds only in those special circumstances in which, for some special reason, it follows from the more fundamental right... I also propose that individual rights to distinct liberties must be recognised only when the fundamental right to treatment as an equal can be shown to require these rights (Dworkin 1987, p. 274).

Para Dworkin, la idea de equidad política es fundamental para quien pretenda tomarse los derechos en serio, pues garantiza la protección de los miembros más débiles de la sociedad en contra de los intereses generales o de los más poderosos, en la medida en que representa la promesa de las mayorías a las minorías de que su dignidad e igualdad serán respetadas (Dworkin 1987, p. 205).

Tal como se expuso en el capítulo segundo, otro importante defensor del principio de igualdad es Rawls, como se desprende del segundo de los principios de justicia resultantes del acuerdo hipotético de los ciudadanos en la posición original. A pesar de que Rawls considera que hay un principio de libertad y otro de igualdad, en opinión de Dworkin la asunción más básica de este autor no es el derecho del hombre a ciertas libertades, sino el derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas, ya que éste es una condición para el acceso a la posición original, pues se sigue de la personalidad moral que distingue a los humanos de los animales y la poseen todos los hombres que pueden dar justicia y, por tanto, los únicos que pueden contratar. El derecho a la igualdad no surge del contrato, sino que se asume en su diseño (Dworkin 1987, p. 181).

A pesar de que no todos los autores comparten la idea de que la igualdad es el principio fundamental, es claro que este concepto está estrechamente relacionado con la idea de derechos humanos. En mi opinión, la igualdad constituye también un requisito del discurso moral, pues tal como señala Dworkin, la participación en cualquier tipo de consenso supone considerar que los seres humanos tienen derecho a igual consideración y respeto y por ello pueden intervenir en el diálogo, y al mismo tiempo, al constituir una exigencia el que el acuerdo sea unánime, se reconoce indirectamente igual peso a los participantes en el discurso. Aquí, sin embargo, nos encontramos con un conflicto cuando intentamos aplicar el principio de igualdad a los niños. Parece ser evidente que los niños no son iguales a los adultos, ni siquiera en la igualdad básica que se re-

quiere para la participación en el discurso moral, pues, por ejemplo, como se dijo en el capítulo segundo, aparentemente Rawls no los considera capaces de situarse en la posición original. Por otra parte, hay cierta intuición que nos dice que el principio de igualdad no sería satisfecho si se trata a los menores igual que a los mayores de edad, como parecería exigir un derecho genérico a la igualdad. ¿Es posible entonces sostener el principio de igualdad y al mismo tiempo sostener que los niños son titulares de derechos humanos, aunque no deba tratárseles igual?

Para responder a esta aparente contradicción es necesario precisar el significado del principio de igualdad. En primer lugar, podría ser de gran ayuda la distinción que hace Laporta entre “universalidad” y “generalidad”, ya que el principio de igualdad se materializa a través de su concreción en las normas. Según Laporta, la universalidad está relacionada con la forma lógica de la norma: se refiere a que todos los miembros de una clase son los destinatarios de la misma. Aunque se tiende a identificar el principio de igualdad con la universalidad de las leyes, esto es erróneo, pues una norma universal puede ser absolutamente desigualitaria, como las leyes que restringen derechos a una clase de individuos con base en su color de piel o sexo. La generalidad, en cambio, alude a la amplitud del grupo al que va dirigida la norma, es decir, al número de destinatarios de la misma: cuanto más amplia es la clase más general es la norma (Laporta 1985, pp. 6 y 7). La igualdad está directamente vinculada con la generalidad de las leyes, aunque evidentemente no es condición suficiente, pues una regla puede ser muy general y, sin embargo, ser discriminatoria o desigualitaria, ya que hacen falta otros elementos para satisfacer este principio, como se pone de manifiesto si aplicamos estos criterios al caso de los pequeños. Efectivamente, no consideraríamos que una norma es igualitaria si establece, por ejemplo, las mismas consecuencias para las personas independientemente de su edad.

Es necesario, pues, incorporar un nuevo componente para determinar si una norma satisface o no el principio de igualdad que nos permita distinguir cuándo se debe tratar a un individuo o clase de individuos de manera diferente. Aunque aparentemente pudiera ser más igualitaria una norma que incluyera dentro de sus consecuencias a un mayor número de personas, esta afirmación es engañosa, pues lo importante no es la cantidad que integra la selección de individuos, sino la razón para esa clasificación, es decir, que los criterios utilizados para incluir o no a una clase

dentro de la regla cumplan con el principio de igualdad.<sup>33</sup> Los criterios determinan las condiciones específicas que son relevantes para un tratamiento normativo determinado, y a través de éstos se despliega el principio de igualdad:

Lo que en realidad impone el principio de igualdad es una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las condiciones de aplicación, es decir, sobre el conjunto de criterios de “clasificación”. Sea cual sea el número de seleccionados o clasificados en virtud de las condiciones de aplicación de la norma, si la determinación de éstas obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria (Laporta 1985, p. 11).

Alexy habla también del principio de igualdad como una exigencia en el contenido de las normas, en las que deben existir pautas que determinen cuándo un grupo de individuos está incluido o no dentro del supuesto normativo. El principio no puede exigir tratar igual a todos, pero tampoco admite toda diferenciación, tal como indica la fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” (Alexy 2002, p. 385).

De esta manera, resulta entonces que el principio de igualdad determina cuándo existen razones que puedan justificar el establecer diferencias en las consecuencias normativas. Podemos hablar entonces de dos niveles o contenidos del principio:

- a) Un principio de no discriminación que establece la igualdad genérica que deriva del reconocimiento del mismo valor moral para todos los seres humanos. Este primer principio indica que cuando no exista una justificación para un trato desigual, debe darse igualdad en el tratamiento, y podría enunciarse de la siguiente manera: *todos los hombres deben ser tratados como iguales*.
- b) Un principio que establece cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas de acuerdo con ciertos ras-

<sup>33</sup> Resulta muy clarificador el ejemplo utilizado por Laporta para explicar la importancia de que sean los criterios para establecer distinciones los que cumplan con el principio de igualdad y no la cantidad de individuos que integran la selección: “Según este criterio, sería más igualitaria una norma que dijera: «Todos los participantes en los juegos olímpicos recibirán la medalla de oro», que una norma que dijera «los vencedores en las pruebas olímpicas recibirán la medalla de oro»” (Laporta 1985, p. 11).

gos que se consideran relevantes. Este segundo contenido del principio de igualdad establece ciertos criterios que constituyen razones para distinguir entre determinadas clases de sujetos.<sup>34</sup>

Como es evidente, la aplicación aislada del principio *a* tendría como resultado, en muchos casos, una profunda desigualdad entre los individuos, pues entre éstos se presentan características personales, circunstancias o situaciones que colocan a un cierto grupo en posición de ventaja o desventaja respecto del resto, de modo que el principio *b* en cierta medida posibilita el cumplimiento del primero, es decir, el tratamiento desigual; cuando se encuentra justificado, permite atenuar las diferencias provocadas por las circunstancias de los individuos. Sin embargo, esto nos lleva a preguntar ¿a qué igualdad se refiere la primera parte del principio? O, en otras palabras, ¿en qué son iguales los seres humanos?

Tal como han señalado muchos autores, el concepto de igualdad puede ser descriptivo, es decir referirse a una característica “natural” del ser humano, o normativo, que indica de qué manera deben ser tratados los seres humanos. Si se entiende el principio de igualdad con los dos componentes mencionados, es claro que se hace alusión a un concepto normativo, pues si el objetivo fuera explicar una propiedad común la segunda parte no tendría sentido, ya que entraría en contradicción con la primera, esto es: si todos los hombres son *realmente*<sup>35</sup> iguales resulta absurdo darles un tratamiento desigual. En consecuencia, el principio de igualdad intenta establecer una pauta que permita disminuir las diferencias entre los hombres.

Se ha repetido también en muchas ocasiones que la igualdad es una noción relacional, es decir, al hablar de igualdad no nos referimos a una propiedad del individuo, sino que estamos haciendo referencia a la rela-

<sup>34</sup> Rawls identifica las dos partes del principio de igualdad como los dos principios de justicia: “*a*) cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y *b*) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posibilidades abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)” (Rawls 2002, p. 73).

<sup>35</sup> Utilizo la expresión *realmente* para referirme a lo que supuestamente podría ser una realidad o verdad cognoscible.

ción entre dos personas que “aunque diferenciables en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro conforme a un criterio relevante de comparación” (Vázquez 1999, p. 44). Para ello debe existir una pauta de compulsación, algo que funcione como referente para determinar los contenidos del tratamiento diferenciado. La noción de necesidades humanas desarrollada en el capítulo segundo constituye, en mi opinión, dicho criterio; más adelante explicaré cómo opera en la aplicación de este principio.

Es importante subrayar la distinción entre los dos conceptos contenidos en las dos partes del principio de igualdad; me refiero a los términos “discriminación” y “tratamiento diferenciado”. La primera parte del principio proscribía la discriminación de manera genérica, ya que ésta supone necesariamente un proceso valorativo que sostiene la superioridad de un grupo sobre otro y la opresión del inferior como consecuencia. Según Bobbio, el proceso para llegar a la discriminación<sup>36</sup> se produce de la siguiente manera:

A la discriminación se llega con un proceso mental que, extremadamente simplificado, puede ser resumido de este modo:

- Se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al grupo B;
- Se consideran esas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;
- Se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad... el poder de oprimir al grupo B (Bobbio 1999, pp. 48 y 49).

Para Bobbio, lo que importa no son las diferencias, sino que éstas sean reveladoras de superioridad. A diferencia de la discriminación, el tratamiento diferenciado no supone la preeminencia de un grupo sobre otro, ni mucho menos su opresión; se refiere únicamente a la necesidad o conveniencia de establecer consecuencias normativas distintas atendiendo a rasgos relevantes, pero sin hacer un juicio sobre el valor de los grupos poseedores de los atributos con base en los cuales se marcan las distinciones. Esta distinción de concepto es, a mi manera de ver, de gran

<sup>36</sup> Para Bobbio, las discriminaciones derivadas de diferencias históricamente relevantes pueden ser originariamente consideradas como manifestaciones del principio de justicia basado en el rango: “a cada uno según su rango” (Bobbio 1991, p. 48).

trascendencia en el caso de los menores de edad, pues permite justificar el tratamiento diferenciado por causa de la edad, pero no la discriminación. En efecto, en atención a las características específicas de cada una de las etapas de desarrollo, está justificado desde el principio de igualdad un trato particular, por constituir éstas propiedades relevantes; sin embargo, esto no supone una visión de superioridad de los adultos sobre los niños, ni evidentemente justifica la dominación.<sup>37</sup>

Con estas precisiones, podemos definir el principio de igualdad de acuerdo con la formulación de Laporta: “Una institución satisface el principio de igualdad si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación, y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica sus beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes” (Laporta 1985, p. 27).

Por otra parte, paralelo a los distintos tipos de autonomía de los que se habló en el título anterior, es posible identificar varios significados de igualdad:<sup>38</sup>

La igualdad formal se vincula directamente con el principio formulado de manera abstracta; es la igualdad normativa, esto es frente a la ley, que prescribe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; es decir, “se reduciría básicamente a la inmunidad frente a tratamientos discriminatorios del legislador” (Hierro 2000b, p. 364). La igualdad formal prohíbe la diferenciación en el trato por motivos irrelevantes, y según Peces-Barba tiene tres dimensiones: en primer lugar la igualdad como generalización, en segundo lugar la seguridad procesal o de procedimiento y

<sup>37</sup> Aunque al parecer Bobbio asume que el trato que las normas dan a los niños es discriminatorio, y que se trata de una de las “discriminaciones históricas que la conciencia moral continúa juzgando relevantes para los fines de la distinción entre grupos de individuos” (Bobbio 1991, p. 50).

<sup>38</sup> La postura tradicional distingue entre igualdad formal y material, sin embargo, es interesante mencionar que Bobbio identifica tres conceptos de igualdad de acuerdo con su aparición histórica y su vinculación con los distintos tipos de libertad: igualdad jurídica, que consiste en las situaciones en que el ordenamiento reconoce capacidad jurídica a todos los individuos, lo que implica una capacidad abstracta de querer y actuar en el propio interés dentro de los límites de las leyes; la igualdad política, fundada en el concepto de soberanía popular y derecho al sufragio universal; e igualdad social, que es la igualdad de oportunidades que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales. A cada concepto de igualdad se corresponden los conceptos de libertad negativa, libertad positiva y libertad real, respectivamente (Bobbio 1991, p. 46).

la igualdad de trato formal, que comprende la igualdad como equiparación y como diferenciación<sup>39</sup> (Peces-Barba 1995, pp. 284 y 285).

El segundo tipo de igualdad es el que se identifica como igualdad material, y deriva del hecho de que para conseguir la equidad es necesario garantizar el acceso a ciertos bienes básicos, imprescindibles para el desempeño del hombre como agente moral. La igualdad formal puede quedarse en un enunciado normativo de contenido vacío si un individuo carece de los mínimos vitales para subsistir y realizar elecciones. Así, la igualdad material puede a su vez concretarse de dos formas: como igualdad de oportunidades o como igualdad de resultados. La igualdad de oportunidades puede entenderse como igualdad de acceso, que exige la apertura en la admisión de la competición a todos —que pueden ser todos los que cumplan ciertos requisitos— o en el punto de partida, y la igualdad en las circunstancias previas a las que se accede a la prueba. La igualdad material en el punto de partida tiene como fin subsanar las desigualdades derivadas de ciertas circunstancias de los seres humanos provocadas por su situación familiar o social (Vázquez 1999, p. 115). Este tipo de igualdad es particularmente importante en el caso de los niños, pues en éste encontramos la justificación para muchos de los derechos que se consideran específicos de esta etapa, especialmente a la educación, que tiene precisamente como una de sus finalidades el que todo niño, independientemente de su contexto social, pueda contar con las herramientas necesarias para desenvolverse en la sociedad. La igualdad material de resultados supone una igualdad absoluta, pero además de que parece fácticamente imposible, es contraria a la autonomía de la persona, pues exige restringir su libertad de elección.

El concepto de necesidades humanas opera como criterio de distribución para lograr la igualdad material de oportunidades, posibilitando la prescripción del tratamiento diferenciado en tanto éste permita su satisfacción; las diferencias son legítimas en tanto hagan posible situar a todos los seres humanos en un plano de igualdad respecto de la realización

<sup>39</sup> La igualdad como equiparación “se expresa en el principio de no discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual. Con este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales” (por ejemplo, diferencias en raza, sexo, religión, clase social, etcétera). La igualdad como diferenciación, en cambio, establece el trato diferenciado para hacer posible la igualdad ante la ley, por ejemplo la edad, los ingresos (para efectos de impuestos), etcétera (Peces-Barba 1995, pp. 284 y 285).

de necesidades, que son la condición para que el sujeto pueda desenvolverse como agente moral dentro de su comunidad. Así, por ejemplo, la desigualdad en el trato de personas con distintos recursos económicos está justificado en tanto permiten al que menos tiene acercarse en la satisfacción al de mayores ingresos. En palabras de Rawls, esto significa que “las desigualdades deben redundar en beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad” (Rawls 2002, p. 73).

Ahora bien, al ser la igualdad un concepto relacional, es decir, se es igual respecto a alguien o a algo, aun utilizando un concepto objetivado como pretende ser el de necesidades básicas, tenemos que admitir que está en cierta medida vinculado a ciertos factores, como podría ser el bienestar de la sociedad. Hierro dice que el mínimo de necesidades del sujeto como agente moral se ve empujado hacia la posición de los que más han alcanzado, de manera que al concretarse en derechos humanos, el principio de igualdad no permite establecer una cantidad y calidad cerrada de los bienes que se necesitan para satisfacer los derechos; las necesidades dependen así de las posibilidades de satisfacción de un contexto determinado. Desde la perspectiva de las necesidades básicas,<sup>40</sup> las posibilidades de que un agente moral se sienta miembro cooperador de la sociedad dependen de las posibilidades de acción individual en ese contexto, de modo que las necesidades obedecen a una construcción social que hace experimentar a cada uno como necesario aquello que, si se le hubiese sido tratado con igual consideración y respeto, podría llegar a alcanzar en ese contexto:

Lo que se siente como una injusticia no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que con un reparto más igualitario de los recursos uno podría haber evitado; lo que se siente como una injusticia no es carecer de un nivel de renta determinado, sino no haber tenido la posibilidad de obtener el nivel de renta que permite desenvolverse como un miembro normal en un contexto social dado; lo que se siente como una injusticia no es carecer de la oportunidad de disfrutar de las comodidades, sino carecer de la oportunidad de disfrutar de las comodidades que se han incorporado como capacidades normales en un contexto dado (Hierro 2002, p. 100).

<sup>40</sup> Hierro explica la imposibilidad de establecer mínimos fijos a partir del bien primario rawlsoniano de autoestima, ya que éste no depende de la satisfacción de un nivel objetivo de necesidades mínimas, sino de la existencia de ciertas condiciones que permitan al sujeto sentirse miembro cooperador de la sociedad (Hierro 2002, p. 99).

Laporta habla también de que la noción de necesidad tiene en gran medida un significado contextual en un doble sentido: genérico y específico, en la idea de que los niveles de la sociedad de referencia determinan en buena medida su fuerza.<sup>41</sup> La remisión al contexto social, cultural y lingüístico supone la utilización de los criterios de uso de nociones como “necesidad” o “mérito”, lo que en su opinión implica que la existencia de los rasgos diferenciales es algo variable, vinculado con la evolución de las sociedades (Laporta 1985, pp. 14-25). Sin embargo, me parece importante aclarar que desde la visión de los derechos humanos que se pretende defender, la igualdad no puede estar únicamente en relación con los otros miembros de la sociedad, entendida como Estado, pues ello implicaría rechazar la pretendida universalidad de los derechos y condicionarlos a la situación del país, así como considerar aceptables las abismales diferencias en los niveles de vida de los hombres, dependiendo de su lugar de nacimiento. Por otra parte, también parece que el criterio de comparación para la satisfacción de las necesidades es cada vez más extenso; es decir, el contexto ya no se reduce a la sociedad o comunidad del sujeto, sino a países distintos que gozan de niveles de bienestar muy superiores a la mayoría. No podemos suponer que no sería injusto disponer de los bienes y servicios del Estado de bienestar mientras otros seres humanos carecen de las condiciones básicas para la supervivencia y que no existe responsabilidad en ese sentido. La interdependencia económica cada día más acentuada entre las regiones refuerza esta idea, pues creo que hoy no es admisible suponer que la riqueza es exclusivamente producto de los esfuerzos y recursos concentrados en una sociedad cerrada como podría ser un Estado nacional.

Otro de los temas directamente derivados del principio de igualdad es el de la llamada *discriminación inversa*,<sup>42</sup> cuyo fin es precisamente cum-

<sup>41</sup> Bobbio relaciona también las necesidades con los cambios en las condiciones de la sociedad y explica el desarrollo histórico de los derechos a partir de la aparición de nuevas amenazas contra las libertades o del descubrimiento de nuevos remedios a la indigencia humana como consecuencia del progreso técnico: “Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas” (Bobbio 1991, p. 19).

<sup>42</sup> Se utiliza el término *discriminación inversa* por ser de uso generalizado, a pesar de que no responde al significado de discriminación como producto de la superioridad de un grupo sobre otro, aunque sí deriva de una situación de discriminación en el pasado.

plir con el contenido (b) a través de la diferenciación en el trato aplicada a grupos o clases de individuos que tradicionalmente han sido discriminados y por tanto se encuentran en una posición desventajosa respecto del resto de la sociedad.

El objetivo de la discriminación inversa es compensar las desigualdades producto de las circunstancias sociales hasta conseguir que los integrantes del grupo desfavorecido alcancen niveles de igualdad de oportunidades respecto de los otros individuos, por ejemplo estableciendo cuotas mínimas obligatorias de acceso a determinadas instituciones para miembros de minorías raciales. Para Vázquez, las medidas de discriminación inversa son necesarias para alcanzar la igualdad de oportunidades si cumplen con dos requisitos: que la situación de injusticia no se encuentre resuelta en el presente y la medida sea temporal, y si la medida discriminatoria logra promover la autonomía de los individuos del grupo desfavorecido:

Si por discriminación inversa entendemos la acción que consiste en tomar en cuenta factores como la raza, el sexo o la religión para favorecer a los miembros de un grupo social como compensación al relegamiento tradicionalmente padecido por tales grupos sociales, parece que tal medida está justificada: (a) si tal relegamiento originado en el pasado se perpetúa hasta el presente y si la medida discriminatoria es temporal mirando hacia el futuro; y (b) si con ella promovemos la formación de la autonomía de los miembros del grupo menos favorecidos social y económicamente (Vázquez 1999, p. 124).

En el caso de los niños es evidente que no podemos hablar de discriminación inversa, pues, en primer lugar, no forman un grupo social cuyos miembros sean permanentes, es decir, a pesar de que podemos hablar de una categoría social, sus integrantes la van abandonando en tanto van alcanzando la edad adulta. Por otra parte, tampoco es claro que podamos asegurar que los niños han sido relegados de acuerdo con la distinción entre discriminación y tratamiento diferenciado, pues la primera obedece a la opresión de un grupo sobre otro, mientras que el segundo puede responder, como creo que sucede en este caso, a la necesidad de una protección especial que compense alguna desventaja, como sería el proceso de desarrollo de la autonomía en el caso de los niños. Esto no quiere decir

que los niños no hayan sido discriminados en el pasado y no lo sigan siendo por causa de su edad en muchos lugares del mundo.<sup>43</sup> Sin embargo, el trato jurídico durante la infancia, por ejemplo el derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede entenderse como discriminatorio y por tanto no sería aceptable la aplicación de medidas de discriminación inversa.

Una última cuestión debe ser abordada respecto de los niños: ¿es posible incluirlos en la primera parte del principio de igualdad? La pregunta es si realmente podemos decir que los niños deben ser tratados como iguales y con base en ello establecer las diferencias en el trato. Parece innegable que quienes se oponen a la titularidad de derechos durante la infancia se resistirían a incluirlos en la noción normativa de igualdad, pues aparentemente sostienen que los niños *no son iguales* y por eso procede darles un trato distinto, no basado en derechos. La fundamentación aparente de esta afirmación es la no autonomía, o la incapacidad de desenvolverse como agente moral. Sin embargo, si consideramos el principio de autonomía de una manera más amplia, como la expuesta en el apartado precedente, los niños ciertamente pueden considerarse iguales a los demás seres humanos en el sentido prescriptivo del principio expuesto. Los niños *deben ser tratados* igual a los demás, por eso se justifica un tratamiento diferenciado como indica el principio *b*, y ello porque sí pueden ser considerados como agentes morales.

Utilizando como criterio de comparación las necesidades básicas, podemos desprender el derecho de cualquier niño a la adecuada satisfacción de los bienes necesarios. El problema de quienes niegan derechos a los niños es que aceptan tácitamente —y sin justificación, por lo menos explícita— como criterio las capacidades adultas, específicamente la aptitud para hacer cierto tipo de elecciones. Esto nos remite a la distinción entre discriminación y trato diferenciado; quienes niegan derechos a los niños estarían de acuerdo en discriminarlos, es decir, excluirlos de la titularidad de los derechos por causa de sus diferencias con las capacidades adultas.

<sup>43</sup> Pienso en los miles de niños que sufren de explotación por el hecho de ser menores en las fábricas de productos para el *primer mundo*, o en las niñas víctimas de la explotación sexual, por mencionar sólo algunos ejemplos que más deberían sacudir nuestra conciencia.

### 3. *El principio de dignidad de la persona*

El tercer principio que a mi juicio puede funcionar, en conjunción con los otros dos, como fundamento de los derechos humanos es el principio de dignidad. Si bien es cierto que no todos los autores lo consideran como tal, indudablemente lo que Dworkin llama la “vaga pero poderosa idea de dignidad humana” (Dworkin 1987, p. 198) está estrechamente vinculada con la noción de derechos humanos, ya sea como fundamento o presupuesto, y es por esta razón, unida a los argumentos que se expondrán a continuación, que creo que puede considerarse como uno de los principios de los cuales derivan esta clase de normas.

