

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONVENCION

SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS 391

I. Condiciones generales de satisfacción de necesidades del niño 397

1. Definición de niño (artículo 1o.) 397

2. No discriminación (artículo 2o.) 400

3. Interés superior del niño (artículo 3o.) 402

4. Obligación del Estado en la garantía de los derechos (artículo 4o.) 410

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

1. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.) 413

2. Salud y servicios médicos: nivel de vida, alimentación, higiene, vestido, vivienda y medio ambiente. Derecho a la seguridad social (artículos 24-27) 416

3. Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37) 422

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

1. Participación informal (artículos 5o., 13, 17, 18 y 29) . . . 426

2. Libertades, entendidas como derechos civiles (artículos 7o., 8o., 12-17 y 30) 432

3. Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículos 5o., 7o., 9o., 10 y 18) . . . 440

4. Juego y tiempo de ocio (artículo 31) 445

5. Educación formal (artículos 28 y 29) 447

6. Protección de riesgos psicológicos o de autonomía (artículos 19-21 y 32-38) 453

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

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS

A lo largo del presente trabajo se han abordado distintos temas problemáticos relacionados con los derechos de los niños, a través de la delimitación conceptual y la toma de postura a partir de la perspectiva de necesidades básicas. Se ha dicho que aún existen autores que no reconocen importancia a la aplicación del lenguaje jurídico durante la infancia y, aunque esta tendencia va cambiando, todavía subyacen en el discurso sobre los derechos del niño viejas concepciones superadas hace tiempo por las disciplinas dedicadas al estudio del proceso de desarrollo durante los primeros años de la vida.

Una vez asumida una postura teórica en relación con cada una de las cuestiones planteadas, parece necesario proceder al análisis de los derechos de los niños en el ámbito positivo, esto es, de los derechos subjetivos que efectivamente se les reconocen. Para ello utilizaré la Convención sobre los Derechos del Niño, pues al ser un instrumento internacional reconocido por la mayoría de los países, parece que puede considerarse el reflejo de un gran acuerdo internacional respecto de los niños. De tal manera que creo que un estudio de la Convención puede arrojar una idea bastante aproximada del consenso en torno a los niños, sus necesidades y sus derechos —por lo menos en una parte del mundo—. De la Convención y de muchos de sus artículos se ha hablado ya a lo largo del presente trabajo; sin embargo, este capítulo constituye un esfuerzo por sistematizar un análisis crítico, utilizando como criterios las tesis expuestas. Este acercamiento a la Convención podrá ser de ayuda para considerar si realmente, como piensan algunos autores, los derechos subjetivos de los niños pueden integrarse en el proceso de multiplicación por especificación que se ha producido principalmente en el ámbito de los derechos sociales

—en especial de los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos—,¹ o si, por el contrario, forman parte de una evolución distinta, aunque como se ha intentado mostrar hasta el momento, parece ser que los derechos de los niños son de todo tipo: libertades, derechos de participación y derechos sociales.

El primer documento de carácter internacional sobre los derechos del niño fue la Declaración de Ginebra de 1924² adoptada por la Sociedad de Naciones, seguida por la Declaración de Derechos del Niño de 1959.³ La Convención sobre los Derechos del Niño —a la que a partir de ahora se hará referencia simplemente como la *Convención*— fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 tras diez años de trabajo. La iniciativa, promovida por Polonia, originalmente pretendía dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación; sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una

¹ Una de las consecuencias de esta postura ha sido la de cuestionar la necesidad de reconocer derechos específicos a los niños, como hace notar Picado: “Si derechos humanos y derechos del niño son, en el fondo, la misma cosa, ¿se justifica que existan y se hayan desarrollado separadamente? ¿No es una pérdida innecesaria de recursos y de esfuerzos el tratarlos de ese modo?”, a lo que la autora responde afirmando que la relación entre derechos humanos y derechos del niño se puede explicar con la categoría género-especie: “Así, los derechos del niño son los derechos humanos del niño” (Picado, 1996, p. 71).

² La Declaración de Ginebra tiene en cierta medida su origen en la iniciativa de la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la organización *Save the Children*, cuyo objetivo era ayudar a los niños víctimas de la Primera Guerra Mundial y de la Revolución Rusa. La Declaración de Ginebra consta de cinco principios que protegen los siguientes derechos: condiciones adecuadas para el desarrollo material y espiritual; alimentación; atención sanitaria; ayudas especiales para los niños con problemas de tipo psíquico o social; protección en situaciones de emergencia, y protección ante cualquier tipo de explotación.