Como bien apunta Nino, el principio de autonomía es de índole agregativo, es decir, que la autonomía personal tomada en forma aislada, desde una visión utilitarista, podría justificar el sacrificio de cierto grupo dentro de una sociedad si de esta manera se incrementa el nivel de libertad de la comunidad en general. Esto contradice ciertas intuiciones relacionadas con los derechos humanos, pues si se considera que la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres, no se justificaría el sacrificio de alguno —o algunos— en beneficio de otros. Hace falta entonces otro principio que desempeñe la función de limitar la autonomía personal a través de criterios que regulen la distribución de la misma. El principio de dignidad de la persona<sup>44</sup> puede cumplir con este cometido de actuar como contrapeso para restringir los cálculos utilitarios que se podrían justificar desde el principio de autonomía, a partir de la premisa de que lo importante no es sólo la cantidad de libertad en una sociedad, sino cómo se distribuye ésta y que no suponga la privación de ninguno de sus miembros a favor de los otros. Así lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar en su artículo 1o. que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. De tal forma que, como dice Nino, el principio de autonomía establece el contenido de los derechos, al definir los bienes que son objeto de

<sup>44</sup> Es importante aclarar que Nino llama principio de inviolabilidad a lo que aquí se considera como principio de dignidad que “...proscribe, entonces, imponer sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio” (Nino 1989, p. 239). Siguiendo a Vázquez, pienso que esta noción responde mejor al concepto de *dignidad* de la persona por ser un término más claro y vinculado con la noción de derechos humanos, así como para denotar la influencia kantiana (Vázquez 1999, p. 43).

los mismos, mientras que el principio de dignidad establece la función de los derechos de limitar las posibilidades de compensaciones interpersonales de esos bienes. Para algunos autores, el valor moral se relaciona directamente con la autonomía, es decir, con la capacidad para elegir y por tanto ser agente moral. La autonomía permite la persecución de los fines y objetivos morales de cada individuo en tanto que son expresión de su dignidad humana.

Dworkin vincula también la postura de “tomar los derechos en serio” con la idea de dignidad de la persona, esto es, con la aceptación de que ciertos modos de tratar a los individuos que son inconsistentes con su reconocimiento como un miembro de la comunidad humana deben ser considerados como injustos, y en este sentido la institución de los derechos representa un compromiso de la mayoría hacia la minoría del respeto a la dignidad y equidad (Dworkin 1987, p. 198). Para MacCormick la categoría derechos morales supone aceptar la idea de dignidad humana —que entiende como el principio moral primario y fundamental del respeto a las personas—: “el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos” (MacCormick 1990, p. 134). Para Fernández, “de la idea de dignidad humana se derivan unos valores que han de fundamentar los distintos derechos humanos. Estos valores son la seguridad, la libertad y la igualdad” (Fernández 1982, p. 108).

El principio de dignidad guarda también una estrecha vinculación con la noción de igualdad, pues lo que subyace al mismo es el reconocimiento del otro como un ser con análogas cualidades morales a las propias y por tanto merecedor de igual consideración y respeto. Melden asocia también estos dos principios y sostiene que cualquier persona, aunque su posición social sea muy elevada, debe rendir cuentas por cualquier infracción o violación a los derechos humanos del individuo que ocupe el lugar más bajo en la escala social:

Lo que nosotros denominamos la dignidad de una persona no es una cuestión perteneciente a alguna preciosa cualidad interna de su naturaleza como ser humano —su racionalidad o su autonomía—, sino que se refiere a aquel sentido que manifiesta respecto de su propia posición como ser que está autorizado, por sus derechos, a conducirse de un modo que demuestre que espera que sus derechos sean respetados por los demás pero que en caso de que esto no suceda, está dispuesto a hacer valer aquella autoridad moral que tiene en virtud de sus derechos (Melden 1980, p. 357).

Desde luego, la idea de dignidad humana nos remonta a la noción kantiana de la persona como fin en sí misma, que no puede ser utilizada como medio para conseguir objetivos sociales valiosos.<sup>45</sup> La dignidad supone el reconocimiento de los miembros de la sociedad como individuos y con relevancia moral como tales, es decir, separada e independiente de la comunidad, como portadores de derechos que implican un compromiso lógico con el reconocimiento de la existencia de una esfera de intereses de la persona que no podemos invadir en aras del bien común, muchas veces ni siquiera con el consentimiento del titular. Dentro de este perímetro se encuentran bienes directamente relacionados con la identidad del individuo: vida, integridad física y psíquica, intimidad, honor e imagen. La aceptación del principio de dignidad supone la inmunización de este ámbito del individuo aun en contra del procedimiento democrático, pues los bienes protegidos no son negociables ni siquiera por una decisión mayoritaria; por eso representa la promesa de respeto de la mayoría a las minorías y, en el caso de los niños, a quienes no pueden participar en los procedimientos de decisión públicos. La idea de dignidad humana les da en buena medida a los derechos su carácter de “cartas de triunfo”, como los considera Dworkin. En este orden de ideas Vázquez, tomando elementos tanto de la fórmula kantiana como de la de Nino, formula el principio de dignidad de la siguiente manera: “que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio” (Vázquez 1999, p. 43).

El concepto de dignidad es presupuesto también de la discusión social, pues está implícito en la adopción del punto de vista moral que involucra contemplar por separado los intereses de cada individuo. El yo es presupuesto de la discusión ética en tanto ésta requiere de la adopción de un punto de vista que se construye a partir de las opiniones de todos aquellos que pueden ser afectados por la adopción de la medida que se discute, partiendo de que son los individuos los únicos centros de intere-

<sup>45</sup> Kant formula de la siguiente manera el imperativo práctico supremo: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio” (Kant [1985] 1963, p. 84). La dignidad supone la condición para que algo pueda ser un fin en sí mismo: “pero aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, *dignidad*” (Kant [1785] 1963, p. 93).

ses con capacidad para adoptar un punto de vista moral. Como afirma Vázquez: “La adopción de un «punto de vista moral» sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga hacer de lado la independencia y separabilidad de las personas sino, por el contrario, que cada una sea considerada en su propia identidad” (Vázquez 1999, p. 42).

El principio de dignidad se encuentra vinculado también con el valor de la tolerancia, en la medida en que reconoce como valiosos los planes de vida y las elecciones del individuo como tal.

El concepto de dignidad es importante en el caso de los niños, especialmente en su tarea como contrapeso al excesivo énfasis que se da a la libertad, pues mientras la autonomía completa —por llamarla de algún modo— no se alcanza hasta la edad adulta, la dignidad puede considerarse presente desde los primeros momentos de la existencia humana. Es gracias a la idea de dignidad que los seres sin autonomía plena o sin la posibilidad de llegar a ella pueden considerarse como titulares de derechos humanos. Pensemos en los niños que padecen algún tipo de enfermedad terminal,<sup>46</sup> suponiendo que podemos tener la absoluta certeza de que jamás alcanzarán la edad adulta y por tanto la capacidad para tener libertad en sus decisiones. Si adoptáramos la postura de los autores que intentan justificar la titularidad de derechos en la autonomía como capacidad no actualizada, tendríamos que concluir que un niño que no llegará a la edad adulta no es persona moral, lo cual parece contradecir también una intuición relacionada con la igualdad. ¿Debe recibir un trato diferente por el simple hecho de que nunca llegará a ser mayor de edad?, ¿podemos considerar a los demás niños como personas morales o titulares de derechos por el simple hecho de tener la posibilidad de alcanzar la autonomía?, ¿la personalidad moral se retrotrae a la infancia cuando se alcanza el edad adulta, y si no sucede esto, el niño nunca fue persona moral?

En mi opinión, el principio de dignidad constituye una respuesta razonable a estos cuestionamientos: a pesar de tener la seguridad de que un niño nunca llegará a ser completamente autónomo podemos considerarlo

<sup>46</sup> Evidentemente, los niños con enfermedades terminales no son los únicos casos en los que la consideración de la autonomía como fundamento de los derechos constituye un problema; en esta misma circunstancia se encontrarían, por ejemplo, lo discapacitados psíquicos o físicos, ya que no se puede considerar que la capacidad no esté actualizada, pues nunca se desarrollará.

titular de derechos porque ello se deriva del principio de dignidad. Esto conlleva también negar la visión que considera a los niños como el futuro de la humanidad y que ve en los derechos de éstos la garantía para que se desarrollen y lleguen a ser adultos responsables.<sup>47</sup> Esta visión, que por cierto es bastante frecuente aun en el discurso de fundamento de los derechos de los niños, es contraria al principio de dignidad y al respeto a la persona como fin en sí misma, pues coloca al menor y a sus derechos subordinados al bienestar social y al futuro adulto. El derecho del niño a recibir educación, por ejemplo, no puede subordinarse a su condición de eventual ciudadano, sino que debe responder a la situación y necesidades actuales del individuo —que no tiene tampoco por qué excluir el dotarle de herramientas que podrán servirle en el futuro—. Esto tiene consecuencias importantes también para los contenidos de la educación, pues obliga al ejercicio y desarrollo de la autonomía presente y proscribire cualquier contenido contrario a los principios que pudiera considerarse beneficioso para la sociedad —como podría ser la manipulación—.

Por otra parte, la formulación propuesta del principio proscribire en su último renglón la imposición de sacrificios o privaciones *que no redunden en el propio beneficio* del titular. Es decir, que no toda privación de algún bien considerado benéfico está prohibida, sino únicamente las que no sean a favor del portador del derecho; esto resulta coherente con la función del principio de dignidad de servir como limitación al utilitarismo que podría desprenderse del principio de autonomía, pues protege al individuo en contra de los objetivos sociales considerados valiosos. En el caso de los niños esta acotación es importante, pues ayuda a justificar la formulación de ciertos derechos que, desde su propia visión, podrían constituir sacrificios o privaciones, pero que son impuestos en beneficio del menor. Ejemplos de lo anterior podrían ser algunas limitaciones a ciertas libertades —por ejemplo en la libertad de viajar al extranjero— o

<sup>47</sup> Ni siquiera quienes abogan por los derechos de los niños escapan a este lugar común. Eekelaar habla de la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: “If all *young people* are secured all the physical, social and economical rights proclaimed in the Convention, the lives of millions of adults of the next generation would be transformed. It would be a grievous mistake to see the Convention as applying to childhood alone. Childhood is not an end in itself, but part of the process of forming the adults of the next generation. The Convention is for all *people*. It could influence their entire lives. If its aims can be realized, the Convention can truly be said to be laying the foundation of a better world” (Eekelaar 1995, p. 234).

la no discrecionalidad en el ejercicio de ciertos derechos —como por ejemplo el de la educación—; la sujeción de los niños a la autoridad paterna podría exponer también como argumento el beneficio del titular. En consecuencia, la formulación específica de ciertos derechos de los niños puede ser compatible con la idea de dignidad humana, siempre y cuando el beneficio del titular —sobre todo si el consentimiento es irrelevante— provenga de un reconocimiento realizado con base en las necesidades básicas.

Finalmente, del principio de dignidad de la persona se desprende también un ámbito de tutela importante para los niños por su incapacidad para participar en el procedimiento democrático y, como consecuencia de esto, la imposibilidad de ver representados directamente sus intereses en las decisiones públicas. La existencia de una esfera protegida aun en contra de las decisiones de la mayoría permite garantizar los satisfactorios mínimos a los niños, sin que esto dependa de prácticas en las que no pueden intervenir.

Parece conveniente hacer una última reflexión acerca de los principios morales: como se ha dicho, no todos los autores comparten la selección de principios expuesta; sin embargo, aunque la clasificación exacta no sea totalmente coincidente, las ideas de autonomía, igualdad y dignidad parecen indiscutiblemente ligadas a la noción de los derechos humanos, ya sea planteadas como principios, como presupuestos o entendiéndolas implícitas en el concepto. Por otra parte, otros candidatos a principios fundadores tampoco quedan excluidos de la tesis desplegada, ya que están comprendidos en ella, en particular las nociones de seguridad jurídica y solidaridad.

La seguridad jurídica es una exigencia formal derivada de los principios, en tanto que se requiere del reconocimiento jurídico y de los mecanismos de protección para su materialización. Del principio de autonomía se deriva la necesidad de un marco normativo que permita la actuación del individuo libre de injerencias para poder hacer elecciones de acuerdo con sus planes de vida; de la misma manera, la idea de igualdad exige leyes que reconozcan la igualdad entre los individuos y que promuevan su materialización; y a su vez, el principio de dignidad proscribiera cualquier arbitrariedad respecto de la esfera de bienes protegidos del individuo. La seguridad jurídica forma parte de ese mínimo indispensable para la existencia humana, en tanto genera las condiciones necesarias para que la

persona se desenvuelva y pueda materializar sus planes de vida en un marco predecible. De tal manera que, en mi opinión, más que constituir un principio en sí mismo, se deriva de los tres principios expuestos, ya que constituye el medio a través del cual se materializan los principios, es decir, a través de su concreción en los derechos humanos.

La solidaridad, por su parte, se deriva directamente del reconocimiento de la igualdad entre las personas. El reconocimiento del otro como mi igual supone atribuirle un idéntico valor moral, y de esto se desprenden deberes positivos para quien se encuentra en una situación incompatible con la idea de dignidad humana y que ve imposibilitado el ejercicio de la autonomía en la proposición y materialización de planes de vida. Estoy de acuerdo con Vázquez en que la solidaridad es constitutiva de la justicia y se fundamenta en el principio de igualdad, pues no se trata de la expresión de sentimientos compasivos o de la realización de actos de buena voluntad. Así, en la medida en que reconozco el mismo valor moral en el otro, considero inaceptable cualquier circunstancia opuesta a su dignidad como persona y al ejercicio de su autonomía, lo que me compromete —a mí, y evidentemente también al Estado— a la realización de acciones positivas para que pueda gozar de los mínimos para que los principios se consideren satisfechos. La solidaridad, en mi opinión, genera deberes para los titulares de derechos humanos que podríamos también considerar vinculados con la personalidad moral, aunque no podamos identificar un derecho correlativo. En este caso podríamos hablar de las obligaciones hacia la preservación del medio ambiente, o hacia la colaboración al desarrollo, aunque no es mi intención realizar en este trabajo una fundamentación de tales deberes.

Sin embargo, creo necesario también situar a los derechos humanos en su exacta dimensión, pues aunque ciertamente son un elemento fundamental para el desarrollo del hombre como agente moral en las sociedades modernas y para la convivencia pacífica, no podemos pretender que agoten todo el contenido de las condiciones para la realización humana y la consecución de la felicidad. Con esto quiero decir que los derechos humanos derivados de los principios expuestos pueden garantizar un marco dentro del cual cada individuo se desenvuelva, pero existen otros valores que no pueden transformarse en derechos humanos, no sólo por ser imposible, sino porque ello desvirtuaría su naturaleza. La situación de excesivo individualismo que caracteriza la vida del hombre de las so-

ciudades occidentalizadas de nuestro tiempo no puede, en mi opinión, combatirse con los derechos humanos, porque éstos son expresión de esa concepción individual del ser humano en tanto encarnan el valor de la persona frente a la comunidad. Esto no significa que tengamos que sucumbir inevitablemente ante esta tendencia, pero sí que la respuesta está más allá de los derechos humanos, quizá en descubrir que su satisfacción no basta para realizarnos como personas, sino que su función es únicamente garantizarnos unos mínimos que sirvan como punto de partida para buscar los medios para cumplir nuestros proyectos vitales. Quedarnos sólo en los derechos humanos sería reducir nuestra dimensión humana a lo ínfimo y esperar que todo nos sea dado y garantizado por el poder público. De esta concepción parte mi convicción a favor de los derechos de los niños, no negando que lo más importante para ellos no se agota en los derechos, pero afirmando que éstos son fundamentales para que puedan quedar cubiertas ciertas condiciones imprescindibles para la existencia humana.

#### *4. El concepto de persona moral*

La combinación de los principios de autonomía, igualdad y dignidad de la persona dan origen a los derechos humanos, actuando como metanormas respecto de éstos; es decir, su función es normativa no sólo porque no pretenden describir propiedades reales, sino también porque su concreción se hace a través de normas específicas. Un principio sería entonces un enunciado general que funciona como razón justificatoria de las normas concretas, de modo que la regla satisface el principio si se justifica apelando a ese principio (Laporta 1985, pp. 4 y 5). Alexy se refiere a los principios como “mandatos de optimización” que ordenan la realización de su contenido, a diferencia de las reglas, que contienen determinaciones que indican exactamente lo que debe hacerse (Alexy 2002, p. 87). En consecuencia, los principios morales estipulan quién puede ser titular de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, quién puede ser considerado como persona moral. La determinación de las personas morales dependerá de las condiciones que permitan disfrutar de los derechos derivados de estos principios morales (Vázquez 1999, p. 46).

La concepción de la persona moral procedente de los principios es parte de la estructura subyacente al discurso moral —no se justifica a

partir de concepciones metafísicas—, de modo que una vez definidos cuáles son los principios que pueden dar origen a los derechos humanos —tomando especialmente en consideración la manera de entenderlos con un carácter amplio que permita incluir a los niños— podemos concretar en qué consiste dicha personalidad. Ciertamente, los principios morales no condicionan las consecuencias normativas a la posesión de algunos atributos fácticos, pero es un hecho que para disponer de los beneficios derivados de éstos un ser o entidad debe tener ciertas capacidades, de tal suerte que la adopción de los principios y los derechos derivados hacen posible presentar una formulación de las propiedades que son requeridas para su ejercicio y que en su conjunto constituyen a la persona moral. De acuerdo con Nino, las principales características necesarias para ser persona moral son las siguientes:

En síntesis, es posible sostener que la persona moral se presenta plenamente cuando el individuo o entidad en cuestión tiene capacidad para adaptar su vida a ciertos valores o ideales, para tener sensaciones placenteras o dolorosas, para ser consciente de sí mismo como un centro de imputación de intereses que es independiente de otros e irrepetible, y para adoptar decisiones que implican consentir diversas consecuencias normativas (Nino 1989, pp. 359 y 360).

La capacidad para elegir fines, adoptar intereses y formar deseos se relaciona directamente con el valor de la autonomía personal, aunque como dice Vázquez, “entendida como la «capacidad» para elegir fines y no únicamente como el «ejercicio» de tal capacidad”. De tal manera que los participantes en el discurso pueden ser seres sin autonomía plena, es decir, que no tengan capacidad para hacer uso total de su libertad, pero podrían hacerlo si desaparecieran los obstáculos que lo impiden, como sería el caso de los infantes (Vázquez 1999, p. 48). Nino también considera compatible el concepto de capacidad con su no actualización, siempre y cuando las condiciones que impiden la actualización sean superables por el curso normal de las cosas, por los medios técnicos disponibles o a través de instituciones o prácticas sociales asequibles (como sería el caso de un hombre dormido o de un niño). Por otra parte, la personalidad moral desde el punto de vista del constructivismo ético no se justifica sino desde el mismo discurso moral, por lo que se trata de una persona abstracta, no sujeta a las contingencias sociales, históricas y políticas, y por tanto

su identidad no se refiere tampoco a ninguna propiedad natural.<sup>48</sup> Esto supone también que las personas morales son individuos separados e independientes de los demás, por lo que queda excluido de esta categoría cualquier tipo de entidad colectiva. Nino concluye diciendo que “el mundo que conocemos está hecho de tal forma que sólo los seres humanos tienen todas las capacidades que he mencionado”, aunque reconoce que esta situación es contingente y que algunos rasgos se comparten con miembros de otras especies (Nino 1989, p. 365).

Resulta claro entonces que desde la perspectiva del constructivismo moral los niños pueden ser considerados como personas morales y por tanto titulares de derechos, dado que tienen las propiedades necesarias para gozar de los mismos. No obstante, me gustaría hacer algunas precisiones:

En primer lugar, subrayar la importancia de la combinación de los tres principios como origen de los derechos humanos. Ciertamente, si consideramos la autonomía entendida desde la autoconciencia plena, se trata de un rasgo que no se encuentra totalmente desarrollado en el caso de los niños. Sin embargo, no hay que olvidar que el principio de igualdad y especialmente el de dignidad de la persona sí que operan como fundamento actualizado. El principio de igualdad en su contenido genérico prohíbe la discriminación y prescribe un trato igual para todos, lo que quiere decir que debemos considerar a todos los seres humanos como iguales en su categoría de personas morales, sin tener en cuenta que sean mayores o menores de edad. El principio de dignidad, por su parte, establece el valor del individuo como fin en sí mismo, independientemente de que sea capaz o no de ejercer la autonomía plena. En consecuencia, no hay que perder de vista que los derechos humanos derivan de los tres principios, dos de los cuales se encuentran actualizados plenamente en el caso de los niños.

Por otra parte, insisto en que el ejercicio de la autonomía tiene una aparición más temprana de la que generalmente se le atribuye, por lo que

<sup>48</sup> Para Melden la persona moral es un ser que se extiende a lo largo del tiempo, pues considera que no puede reducirse la vida de una persona a la franja del presente, sino que se extiende a lo largo del tiempo: a las etapas anteriores y también a sus planes futuros. En este sentido, la identidad de la persona moral se conserva a lo largo del tiempo y, por tanto, los infantes pueden considerarse como tales, ya que son “seres humanos en su infancia” (Melden 1980, pp. 398-412).

el periodo en que ésta es exclusivamente una capacidad potencial y por tanto se justifica como tal, es mínimo. El niño desde muy pequeño puede ser capaz de plantearse proyectos apropiados e ir adaptando su conducta a la consecución de éstos; de igual manera, puede reconocerse como centro de intereses independiente de otros. Lo mismo sucede con las decisiones que implican consecuencias normativas, pues a pesar de que la concepción de la norma difiere de la adulta durante los primeros años de vida, la relación entre el quebrantamiento de un precepto y ciertas consecuencias se aprende muy pronto. Pensemos en el sistema de reglas de cualquier familia: el niño sabe qué es lo que está permitido hacer y qué es lo que está prohibido, y conoce también que en caso de incumplimiento será castigado por sus padres. La incapacidad para prever todas las consecuencias, sobre todo las que son a más largo plazo, no significa que no pueda comprender lo más básico de cualquier sistema normativo y actuar dentro de él. Lo mismo sucede en la escuela y en la interacción con iguales; los pequeños se relacionan conforme a un conjunto de lineamientos y ello, además de ser una muestra de esta facultad, constituye también una necesidad para el desarrollo de la confianza y la adquisición de habilidades. De tal manera que, en mi opinión, es posible describir al niño como persona moral no únicamente por sus capacidades potenciales, sino por sus atributos presentes, diferentes a los del adulto, pero que cumplen con los requisitos necesarios para desempeñarse como tal.

En esta línea de pensamiento es como se torna no solamente posible sino necesaria la intervención del niño en el discurso moral. Considerado como persona moral abstracta, el menor de edad puede considerarse integrante activo, pues desde las categorías propias de la infancia puede ser capaz de tener un punto de vista moral, que sería la expresión de la concreción de los principios durante esta etapa de la vida humana.

### III. LAS CARACTERÍSTICAS FORMALES QUE SE ATRIBUYEN A LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos han sido tradicionalmente asociados con ciertas características formales: en general, han sido considerados de carácter absoluto, inalienables y universales. Esta relación deriva en parte del proceso de evolución de los derechos y de la función de proteger bienes

de especial importancia para los seres humanos, de modo que es necesario explicar y matizar brevemente si se justifica la atribución de estos rasgos a esta categoría especial de normas.

### 1. *Los derechos humanos como derechos absolutos*

El carácter absoluto de los derechos humanos hace referencia a su importancia, a su fuerza moral, a su carácter urgente; significa que tienen la capacidad para desplazar a otras exigencias éticas, dada su función de proteger intereses fundamentales para la existencia humana. Así, los derechos humanos pueden considerarse absolutos en dos sentidos:

- a) En primer lugar, pueden considerarse absolutos por ser *erga omnes*, esto es, que son derechos que se pueden oponer contra cualquiera y de ellos deriva una obligación general de respeto a estos intereses fundamentales.
- b) El segundo significado del estatus absoluto deriva de considerar que son valederos en todas las situaciones y, por tanto, no pueden entrar en concurrencia con otros derechos, pues estos últimos serían desplazados por la fuerza moral de los derechos humanos. Para Bobbio existen algunos derechos que pueden ser considerados absolutos, como por ejemplo el derecho a no ser sometido a esclavitud y el derecho a no ser torturado:

Pues bien, estos derechos pueden ser considerados absolutos porque la acción que se considera ilícita como consecuencia de su institución y protección es condenada universalmente... En otros casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente (Bobbio 19991, pp. 79 y 80).

Finnis defiende también la idea de que hay ciertos derechos absolutos, ya que una de las exigencias de la razonabilidad práctica es “que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo, ya para los demás” (Finnis 2000, p. 252).

Esta percepción del carácter absoluto de algunos derechos humanos no es compartida por Feinberg, quien rechaza que un derecho pueda ser

base para la obligación de otras personas en todas las circunstancias posibles, sin que en ningún caso el derecho pueda verse limitado o las obligaciones correspondientes suspendidas. Esto supondría la imposibilidad lógica de que los derechos absolutos de personas distintas pudieran entrar en conflicto, lo que es evidentemente falso. Ni siquiera el derecho a la vida podría considerarse absoluto, pues generalmente se admite la existencia de excepciones como la guerra, la autodefensa o la pena capital. Sin embargo, admite Feinberg que hay una intuición a favor de que existe *algo* absoluto en algunos derechos humanos, y expone tres estrategias con las que se ha intentado argumentar esta idea:

- 1) *Método de presunción* (method of presumptiveness). Parte de la aceptación de que ciertos derechos son *prima facie*, esto es, que en todos los casos obligan al cumplimiento y respeto por parte de terceros, pero admiten excepciones en su actualización cuando hay un enfrentamiento inevitable con el derecho de otro; en otras palabras, el derecho *prima facie* es absoluto, aun cuando el derecho actualizado puede no estar presente cuando ocurre un conflicto. Decir que todas las personas tienen un derecho de este tipo equivale a decir que la interferencia en el disfrute de ese derecho siempre requiere una justificación moral.
- 2) *Método de especificación objetiva* (method of full factual specification). Este método concibe a los enunciados simples y breves referentes a derechos, por ejemplo a la vida, como abreviaturas de una declaración más clara y elaborada de un derecho absoluto que incluiría todas las excepciones, definiciones, etcétera, relacionadas con el derecho. El problema, según el autor, es que además de la dificultad de la especificación, desaparecería cualquier rasgo de evidencia con este proceso de especificación, quedando como autoevidente únicamente un común denominador muy básico y poco útil.
- 3) *Infracción justificada* (justified infringement). Éste puede coexistir con cualquiera de los otros dos métodos, ya que significa aceptar la posibilidad de que en algunas situaciones un derecho puede ser incumplido legítimamente (Feinberg 1980, pp. 225-229).

Para Laporta, considerar un derecho humano como derecho *prima facie* supone que “es una exigencia moral que en términos generales es vinculante, desplaza a otras exigencias morales y sólo excepcionalmente

tiene que plegarse ante demandas morales muy específicas y delimitadas” (Laporta 1989, p. 40). Esto se refleja en la idea de *no negociabilidad*, ya que los derechos desplazan a otras consideraciones morales o de bienestar general y por tanto las excepciones sólo pueden estar constituidas por otro derecho de la misma clase, lo que significa que sólo un derecho humano puede justificadamente relegar a otro.

¿Qué sucede entonces con aquellos derechos que aparentemente son absolutos porque no admiten excepciones en ninguna circunstancia, como el derecho a no ser sometido a esclavitud o el derecho a no ser torturado? Sumner, utilizando el mismo ejemplo de la tortura, sostiene que la prohibición de las excepciones a la observancia de estos derechos se establece como regla general para evitar su incumplimiento habitual: “It is quite believable that the price we must pay in order to contain the ordinary practice of torture is to condemn it even in extraordinary cases” (Sumner 1990, p. 213).<sup>49</sup>

Desde otro punto de vista, Martin, para quien —como se ha dicho— los derechos consisten en reconocimiento y orientación normativa, así como en las prácticas gubernamentales de promoción y protección, describe el conflicto de derechos apelando a esta distinción: algunas prácticas —reconocimiento— se conservan y otras —promoción y mantenimiento— son suspendidas. Aclara que para que esta tesis sea válida, la falta de protección debe ser ocasional, es decir, que no constituya una regla general, sólo así se podría considerar que hay un derecho establecido, aunque no absoluto (Martin 2001, pp. 78 y 79).

En conclusión, creo que es razonable sostener que los derechos humanos tienen carácter *prima facie*, en el sentido de que constituyen exigencias en sentido fuerte, dado que protegen bienes de especial importancia para la existencia humana, que generalmente se imponen o desplazan a otras demandas colectivas o derechos no constitutivos de derechos humanos, aunque aceptando que pueden entrar en conflicto con los derechos de igual categoría de otras personas, en cuyo caso tendrá que existir un razonamiento que pueda justificar moralmente cuál de los dos derechos debe prevalecer.

<sup>49</sup> Quiero aclarar que la explicación de Sumner pretende responder a la objeción de que no es posible sostener derechos absolutos desde la perspectiva consecuencialista, aunque creo que su razonamiento es de utilidad a pesar de que no se comparta la totalidad de su tesis.

## 2. Los derechos humanos como derechos inalienables

La idea del carácter inalienable que se asigna a los derechos humanos constituye también un testimonio sobre la importancia de los bienes que protegen, ya que supone que no pueden ser enajenados por su titular. Al derivar de las necesidades de cuya satisfacción depende la subsistencia humana, se presume que la no posesión de los bienes protegidos compromete la vida misma y que son insustituibles, de tal manera que los derechos humanos no pueden separarse de la persona moral, ni aun cuando ésta libremente así lo desee. Esto parece suscitar varios problemas, pues en primer lugar parecería ser contradictorio con la autonomía del individuo, ya que se le niega la facultad para renunciar a sus derechos; por otra parte, la inalienabilidad significaría que en ningún caso sería posible la vulneración de un derecho, y en la realidad vemos que no es así. ¿En qué consiste entonces la inalienabilidad de los derechos humanos?

En primer lugar se debe apuntar que al hablar de inalienabilidad se hace referencia a cosas muy diferentes. Feinberg distingue entre distintas nociones relacionadas con la enajenación de los derechos, que a menudo han sido confundidas a lo largo de la historia: enajenar (*alienating*), perder (*forfeiting*) y anular (*anulling*) un derecho, así como la noción de alienación, entendida como renuncia (*waiving*) y desistimiento (*relinquishing*). Un derecho inalienable es aquel al cual su titular no puede renunciar ni aun cuando lo desee, es decir, no puede ser enajenado, mientras que en los otros casos se trata de la pérdida de un derecho como penalización o por el consentimiento del titular. Por otra parte, se puede renunciar al derecho también liberando a otros de las obligaciones correlativas. Los derechos inalienables no pueden ser sustraídos en su titularidad, aunque pueden no ejercitarse nunca. Así, si alguien declina su derecho a la vida, es su vida lo que aliena, no su derecho a la vida (Feinberg 1980, pp. 238-243).

Laporta propone interpretar la inalienabilidad de los derechos como la aplicación de la técnica normativa de la obligación o de la inmunidad al titular. La condición de inalienable de un derecho significa que “no puede ser renunciado”, es decir, que todos, incluyendo el titular, tienen la obligación de respetarlo y para ello se le inmuniza moralmente contra sí mismo sin que tenga libertad para decidir si quiere o no esta titularidad. La libertad atañe entonces al ejercicio de los derechos y no a su titularidad (Laporta 1987, p. 44).

Peces-Barba destaca también la diferencia entre la renuncia y el no ejercicio de los derechos tratándose de aquellos que no suponen al mismo tiempo un deber para el titular; tal es el caso, por ejemplo, de los monjes, que deciden desistir de la práctica de ciertos derechos, como la inviolabilidad de las comunicaciones o la libre expresión. Sin embargo, esta situación no puede interpretarse como una renuncia alegable por terceros, ya que los derechos fundamentales afectan al núcleo de inviolabilidad de la persona y al concepto de dignidad. Se trata, según el autor, del “mantenimiento abierto de los cauces que pueden permitir a cada persona escoger libremente su ideal moral” (Peces-Barba 1995, p. 236).

Por el contrario, para Bobbio la inalienabilidad de los derechos sólo tiene sentido para dar fuerza como exigencia, dado que éstos son históricos, pues van naciendo conforme surgen nuevas necesidades: “Hablar de derechos naturales o fundamentales, o inalienables, o inviolables es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno, y son, por tanto, completamente irrelevantes en una discusión de teoría del derecho” (Bobbio 1991, p. 19).

En mi opinión, la historicidad de los derechos no refuta su carácter de inalienables desde la perspectiva del constructivismo ético, pues no se pretende derivar la titularidad de una característica natural del ser humano o algo parecido; por el contrario, al tener los derechos humanos su origen en una concepción normativa de la persona moral, podemos aceptar que una de las condiciones necesarias para que puedan cumplir con su función es que el titular no pueda renunciar a ellos, y este rasgo se convierte también en una característica normativa, es decir, en una condición formal de lo que a partir del discurso moral va a ser considerado como un derecho humano. Si se toma en serio la derivación de los derechos humanos de los principios de autonomía, igualdad y dignidad y su función de protección de bienes de fundamental importancia para sus titulares, es necesario vincularlos de tal manera con la personalidad que sean garantizados en la mayor medida posible. Pienso que es éste el cometido de la atribución de la inalienabilidad de los derechos humanos, no dejarlos a disposición de nadie, ni siquiera del mismo titular, para que no puedan ser objeto de chantaje o de algún momento de debilidad del hombre. El concepto de derechos humanos se halla de tal manera unido al de persona moral que ésta no puede renunciar a su titularidad, aunque

en algunos casos queda al arbitrio de su voluntad la libertad de ejercitarlos o no.

### 3. *Los derechos humanos como derechos universales*

La tercera característica formal que se atribuye a los derechos humanos procede también evidentemente de su peso como exigencia ética. Si asumimos que los derechos humanos derivan de las necesidades básicas, entonces inferimos que su satisfacción es imprescindible para la vida humana y por tanto común a todos los hombres. La consecuencia moral derivada de este razonamiento es que los titulares son todos los seres humanos.<sup>50</sup>

Para Laporta, la afirmación de la universalidad de los derechos humanos se relaciona con su ubicación en el plano ético, es decir, como derechos morales, ante la imposibilidad conceptual de afirmar que son universales y al mismo tiempo producto del orden jurídico positivo. La idea de universalidad obliga a descontextualizar la idea de derecho moral, a hacer caso omiso de instituciones o roles para adscribir a todos, al margen de su circunstancia vivencial o contextual; de modo que los derechos humanos serían:

- a) Para todos y cada uno de los miembros individuales de la clase “ser humano”.
- b) ...una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etcétera...
- c) ...que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte ...
- d) para articular una protección normativa a su favor... (Laporta 1987, p. 34).

<sup>50</sup> Para Martin, la universalidad de los derechos humanos se circunscribe a una sociedad, al ser el reconocimiento, la promoción y mantenimiento, elemento esencial de los derechos: “Sin embargo, lo que tienen en común los derechos humanos como derechos civiles, así como estos otros derechos civiles, es que todos son derechos políticos universales dentro de esa sociedad. Son maneras de actuar o maneras de ser tratado, específicamente reconocidas y ratificadas jurídicamente para todos y cada uno de los ciudadanos (o, idealmente, para todos los particulares) y que son promocionados o mantenidos por las acciones de aquellos sobre quienes se establecieron expresamente orientaciones normativas de conducta pertinente” (Martin 2001, p. 125). Este punto de vista puede representar la visión de la universalidad de los derechos desde una postura positivista.

La universalidad de los derechos humanos tiene también como consecuencia la existencia de obligaciones de varios tipos: generales negativas (deber de abstención para todos), especiales negativas (deber de abstención de los miembros de las instituciones políticas y jurídicas) y especiales positivas (deber de acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos por parte de los miembros de las instituciones políticas y jurídicas); pero en opinión del autor, las obligaciones no se agotan aquí, sino que la lógica de los derechos demandaría la existencia de obligaciones generales positivas (deber de todos de llevar a cabo acciones positivas para la realización y protección de los derechos) (Laporta 1987, p. 35).<sup>51</sup>

Peces-Barba rebate a Laporta, pues considera la incorporación a un ordenamiento jurídico positivo como elemento constitutivo de los derechos; sin embargo, acepta la universalidad de la moralidad que da origen a los mismos, partiendo de la distinción de tres planos a los que se hace alusión cuando se habla de universalidad de derechos:<sup>52</sup> racional, temporal y espacial:

Si nos situamos en el plano racional, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres y con pretensión de validez general de los criterios de moralidad, contenidos en los derechos. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin, nos situamos en el plano espacial, por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción (Peces-Barba 1995, p. 299).

<sup>51</sup> Laporta utiliza la existencia de las obligaciones derivadas de la universalidad de los derechos humanos para poner de manifiesto los riesgos derivados de la ampliación del catálogo de derechos humanos (Laporta 1987, p. 36).

<sup>52</sup> Peces-Barba prefiere hablar del universalismo de los derechos humanos para referirse a lo que Laporta define como universalidad: “Desde mi punto de vista cabría una mayor precisión y procedería hablar de universalismo de los derechos, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto. Sería la reflexión racional pura, que corresponde al primer uso del término, aunque hay que señalar que Laporta usa en ese sentido el término «universalidad» como veremos” (Peces-Barba 1995, p. 300).

La universalidad racional es el fundamento de las otras dos y se refiere a la universalidad de la moralidad básica que fundamenta los derechos humanos; la universalidad temporal, por su parte, es congruente con esta visión si se acepta la cristalización de esta moralidad en la forma de derechos humanos como concepto histórico que aparece en el mundo moderno, y finalmente, la universalidad espacial se puede sostener si se considera como un punto de llegada que debe superar los nacionalismos, particularismos y las teorías que consideran que es un asunto de jurisdicción interna (Peces-Barba 1995, pp. 312 y 313).

Sin embargo, a pesar de que el sostener esta universalidad racional o en el campo de la moralidad es altamente plausible, el problema se presenta cuando nos enfrentamos a las condiciones fácticas —o aun hipotéticas— de aplicación de estos derechos; es decir, a su transformación en derechos exigibles. Eludir esta cuestión llevaría, en mi opinión, a convertir el concepto de derecho humano en una idea vacía: ¿de qué sirve decir que los hombres son titulares de derechos universales si no pueden exigir su cumplimiento? Este punto se concreta en el reconocimiento de los derechos en las Constituciones de los Estado nacionales. En efecto, el problema de la universalidad de los derechos, íntimamente vinculado con el de la igualdad, parece ciertamente cuestionado en la medida en que su aplicación depende de normas circunscritas al ámbito del Estado, que ineludiblemente distinguen por lo menos entre nacional y extranjero, aunque evidentemente de esta diferencia se derivan muchas otras consecuencias normativas. Así, parece ser que en la medida en que los derechos humanos son consagrados jurídicamente se institucionaliza la no universalidad.

Hierro resuelve esta aparente paradoja a partir de la distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano como dos grupos de derechos con distintas condiciones de aplicación: ambos son universales en su titularidad, pero los derechos del ciudadano (entre los que sitúa la igualdad ante la ley) dependen para su ejercicio de la pertenencia a una comunidad determinada:

Los llamados derechos del hombre son universales no sólo en su titularidad (todos los hombres) sino en su condición de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan “abstracción”), los derechos del ciudadano (o mejor dicho los derechos del hombre en cuanto ciudadano) son universales en cuanto a su

titularidad (todos los hombres) pero son concretos en su condición de aplicación: en cuanto miembros de una comunidad político jurídica. La igualdad ante la ley —como la libertad positiva (en concreto los derechos de participación política)— es un derecho de “todo ser humano” *en cuanto miembro de una comunidad política determinada* (Hierro 1998, p. 121).

La universalidad de los derechos del hombre está dada por su carácter como exigencias morales vinculadas a la personalidad moral. Parece entonces posible concluir que es posible defender la universalidad en la titularidad de los derechos humanos, aun cuando la aplicación de algunos de estos derechos dependa de ciertas condiciones, como la de pertenecer a un Estado. Sin embargo, queda pendiente aún resolver la cuestión de la desigualdad derivada de la edad. Durante la minoría de edad el ser humano no es titular —o por lo menos no tiene capacidad de ejercicio— de cierto grupo de derechos, y ese es el tema que se pretende abordar a continuación a través del análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

#### IV. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Parece que tenemos ya trazadas las líneas generales del concepto de derecho humano. Se ha intentado mostrar que desde una postura constructivista con una concepción extensa de los principios morales es posible sostener la personalidad moral de los niños y en consecuencia la titularidad de derechos humanos. Si además aceptamos que los derechos humanos son universales, resulta que los derechos deben ser iguales para todos. ¿Cómo se conjuga esto con la necesidad de protección especial para los niños y con el surgimiento de derechos concretos para esta etapa de la vida humana? La respuesta de muchos autores ha sido que los derechos de los niños son el resultado de lo que Bobbio identifica como el “proceso de especificación” de los derechos humanos en su evolución histórica. Bobbio considera que esta evolución pretende concretar a los titulares de los derechos respecto del hombre abstracto: “Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto del hombre en general), se ha pues-

to de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?” (Bobbio 1991, p. 110).

Para Peces-Barba el proceso de especificación<sup>53</sup> en relación con los titulares parte de la idea de vincular a los derechos con ciertas circunstancias de las personas concretas, ya sea por su condición social o cultural, física —como sería el caso de los niños— o por su situación en determinadas relaciones sociales. El surgimiento de este nuevo tipo de derechos pretende responder al valor de igualdad utilizando la técnica de diferenciación para permitirles superar la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de sus circunstancias (Peces-Barba 1995, pp. 180-182).

Según la tesis del proceso de especificación, la formulación de los derechos de los niños deriva de considerarlos como titulares de derechos humanos, pero con ciertas necesidades que requieren de una protección determinada. Sin embargo, creo que este razonamiento no carece de dificultades. Especificar significa ir de lo general a lo particular, derivar una especie del género, por lo que resulta lógicamente necesario que lo específico forme parte de lo genérico. Desde este razonamiento, entiendo que el proceso de especificación de los derechos humanos al que aluden tantos autores y dentro del cual identifican el surgimiento de los derechos de los niños, significa que los derechos particulares de este colectivo se encuentran contenidos en los derechos humanos en general. Sin embargo, esto parece no ser exactamente así en el caso de los derechos de los niños, por lo menos si tomamos como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerada por los autores que se oponen a la existencia de derechos morales como los únicos derechos de este tipo; pues ni todos los derechos contenidos en ella son derechos de los niños, como intentaré exponer a continuación, ni todos los derechos de los niños pueden derivarse de este instrumento, como procuraré explicar mediante un breve análisis en el capítulo relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 pretende consagrar los derechos humanos para todos los hombres, pero parece discutible que realmente todos los derechos

<sup>53</sup> Para Peces-Barba la evolución de los derechos humanos ha pasado por las siguientes etapas: positivación, generalización, internacionalización y especificación (Peces-Barba 1995, pp. 154 y 155).

sean aplicables a los menores de edad. Creo que es posible realizar una clasificación respecto de los derechos contenidos en la Declaración en relación con los niños: en primer lugar los derechos que efectivamente son universales y su titularidad se extiende claramente a todos los seres humanos; una segunda categoría de derechos que son aplicables a todos, pero con ciertas limitaciones en el caso de los niños, y un tercer conjunto de derechos de cuya titularidad los niños se encuentran totalmente excluidos.<sup>54</sup>

Veamos el primer tipo de derechos, que son los que pueden considerarse efectivamente universales tanto en su titularidad como en su aplicación: artículos 4o. (prohibición de la esclavitud y la servidumbre), 5o. (prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 8o. (derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes), 9o. (prohibición de detenciones arbitrarias),<sup>55</sup> 10 (derecho a ser oído públicamente por un tribunal imparcial), 11 (derecho a la presunción de inocencia y a la no retroactividad), 12 (derecho a la honra y a la privacidad), 14 (derecho de asilo), 15 (derecho a la nacionalidad), 17 (derecho a la propiedad), 22 (derecho a la salud y satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales), 24 (derecho al descanso y al tiempo libre), 25 (derecho a un nivel de vida adecuado, especial protección a la maternidad y a la infancia), 27 (derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad y a gozar de los beneficios de las producciones propias) y 28 (derecho a la garantía y protección efectiva de los derechos).

Algunos de estos derechos no requieren de lo que yo entiendo como especificación, por ser directamente aplicables a los niños, mientras que otros pueden ser sujetos de este procedimiento. Como ejemplo de los primeros se puede citar el derecho a no ser sometido a esclavitud o a no ser torturado, ya que no requieren de ninguna adaptación para su ejercicio

<sup>54</sup> Feinberg hace también una clasificación de los derechos a partir de su disfrute en el caso de los niños: derechos comunes a niños y adultos a los que llama “derechos A-C”, derechos que sólo pertenecen a los adultos (“derechos A”) y “derechos C”, que son generalmente característicos de los niños, aunque los adultos los tienen en circunstancias especiales (Feinberg 1994, p. 76).

<sup>55</sup> Esta protección de detenciones arbitrarias en el caso de los menores de edad, así como el derecho a un recurso ante tribunales efectivos, es de muy reciente aplicación, pues como se mencionó en el capítulo primero hasta hace muy poco tiempo la justicia de menores otorgaba al juez un amplio margen de discrecionalidad tanto en las causas de detención como en el procedimiento e imposición de las penas.

durante la infancia. Dentro del segundo grupo se encuentran, por ejemplo, el derecho al debido proceso mediante la adecuación de un derecho penal específico para los menores que contemple delitos, tribunales y penas de acuerdo con la edad del infractor; el derecho a la intimidad, que se encuentra especialmente protegido para los niños en algunos países como España; el derecho a la propiedad, que en el caso de menores también se garantiza en muchos ordenamientos jurídicos de una manera especial, imponiendo restricciones para la enajenación de los bienes; o el derecho de protección especial a la maternidad e infancia. Este tipo de derechos puede considerarse aplicable a los niños a través del proceso de especificación, pues la adecuación para el ejercicio del derecho no altera el contenido del mismo, únicamente se limita a establecer los medios adecuados para hacerlos efectivos tomando en cuenta las circunstancias relacionadas con la edad del titular.

El siguiente modelo de derechos contenido en la Declaración presenta algunas discrepancias entre su aplicación a niños y adultos, aunque a diferencia de los ejemplos anteriores éstas no derivan del proceso de especificación, es decir, que el derecho no se conserva como tal aunque su aplicación deba revestir características especiales para su efectiva protección. La titularidad de esta segunda clase de derechos en los niños no es exactamente como se reconoce en el enunciado normativo, sino que es la mayoría de las veces más restringida que la de los adultos.

Dentro de esta variedad de derechos se encuentra el artículo 1o., que establece la igualdad y libertad para todos los seres humanos y se refiere a una igualdad genérica que prescribe el tratamiento igual a todos los hombres y a una libertad también general, ambas derivadas de la dignidad. Para Bobbio significa que los hombres son iguales en el ejercicio de la libertad, en el sentido de que ningún hombre puede tener más libertad que otro, y se puede formular como “los hombres tienen igual derecho a la libertad” o “los hombres tienen derecho a una igual libertad” (Bobbio 1991, p. 116). Dicho artículo se complementa con el siguiente, que proscribela discriminación por diversas causas: “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición”. La edad no es mencionada de forma explícita, aunque se presume que está incluida dentro de las causas genéricas. Considero que es útil para iluminar la interpretación de este artículo la distinción entre discriminación y

trato diferenciado, entendiendo que la discriminación es contraria a la Declaración, mientras que el tratamiento distintivo y los instrumentos que reconocen derechos para los miembros de colectivos específicos son congruentes con este documento. Hasta aquí no habría ninguna dificultad, pero al interpretarlo en combinación con otros derechos se puede percibir que tal igualdad no es completamente efectiva, por lo menos respecto de todos los artículos de la Declaración —especialmente si consideramos el tercer tipo de derechos—. Lo mismo sucede con el artículo 7o., que prescribe la igual protección ante la ley.

Con las libertades enfrentamos un problema similar; el artículo 3o., que establece el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, en el caso de los pequeños tiene también una configuración especial debido a su situación de dependencia, a su pertenencia a la familia y su sometimiento a la autoridad paterna,<sup>56</sup> de tal manera que la libertad en el caso de los niños se encuentra mucho más restringida que en el de los adultos. El artículo 13, que se refiere a la libertad de movimiento, y que incluye el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a salir y volver a su país, se encuentra también sometido en el caso de los menores a la autorización paterna. La libertad religiosa y de pensamiento se encuentra también fuertemente acotada, pues además este derecho de los niños se ha asumido tradicionalmente como parte de la esfera de inmunidad paterna, es decir, se interpreta como una prohibición para interferir en la libertad religiosa de los progenitores,<sup>57</sup> que incluye no obstaculizar la formación religiosa de sus hijos. Algo similar ocurre con el derecho a la educación del artículo 25, con la diferencia de que la misma Declaración reconoce la facultad preferente de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. El artículo 19 es también controvertible, pues prohíbe ser molestado por causa de las opiniones y reconoce la libertad de recibir información. Es claro que uno de los derechos de los niños que se basa en el argumento de la salvaguarda de su desarrollo es la censura de determinado tipo de información que por su edad no tiene capacidad para comprender y cuyo acceso puede resultar perju-

<sup>56</sup> Cuando hablo del sometimiento a la autoridad paterna sobreentiendo que en caso de no existir ésta por cualquier razón, opera subsidiariamente la autoridad de un tutor o representante del Estado.

<sup>57</sup> En el mejor de los casos se trata de ambos progenitores, pues en algunos países es exclusivamente el derecho de alguno de ellos, generalmente el padre.

dicial. La libertad de asociación del artículo 20, interpretada únicamente como la capacidad para reunirse pacíficamente, podría no tener más inconveniente que el de la subordinación a la autoridad paterna; sin embargo, históricamente está vinculada a los derechos políticos, que como veremos pertenecen al tipo de derechos del cual están totalmente excluidos los niños. El derecho a la personalidad jurídica del artículo 6o. tiene también peculiaridades, pues la capacidad jurídica en una gran cantidad de sistemas jurídicos se encuentra limitada también en función de la edad.

El artículo 29 me parece que no instituye propiamente un derecho humano, sino que establece las obligaciones y responsabilidades respecto de los derechos de los demás. Esta norma sería aplicable a los niños, pues efectivamente ellos tienen deberes respecto de los otros, por lo menos creo que puede sostenerse sin mayores objeciones una obligación mínima de obedecer al derecho. Esta disposición serviría también como fundamento para la creación de derechos específicos para los niños si se interpreta que éstos se requieren para el fin de asegurar el respeto de los derechos de los demás y de satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general. Se ha cuestionado fuertemente este artículo de la Declaración, pues parece contradictorio el hecho de que los derechos humanos puedan ser limitados por el bienestar general cuando, precisamente, la función de esta clase de normas es limitar el bien común en interés de los individuos. No es mi intención abordar esta polémica, simplemente quiero señalar que las leyes para la infancia podrían caber en este supuesto, aunque no creo que sea admisible interpretar que esta regulación que se delega en la ley pueda negar algunos derechos de los que establece la Declaración, como sucede en el caso de los niños.

El último grupo de derechos es el menos numeroso pero el más conflictivo, pues se trata de derechos de cuya titularidad el niño está completamente descartado, lo que creo que puede incidir en el derecho a la igualdad y en la caracterización de estos derechos como derechos humanos. El primero es el derecho al matrimonio y a fundar una familia que consagra el artículo 16; en el mismo artículo se establece la limitación por causa de la edad, pues indica que será a partir de la edad núbil, lo que no obsta, sin embargo, para considerar que no es aplicable a los niños, pues no se puede ejercer durante gran parte del tiempo en que se es menor de edad. Otro conjunto de derechos del que se encuentra excluido el ser humano durante la infancia es el establecido en el artículo 21, que

regula los derechos de participación política —libertad positiva—; tampoco es necesario explicar demasiado que esta limitación proviene de la falta de autonomía para elegir y decidir libremente y de capacidad para colaborar en las funciones públicas. Finalmente, el derecho al trabajo y los derechos derivados del artículo 23 tampoco se encuentran entre los intereses del niño; es más, se considera un derecho justamente lo contrario: el derecho a no trabajar, ya que esto puede ser perjudicial para su desarrollo.

Una de las salidas a este problema ha sido sostener que los niños tienen la titularidad de los derechos pero tienen limitaciones en el ejercicio. Sin embargo, creo que este razonamiento no es válido, pues parece absurdo hablar, por ejemplo, del derecho del niño al matrimonio o al trabajo. Sólo recurriendo a una ficción muy forzada y poco verosímil se podría sostener que se trata de una facultad “en potencia” que no es posible actualizar, pero que lo será con el transcurso del tiempo.

En términos muy generales podríamos decir que los derechos que más directamente derivan del principio de autonomía —entendida como no injerencia y como autorregulación— son los que más problemas presentan en relación con los niños y como consecuencia de ello los que se relacionan con el principio de igualdad; en cambio, los que parecen vincularse sobre todo con la idea de dignidad de la persona son aplicables universalmente. Lo que puede subyacer a esto es una idea restringida de autonomía y un excesivo énfasis en ésta, entendida como una capacidad adulta.

Quiero aclarar que la postura que se defiende no es a favor de que los niños sean incluidos en la clase de titulares de estos derechos; al contrario, creo que la separación de muchos de ellos está completamente justificada desde una teoría de las necesidades infantiles y responden a los intereses presentes de los niños, pues favorecen el desarrollo y al mismo tiempo permiten la formación de la autonomía. La reflexión se dirige a cuestionar lo que algunos autores han llamado el proceso de especificación de los derechos, o cómo se integran los derechos de los niños en una perspectiva global de los derechos humanos.

Quizá puede servir para arrojar alguna luz sobre el problema la ya mencionada distinción de Campbell entre “derechos intrínsecos” (*intrinsic rights*) y “derechos instrumentales” (*instrumental rights*), que no son otra cosa que herramientas para la protección de los derechos, que pre-

tenden dar eficacia a los mismos. Los derechos instrumentales pueden también tener carácter *prima facie*, como por ejemplo la libertad de expresión, que puede considerarse como medio para la manifestación de otras demandas. Campbell piensa que los derechos parentales podrían considerarse también de esta manera, como derechos intrínsecos dirigidos a proteger los intereses de los padres o como derechos instrumentales otorgados a los padres para garantizar los intereses de los hijos. Campbell parte de la suposición de que los intereses del individuo no están siempre mejor garantizados otorgándole poderes para protegerlos, sino que se pueden otorgar poderes a un individuo *A* para proteger los intereses de un individuo *B*. Esos poderes se reconocen como derechos, aunque están limitados normalmente por obligaciones acerca de cómo deben ser utilizados (Campbell 1995, pp. 9 y 10).<sup>58</sup>

Esta distinción parece resolver en parte el conflicto que se presenta en el segundo grupo de derechos (aquellos que se encuentran limitados en el caso de los niños), interpretando que éstos se configuran otorgando poderes a los padres para actuar en nombre de sus hijos y que estos poderes están limitados en un primer momento por el contenido mismo del derecho humano y por los principios morales en última instancia. El criterio para calificar a un derecho humano es su derivación de los principios de autonomía, igualdad y dignidad, que son siempre los criterios últimos para determinar si un derecho pertenece o no a esta clase. Sin embargo, queda sin respuesta el problema acerca del tercer tipo de derechos (los que no guardan ninguna relación directa con los intereses presentes de los niños) y de ciertas limitaciones al segundo grupo.

Pero ¿pueden considerarse los derechos instrumentales como derechos humanos? Creo que en principio no hay objeción, pues a través de ellos también se protegen bienes de fundamental importancia para la existencia del ser humano y muchas veces son insustituibles para desempeñar esta labor. Sin embargo, no hay que perder de vista que deben derivar di-

<sup>58</sup> Laporta distingue también entre lo que llama “derechos núcleo” y “derechos derivados”, que se pueden obtener deductivamente a partir de los primeros, la diferencia es que para este autor los derechos humanos son títulos de los cuales derivan otros derechos: “...«derechos núcleo» que son aquellos «constituidos» por el sistema normativo, como diferenciables de los «derechos derivados» que son aquellos que se pueden considerar «implicados» por los «derechos núcleo» y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos” (Laporta 1987, p. 31).

rectamente de los principios de autonomía, igualdad y dignidad y ser imprescindibles para cumplir con éstos. De lo que no hay duda es que los niños son titulares tanto de derechos intrínsecos como de derechos instrumentales, y que éstos últimos deben tener ciertas características adecuadas a su condición.

Creo que es posible argumentar que la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos es producto del proceso de especificación de los derechos humanos. Me parece que el análisis de este instrumento internacional pone de manifiesto la importancia del constructivismo moral y la formulación de los principios de los cuales derivan los derechos humanos, pues creo que resulta claro que los derechos contenidos en este documento no son aplicables a todos los seres humanos, por lo menos no durante la infancia. Esta situación —por no mencionar los innumerables problemas en la aplicación de la Declaración— demuestra que, contrariamente a lo que sostiene Bobbio, el asunto de la fundamentación de los derechos humanos no está resuelto y el catálogo de los derechos tampoco es incontrovertible. Lo que parece subyacer a este instrumento es la vieja idea del varón adulto propietario como paradigma del titular de derechos y la suposición de que no es demasiado importante ocuparse de los derechos de los niños porque su remedio es crecer. El constructivismo moral permite dejar abierta la discusión sobre los derechos concretos derivados de los principios, partiendo de una teoría de las necesidades humanas básicas, incorporando los puntos de vista de los niños en la medida en que se les va permitiendo la participación en el discurso. En la necesidad de autonomía podemos apreciar el componente contextual del principio de igualdad, pues creo que cada vez es más claro que los niños pueden integrarse en el discurso social en la medida de sus capacidades, lo que resulta una necesidad nueva respecto de la situación de hace algunos años.

Queda también sin resolver la pregunta acerca de si estamos ante una situación de discriminación o de diferencia de trato en el caso de los niños. El mismo Bobbio reconoce que aún existe discriminación en el tratamiento jurídico durante la infancia —aunque, como expuse, no comparto que éste sea necesariamente discriminación sino trato diferenciado—, de manera que esto constituye un argumento más para considerar que resulta precipitado suponer que con la Declaración Universal de los Derechos Humanos el problema de la fundamentación pueda considerarse resuelto,

por lo menos en el caso de los pequeños. Bobbio sostiene que respecto de los derechos sociales y políticos, “los individuos son genéricamente iguales pero específicamente no lo son” (Bobbio 1991, p. 117). Si la igualdad se satisface simplemente con una regla que así lo disponga entonces es posible sostener esta afirmación, pero si se cree que el principio de igualdad exige la coherencia de todo el ordenamiento con este principio genérico, se plantean serias dudas acerca de esto.

Si, como creo que muestra el análisis de la Declaración, los niños no son titulares de por lo menos algunos de los derechos contenidos en ella, ¿qué sucede entonces con los derechos que son exclusivos de la infancia?, ¿pertenece este tipo de derechos a la categoría de derechos humanos? Para responder a ella, en el último capítulo propongo un análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para concluir, coincido con Laporta y con muchos otros autores en la convicción de que los derechos humanos son derechos morales, cuyos titulares somos todos los seres humanos, independientemente de la edad o de cualquier otra condición o circunstancia, y que su reconocimiento es un elemento indispensable de cualquier Estado democrático. Comparto con él también la opinión de que “si para tener dignidad moral hay que tener fortuna geopolítica de nacimiento, los derechos humanos serán ignorados” (Laporta 1987, p. 77), aunque añadiendo que de igual manera carecen de sentido los derechos humanos si para tener dignidad moral es necesario haber alcanzado cierta edad. Es verdad que la comparación de la diferencia de tratamiento derivada de la edad cronológica con cualquier otra causa es dispar, pues se trata de una condición por la que hemos pasado todos los seres humanos antes de llegar a ser adultos; de tal manera que parecería cuestionable hablar de discriminación tratándose de algo que todos los hombres vivimos de una u otra manera. Sin embargo, creo que la dignidad moral supone el reconocimiento de la realidad presente del ser humano y no únicamente su proyección como ciudadano o miembro participativo de la comunidad.

#### V. LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO

Creo que es posible decir que existe un acuerdo acerca de que los derechos humanos son importantes para todos y, suponiendo que a partir de la argumentación desplegada a lo largo de este capítulo ha quedado de-

mostrado, que los niños son personas morales y por tanto titulares de los derechos derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad. He intentado proponer también que los derechos subjetivos morales que pertenecen a la categoría de los derechos humanos no se corresponden exactamente con los comprendidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas porque los niños están excluidos de la titularidad de algunas disposiciones contenidas en este instrumento, pero queda en el aire una pregunta: ¿por qué se afirma que los niños se encuentran relegados? Con un propósito metodológico se dio por sentado que existía un acuerdo sobre la titularidad o no titularidad de los derechos en los niños con base en intuiciones generalizadas —por ejemplo, se asumió que los niños no son titulares de derechos políticos—, aunque ciertamente la Declaración no señala nada expresamente a este respecto y tampoco el acuerdo entre los especialistas es unánime. Atendiendo a estas circunstancias se examinarán a continuación las tres grandes líneas generales de pensamiento en relación con la titularidad y ejercicio de los derechos de los niños: liberacionismo, perfeccionismo y paternalismo.

Como se explicó en el capítulo segundo y se ha repetido reiteradamente a lo largo de este trabajo de investigación, las capacidades del niño son distintas a las del adulto, y esto tiene como consecuencia, en primer lugar, que su percepción de las relaciones causales muchas veces pueda ser limitada, tanto por su inmadurez como por la falta de experiencia. Por otra parte, la situación evolutiva en la que se encuentra el ser humano durante las distintas etapas de la infancia también le hacen tener necesidades específicas y quizá lo exponen al riesgo de consecuencias más radicales como resultado de la satisfacción o no satisfacción de las mismas. La instrumentación de los derechos, entonces, debe ser coherente con esta situación. Intentaré argumentar a favor del paternalismo jurídico como la fórmula más acorde con las posturas asumidas hasta ahora respecto del concepto de niño, las teorías de las necesidades humanas, el fundamento de los derechos humanos y los niños como personas morales.

### 1. *Liberacionismo*

La tesis liberacionista de los derechos se entiende generalmente como la postura que sostiene que los niños deben ser titulares de derechos para ser “liberados” de los condicionamientos y la opresión adulta. La idea

básica general de este tipo de pensamiento es que la infancia es una construcción social, es decir, que las características que se atribuyen a los niños no parten de hechos reales y objetivos, sino que, al igual que sucede con otros grupos oprimidos, la visión de que no tienen capacidad para ejercitar sus derechos y la carencia de autonomía son productos fabricados artificialmente. De la misma manera que durante siglos se creyó firmemente que ciertas clases de personas como los negros o las mujeres eran naturalmente inferiores y por tanto incapaces de compartir la titularidad de derechos con los varones blancos, los teóricos liberacionistas argumentan que la supuesta inferioridad de la infancia tiene origen en los prejuicios de los grupos dominantes. Es necesario, entonces, liberar a los niños, al igual que se ha hecho con otros colectivos, y esta emancipación sólo podrá realizarse a través de permitirles la toma de decisiones autónomas, de dejarles elegir libremente sus proyectos personales. De esta manera, muchos autores creen que la niñez es un fenómeno que tiende a desaparecer en la medida en que se van eliminando las estructuras que lo sostienen y que impiden el ejercicio completo de la autonomía, de modo que la historia de la infancia —que se describe en el capítulo primero— tendrá como culminación la supresión del niño como categoría social. Estas ideas encuentran sobre todo su expresión práctica en la filosofía de la educación y su concreción en diversos experimentos educativos que concebían como uno de los pilares básicos la libertad del alumno.

Grandes e importantes abanderados de estas ideas fueron un grupo de educadores —Holt (1971), Berger (1973), A. S. Neill (1973, 1974, 1976), Ollendorff (1973), Portman y Weingartner (1973)— que pugnaba por una formación libre para los niños, quienes —como se dijo en el capítulo tercero— pueden ser vistos como representantes de una visión voluntarista de los derechos, pero que a diferencia de la mayoría de los teóricos que defienden esta postura, atribuyen derechos a los niños y defienden la libertad en el ejercicio. Sin embargo, otra de las posiciones que se opone a la intervención estatal en el ejercicio de los derechos sería la que Vázquez identifica como “libertaria”,<sup>59</sup> y que —aunque de una manera dis-

<sup>59</sup> Vázquez se refiere en concreto a la educación al explicar la postura libertaria, sin embargo creo que esto es extensible a todos los derechos de los niños, pues constituye una visión general de la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos, siendo además el derecho a la educación uno de los más característicos de la infancia (Vázquez 1999, pp. 73-92).

tinta al liberacionismo— es también opuesta al paternalismo jurídico. Los defensores de la teoría libertaria abogan por la neutralidad del Estado, el individualismo como principio y la injerencia mínima en las vidas de los individuos, y pese a que ambas posturas privilegian la autonomía entendida como libertad negativa, los liberacionistas ponen el énfasis en la emancipación de las instituciones sociales que consideran opresoras —principalmente la familia y la escuela en el ejercicio de los derechos de los niños— mientras que los libertarios intentan justificar la conveniencia de la desaparición del Estado benefactor y la no interferencia en las conductas de los ciudadanos, alegando que la autonomía se repartirá espontáneamente, sin que el gobierno tenga que actuar como árbitro para su redistribución. La limitación que los libertarios pretenden imponer a la autoridad paterna en la educación del niño está dada por las mismas exigencias de la autonomía; es decir, no hay libertad total de los padres para educar a los hijos, pues tendrían la obligación de no obstruir la formación de la autodeterminación. A diferencia de los liberacionistas, cuyo objetivo es la educación a través de la libertad, a los libertarios les interesa más bien la relación entre educación y productividad<sup>60</sup> (Vázquez 1999, pp. 73-92).

Desde mi punto de vista, la visión libertaria no tiene capacidad para garantizar los derechos de los niños, pues como resulta imposible ignorar, ellos son quizá los actores más vulnerables de los sistemas liberales o neoliberales —en el sentido económico— y esta situación ha dado lugar a la creación de regulaciones protectoras para los pequeños. Pensemos en las leyes respecto del trabajo infantil o en todas aquellas disposiciones tendentes a paliar las consecuencias de la pobreza en los niños. Estas normas tienen como fin formar un espacio protector que contribuye a minimizar en la medida de lo posible los efectos de las fuerzas del mercado en los miembros más pequeños de la sociedad.

Los primeros intentos liberacionistas en la educación podemos situarlos a principios del siglo XX, representados principalmente por el educador Alexander S. Neill y su escuela Summerhill —fundada en 1921—,

<sup>60</sup> Vázquez distingue claramente entre los libertarios y quienes defienden un liberalismo igualitario, los primeros parten del neutralismo, mientras que los segundos se inclinan por un pluralismo fundado en la objetividad de los valores: “En síntesis, el neutralismo supone un subjetivismo moral, por el contrario, el pluralismo parte de un objetivismo con respecto a los valores y, entre éstos, la autonomía ocupa un lugar relevante” (Vázquez 1999, p. 86).

en la que pretendió llevar a la práctica sus ideas acerca de la libertad en el niño. Como ya se ha dicho en el capítulo tercero, la filosofía de Neill se basaba en la idea de educar en la libertad, sin imposiciones de otro tipo que las de respetar los derechos de los demás. Neill propone una nueva visión acerca de las relaciones niño-adulto, propugnando la igualdad en los derechos. Son novedosas también sus concepciones acerca del respeto hacia los mayores,<sup>61</sup> el método de enseñanza, la participación del niño en las decisiones de la comunidad educativa, así como aspectos tan diversos como los hábitos de higiene, las palabras altisonantes, los modales,<sup>62</sup> el sexo y los hábitos nocivos en la adolescencia.<sup>63</sup> Para Neill, el resultado de estas prácticas sería la autodisciplina, ya que considera infructuoso cualquier intento de obligar a un niño —o a un adulto— a realizar las cosas por imposición.<sup>64</sup>

El movimiento liberacionista tuvo su manifestación más importante respecto de los derechos de los niños a principios de los años setenta, época en la que se publicaron diversos escritos que denunciaban la discriminación y opresión de los niños y respaldaban su liberación de las estructuras sociales autoritarias —sobre todo familia y escuela—. Para estos autores la situación de los niños es análoga a la de otros grupos sometidos de la historia y por lo tanto consideran que la supresión de las instituciones dominantes tendrá como consecuencia directa la desaparición de las incapacidades que les impiden el ejercicio de los derechos. Freeman menciona a Farson y a Holt como dos de los principales repre-

<sup>61</sup> “Mis alumnos no me respetan. Nunca les pido respeto. Hoy una niña de diez años me dijo que soy un tonto rematado. Esta era la opinión que tenía por la mañana y era libre de sustentarla” (Neill 1973, p. 55).

<sup>62</sup> En el libro *Hijos en libertad* (1973), en el que se recogen las respuestas de Neill a distintas preguntas de los padres, recomienda dejar en libertad a los niños, respecto tanto del aseo personal, los modales —por ejemplo en la mesa— y respetar su derecho a expresarse libremente aunque sea profiriendo palabras altisonantes.

<sup>63</sup> “Los cigarrillos le harán mucho menos daño que la firme convicción de que su madre es alguien que siempre la está regañando y le está prohibiendo una cosa u otra. Déjela en paz... aunque en este caso usted tenga razón” (Neill 1973, p. 168). “Si mi hija quisiera servir cerveza en una fiesta, yo se la proporcionaría de muy buen grado” (Neill 1973, p. 172).

<sup>64</sup> Neill cree en la bondad del niño y en una tendencia natural a crecer de una determinada manera y por ello sostiene que debe dejársele en libertad para hacerlo: “La libertad es necesaria para el niño porque sólo con la libertad puede crecer a su manera natural, que es la buena manera” (Neill 1974, p. 101).

sentantes de este tipo de pensamiento. Farson argumenta —probablemente por primera vez— a favor del derecho del adolescente a la autodeterminación en su libro *Children's Rights*, y enumera nueve derechos de los niños:

- Derecho a un ambiente que permita al niño el ejercicio de sus propias opciones de forma de vida.
- Derecho a la información que es accesible para los adultos.
- Derecho a educarse a sí mismo y a la elección de su propio sistema de creencias.
- Derecho a la libertad sexual: la pornografía debe hacerse accesible a los niños de la misma manera que a los adultos, y debe permitírseles experimentar con su sexualidad sin temor al castigo.
- Derecho a cierto poder económico, que incluye el derecho a trabajar, desarrollar historial de crédito y obtener independencia financiera.
- Derecho al poder político, incluyendo el derecho al voto, pues nada indica que los niños votarían menos responsablemente que los adultos.
- Derecho a un “diseño sensible” a las necesidades del niño (*responsive design*).
- Derecho a la libertad del castigo físico.
- Derecho a la justicia.

Holt incluye en su catálogo de derechos además el derecho a viajar, a conducir y a usar drogas (Freeman 1997, p. 52).

Freeman comparte la idea de que la infancia es una construcción social, aunque ello no tenga como consecuencia su desaparición. Resalta la paradoja de que si consideramos como cierto lo que sostiene Postman, al reconocimiento institucional de que los niños tienen derechos viene aparejada la creencia de que la infancia es un fenómeno en extinción. Por otra parte, critica también la visión que presenta como incompatible la protección de los niños con el ejercicio de su autonomía:

It has come to be realized that the dichotomy between protecting children and protecting their rights to autonomy is false. Children who are not protected, whose welfare is not advanced, will not be able to exercise self-de-

termination: on the other hand, a failure to recognize the personality of children is likely to result in an undermining of their protection with children reduced to objects of intervention. This is to some extent recognized by the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 (Freeman 1997, p. 53).

Sin embargo, está de acuerdo en que la niñez es una experiencia proccionista derivada de la relación que se establece entre la edad y ciertas características como la incapacidad, incompetencia, inmadurez, irresponsabilidad, que atribuyen una excesiva importancia a la edad adulta.

Freeman percibe también la existencia de un movimiento de liberación de los niños<sup>65</sup> y la necesidad de la titularidad de los derechos, ya que éstos constituyen armas para habilitar (*empowerment*)<sup>66</sup> a los niños. Freeman considera necesario repensar la cultura de la infancia, ya que su concepción se encuentra fuertemente determinada por el contexto social. Para ello es de utilidad dar poder a los niños, es decir, permitir su participación en la toma de decisiones, pues históricamente la situación de dependencia se ha traducido en una justificación para la negación de los derechos básicos a la privacidad, el respeto y la elección individual.<sup>67</sup> En este sentido, critica el artículo 5o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce la necesidad de promover los derechos del niño, pero asigna esta tarea principalmente a los padres y establece la obligación de los Estados de respetar esta función, asumiendo que los progenitores cumplirán con esta encomienda. El niño ha estado sujeto a la dominación de la autoridad sin permitírsele tomar decisiones sobre sus propios intereses, por lo que es importante el reconocimiento de sus derechos.

<sup>65</sup> Como se mencionó en el capítulo tercero, Freeman identifica varios movimientos de liberación de los niños en que éstos han intentado acciones para alcanzar intereses auto-definidos, en contra de la opinión de Onora O'Neill, que se niega a establecer un paralelismo con otros grupos oprimidos: "They have been school strikes, unionization by school-children and young people in care, attempts by children to «divorce» parents" (Freeman 1997, p. 16).

<sup>66</sup> El término *empowerment* puede traducirse como autorización, habilitación o apoderamiento.

<sup>67</sup> Me parece interesante la opinión de algunas feministas citadas por Freeman, para quienes la dependencia es una condición humana básica y por ello cuestionan que la agencia moral y la autonomía requieran que una persona sea totalmente independiente, ya que esta postura deriva de una experiencia masculina de las relaciones sociales que valora la competencia y los logros solitarios (Freeman 1997, p. 73).

Sin embargo, hace notar que tal vez la aportación más importante de los liberacionistas sea el reconocimiento del valor de la autonomía: “The importance of liberation school was in making us address discrimination and recognize the importance of autonomy. To believe in autonomy is to believe that anyone’s autonomy is as morally significant as anyone’s else’s” (Freeman 1997, p. 52).

Tal como matiza Archard, las posturas liberacionistas respecto de los derechos de los niños presentan diversos matices y posiciones teóricas que es conveniente distinguir. Aunque de una manera genérica podría decirse que todos exigen que los niños tengan los mismos derechos que los adultos, una primera clasificación separa a los liberacionistas reales de los retóricos. Los últimos ven la exigencia de la igualdad de derechos como un medio para llamar la atención sobre la discriminación y conciben los derechos como la mejor vía para favorecer los intereses de los niños, aunque en realidad no creen que éstos sean iguales a los adultos. Los liberacionistas reales, en cambio, pueden distinguirse por la idea de que todos los niños deben tener derechos, aunque reconocen que no todos tienen capacidad para ello, especialmente los que son muy pequeños. Una segunda posible calificación de la visión liberacionista sería la idea de que atribuir derechos a los niños juega un papel importante en la adquisición cualificadora, dado que la negación de derechos es un elemento de la cultura que sirve para mantener a los niños en su estado infantil de dependencia, vulnerabilidad e inmadurez. Una variante de este argumento imputa la aparente incapacidad a la falta de experiencia; es decir, los niños, por lo menos los de cierta edad, no se diferencian de los adultos respecto de sus capacidades cognitivas y volitivas; sin embargo, al no tener tanto conocimiento del mundo, pueden estar menos preparados para hacer elecciones, por lo que es conveniente extenderles los derechos de libertad para que lo adquieran. El concepto de capacidad también varía entre los autores de esta corriente, aunque en general se argumenta que es necesaria la habilidad para entender y apreciar el significado y alcance de las opciones que se hacen.

Harris, por ejemplo, propone un marco para la liberación de los niños a partir del reconocimiento de la igualdad de derechos respecto de los adultos, ya que en su opinión no existe un fundamento para excluir a los niños. El argumento central deriva de las condiciones para ser titular de derechos, para lo cual, según el autor, hay dos visiones: o bien los dere-

chos se poseen en virtud de pertenecer a una clase —ser humano—, o por tener ciertas capacidades. Ninguna de estas dos posturas puede dar razones para excluir a los niños como titulares de derechos, pues no es posible negar que los niños pertenecen a la clase seres humanos, por lo que serían titulares de los derechos distintivos de esta categoría; y si se trata de la posesión de ciertas capacidades, los niños también las presentan en una medida significativa. Propone que dentro de estas capacidades necesarias se encuentran la autoconciencia y autonomía y examina en qué puede consistir esta última. La autonomía, continúa Harris, puede ser limitada por ciertos factores: “control”, si el individuo no tiene control de sus deseos o acciones; “razonamiento”, en la medida en que afecta la capacidad del individuo para tomar decisiones genuinas, e “información”, que puede ser defectuosa y afectar a las elecciones,<sup>68</sup> de tal manera que si no se puede mostrar que las opciones o preferencias de los niños adolecen de los defectos que vuelven las decisiones no-autónomas debe dárseles control absoluto sobre su destino, por las mismas razones que a los adultos.

Concluye que son las decisiones y no las personas las que son autónomas, de manera que cuando niños o adultos elijan libremente, aunque sea vivir de una manera no-autónoma, esta opción debe respetarse. El que un individuo sea o no capaz de realizar esas elecciones libres será una cuestión a juzgar en cada caso, de modo que quien respete a las personas respetará sus decisiones autónomas independientemente de la edad: “Those who respect persons will respect their autonomous decisions at whatever age such decisions are made and will not assume, or be permitted to act on the assumption, that a decision is not autonomous because of the chronological age of the decider” (Harris 1996, p. 145).

La postura de Harris se relaciona con otro de los argumentos mencionados por Archard, que consiste en sostener que la delimitación de una edad que constituya el umbral entre mayoría y minoría de edad es arbitraria. En esta línea, Purdy —al rebatir la tesis de Harris— esgrime razo-

<sup>68</sup> Harris incluye también la *estabilidad* dentro de los factores que pueden servir como criterio para considerar si la autonomía está limitada, pero concluye que no debe tomarse en cuenta, pues aunque se cita frecuentemente como justificación para el paternalismo, los adultos varían también de preferencias a lo largo de su vida conforme van cambiando, de manera que sólo podría hablarse de estabilidad a una edad muy avanzada (Harris 1996, p. 143).

nes prácticas derivadas de las dificultades para definir en cada caso qué decisiones son autónomas, de modo que considera razonable trazar líneas generales para distintos tipos de situaciones, aun cuando éstas sean imprecisas y susceptibles de error. De los hechos del desarrollo y de la interdependencia humana también se sigue la conveniencia de reconocer una línea divisoria entre niños y adultos, aunque admitiendo la posibilidad de prueba en contrario; en los primeros —menores— la carga de la prueba sería para mostrar que sus decisiones son autónomas, mientras que para los segundos —mayores— sería a la inversa, es decir, se tendría que demostrar que las elecciones no son autónomas. Reconoce que en ambos grupos existen excepciones, esto es, que algunos niños son capaces de tomar decisiones más autónomas que el resto y que éstos merecerían más libertades que los otros, al igual que hay adultos “deficientes” que son menos independientes que los demás. Sin embargo, en su opinión es preferible una política basada en la distinción entre menores y mayores, dejando los casos anómalos en el centro, ya que si se imponen estándares altos se previenen las peores injusticias que se hacen a estos niños precoces si se combina con oportunidades para el reconocimiento de su autonomía. Por el contrario, el establecer pautas bajas tendría peores consecuencias, pues podría llevar a que los niños hicieran elecciones que limitaran su bienestar a largo plazo (Purdy 1996, pp. 152 y 153). Purdy critica también el énfasis excesivo que Harris hace de la autonomía y su descuido por otras consideraciones importantes, como el desarrollo moral. Concluye que la liberación de los niños hará más difícil la vida familiar sobre la base de los estudios que muestran que la permisividad (*laissez-faire*) está ligada a la impulsividad, irresponsabilidad, desorganización, agresión e inmadurez intelectual y de conducta y defiende también la educación obligatoria, proponiendo mejorarla: “Children’s liberation could be expected to make family life still more difficult than already is, undermine the educational system and increase exploitation of children and other workers” (Purdy 1996, p. 159).

Archard se opone también a la sugerencia de algunos liberacionistas de establecer una prueba individual que determine cuándo una persona ha adquirido la capacidad para ejercer sus derechos, argumentando que es problemático, pues además de las dificultades administrativas, el acuerdo sobre los criterios de evaluación también sería complicado y arbitrario, pues presentaría los mismos conflictos que la delimitación de una cierta

edad. Archard concluye que establecer el umbral es la manera adecuada para reconocer las diferencias entre niños y adultos, aunque está de acuerdo en que los derechos que requieran distintos grados de competencia puedan ser adquiridos en edades diversas (Archard 2003, pp. 9-26).

Aunque las dificultades que plantean los opositores a la liberación infantil son ciertas, no son únicamente razones prudenciales las que justifican la oposición a una liberación como la que se plantea, ya que además éstas parecen derivar de cálculos utilitarios. El ejercicio de la autonomía durante la infancia, según las disciplinas encargadas del estudio del desarrollo, requiere de cierta guía y límites de acuerdo con las características de cada etapa. La liberación completa como la que proponen muchos de los autores liberacionistas es contraria a las necesidades de los niños, pues impide su adecuada satisfacción: pensemos, por ejemplo, en la necesidad de límites claros en la primera infancia, indispensable para desarrollar la confianza, o en la importancia de la educación formal para la evolución del desarrollo, la interacción con iguales, el juego, etcétera, por mencionar sólo algunos casos. Esto no significa negar que deba respetarse un ámbito para el ejercicio de la autonomía, pero éste debe ser acorde con las características y necesidades del niño, como intentaré explicar más adelante en el apartado correspondiente al paternalismo.

En el terreno educativo, el liberacionismo como filosofía de la educación perdió fuerza desde hace algunos años, lo que se argumenta para descalificarlo como modelo pedagógico.<sup>69</sup> Sin embargo, como ya se dijo también en el capítulo tercero, muchos atribuyen este aparente fracaso a condiciones externas que no tendrían nada que ver con el funcionamiento del sistema. Fromm, por ejemplo, achaca el fallo de la educación progresista a un cambio en la autoridad evidente por una autoridad disimulada o, podría decirse, a la sustitución del castigo corporal por el chantaje emocional o psicológico: ya no hay castigo corporal, sino el gesto ceñudo del padre o la sensación de no estar “ajustado” (Neill 1974, p. 11). De la misma manera, el liberacionismo en los derechos en su línea más radical —Holt y Farson por ejemplo— también ha perdido defensores, lo que Freeman atribuye en parte al descubrimiento de la gravedad del abu-

<sup>69</sup> No se puede ignorar tampoco que, aunque quizá con ideas menos radicales que las de los liberacionistas originarios, aún existen escuelas que incorporan la concepción de la autonomía infantil como presupuesto del aprendizaje (el mismo Summerhill que aún subsiste).

so sexual y al empeoramiento del problema social derivado de las drogas. No obstante, muchos autores con una línea más moderada continúan sosteniendo el reconocimiento de derechos para los niños y la necesidad de otorgarles mayor autonomía. Por otra parte, la corriente liberacionista ha tenido también importantes aportaciones a la concepción moderna de la infancia, entre las cuales se destacan las siguientes:

- 1) En primer lugar, la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, en particular que sus padres y profesores. Esta idea, coherente con los principios de autonomía, igualdad y dignidad, fue profundamente novedosa para la época y desgraciadamente aún podría serlo para muchas instituciones. De ésta puede derivarse la convicción de que los hijos no son propiedad de sus padres, sino que constituyen centros de intereses diferenciados y cuyos derechos son limitaciones a los derechos de los padres en el desempeño de las labores de crianza. Esta aportación también puede ser útil para comprender que los derechos de los niños no pueden ser sacrificados en aras del bien común; es decir, los niños tampoco son un patrimonio de la comunidad o del Estado que pueden ser educados únicamente en función de las necesidades de éstos.
- 2) La noción de una autonomía en los niños, lejana de las ideas de extrema dependencia que caracterizaban el pensamiento sobre la infancia, vigente hasta hace no muchos años. Aunque las concepciones de radical liberación de algunos autores han sido matizadas con base en la observación y estudio de las disciplinas dedicadas a esta etapa, es posible afirmar que son falsas la absoluta dependencia y la total incapacidad que durante mucho tiempo se predicaron de los menores de edad. Cada pequeño es participante activo en su propio desarrollo y requiere de los espacios adecuados para ir experimentando su libertad.
- 3) La comprensión de que cada persona tiene un proceso y ritmo de crecimiento propios y que es necesario que el desarrollo y la educación se den, respetando estos ritmos.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Por ejemplo, ya Neill señalaba la inconveniencia de que al niño se le forzara a aprender a caminar cuando aún no estaba listo para ello. Hoy sabemos que esta posición es acertada, pues el bebé necesita haber desarrollado las características físicas y las habilidades psicomotrices adecuadas para lograrlo y el forzamiento puede tener como consecuencia que no consiga algunos logros del desarrollo igualmente importantes.

- 4) La importancia del medio ambiente en el proceso de aprendizaje, lo que se relaciona directamente con la inconveniencia del castigo físico y la trascendencia de la educación afectiva.
- 5) La crítica a la enseñanza tradicional basada en la memorización y repetición de hechos que no tienen sentido para los alumnos.<sup>71</sup> Casi todos los educadores y pedagogos modernos estarían de acuerdo en que el modelo de enseñanza tradicional impugnado por el liberacionismo es incompleto e ineficiente (aunque desgraciadamente se siga utilizando en muchas instituciones educativas, a pesar de todas las teorías que recomiendan lo contrario).
- 6) La necesidad de establecer diferencias en los derechos de acuerdo con las distintas etapas del desarrollo y en concordancia con las habilidades necesarias para su ejercicio. Muchos ordenamientos jurídicos y la misma Convención han reconocido la capacidad para el ejercicio de algunos derechos desde antes de cumplir la mayoría de edad, aunque en mi opinión aún falta mucho por hacer y por aprender de las disciplinas encargadas del estudio de la etapa infantil.
- 7) Finalmente, y en parte debido a los otros puntos, la consideración de que los niños tienen derechos, pues en buena medida, gracias a las posturas liberacionistas, el tema de la titularidad de los derechos durante la minoría de edad se ha mantenido en el debate, obligando a unos y otros a buscar argumentos para asumir una postura al respecto.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Postman y Weingartner, por ejemplo, proponen una “nueva educación” en la que se enseña al alumno a través de la formulación de preguntas averiguativas a “aprender cómo aprender”, para desarrollar las habilidades para enfrentarse a una sociedad en constante cambio (Postman y Weingartner 1973, p. 238).

Duane habla también de un cambio en la función del maestro, que “varía de meterle conocimientos al niño, gústele o no, al de estar a la mano como un consejero experimentado para brindar los conocimientos y destreza técnicos que le permitirán al niño llegar a su meta”, y en la “nueva educación”, que “debe ocuparse sobre todo de desarrollar y extender las facultades de *todos* los niños para relacionarse con los demás; de aumentar el conocimiento propio y de comprender y controlar el mundo en el que viven” (Duane 1973, pp. 332 y 333).

<sup>72</sup> Tal vez parezca un poco exagerado atribuir todas estas aportaciones al liberacionismo, pues como toda línea de pensamiento se encuentra inserta en ciertas condiciones históricas, por lo que no puede alegarse que se deba exclusivamente a este movimiento. Sin embargo, me parece que sí es posible afirmar que lo que hicieron fue enfatizar estas ideas, gestadas en la evolución histórica de la concepción de la infancia.

## 2. *Perfeccionismo moral-jurídico*

En el espectro de las justificaciones sobre la función estatal podríamos ubicar al perfeccionismo en el extremo opuesto al liberacionismo —el más radical por supuesto—, pues, dicho en términos muy generales, mientras los liberacionistas propugnan por la no intervención del Estado en las decisiones de los individuos, los perfeccionistas justifican la conducción del Estado hacia ideales morales. El perfeccionismo parte de la base no sólo de que existen planes de vida objetivamente mejores, sino que “sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores” (Nino 1989, p. 205). Esta visión excluye la neutralidad del poder público frente a las distintas concepciones de lo bueno y asume como una función legítima la adopción de las medidas necesarias para que los individuos acepten y materialicen los ideales de virtud personal que se consideran verdaderos. Para Peces-Barba, el perfeccionismo supone un rompimiento del dinamismo de la libertad, pues desconoce la libertad de elección y subraya únicamente la libertad moral sin permitir al individuo decidir si quiere o no alcanzarla (Peces-Barba 1995, p. 240).

Los perfeccionistas liberales sostienen que en las sociedades liberales el valor que se considera objetivamente valioso y el cual el Estado tiene obligación de promover es la autonomía. Haksar, uno de los defensores que más ha desarrollado esta posición, considera que el perfeccionismo es necesario como fundamento del igualitarismo y de sus implicaciones liberales y defiende una visión igualitaria liberal conciliable con éste como principio político: “perfectionism is needed both to provide the foundations of egalitarianism and to work out its liberal implications” (Haksar 1979, p. 1).

Para Haksar la valoración que hace Rawls de la autonomía como parte esencial del bienestar humano constituye en sí un tipo de perfeccionismo; el hecho mismo de excluir del club igualitario a, por ejemplo, los animales inferiores, implica consideraciones perfeccionistas, pues supone la postulación de una especie de norma que otorga un valor especial a los seres humanos que poseen ciertas capacidades o la potencialidad para tenerlas y excluye de la doctrina de igual consideración y respeto a quienes no forman parte del género humano. Niega también que sea posible

justificar el paternalismo derivado de los bienes primarios de Rawls eludiendo el perfeccionismo, pues éstos no pueden aplicarse a todas las clases de personas por igual; por ejemplo, no puede permitirse la distribución de iguales libertades o recursos económicos a quienes padecen un trastorno mental o a los niños, pues esto les perjudicaría.

Haksar recurre al conocido argumento de que no es posible educar a los niños sin influir en sus objetivos y preferencias, de manera que para afrontar el problema de la dirección en la que debemos guiar a los niños para crecer necesitamos decidir qué es bueno para ellos, pero no podemos resolver adecuadamente qué es conveniente para una persona cuyas metas no han sido formadas sin acudir a consideraciones perfeccionistas. No es posible justificar la educación para la autonomía únicamente apelando a la posición original que propone Rawls, pues ello implicaría la aceptabilidad de una sociedad condicionada a formular sólo planes de vida que puedan ser satisfechos<sup>73</sup> (Haksar 1979, p. 187). La enseñanza encaminada hacia la consecución de la independencia consiste en influir a un niño de una determinada manera, y la visión de que la autonomía constituye el bien de una persona implica una posición perfeccionista, lo cual quiere decir que no es posible justificar la autonomía utilizando únicamente argumentos contractualistas.

Haksar intenta justificar una visión liberal de la autonomía compatible con una defensa del perfeccionismo, aclarando que, a pesar de que cier-

<sup>73</sup> Haksar se refiere en especial a lo que él denomina *Brave New World*, un tipo de sociedad que, según intenta demostrar, puede tener ventajas considerables desde la posición original debido a que garantiza en cierta medida la salud mental (reduciendo significativamente los casos de insatisfacción mental, envidias y desesperanza), que Rawls considera uno de los bienes primarios. La sociedad que Haksar describe tiene las siguientes características: “By the Brave New World I mean a non-autonomous society where the following conditions obtain. Suppose we have a society that conditions very effectively the wants of its citizens when they are very young. Suppose that in this society the aims and interests that people have when they grow up depends upon the way that they were conditioned when they were young; they do not, when they grow up, autonomously choose their final aims. Suppose that the conditioning is done in such a way that the citizens grow up to have aims and wants that are internally consistent, that they do not set their aims and aspirations high but are content and happy because they have aims easy to satisfy; they do not strive for any of the higher forms of self-realization. Also suppose that their anti-social desires have been largely suppressed if not eliminated as a result of the conditioning, so that they live in peace with themselves and with each other... And let us assume that such a system of conditioning has abolished, or almost abolished, severe mental problems” (Haksar 1979, pp. 172 y 173).

tas formas de vida sean superiores a otras, ello no conlleva afirmar que un ser humano es superior a otros.<sup>74</sup> La autonomía no presupone el reconocimiento de igual valor a todas las formas de vida, de modo que propone un sistema de tolerancia con libertades desiguales en el que se dé menos libertad, aunque se acepte a quienes elijan formas de vida inferiores, lo cual no significa que se les considere inferiores ni que deban restringírseles todas las libertades:

*My suggestion of unequal liberties with toleration is quite compatible with respect for an individual's autonomy. An individual in order to exercise his autonomy does not have to live in a society where all major options are equally encouraged or discouraged... Moreover, the fact that some forms of life are to be given inferior status is consistent with having equal liberties between the non-inferior forms of life; so there can be plenty of scope for people to exercise their autonomy in choosing their way of life (Haksar 1979, p. 291).*

Ante la postura de Haksar, Nino responde que la consideración de que el perfeccionismo es necesario en una sociedad igualitaria y liberal deriva de una confusión al suponer que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de éstos (Nino 1989, p. 210). El rechazo de la postura perfeccionista no significa asumir un relativismo moral, es decir, sostener que ningún plan de vida es mejor que otro, pues es esta vinculación la que lleva a la confusión; lo que se niega es la justificación del Estado para intervenir o imponer la adopción de ciertos ideales a los ciudadanos. Haksar confunde la concepción de lo bueno y planes personales de vida: el liberalismo acepta como intrínsecamente valiosa la autonomía de los individuos, pero de esto no se sigue que el Estado deba preferir ciertos planes de vida sobre otros; por el contrario, “la preferencia por

<sup>74</sup> Haksar distingue dos formas de perfeccionismo, una fuerte y una débil; la que sostiene que algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros y la que afirma que algunas formas de vida son intrínsecamente inferiores a otras. Vázquez reformula ambas versiones del perfeccionismo de la siguiente manera: “(i) Algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros y el Estado debe promover los planes de vida de los hombres superiores y prohibir los de los inferiores; (ii) Algunas formas de vida humana son intrínsecamente inferiores a otras y el Estado debe promover las superiores y desalentar las inferiores” (Vázquez 1999, p. 65). Evidentemente, Haksar defiende una visión débil de perfeccionismo por considerarla compatible con el liberalismo.

algún plan de vida es incompatible con la concepción de la autonomía como intrínsecamente valiosa” (Nino 1989, p. 210).

En este sentido resulta útil la distinción que hace Vázquez respecto de la neutralidad y el pluralismo moral: la neutralidad supone un subjetivismo moral, pues parte del supuesto de la inexistencia de criterios objetivos, por lo que el Estado debe abstenerse de intervenir en los desacuerdos, mientras que el pluralismo moral reconoce como valor objetivo la autonomía (entre otros) y la existencia de una gran variedad de formas de vida distintas e incompatibles entre sí pero moralmente valiosas (Vázquez 1999, p. 86). Una sociedad liberal e igualitaria exige una actitud plural, es decir, capaz de acoger distintas concepciones del bien y la realización humanas, partiendo del valor objetivo de la autonomía y la función del Estado como responsable de las condiciones necesarias para su desarrollo y ejercicio, y no sólo eso, sino que debe ser además tolerante, esto es, permitir incluso aquellas formas de vida que se consideran notoriamente inferiores desde la perspectiva liberal.

El tema de las intervenciones perfeccionistas plantea cuestiones importantes para los niños, pues en el caso de los adultos resulta fácilmente aceptable la defensa de un Estado liberal que tolere por igual cualquier proyecto personal (con los límites evidentes de los daños a terceros), derivada de la autonomía de la persona, pero ¿qué sucede en el caso de los niños siendo que todavía no tienen plenamente formada su autonomía?, ¿qué es lo que se debe respetar en el caso de los menores de edad? Uno de los ámbitos más importantes en los que deben plantearse respuestas se relaciona con la educación, pues tal como sostiene Haksar, el caso de los niños es complicado, ya que sus deseos y preferencias están en buena medida determinados por la influencia de los adultos, y no se puede actuar con base en éstos cuando no se encuentran totalmente formados.

Desde la perspectiva moral del perfeccionismo se justifica un cierto tipo de formación con contenidos acerca de los ideales de vida objetivamente buenos, dando lugar a lo que Vázquez identifica como el modelo “tradicional” de educación. Desde esta visión, una de las misiones del Estado es el perfeccionamiento moral de los futuros ciudadanos a través de los contenidos educativos formales. En consecuencia, “un modelo educativo inspirado en una concepción ético política no puede conducir más que a un autoritarismo que se reflejará en cada nivel de la formación escolar” (Vázquez 1999, p. 72). Este autoritarismo no sólo se ve refleja-

do en los programas escolares que se reducen a la repetición de las supuestas verdades sin espíritu crítico y sin un proceso de construcción de conocimiento y comprensión de la sociedad y el mundo, sino que incide también en las relaciones personales entre maestros y alumnos. El modelo de educación tradicional inspirado en concepciones perfeccionistas requiere de una estructura rígida y jerárquica en la que el maestro es el depositario de la verdad y los valores auténticos y por tanto se encuentra en un plano de superioridad respecto del alumno. Todo ello impide la adecuada satisfacción de varias de las necesidades secundarias de autonomía, pues además de que obstaculiza el desarrollo mismo de la independencia, es contrario a la necesidad de una educación formal que estimule el aprendizaje crítico y permita al niño ir adquiriendo las herramientas para conquistar cada día nuevos grados de libertad, generando tolerancia y apertura hacia formas de vida distintas. La interacción con adultos y con iguales se ve igualmente afectada, pues la rigidez en la organización impide generalmente un clima afectivo cálido que permita al niño desarrollar la confianza, sentirse libre, experimentar, etcétera.

El modelo perfeccionista tiene también implicaciones importantes en la estructura familiar, pues las relaciones paterno filiales generalmente son concebidas como uno de los pilares fundamentales de la organización social y pieza clave en la continuidad del sistema, de manera que deben responder a un modelo preconcebido que mejor garantice los valores auténticos (que debe ser igualmente rígido y jerárquico).

La educación, tanto formal como informal, derivada de concepciones perfeccionistas impide la adecuada satisfacción de las necesidades de los niños y adolescentes, al ser rígida, jerarquizada, acrítica y muchas veces elitista. Es evidente que la educación tiene y debe tener contenidos valorativos; es más, la transmisión de la importancia de la autonomía constituye en sí misma la condición de viabilidad de la sociedad liberal, en la medida en que sólo si se inculca la libertad como un valor fundamental, los individuos llegarán a ser participantes activos y defensores de esa libertad. Sin embargo, esta estimación positiva de la libertad no supone neutralidad sino pluralidad, pues el Estado deberá tratar por igual a los distintos proyectos y formas de vivir, permitiendo a los niños conocerlos y tener acceso a ellos, dejándoles utilizar los medios para ir desarrollando planes y materializando los que mejor se ajusten a su concepción de la realización personal.

Otra de las preguntas obligadas se relaciona con la paradoja que surge en el cumplimiento de las obligaciones y derechos relacionados con la crianza cuando los padres no comparten los valores liberales o pertenecen a comunidades con sistemas perfeccionistas. Es decir, ¿debe la sociedad liberal respetar las formas de vida que son excluyentes o rechazan los valores liberales, sobre todo cuando ello involucra cierto tipo de formación para los niños?, ¿cómo será posible entonces el desarrollo de cierto grado de independencia que permita elecciones libres? La solución que se ha dado para conciliar los derechos de los padres a transmitir su cultura y sus propias concepciones del bien se ha encontrado en la combinación con la exposición del niño a modelos de vida distintos, es decir, el menor tiene derecho a conocer que existen otras nociones de bien razonables para otros seres humanos, y sobre esa base decidir si le resulta más valiosa la continuidad de la tradición comunitaria o la experimentación de otras maneras de vivir consideradas aceptables.

En conclusión, el perfeccionismo moral es injustificable en el caso de los menores de edad, pues es incompatible con los valores y con la condición de posibilidad de la sociedad liberal y democrática y constituye un obstáculo para el adecuado desarrollo de la autonomía y la tolerancia.

### *3. Paternalismo jurídico*

Como se ha dicho ya, ligadas a la noción de la minoría de edad podemos identificar por lo menos dos intuiciones profundamente arraigadas: por un lado, una tendencia hacia la protección de los pequeños y, por otra parte, la idea de incapacidad, de carencia de algo. Desde el surgimiento del concepto de infancia la inclinación natural a la defensa de los más pequeños se ha extendido de los primeros años, en los que la vulnerabilidad y dependencia son más evidentes, hasta lo que hoy conocemos como adolescencia. El problema es entonces cómo garantizar esta protección sin violar la autonomía, dignidad e igualdad de los niños. Se han descartado ya las versiones más radicales del liberacionismo y del perfeccionismo moral, por considerar que no respondían adecuadamente a los requerimientos de una sociedad liberal; queda por explorar la alternativa del paternalismo jurídico, que, como adelanté ya, considero puede ser una buena opción a los problemas planteados. Sin embargo, no se puede negar que la fuerte carga emotiva que tiene la palabra “paternalis-

mo” nos revela algo acerca de la segunda intuición.<sup>75</sup> Casi siempre el concepto de paternalismo encuentra una fuerte oposición por estar asociado a la idea de un Estado que actúa como padre, protegiendo a sus ciudadanos como niños. Esto pone de manifiesto cierta concepción de la infancia que frecuentemente subyace al discurso público, pero ¿es verdaderamente justificable el paternalismo jurídico en el caso de los niños y cuáles son sus límites?<sup>76</sup>

La noción de paternalismo se vincula generalmente con la imposición de medidas<sup>77</sup> por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se

<sup>75</sup> Feinberg, por ejemplo, dice que el problema es conciliar nuestra aversión al paternalismo con la necesidad aparente o por lo menos razonable de ciertas medidas paternalistas (Feinberg 1993, p. 111). Alemany, a su vez, manifiesta que “...hoy en día calificar a una institución de paternalista es, por el contrario, una persuasiva manera de presentarla como carente de legitimación” (Alemany 2000, p. 17). En el mismo sentido, Camps afirma: “El término «paternalismo» es ya peyorativo. Suele referir a un cierto tipo de protección o ayuda no justificado” (Camps 1988a, p. 105).

<sup>76</sup> Es bien conocida la postura de fuerte oposición al paternalismo de Mill; sin embargo, incluso este autor —defensor radical de la autodeterminación— considera el periodo infantil como una excepción: “Pero ni una sola persona, ni cualquier número de personas, está autorizada a decir a otra criatura humana de edad madura que, por su propio bien, no debe hacer con su vida lo que ella ha elegido hacer” (Mill [1859] 1991, p. 174). Sin embargo, Mill habla también de la obligación moral de los padres hacia los hijos y que el Estado debe procurar que se cumplan estas obligaciones, especialmente la de educarle a costa del padre.

<sup>77</sup> Es interesante la discusión en relación con el tipo de medidas que implican las acciones paternalistas. En un principio, Garzón sostiene que el paternalismo supone la imposición de una medida coactiva (1987, p. 361), lo que Atienza refuta afirmando que existen casos de paternalismo —jurídico y moral— que no implican la intervención coactiva, por ejemplo cuando el Estado o el médico omiten informar a los ciudadanos o a los pacientes para evitarles preocupaciones o sufrimientos (Atienza 1988, p. 208). Alemany está de acuerdo con la postura de Atienza, sin embargo distingue entre dos acepciones del término coacción: la que se refiere a la propiedad del sistema jurídico que está respaldado por la fuerza del Estado, a diferencia de un sentido más restringido que alude a las normas para cuyo incumplimiento existe una sanción. En el primero de los significados, sostener que el paternalismo consiste en interferencias a la libertad es una especie de redundancia, mientras que la utilización de la segunda acepción para hablar del paternalismo restringe el concepto porque deja fuera muchas acciones y normas que son paternalistas (Alemany 2000, pp. 42 y 43). Finalmente, Garzón concede también que el concepto de paternalismo queda indebidamente restringido si se limita a prohibiciones y mandatos, aunque a su juicio es intrascendente si se trata de estas posiciones o de permisos, pues lo relevante es “que la medida se imponga en contra de la voluntad del sujeto” (Garzón 1988, p. 215).

dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses.<sup>78</sup> Para ello la autoridad pública prescribe a las personas conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan las preferencias y los planes de vida que han adoptado libremente, protegiendo así al sujeto de los actos u omisiones que afectan sus propios intereses o las condiciones que los hacen posibles, aun en contra de su voluntad; es decir, prescindiendo de su consentimiento. Ejemplos de medidas paternalistas son la obligación de usar el cinturón de seguridad en el automóvil o el casco en las motocicletas, la obligatoriedad de la educación, la punición de la venta de drogas, la obligación de hacer aportes jubilatorios o la prohibición de vender medicamentos sin receta.

Nino subraya la importancia de distinguir las medidas paternalistas de otras formas de coacción estatales: por una parte hay medidas e instituciones que, a pesar de su apariencia paternalista, están dirigidas a la protección de terceros, como es por ejemplo el caso de la obligación de vacunarse contra enfermedades transmisibles. Además, el paternalismo debe ser claramente diferenciado del perfeccionismo que justifica la intervención pública para imponer la materialización de ideales morales considerados como verdaderos, ya que el paternalismo —no perfeccionista— no tiene como fin el progreso del carácter moral de la persona, sino facilitar la consecución de los objetivos propios (Nino 1989, p. 414). En este sentido, resulta interesante el debate en torno a los objetivos de las medidas paternalistas sostenido entre Garzón y Atienza (1988). Atienza sostiene que una de las condiciones para que una conducta o norma se considere paternalista es que sea “con el fin de obtener un bien para una persona o un grupo de personas”,<sup>79</sup> mientras que Garzón se opone a este requisito en tanto introduce el concepto de “bien”, pues en su opinión “esto impide distinguir los casos de paternalismo jurídico, que pueden ser justificables, de los de perfeccionismo moral”, que se inclina a pensar que nunca lo son, y por ello prefiere hablar de evitar un “daño”. Las ideas de “bien”

<sup>78</sup> Feinberg considera que el segundo caso, es decir, la protección de los intereses de la persona, constituye una versión “extrema” del paternalismo: “The principle of legal paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not” (Feinberg 1980, p. 110).

<sup>79</sup> “Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)” (Atienza 1988, p. 203).

o de “beneficiar” podrían tener como consecuencia la aceptación de bienes absolutos u objetivos “que nos lleven a la prohibición del suicidio y de todas las acciones que pongan en peligro los bienes «objetivos» de la vida o la salud” (Garzón 1988, pp. 217-219).

Esta discusión se vuelve especialmente importante si se enfoca desde la perspectiva de los niños, pues aunque en el caso de los adultos podría parecer claro que las medidas paternalistas deben tener como fin exclusivo el impedir un daño, durante la minoría de edad la intervención estatal —y paterna— parece abarcar un ámbito más amplio, que requeriría una explicación de lo que se entiende por evitar un daño, como explicaré más adelante. Creo que Alemany resuelve adecuadamente esta discusión recurriendo al concepto de bienes primarios o necesidades básicas, entendidos como aquellos necesarios para la realización de cualquier plan de vida. En su opinión, este concepto permite distinguir el paternalismo y el perfeccionismo a través de la definición de los bienes primarios, a diferencia de los bienes morales<sup>80</sup> a cuya consecución está dirigido el perfeccionismo (Alemany 2000, p. 86). Ciertamente, como se expuso en el apartado anterior, las posturas perfeccionistas defienden la función del Estado de guiar a los ciudadanos hacia aquellos ideales o planes de vida que se consideran objetivamente mejores.<sup>81</sup>

En esta misma línea de las necesidades básicas, puede ser de utilidad recordar la explicación de Doyal y Gough, quienes consideran que éstas

<sup>80</sup> Alemany distingue entre estos dos tipos de bienes: “No creo que quepa avanzar más en la distinción entre paternalismo y perfeccionismo sin entrar de lleno a exponer una teoría de carácter justificatorio. La distinción entre uno y otro requiere, en mi opinión, diferenciar entre actos que puedan ser dañosos o beneficiosos para la salud física, psíquica o la situación económica de un individuo, y en su calidad de ser meramente morales o inmorales” (Alemany 2000, p. 57). En mi opinión, los bienes primarios se pueden identificar con los satisfactores de salud física y autonomía propuestos por Doyal y Gough.

<sup>81</sup> Alemany señala que al definir el paternalismo Atienza no se compromete con la distinción entre *evitar un daño* y *beneficiar*: “Esta distinción entre «evitar un daño» y «beneficiar» es relevante en el contexto de justificación y conviene no introducirla en la definición de paternalismo. La razón fundamental de la relevancia ética de esta distinción es que uno de los criterios con mucha frecuencia utilizados para distinguir en un caso si se trata de *beneficiar* o de *evitar daños* es el de los derechos y deberes implicados. De esta manera, si introducimos la idea de «evitar un daño» en la definición de paternalismo contribuimos a prejuzgar la cuestión moral por definición, pues para que una acción haya de ser calificada de «evitar un daño», según una concepción muy extendida, es necesario que se tenga el deber de actuar” (Alemany 2000, p. 85).

son la condición para evitar perjuicios graves, es decir, aquellos que incapacitan al hombre para desenvolverse y participar activamente en la sociedad: “Por perjuicio grave se entiende, explícita o implícitamente, la búsqueda significativamente dañada de objetivos que los individuos juzgan valiosos. Estar perjudicado gravemente significa por tanto estar básicamente incapacitado en la búsqueda de la visión propia de lo bueno” (Doyal y Gough 1994, p. 78).

Esta definición amplia de daño permite incluir las acciones destinadas a proteger intereses de los niños. Por otra parte, Feinberg subraya la importancia de la voluntad en la discusión sobre el paternalismo legal, clasificándolo en débil y fuerte. Desde la versión débil se justifica impedir al individuo dañarse a sí mismo si su acción es, o por lo menos existe una presunción de que sea, sustancialmente involuntaria y no existe una evidencia de lo contrario; mientras que la versión fuerte considera que el Estado está legitimado para proteger a alguien aun en contra de su voluntad. Es evidente que no todo daño constituye un argumento para una intervención fundada, de manera que es conveniente establecer las condiciones necesarias para los casos de paternalismo justificado. Para ello hace varias distinciones relacionadas con el concepto de daño a uno mismo: en primer lugar diferencia entre el daño que una persona se hace a sí misma y el daño producido por la acción de otra persona con autorización del sujeto, pues sólo en el segundo caso puede hablarse realmente de consentimiento.<sup>82</sup> La segunda precisión separa las situaciones en que la persona se hace un daño porque éste es su fin deseado y cuando simplemente corre un riesgo de dañarse en el curso de actividades orientadas hacia otros fines, y directamente relacionado con esto distingue entre riesgos razonables y riesgos no razonables. Toda actividad supone cierto peligro, y en algunas ocasiones es razonable exponerse para obtener una gran ganancia (por ejemplo en una operación del corazón), y aunque reconoce la dificultad de determinar exactamente qué es lo “razonable”, pues no es una cuestión de fórmula matemática (por ejemplo, no es razonable conducir a exceso de velocidad para llegar a tiempo a una fiesta, pero sí lo es para trasladar a una mujer a punto de dar a luz al hospital), señala que hay cosas claramente irracionales; no basta con que la actividad sea arriesgada para justificar la protección estatal, sino que esta exposición sea extrema

<sup>82</sup> Feinberg considera que decir que yo consentí mis propias acciones es una metáfora para decir que actué voluntariamente (Feinberg 1980, p. 112).

y manifiestamente irrazonable. La última distinción relevante para el tema de la intervención estatal clasifica las situaciones en las que el riesgo se asume de manera totalmente voluntaria de las que carecen de aceptación plena. Para considerar que se da el primer supuesto —asumir voluntariamente— se requiere enfrentar el riesgo completamente informado de los hechos y contingencias relevantes, con plena conciencia y sin ningún tipo de coerción o compulsión. Debe haber calma y reflexión, no debe haber emociones distractoras, compulsión neurótica ni malentendidos para que haya perfecta voluntariedad. Es obvio entonces que se trata de una cuestión de grados, y que la mayoría de las decisiones se encuentran en algún punto de los dos extremos —perfectamente voluntario y completamente involuntario— (Feinberg 1980, pp. 110-116).

El tema de la voluntad es uno de los puntos medulares del debate sobre el paternalismo, pues sería la condición determinante para su aceptabilidad en una sociedad liberal, sobre todo desde la perspectiva de los derechos humanos. No resulta fácil, sin embargo, determinar cuándo se trata de un consentimiento dado involuntariamente, pues, tal como dice Feinberg, esto es una situación gradual. Algunas medidas paternalistas se dirigen precisamente a generar las condiciones para perfeccionar la decisión voluntaria. Éstos serían los casos que describe Nino en los que el Estado interviene proveyendo información relevante —por ejemplo en el caso del tabaco—; estableciendo requisitos especiales para ciertos trámites, obligando así a una meditación más cuidadosa —por ejemplo en los casos de matrimonio o divorcio—; eliminando las presiones sociales que pueden determinar que se tomen decisiones autodañosas —por ejemplo en el caso de la punición al desafío al duelo—; o estableciendo medidas tales como las leyes laborales o el voto obligatorio —que promueve el valor epistemológico de la democracia— y la educación de los jóvenes. Para Nino, otro caso de paternalismo justificado, aunque en mi opinión de distinta naturaleza que los mencionados, es el de las medidas encaminadas a facilitar la cooperación resolviendo los problemas de coordinación, como el caso de los sistemas de salud, la seguridad social o la agrupación sindical (Nino 1989, pp. 416 y 417).<sup>83</sup> En estas ocasiones el Estado actuaría únicamente como un facilitador de la coordinación, aun-

<sup>83</sup> Debo aclarar que aunque los casos son propuestos por Nino, la agrupación es mía, ya que el autor simplemente se limita a señalarlos como casos de paternalismo legítimo por compaginar con el principio de autonomía.

que pueden darse distintos grados de paternalismo dependiendo de si esta colaboración es voluntaria u obligatoria.

El caso de los niños es distinto, pues se presume que ni siquiera estas medidas podrían llevar a una voluntad completa y por tanto a un consentimiento consciente. Esto nos conduce al concepto de competencia, es decir, quién se considera que está facultado para tomar decisiones y que éstas produzcan sus efectos, aun cuando ello suponga un riesgo para el titular del derecho. Tal como señala Nino, el liberalismo supone atribuir un valor objetivo a la autonomía, de modo que cualquier preferencia subjetiva que no contradiga este valor debe ser respetada (Nino 1989, p. 217). Resulta entonces que debe existir una presunción en el sentido de que las decisiones deben ser acatadas cuando expresan la voluntad del agente.

Según Garzón, en principio se podría considerar que únicamente mediante consentimiento del destinatario es éticamente justificable la imposición de una medida paternalista, sin embargo esto presenta varios problemas: en primer lugar, es obvio que el consentimiento no podría darse en el momento de aplicación de la medida, ya sea porque la persona se opone a ella —en el caso de los llamados “contratos Ulises”—<sup>84</sup> o porque no está en condiciones de hacerlo —por estar inconsciente o con las capacidades alteradas—. El consentimiento posterior también es complicado, pues como han objetado muchos autores, éste puede estar “fabricado” por las intervenciones, además, la negativa de la persona a aceptar la medida paternalista podría considerarse como causa para seguir imponiendo la intervención por no comprender la bondad de la medida, dando lugar así a un argumento circular: “la bondad (o justificación) de la medida paternalista depende del consentimiento futuro y cuando éste no se da decimos que no ha comprendido la bondad de la medida” (Garzón 1993a, p. 370).<sup>85</sup> Para solucionar estos conflictos recurre al concepto de

<sup>84</sup> Cuando se solicita la intervención de un tercero para impedir una acción en un momento en el que se presume habrá debilidad de voluntad (como Ulises, cuando solicitó ser atado para no dejarse seducir por el canto de las sirenas).

<sup>85</sup> Archard plantea también las dificultades de recurrir al consentimiento hipotético o futuro para justificar el paternalismo en el caso específico de los niños: “Many children, on leaving their families, explicitly reject the upbringing they received, but this does not show that the parents acted impermissibly when they raised the child. A child might never grow up, dying before reaching her majority. Yet counterfactual appeals—in this instance, to the consent she *would* have given—are notoriously difficult to confirm or deny” (Archard 2003, p. 99).

competencia como hipótesis de racionalidad o normalidad: se trata de determinar si a quien se aplica la medida la rechaza porque no alcanza a comprender el alcance de la misma. La competencia se refiere a la capacidad de una persona para “hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta” (Garzón 1993a, p. 371).

La competencia puede ser a su vez básica y relativa, la competencia básica es la que se requiere de manera general para la vida en sociedad y el cumplimiento de las disposiciones jurídicas generales, mientras que la relativa se refiere a la diferencia de competencia entre las personas.<sup>86</sup> El paternalismo sólo está justificado en el caso de alguien que carezca de la competencia básica y por tanto es plausible decir que alguien es “incompetente básico” por lo menos en los siguientes casos:

- a) Cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill).
- b) Cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (en el caso de Ulises, el de los alcohólicos o drogadictos que menciona el §114 del Código Civil alemán, o el de la debilidad de voluntad del que hablaba Hume).
- c) Cuando sus facultades mentales están temporaria o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales).
- d) Cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas).
- e) Cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La

<sup>86</sup> Para clarificar el concepto de competencia básica y relativa Garzón ejemplifica: “Podríamos decir que, a pesar de que Pedro y Juan son igualmente competentes, Juan es más competente que Pedro. La aparente contradicción de esta frase indica que aquí estamos utilizando dos conceptos de competencia”. La primera es la competencia básica y la segunda la competencia relativa (Garzón 1993, p. 371).

incoherencia que resulta de querer *X*, saber que *Y* es condición necesaria para lograr *X*, disponer de *Y*, no tener nada que objetar contra *Y* y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (G. Dworkin 1983a, p. 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas (Garzón 1993a, pp. 371 y 372).

Quien se encuentra en una posición de carencia de competencia básica tiene un déficit con respecto a la generalidad y por tanto se encuentra en una situación de desigualdad negativa, de tal manera que se precisa de la intervención del Estado para compensar esta desigualdad. Sin embargo, para justificar la acción paternalista no basta con la existencia de una incompetencia básica, sino que se requiere que exista un interés benevolente cuya intención sea procurar evitar los daños que pueden derivar de la propia incompetencia.

Tenemos entonces que, según Garzón, el razonamiento para justificar una intervención paternalista debe partir de dos premisas:

- a) En primer lugar, una verificación empírica de la incompetencia básica, lo que supone probar que existe una relación de causalidad segura entre la situación que provoca una presunta actuación involuntaria y la atribución de incompetencia básica (por ejemplo, los efectos del alcohol o las drogas) o la utilización de criterios de incoherencia lógica (como en el caso de quien no quiere utilizar cinturón de seguridad o casco, aunque tiene interés en preservar su vida).
- b) Una verificación de tipo ético normativo, es decir, la medida debe tener como finalidad promover la autonomía y superar la desventaja relativa que supone el déficit.

Esto excluye, según Garzón, los casos en que alguien con competencia básica decide dañarse a sí mismo, incluyendo quitarse la vida, por considerar la muerte una liberación, o bien, quien decide correr un riesgo por placer o felicidad o arriesgar su vida por los demás.

Para Atienza, el planteamiento de la primera premisa es discutible en lo que se refiere a su tratamiento como una cuestión exclusivamente em-

pírica, pues antes de aplicar el concepto de incompetencia básica a casos concretos es necesario determinar quiénes deben decidir y de qué manera, lo que será una incompetencia básica, y para ello hay que apelar a la noción de consenso o aceptabilidad racional: “si se dieran ciertas condiciones de racionalidad se produciría un acuerdo sobre qué bienes deban considerarse como primarios y, por tanto (pues la noción de incompetencia básica quizá pueda considerarse como derivada de la de bienes primarios) a qué individuos hay que conceptuar como incompetentes básicos” (Atienza 1988, p. 212). Garzón considera haber tomado en cuenta la idea de consenso racional al referirse a los casos *c)* y *e)* de incompetencia básica en los que se refiere a situaciones en las que se pone en duda la racionalidad del agente, lo que se da por admitido en los casos que excluye de paternalismo justificado (como el suicida, el héroe o el amante del riesgo) (Garzón 1988, p. 217).

El problema consiste precisamente en definir de qué tipo de racionalidad estamos hablando, pues al aplicarlo a los niños nos enfrentamos con una lógica distinta a la del adulto, pero que desde mi perspectiva no justifica en todas las ocasiones la intervención paternalista, además de que los niños se encuentran excluidos generalmente de cualquier tipo de consenso, por lo menos formalmente —aunque me parece que también fácticamente—. En consecuencia, resulta problemática la utilización de la noción de aceptabilidad racional o consenso en el caso de la infancia, ya que, como se entiende generalmente, obliga a recurrir a la idea de consentimiento hipotético o futuro de dudoso valor metodológico por centrarse casi exclusivamente en el punto de vista adulto. Por esta razón, la vía que se propone es la de necesidades básicas desde un enfoque interdisciplinario que permita incorporar de alguna manera la racionalidad presente del niño para darle cabida en el discurso de justificación ética sobre la consideración de ciertas incompetencias básicas y la imposición de medidas paternalistas. Es necesario entonces incluir de alguna manera a los niños en la idea de consenso racional, y esto no puede ser —en mi opinión— de otra manera más que a través del equilibrio entre necesidades básicas de cada una de las etapas de la infancia y el derecho a ser escuchado, lo que supone permitirle cierto poder de decisión en los asuntos que le afectan directamente, como se explicará con más detalle posteriormente.

Por otra parte, es curioso que al describir los casos de incompetencia básica Garzón no se refiere expresamente a los menores, aunque como

veremos en seguida relaciona su incompetencia con la debilidad y vulnerabilidad. Tratándose de los niños, generalmente se da por establecido que la primera condición está dada por su misma situación de minoría de edad, es decir, se considera la edad como una evidencia empírica de que el sujeto es un incompetente básico; en otras palabras, que su capacidad está fuertemente disminuida respecto de la de los adultos.

La segunda premisa es igualmente problemática, pues desde mi punto de vista requiere de la revisión y verificación de cada una de las medidas paternalistas que se encuentran contenidas en la ley, aunque de modo general podemos verla reflejada en el sometimiento a la patria potestad. Sin embargo, el caso de los niños presenta también una característica que torna más delicada la situación, y es que, a diferencia de otras intervenciones en adultos, su justificación no se limita a la prevención de un daño en concreto, sino que abarca un ámbito mucho más amplio. En este sentido constituye una excepción a la recomendación que hace Garzón acerca de que parece aconsejable mantener los casos de incompetencia básica en un límite bajo (aunque tal vez considera que el tratamiento paternalista en el caso de los niños no contradice esta indicación). Esto parece no aplicarse cuando la incompetencia se deriva de la condición infantil, pues parece que se emplean justificaciones genéricas procedentes muchas veces de ciertas presunciones o prejuicios que subyacen a la concepción del niño.

La calificación del niño como incompetente básico y las características peculiares que por este motivo adquieren sus derechos tienen, además, otras dos consecuencias importantes que serán objeto de análisis a continuación: una en relación con los actores que forman parte en el ejercicio de los derechos, que son el niño, los padres y el Estado, y otra respecto de su forma, pues se configuran como derechos obligatorios.

*A. El niño como “incompetente básico” y las partes en el conflicto: niño, padres y Estado*

La condición de incompetente básico, o más bien el grado de incompetencia que se asigna a los niños, depende en buena medida de las características y capacidades que se les reconocen. Algunos autores relacionan la condición infantil con una situación de extrema debilidad y vulnerabilidad; tal es el caso de Onora O’Neill: “Children are more fun-

damentally but less permanently powerless; their main remedy is to grow up. Because this remedy cannot be achieved rapidly they are peculiarly vulnerable and must rely more than other powerless groups on social practices and institutions that secure the performance of other's obligations" (O. O'Neill 1995, pp. 39 y 40).<sup>87</sup>

En una línea muy similar —incluso citando los argumentos de Onora O'Neill— Garzón relaciona el concepto de vulnerabilidad en el caso de los niños con el de incompetencia básica: el ejercicio de la autonomía durante la infancia está condicionado por su situación de radical fragilidad, que los incapacita para negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones. La vulnerabilidad, continúa, se da tanto en relación con las personas que están mejor situadas para dañar y ayudar, como respecto a la adquisición y conservación de ciertos bienes. De acuerdo con esto existen dos tipos de vulnerabilidades: relativas, que dependen de las condiciones de explotación o discriminación y desaparecen si éstas se eliminan, y las absolutas, para las que no basta la supresión de la situación de opresión, sino que requieren de la adopción de medidas. En el caso de los niños su vulnerabilidad es absoluta, y ello les convierte en incompetentes básicos, pues no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones ni satisfacer sus necesidades elementales, aunque concede que es superable con el transcurso del tiempo, y que la transformación en capaz básico o incapaz relativo del niño depende en buena medida de la forma en que haya sido atendido durante esta etapa (Garzón 1994, pp. 737 y 738).

Esta visión de la niñez, por cierto compartida por numerosos autores muchas veces con el objetivo de promover la protección de los niños o hasta de fundamentar sus derechos, ha tenido como consecuencia el dilema clásico —al que alude Freeman— que enfrenta la protección de los niños y el ejercicio de sus derechos de autonomía, también conocido como la disyuntiva entre salvación o liberación, crianza o autodeterminación. Se plantea la necesidad de optar entre defender al niño de los riesgos que puede suponer el dejarle que elija libremente, ya que no tiene la capacidad ni experiencia para prever las consecuencias, o inclinarse por permitirle decidir autónomamente como un adulto, partiendo de que tiene aptitud para hacer opciones voluntarias y que es mejor para el desa-

<sup>87</sup> Como se dijo en el capítulo tercero, la argumentación de O. O'Neill pretende fundamentar la atención a las necesidades de los niños en obligaciones de los adultos.

rollo de su independencia. Creo que este dilema es falso y tiene su origen en una concepción totalizadora de la niñez y del ser humano. Efectivamente, el niño se encuentra en una situación de dependencia y vulnerabilidad, pero es falaz que esto sea incompatible con el ejercicio de la autonomía, entendida de una manera amplia y como una capacidad gradual, también en los adultos.

Si bien es cierto que el niño puede ser calificado como incompetente básico, por lo menos durante los primeros años del desarrollo, y que por tanto se justifican las medidas paternalistas en el ejercicio de sus derechos, no hay que ignorar que, tal como sostiene Archard, los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, es una cuestión progresiva, y en la medida en que se van desarrollando ciertas habilidades, es necesario ir permitiendo el ejercicio de algunos de éstos. Sin embargo, no se puede dejar de lado que existen derechos cuya práctica no requiere de ninguna capacidad especial —entendida como capacidad de autonomía— y son indiscutiblemente aplicables a los niños desde el inicio de la vida, como los mencionados en la sección anterior como derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se aplican a todos por igual (por ejemplo, los derechos a no ser sometido a esclavitud o a no ser torturado).

La calificación del niño como incompetente básico puede tener como consecuencia ubicarlo en el extremo de carencia completa de voluntad y por tanto incapacidad absoluta para dar su consentimiento. El menor de edad, al igual que cualquier adulto en las situaciones que el mismo Garzón cita como ejemplos (bajo los efectos del alcohol o las drogas), carece de competencia para algunos asuntos y decisiones, pero no para todos ni de igual manera en todas las etapas del desarrollo. El niño puede ser incompetente para viajar libremente o dar su consentimiento para adquirir un bien inmueble, pero no para elegir quiénes han de ser sus amigos o para decidir a qué quiere jugar en sus ratos de ocio. No se pretende negar la necesaria conducción de los padres u otros adultos, pero quiero resaltar la idea de que la autonomía es un concepto dinámico que interactúa con el ambiente y se va transformando en la medida en que se da oportunidad para su ejercicio. Es un error intentar dibujar una línea divisoria entre la competencia y la incompetencia básica en el caso de los niños; la sombra de penumbra de la cual habla Garzón —en la cual es difícil proponer criterios de aplicación universal— también existe en las decisiones

sobre la imposición de medidas paternalistas a la infancia, y debemos tomar muy en serio la tarea de evaluar si se justifica o no la intervención. Sin embargo, parece que tiene razón Freeman cuando afirma que resulta más sencillo asumir que ciertas habilidades y capacidades de los niños están ausentes que permitirles expresarse y tener en cuenta sus elecciones.

Es más, no sólo es falso que autonomía y protección no son recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a la otra. Desde la perspectiva de necesidades expuesta, el ejercicio de cierto grado de autodeterminación es un requerimiento del desarrollo, pero también precisa de un marco adecuado que impida que el niño se exponga innecesariamente, de tal manera que se podría decir que se protege al niño permitiéndole el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio de la autonomía protegiéndole debidamente para que no corra riesgos inútiles. Se trata de una interacción dinámica que debe responder a las características de cada etapa y a las capacidades personales. En este sentido, es necesario mantener también un equilibrio entre los intereses presentes del niño y la salvaguarda de su condición de adulto futuro. No podemos partir de presunciones generalizadas derivadas de imágenes tal vez equivocadas o por lo menos inexactas, porque ello supondría no reconocer la autonomía, igualdad y dignidad de los niños; significaría no tomar sus derechos en serio.

El mismo Garzón reconoce que la competencia básica es también relativa, pues puede ser que en el caso de sociedades “civilizadas” se requiera un mayor grado que en el caso de las sociedades “primitivas”, y ello aumenta a medida que se tecnifica una población. Esto podría explicar en parte el fenómeno de alargamiento de la adolescencia al que se ha hecho referencia en capítulos precedentes, pues cada vez se exigen mayores requisitos para la inserción en la vida adulta.

Ahora bien, el paternalismo en el caso de los niños enfrenta otro problema peculiar, y es que no se trata únicamente de un posible conflicto entre la autonomía del individuo y la intervención estatal, sino que participan también como actores los padres, sus derechos y deberes. En otras palabras, la interferencia estatal no se percibe únicamente como una limitación a la autonomía del destinatario, también se ha considerado como una injerencia en la esfera privada de la familia. Como se ha dicho ya, durante mucho tiempo se sostuvo que todas las cuestiones relacionadas con los menores sujetos a la patria potestad estaban incluidas en el

campo de inmunidad del padre, lo que quiere decir que a éste afectaban las medidas paternalistas. Aunque actualmente hay algunas posturas que se decantan por garantizar la atención de los niños a través del reconocimiento de derechos a la familia,<sup>88</sup> creo que la actitud más razonable es la consideración de cada niño como sujeto de derechos individuales, sin que esto signifique negar que deba existir un ámbito de actuación garantizado en el que la familia tenga libertad para proponerse proyectos comunes. Tenemos entonces que los derechos de los niños se distinguen también porque en su ejercicio se ven implicados de manera directa el niño, los padres y el Estado.

Este problema es abordado por Gutman desde la perspectiva de la educación, en particular a partir de cuestionar si el derecho a transmitir ciertos valores de padres a hijos debe considerarse como parte del derecho a una libertad de interferencia de los progenitores. Este tema se plantea frecuentemente, sobre todo al tratar de las libertades de los niños. ¿Cómo debe entenderse la libertad religiosa en un niño?, ¿se puede hablar de un derecho del niño o es un derecho del padre?, ¿qué sucede en un enfrentamiento entre los valores del Estado liberal y los valores de la familia? En primer lugar, es necesario examinar de cerca las relaciones de filiación y los derechos genéricos derivados de ella. Doy por aceptado que se excluye el argumento de que los niños son propiedad de sus padres, por las numerosas razones expuestas a lo largo del presente trabajo.

Una propuesta atractiva desde mi punto de vista es la de Archard, quien sugiere que los derechos de los padres derivan de una obligación de cuidar a sus hijos en cuyo cumplimiento gozan de discrecionalidad y para lo cual requieren ser paternalistas. Gutman vincula a las obligaciones parentales un derecho de “agencia paternalista” (*paternalistic agency*)

<sup>88</sup> Entre estos autores se encuentran los comunitaristas, que sostienen el derecho de los padres a determinar la educación de niños y jóvenes. Por ejemplo, John O'Neill considera que la teoría liberal ha ignorado a los niños y destaca la importancia de la familia en la atención a los menores: “The point of this device is to make it clear that, in the covenant perspective, the subject of politics is only properly conceived when the political subject is recognized as an embodied, gendered family-subject whose reciprocal regard for other citizens is constitutive of one’s moral worth and civic agency. Thus, we must treat the child as a political subject. We do so not from a child-rights standpoint, but because the commitment of the children of our own generation, as well as of future generations, to a class contract that is so inimical to their well-being invalidates the moral grounds of market society” (J. O’Neill 1994, pp. 35 y 36).

que se posee frente a otros adultos para que no interfieran en las actuaciones, condicionado al cumplimiento de los deberes relacionados con la crianza. El hecho de que los padres biológicos sean quienes detentan este derecho preferentemente se debe a que ello responde mejor a los intereses del niño, pues según Gutman, de entre los agentes disponibles en el Estado liberal, los padres son los que mejor pueden cumplir esta función (Gutman 1980, pp. 343-345). Podríamos decir que existe una presunción a favor de los padres biológicos de que atenderán satisfactoriamente las necesidades de sus hijos, pero en caso de no hacerlo desaparecen los derechos derivados de la discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones de la paternidad. Archard expone varias razones a favor de esta presunción, diferenciando las que derivan de la perspectiva del niño y las que tienen su origen en la posición del padre; esto quiere decir que es distinto afirmar que el interés del niño es ser criado por sus padres, a sostener que un padre puede exigir ser el criador de sus hijos independientemente de las consecuencias que pueda tener para el pequeño. Las razones desde la postura del niño son las siguientes: primero, los padres biológicos son quienes mejor dotados están para cuidar de sus hijos, dada la inclinación biológica al amor y la protección<sup>89</sup> —aunque por supuesto reconoce que existen excepciones—. Segundo, el ser criado por los propios padres contribuye a la identidad y autoimagen del niño, ya que la herencia genética y el parecido facilitan la identificación y favorecen el afecto mutuo —aunque también existan casos de hijos adoptados que han sido criados exitosamente—. Tercero, permitir a los padres naturales cuidar de sus hijos resuelve problemas de coordinación, en tanto constituye un sistema para asignar niños a padres. Dado que los niños requieren ser criados por adultos significativos es mejor adjudicar la obligación a personas específicas: los problemas de coordinación pueden solucionarse si existe una razón que todos puedan reconocer y que pueda constituir un arreglo aceptable, y el hecho de la paternidad natural puede serlo. Sin embargo, estos argumentos no significan que la simple condición de procreador biológico constituya una base suficiente para exigir la custodia, ni que exista nada en la paternidad natural que pueda probar

<sup>89</sup> Creo que Archard se refiere a lo que en el capítulo segundo se identificó como conductas preprogramadas, especialmente las relacionadas con el apego estudiado por Bowlby y que han sido investigadas por los etólogos, dado que las compartimos con otras especies animales.

que un padre es bueno. Todas las razones expuestas se basan en el mejor interés del niño. Finalmente aclara que se trata de una presunción, pues cuando los padres demuestran deficiencias en el cumplimiento de los deberes de cuidado, no pueden argumentar un derecho derivado de la filiación biológica (Archard 2003, pp. 83-86).

Respecto del papel del Estado, Archard sostiene que tiene una doble función relacionada con los niños: un papel de patria potestad para proteger los intereses del niño y otra que responde a la aspiración de la transformación de las generaciones jóvenes en adultos funcionales. En su desempeño como protector el poder público debe preocuparse por el interés del menor, tomando también en cuenta la visión que el mismo niño tiene de su propio bienestar y los padres no pueden oponerse a alguna intervención alegando sus derechos como progenitores. El Estado tiene también el cometido de actuar como suplente de los padres cuando éstos han demostrado incapacidad para cumplir con sus obligaciones, aunque esto debe sujetarse a ciertas condiciones: por una parte, debe operar únicamente como último recurso, cuando no hay adultos que se hagan cargo de la crianza del niño o cuando han demostrado incapacidad para hacerlo. En este sentido, existe una presunción del Estado liberal acerca de que las familias puedan funcionar mejor si se les deja cierto grado de libertad para conducir sus asuntos privados —aunque ello no es razón para considerar a la familia como una organización estrictamente privada y ajena a la intervención oficial—, y el Estado interviene en caso de que los padres crucen cierto umbral para garantizar los derechos de los niños y para proteger el interés general. Además, una vez que se asume la patria potestad, los poderes parentales del Estado deben ir más allá que los de los ciudadanos adultos padres ante los derechos del niño, es decir, puede tomar decisiones que no están sometidas, por ejemplo, a su consentimiento en caso de haber alcanzado cierto grado de madurez —lo que sí sucede con las de los padres—<sup>90</sup> (Archard 2003, pp. 117-126).

<sup>90</sup> Esta segunda condición se entiende mejor utilizando el ejemplo que cita Archard del caso Gillick, en el que una madre se inconforma con una circular en la que se autorizaba a los médicos a informar a chicas menores de 16 años sobre temas sexuales y a proveerles de anticonceptivos sin consentimiento de los padres. La decisión fue que la circular no era ilegal, de modo que los padres debían ceder ante el derecho de la hija a decidir por sí misma una vez que hubiera alcanzado cierto grado de inteligencia y entendimiento. Por el contrario, cuando el Estado ha asumido un papel de patria potestad su derecho no tiene necesariamente que ceder ante la decisión del niño (Archard 2003, p. 121). En otras

De esta forma, tenemos una relación triádica que funciona de manera interactiva pero que tiene como justificación última el interés superior del menor: los niños tienen algunos derechos cuya satisfacción se supone garantizada en el ámbito de la familia y otros a los que atiende directamente el Estado, y en caso de incumplimiento de los primeros los organismos públicos pueden actuar subsidiariamente; los padres tienen derechos derivados de las obligaciones de cuidado de sus hijos que se encuentran limitados por los derechos de los niños y por los requerimientos del Estado liberal y, finalmente, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de los niños a través de intervenciones paternalistas acotadas por los derechos de los padres y, sobre todo, por el derecho a la autonomía en los niños.<sup>91</sup> Gutman distingue entre tres niveles distintos: el poder de los padres, el poder del Estado como alternativo al de los padres y, finalmente, un ámbito en el que el niño tiene libertad para hacer elecciones propias, sobre todo tratándose de los adolescentes, aunque —como he tratado de defender— cierto grado de autonomía debe ser reconocido durante todas las etapas del desarrollo.

En este sentido, tal vez el análisis de los derechos de los niños pueda ser de utilidad para adoptar una nueva perspectiva sobre las intervenciones paternalistas. En sus conclusiones, Alemany considera que la discusión sobre el paternalismo pone en duda la metáfora según la cual “el padre es a los hijos lo que el príncipe a los súbditos” (Alemany 2000, p. 84), y entiendo que lo que se cuestiona es la legitimidad de que la autoridad actúe con los ciudadanos como el padre con sus hijos. Pues bien, tal vez tendríamos que detenernos a pensar también en lo que se acepta como premisa implícita en ese tipo de afirmaciones y que tiene que ver con la justificación de ciertas pautas de conducta paternas respecto de los ni-

palabras, el Estado puede emitir una decisión vinculatoria sobre ciertos aspectos de la vida del niño aun en contra de su voluntad, como ocurre, por ejemplo, cuando ordena una transfusión de sangre a un menor de edad en contra de sus creencias religiosas.

<sup>91</sup> Es claro que nos encontramos en el plano hipotético de un escenario ideal, en el que cada uno de los actores puede desempeñar su función. Es innecesario subrayar el hecho de que en el mundo real la situación de los niños rebasa la cantidad de recursos destinados a la satisfacción de sus necesidades, de modo que las medidas que se requieren no se implementan o lo hacen de manera deficiente e insuficiente. Por otra parte, la actuación subsidiaria, comenzando por la supervisión del Estado en caso de incumplimiento de las obligaciones paternas, rebasa también la capacidad de los organismos encargados en la mayoría de los países del mundo.

ños, para así derivar una visión distinta acerca del valor autonomía no sólo en los adultos, sino también para los niños.

### B. Los “derechos obligatorios”

La incompetencia que se atribuye al niño tiene como otro efecto importante la forma que adquieren algunos de sus derechos, es decir, no únicamente que el ejercicio de los mismos depende en parte de actores distintos del titular, sino que el contenido no es disponible, pues no se reconoce capacidad de decisión respecto de su cumplimiento. Esta ausencia de disponibilidad opera para los tres actores, traducándose en conductas exigibles a cuyo cumplimiento ninguno tiene facultad de renunciar. Los derechos obligatorios constituyen así una fórmula para implementar las medidas paternalistas, que es en sí misma paternalista, pues a través de ellos se pretende subsanar una incompetencia básica y garantizar la permanencia de opciones abiertas para cuando ésta sea superada. Desde mi punto de vista, los derechos obligatorios son necesarios para mantener el equilibrio entre las partes, pues implican deberes tanto para los niños, los padres y el Estado. Hay que decir que este tipo de derechos no es exclusivo de la infancia; sin embargo, la diferencia radica en que durante esta etapa de la vida humana la mayor parte se configura de esta manera.<sup>92</sup>

En este sentido es importante la distinción de Feinberg mencionada en el capítulo tercero entre: “derechos discrecionales”, que conllevan tener la posibilidad de decidir entre hacer o no hacer X, y los “derechos obligatorios”, que no conceden opciones a su titular, es decir, sólo se permite una forma de ejercitarlos e impone en los otros una obligación correlativa de proporcionar los medios para realizarlos y no obstaculizarlos, pero no establece un deber de no interferencia (Feinberg 1980, p. 233). En mi opinión, se trata de bienes de tal importancia que se justifica la restricción a la libertad y encuentra su justificación última precisamente en la autonomía (unida a la igualdad y dignidad). Esto significa que las medidas paternalistas y por ello los derechos obligatorios únicamente están

<sup>92</sup> Efectivamente, no todos los derechos de los niños se configuran como derechos obligatorios indisponibles para los tres actores; por ejemplo, la libertad religiosa del niño está mediatizada por el poder de elección de los padres, pero ello no supone que este derecho sea obligatorio, ya que los padres pueden decidir entre enseñar o no religión al hijo.

justificados si, como sostiene Garzón, su finalidad es promover la autonomía. Por ello es importante establecer un criterio claro para determinar el contenido de estos derechos, pues no pocas veces se ha abusado a lo largo de la historia de la supuesta bondad de ciertas medidas para justificar medidas autoritarias.

Para Feinberg los derechos obligatorios son obligaciones contempladas desde un punto de vista positivo; se trata de deberes cuyo cumplimiento es especialmente ventajoso para la comunidad y para el titular, de tal manera que la libertad que supone cualquier obligación (libertad como ausencia de una obligación de no hacer X) se convierte en un derecho pretensión. Para este autor, la descripción de este tipo de obligaciones como derechos o como obligaciones depende de qué tanto queramos acentuar su papel como cargas o beneficios (Feinberg 1980, p. 235). En cierta medida tiene razón Feinberg, pero me parece que trivializa excesivamente la función de los derechos, pues el hecho de calificar una determinada conducta como derecho u obligación no es simplemente una cuestión de perspectiva; los derechos se relacionan con valores fundamentales para el ser humano y derivan de los principios de igualdad, autonomía y dignidad.<sup>93</sup> Los derechos políticos que menciona este autor como ejemplo, así como el derecho a la educación, los derechos laborales o a la igualdad ante la ley, todos ellos transformados en obligatorios, tienen una cosa en común: protegen bienes fundamentales en una socie-

<sup>93</sup> Feinberg dice que muchas de las obligaciones políticas se conciben como beneficios y se demandan como derechos por quienes no tienen acceso a ellos, tal es el caso de las mujeres y los derechos políticos. Esto es lo que sucede en una escena de Ana Karenina de Tolstoi, en el que un grupo de personas discute acerca de la liberación y los derechos de la mujer: "But if women as a rare exception, can occupy such positions, it seems to me you are wrong in using the expression «rights». It would be more correct to say «duties». Every man will agree that in doing the job of a juryman, a witness, a telegraph clerk, we feel we are performing duties. And therefore it would be correct to say that women are seeking duties, and quite legitimately. And one can but sympathize with this desire to assist in the general labor of man" (Feinberg 1980, p. 236). Esto muestra claramente que constituyen acciones importantes para el individuo, pues permiten el acceso a las decisiones públicas; en efecto, este tipo de derechos obligatorios tiene como finalidad lograr mayores cuotas de autonomía, pues su negación en el caso de las mujeres, como refleja el texto de Tolstoi, supone vedar su participación y minusvalorar su autonomía y dignidad. Curiosamente, el mismo fenómeno ocurre con el derecho a la educación en los niños: para los niños de países del primer mundo la educación es una obligación, para los países en vías de desarrollo es un derecho, mientras que para los niños de los países más pobres es un privilegio.

dad liberal y sacrifican una parte de la libertad del sujeto en tanto que no permiten elección en aras de alcanzar una autonomía mucho mayor, como lo es vivir en una sociedad democrática, desarrollar las habilidades para poder hacer elecciones libres, tener garantizados unos mínimos en el empleo que permitan la libertad de ocupación o no ser objeto de discriminación. Ello supone una justificación para no dejar las opciones abiertas en la elección ni en el cumplimiento de la obligación. Además, se diferencian porque a cada derecho corresponde un deber en el cumplimiento, mientras que no podemos decir que a cada obligación corresponde otra obligación.

La definición de Peces-Barba concuerda mejor con esta visión, pues relaciona los derechos obligatorios (“derechos-deber” los llama) con contenidos trascendentales para el titular y para la comunidad: se trata de derechos cuya importancia es tal que, visto desde el punto de vista de su titular, suponen una acción positiva de los poderes públicos, pero desde el punto de vista de la colectividad y el interés general son también fundamentales de tal manera que constituyen una obligación para el titular (Peces-Barba 1995, pp. 462 y 463).

Como se ha dicho ya, las teorías voluntaristas negarían que estas normas constituyan derechos por carecer de un poder de disposición por parte del titular; en otras palabras, por no involucrar la voluntad en el ejercicio. Sin embargo, creo que hay razones de peso para considerar que sí se trata de derechos como se intentó argumentar en el capítulo tercero. Los bienes protegidos son de tal modo relevantes que han de ser garantizados inmunizando al titular en contra de sí mismo, pero no sólo de sí mismo, sino también de los actores involucrados en el ejercicio. De otra manera sería muy arriesgado, aun dejando de lado que los niños no pueden en muchas ocasiones juzgar sobre los intereses que involucran proyectos a largo plazo, sino que los otros actores tendrían demasiado peso en las decisiones sobre la vida de los pequeños. En este sentido se puede establecer cierta analogía con el rasgo de inalienabilidad de los derechos humanos: se consideran indisponibles por considerarse tan básicos que ni siquiera su titular tiene derecho a renunciar a ellos, y de esta manera se le protege no sólo de sus propias decisiones sino de eventuales condiciones que pudieran llevarlo a enajenar sus derechos (por ejemplo a renunciar a su libertad volviéndose esclavo para salvar una situación desesperada, o poner en peligro su vida vendiendo algún órgano para conseguir recursos

económicos). Se crea así un espacio que garantice los mínimos y deje así ciertos bienes fuera de las fuerzas del mercado y las eventualidades sociales. En el caso del niño ocurre algo parecido, se salvaguarda un estado de condiciones que no son disponibles para nadie de modo que queden garantizados para cuando pueda disfrutar de ciertos bienes, aunque a diferencia de los derechos, cuando se trata de adultos, el ejercicio es también forzoso. Sin embargo, para ello —al igual que ocurre con los mayores— son necesarias dos condiciones: *a)* que este espacio de no disponibilidad sea el mínimo indispensable, es decir, que no pueda servir como excusa para favorecer una práctica desmedida del poder paterno o estatal, de modo que el niño debe tener facultad para elegir de acuerdo con sus capacidades, y en lo que tenga habilidad para decidir no es válida la imposición de una obligación; *b)* en relación con la anterior, las limitaciones deben tener un fundamento normativo lo más objetivo posible, y para ello es indispensable la interdisciplinarietà. Dado que el niño no puede participar directamente en el procedimiento democrático y su intervención en el discurso moral es limitada, se vuelve imprescindible que la determinación de sus intereses y del ámbito de actuación indisponible tenga su justificación en las necesidades básicas, sin que ello obste para que se le permita expresarse y se le escuche.

Otra de las cualidades especiales que presentan los derechos obligatorios, y en general las medidas paternalistas en el caso de los niños, es que su incumplimiento generalmente no lleva aparejada una sanción, sino la realización forzosa de la obligación. Esto nos refleja también la cualidad de los bienes que se intenta proteger, pues la obligatoriedad tiene como finalidad la realización del derecho sin que pueda ser sustituida. Por ejemplo, la educación obligatoria: en caso de negligencia de los padres o del niño, el Estado se hace cargo para garantizar que el niño la reciba. En el caso de otras medidas paternalistas la coacción se establece a base de sanciones que actúen como elementos disuasores, por ejemplo en el caso del cinturón de seguridad, del uso de casco y hasta del voto obligatorio, se imponen multas o privación de la libertad como consecuencia de la infracción.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> Se puede argumentar que en caso de incumplimiento de las obligaciones parentales, en muchos ordenamientos jurídicos se impone la privación de la custodia y hasta de la patria potestad como sanción a los progenitores; sin embargo, estas medidas tienen en mi opinión como primordial finalidad el garantizar el cumplimiento de los derechos del niño, aunque evidentemente pueden significar un castigo para los padres.

Por otra parte, quisiera matizar una afirmación respecto de los derechos obligatorios en el sentido de que no hay discrecionalidad en el ejercicio, pues una cosa es que al ser obligatorios no pueda decidirse si se cumplen o no, y otra es tener cierto margen de acción en cuanto a la realización del mismo. Aquí entra en juego el pluralismo de una sociedad liberal democrática que debe autorizar distintas opciones para cumplir los derechos obligatorios, por ejemplo permitir diferentes tipos de educación, aceptar la diversidad de hábitos alimenticios o reconocer varios modelos de organización familiar. Pero en el plano de cumplimiento por parte de los niños debe también existir un margen de acción que debe ir directamente relacionado con el desarrollo de competencias y habilidades: por ejemplo, el niño tiene que recibir instrucción formal, pero en un momento cercano a la adolescencia puede opinar sobre a qué escuela asistir. Por otra parte, tampoco hay que olvidar la importancia de los derechos en los que sí debe gozar de discrecionalidad en el ejercicio: el derecho al juego, en el sentido de decidir a qué quiere jugar (no se niega que sea necesaria cierta orientación paterna, pero no debe convertirse en imposición), el derecho al tiempo de ocio (que muchas veces es violado por los padres que, ansiosos por preparar a su hijo para un entorno altamente competitivo, proyectando quizá sus propias inseguridades y buscando cuidadores alternativos que se hagan cargo de los niños mientras ellos trabajan, le atiborran de actividades extraescolares), el derecho de asociación (para elegir compañeros de juegos y aventuras), etcétera.

Creo que desde esta perspectiva el paternalismo tiene puntos coincidentes con lo que se ha identificado como el liberacionismo moderado, y esa es la postura que personalmente considero más acorde con las teorías expuestas hasta el momento. Es necesario armonizar tanto a los actores —niño, padres y Estado— como a la forma y contenido de los derechos —derechos obligatorios— de manera tal que respondan a las características de cada una de las etapas, protegiendo al niño, pero al mismo tiempo permitiendo y estimulando el desarrollo de su autonomía.

Finalmente, creo necesario recordar una vez más que el fundamento de los derechos humanos comprende tres principios, pues si se considera el principio de autonomía de manera aislada, como si por sí misma pudiera constituir una justificación completa, la idea de paternalismo o de derechos obligatorios parece inaceptable. Cualquier limitación a la libertad del individuo, cualquier intervención destinada a procurar incluso su

bienestar pero a costa de eliminar la opción de que el titular elija, contradiría este principio. Sin embargo, según lo que se ha expuesto hasta ahora, el principio de autonomía no puede constituir el único fundamento de los derechos, pues tienen igual importancia los principios de igualdad y dignidad. Resulta entonces que a partir de estos principios podemos considerar la posibilidad de que ciertas medidas que restrinjan la libertad del individuo estén justificadas, y el paternalismo tiene su razón de ser en éstos, aunque debe encontrar el equilibrio que supone que pese a que la autonomía pueda en cierta medida sacrificarse, está presente como principio fundante y constituye un criterio para evaluar este tipo de actuación estatal. El paternalismo debe encontrar su justificación en la armonía entre los tres principios también en el caso de los niños.

#### VI. LOS INTERESES FUNDADOS EN LAS NECESIDADES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO JUSTIFICACIÓN Y LÍMITE DE LAS INTERVENCIONES PATERNALISTAS

Recapitulando, creo que es razonable decir que el debate en relación con la intervención estatal en la vida de los niños a través de medidas paternalistas se concreta en tres grandes bloques de conflictos aparentes:

- 1) El dilema entre autonomía/liberación y vulnerabilidad/protección. Este conflicto enfrenta dos concepciones de la infancia que dan lugar a dos actitudes opuestas que podrían encontrar su expresión entre las posturas más radicales del liberacionismo y del paternalismo, y que sostienen respectivamente que el concepto de niño es una construcción social y por tanto defienden la necesidad de una liberación a través del reconocimiento de libertades en el ejercicio de los derechos; y una percepción de la infancia como etapa de total dependencia y vulnerabilidad, inclinándose como consecuencia por una función sobreprotectora del Estado. La posición que se intenta defender en este trabajo coincide con la de Freeman en el sentido de rechazar esta aparente disyuntiva, pues ni el niño es en su totalidad un constructo social ni es radicalmente débil, y se requiere una interacción entre el ejercicio de la autonomía y la protección contra riesgos innecesarios.

- 2) El papel del niño, los padres y el Estado en las medidas paternalistas. Si bien es cierto que se puede presentar un conflicto entre los tres actores, es claro que el fin último de toda actuación debe ser el interés superior del niño. Ahora bien, es verdad que en la ejecución de esta directriz se pueden dar distintas interpretaciones, pero la respuesta al dilema entre liberación y protección puede dar algunas pistas: toda conducta debe tener como criterio la integración de estas dos necesidades fundamentales y como objeto último el desarrollo de la autonomía.

En este contexto se enmarca también el tema de la frontera entre la familia y la actuación estatal. Parece razonable sostener la presunción a favor de los padres biológicos sobre la adecuada atención al niño y por tanto la legitimidad de que actúen paternalistamente<sup>95</sup> con sus hijos, aunque teniendo a la autoridad pública como garante último del respeto a los derechos, lo que significa que puede intervenir cuando considera que los derechos del niño están seriamente amenazados por la actuación paterna. Por otra parte, el Estado debe ejercer como proveedor de ciertos bienes, como educación y salud, encuadrado a su vez por el respeto a los derechos.

No quiero dejar de subrayar en este punto la trascendencia de la familia en el ejercicio y desarrollo de la autonomía en relación con la adquisición gradual de competencias. Los padres son testigos privilegiados del crecimiento y la evolución de las capacidades, de manera que pueden atender a las características específicas que necesariamente deben ser excluidas de la regulación jurídica. En otras palabras, mientras que la ley debe establecer un criterio general —una edad o edades determinadas para la atribución de ciertas competencias— los padres pueden hacerlo de acuerdo con el desarrollo particular de las habilidades de cada niño, dándoles mayor poder de decisión y elección cuando estén preparados para ello.

- 3) La supuesta contradicción entre los intereses del niño como menor de edad y como futuro adulto. En cierta medida, este conflicto es expresión de otros dos: el enfrentamiento entre la valoración de

<sup>95</sup> Se entiende que los padres actúan paternalistamente con sus hijos —y están legitimados para ello— en la medida en la que pueden imponer conductas en contra de la voluntad del niño en el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Para Archard, el que un padre actúe paternalistamente supone tomar las decisiones que promuevan los intereses del niño y que éste no sea capaz de realizar, hasta que madure (Archard 2003, p. 97).

dignidad y autonomía y el choque entre los intereses del niño y los intereses colectivos. La visión que pondera más la autonomía se inclinaría por proteger los intereses del niño como adulto y justificaría sobre todo las medidas que promuevan y garanticen la formación de la capacidad de autodeterminación, la cual también puede ser concebida como de interés público en tanto que el Estado busca la formación de ciudadanos responsables. Por su parte, la dignidad del niño se centra más en su situación presente y sus intereses como tal. El conflicto se diluye si consideramos que para la formación de la autonomía adulta es necesario el ejercicio de la libertad presente que responde a la condición actual del niño. Sin embargo, no debemos olvidar tampoco que el principio de dignidad constituye una frontera importante a las intervenciones paternalistas. Esto es frecuentemente ignorado por quienes defienden los derechos de los niños, pues en muchas ocasiones los justifican únicamente en función de su porvenir como adultos.<sup>96</sup> El principio de dignidad proscribela imposición de sacrificios que no redunden en beneficio del sujeto, lo que incluye una prohibición de postergar sus intereses presentes (a menos que éstos pongan en peligro la propia dignidad); en este sentido, el principio de dignidad actúa, al igual que en los derechos humanos, como límite a los cálculos utilitarios que buscarían el bienestar general aunque éste incluya al propio titular como futuro beneficiario.

Los argumentos a favor del paternalismo jurídico —con las salvedades expuestas— parecen muy razonables, y creo que no habría objeción en principio a considerar que de esta manera se justifican los derechos obligatorios para compensar las incompetencias básicas durante la minoría de edad. No obstante, esto no es suficiente para aceptar acríticamente

<sup>96</sup> Otro de los numerosos ejemplos de la visión que privilegia el papel del niño como futuro adulto es la de Gutman, quien al examinar el derecho a la educación en una sociedad liberal dice: “If children have rights in virtue of their basic needs and interests as future adults citizens, one of those rights will be a right to education, or what some theorists have called «a right to socialization»” (Gutman 1980, p. 349). La opinión de la autora se fundamenta en el derecho a la educación obligatoria; es presupuesto para convertirse en un ser humano racional y ciudadano completo de una sociedad democrática liberal, ya que sin educación formal los niños serían incapaces de ejercer inteligentemente sus derechos civiles y políticos.

la imposición de cualquier medida paternalista por parte del Estado a los niños, pues aunque es verdad que en general carecen de la información y experiencia necesarias para la toma de decisiones, hay que matizar y precisar algunos puntos y limitaciones importantes:

En primer lugar, la imposición de las medidas paternalistas no puede tener una justificación general para toda la infancia. La minoría de edad no ha de considerarse como un bloque completo, pues como han señalado muchos autores, y según se desprende de los estudios de la psicología del desarrollo, el ser humano durante la niñez va madurando y adquiriendo nuevas capacidades rápidamente, de manera que no es posible incluir dentro de la misma categoría a un niño de dos años, a uno de diez o a un adolescente de quince. La justificación del paternalismo jurídico es distinta en cada etapa, y debe responder a la capacidad y el desarrollo de la autonomía de la persona.

En segundo lugar, es necesaria la limitación en relación con el contenido de las medidas paternalistas, y para ello es indispensable recurrir al concepto de intereses justificados a partir de necesidades básicas y en especial en las necesidades de cada etapa de la infancia. La incompetencia de los niños no justifica la intervención arbitraria del Estado o de los padres, sino que ésta se encuentra determinada por las necesidades. Alemany, después de analizar detenidamente el debate en relación con la justificación de paternalismo, concluye que “el problema de fondo de la discusión que he considerado es que se trata de dar cuenta del paternalismo sin acudir a la noción de necesidades básicas y poniendo en su lugar (cumpliendo su función) a los deseos y preferencias de las personas” (Alemany 2000, p. 81). Pues bien, si en el caso de los adultos esto parece claro, tratándose de los niños debe serlo mucho más, pues sólo la idea de necesidades básicas puede constituir —desde mi punto de vista— la base para justificar las intervenciones paternalistas.

Finalmente, las actuaciones paternalistas en las vidas de los niños deben cumplir también con el requisito de ser lo menos gravosas posible para los individuos, tal como sostiene Alemany:

La satisfacción de necesidades básicas es condición necesaria pero no suficiente de la intervención paternalista. Toda intervención paternalista debe estar mediada por un principio de adecuación al fin que se persigue. En consecuencia, debe justificarse que la intervención conseguirá satisfacer

las necesidades básicas de la forma menos gravosa posible para los individuos afectados (Alemany 2000, p. 87).

Estas consideraciones nos llevan directamente a subrayar el principio de igualdad, que hasta el momento parecía no tener un papel especialmente relevante en la discusión sobre el paternalismo. Garzón vincula la imposición de medidas paternalistas al deber de homogeneización de un sistema democrático; esto es, la existencia de cierto grado de uniformidad social es una condición necesaria para la viabilidad del sistema democrático. De esta manera, lo que denomina “coto vedado”, compuesto por los derechos directamente vinculados con la satisfacción de los bienes básicos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, está excluido de la negociación y las decisiones mayoritarias, pero además si uno de los miembros de la comunidad no comprende su importancia, se justifica la imposición de medidas paternalistas. Para Garzón la no aceptación de la garantía de los bienes básicos constituye una clara señal de ignorancia o irracionalidad, por lo que puede calificársele como incompetente básico, y esto es muchas veces lo que ocurre en el caso de los niños: “El deber de homogeneización puede implicar, en algunos casos, la necesidad de su imposición, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. La obligación de escolaridad, por ejemplo, no queda sujeta al consentimiento del niño o de sus padres” (Garzón 1993d, p. 536).

De este modo, el paternalismo debe estar fundamentado también en la idea de equidad, pues precisamente este tipo de medidas deben tener como propósito el asegurar los mínimos de homogeneización necesarios en una sociedad democrática, que desde mi punto de vista no es otra cosa que la equidad de los miembros de una sociedad respecto de las necesidades básicas.<sup>97</sup> La importancia de los bienes es tal que incluso el autor los relaciona con la competencia, es decir, quien no alcanza a percibir su trascendencia no actúa con racionalidad o ignora las relaciones causales elementales, de modo que puede considerársele como incompetente básico e imponerle la satisfacción de esas necesidades. Este sería el caso típi-

<sup>97</sup> La idea de equidad a partir de las necesidades básicas está presente también en la idea de bienes primarios de Rawls; sin embargo, tal como se expuso en el capítulo segundo, la aplicación de esta teoría resulta problemática en el caso de los niños por estar excluidos de la clase de los ciudadanos y por su pertenencia a la familia.

co de los niños y la justificación del paternalismo que caracteriza casi todos sus derechos.

Por otra parte, la incapacidad para satisfacer por sí mismo las necesidades básicas, ya sea porque no alcanza a percibir las como tales —por ejemplo la necesidad de nutrientes adecuados para un niño que quiere alimentarse a base de dulces— o por carecer de aptitudes para satisfacerlas por sí mismo, debido a una falta de habilidad inherente a su edad, consecuencia de su situación de dependencia —por ejemplo dotarse a sí mismo de vivienda, vestido, alimentación, etcétera— o a una incapacidad socialmente construida —por ejemplo la prohibición de trabajar—, constituye una justificación para la imposición de medidas paternalistas. En este sentido, el niño tiene una incompetencia básica y requiere de otros medios para atender sus necesidades. Las necesidades constituyen al mismo tiempo un límite, pues las medidas se justifican únicamente en cuanto se requieren para su satisfacción, todo lo que sobrepase esto viola la autonomía del niño. En mi opinión, la teoría de las necesidades básicas de los niños y adolescentes puede funcionar como el criterio *único* de justificación del paternalismo al que se refiere Atienza, en tanto que sirve para determinar si los bienes que se promueven son de tipo primario, ayuda a evaluar si el sujeto tiene una incompetencia básica y puede presumirse racionalmente su aceptabilidad (Atienza 1988, p. 213).

No ignoro que este concepto es problemático, pues de la idea de necesidades pueden desprenderse una gran variedad de conductas y actuaciones; sin embargo, creo que vale la pena el esfuerzo de someter a análisis lo que tradicionalmente se ha asumido como adecuado para los niños. En la medida en que renunciemos a las visiones simplistas y totalizadoras será más sencilla la integración de los diversos aspectos que intervienen en la justificación de las medidas paternalistas cuando el individuo tiene una incompetencia básica.

Se cierra así el círculo de la argumentación de este trabajo: las necesidades básicas de los niños constituyen la justificación y al mismo tiempo el límite de las intervenciones paternalistas. Justificación porque proporcionan razones para explicar que los niños tienen necesidades específicas que se manifiestan de una forma distinta que las de los adultos y que son de tal manera importantes que es preciso garantizarlas, y el Estado debe asumir esta función en combinación con la familia. Se justifica que el poder público intervenga en la esfera del individuo aun prescindiendo de

su consentimiento, configurándose así como derechos-obligatorios destinados a preservar la autonomía y permitir su ejercicio, redistribuir los recursos sociales para conseguir condiciones de igualdad y salvaguardar la dignidad del titular. Pero al mismo tiempo las necesidades de los niños y adolescentes conforman el límite para las intervenciones; en otras palabras, únicamente es legítima la actuación pública sin la voluntad del titular del derecho en lo que se relaciona con la satisfacción de las necesidades; cualquier otra intromisión u omisión al solicitar su consentimiento es contraria a los derechos del niño y por tanto injustificada.

La perspectiva de necesidades nos permite establecer un punto de equilibrio respecto de los derechos de los niños, dotándonos de un aparato crítico que sirve como *test* de cada una de las intervenciones paternalistas. Desde mi punto de vista, cualquier otra perspectiva cae en extremos igualmente peligrosos: o deja desprotegido al niño y vulnerable en su situación de desarrollo o falta de experiencia o viola sus derechos ignorando su capacidad de autonomía y dignidad, imponiéndole medidas en contra de sus deseos e intereses. Este equilibrio es delicado, pues los contornos no son claros y perfectamente delimitados; por tanto, se requiere una actitud de discusión social, siempre abierta a la escucha del niño, teniendo como telón de fondo sus necesidades, con la suficiente flexibilidad para ir asimilando los cambios que se van produciendo a cada momento del proceso del crecimiento.

Por otra parte, los principios de autonomía, dignidad e igualdad cumplen también una función legitimadora, pues deben constituir la base de cualquier intervención paternalista: la autonomía en su doble papel de autonomía como necesidad presente que debe ser ejercida y autonomía futura que debe ser resguardada; dignidad como garantía de no sacrificio del niño como futuro adulto o miembro de la comunidad; e igualdad como homogeneización fundamentadora de la medida paternalista.