³ La Declaración de Derechos del Niño de 1959 especifica los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para los niños, consta de un preámbulo y diez principios, y a diferencia de la Convención no es un texto jurídicamente vinculante. Los derechos reconocidos en la Declaración son: 1) derecho al disfrute de todos los derechos sin discriminación; 2) derecho a la protección y consideración del interés superior del niño; 3) derecho a un nombre y una nacionalidad; 4) derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos; 5) derecho del niño física o mentalmente impedido a recibir atención especial; 6) derecho a la vinculación afectiva y a no separarse de sus padres; 7) derecho a la educación, al juego y recreaciones; 8) derecho a la prioridad en protección y socorro; 9) protección contra abandono, crueldad y explotación, y 10) protección en contra de la discriminación.

concepción bastante novedosa del niño y de sus derechos. Los documentos internacionales reflejan el proceso de evolución en la concepción de la niñez y el lenguaje jurídico, pues se advierte la transformación del menor de edad como sujeto de protección a una valoración cada vez mayor de su autonomía y su intervención en el ejercicio de sus derechos.

Se ha hablado mucho sobre la importancia de la Convención por ser el instrumento internacional con más Estados partes (191 Estados partes y 2 Estados signatarios: Estados Unidos y Somalia),⁴ considerándosele el “acuerdo de la comunidad internacional sobre los niños” o como “un hito fundamental en la positivización de los derechos del niño... vale decir que dicho convenio o ley internacional no sólo constituye un instrumento jurídicamente vinculante frente a los Estados que lo han ratificado (por lo menos desde una óptica formal), sino que su articulado texto expresa la clara tendencia a traducir en términos de derechos, prácticamente todo aspecto del mundo infantil” (Fanlo 2004, p. 9). A pesar de que muchos autores ponen el énfasis de la problemática relacionada con la Convención en la insuficiencia de los mecanismos de garantía previstos en este tratado, existe desde mi punto de vista un problema que es anterior, y es el relativo a las numerosas reservas formuladas sobre todo por países no occidentales que podrían poner por lo menos en tela de juicio el consenso sobre la niñez del que tanto se habla. Resulta entonces que

4 García Méndez expone las razones por las que, a su juicio, estos países no han ratificado la Convención: “En el caso de Somalia, el motivo es obvio. Desde hace muchos años, la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central y mucho más de Estado. Somalia es pura geografía y no logra constituirse como sujeto de derecho internacional. El caso de Estados Unidos es mucho más complejo y requiere de una explicación que, a mi juicio, remite a tres motivos de naturaleza diversa: *a*) el primero se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón —profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría— que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos (una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles aspectos vinculados al área de lo económico-social, salud, vivienda, trabajo, etcétera). En este sentido, no debe olvidarse que la CIDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales; *b*) el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido de que la CIDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos...; *c*) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil” (García Méndez 1999, pp. 219 y 220).

no se trata solamente de dificultades para hacer efectivos los derechos, sino que afecta al reconocimiento mismo de éstos, pues en algunos casos las reservas tocan puntos importantes del contenido de la Convención. Desde los trabajos previos se presentaron dificultades en el consenso de ciertas áreas específicas: libertad de pensamiento, conciencia y religión (por parte de algunos países islámicos); adopción internacional (por parte de algunos países latinoamericanos); derechos del niño no nacido; aspectos relacionados con algunas prácticas tradicionales; y los deberes de los niños (Freeman 1997, pp. 53 y 54). Esto más tarde se traduciría en la firma del documento pero con importantes reservas o declaraciones interpretativas por parte de algunos Estados partes.

El tema de las reservas es extenso y complejo, pues el mismo artículo 51 prescribe que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención”; sin embargo, es complicado determinar con exactitud qué tipo de restricciones estaría contemplado en esta prohibición. La mayoría de los países que han formulado reservas o declaraciones interpretativas invocan su Constitución o el derecho interno para fundamentar su postura, en algunas ocasiones sin siquiera especificar qué contenido tienen sus leyes y limitándose a apartarse de la obligación. El panorama de las reservas se describe como sigue:

Han realizado reservas de carácter general que implican todo el texto convencional los siguientes países: Arabia Saudita, Brunei, Darussalam, Indonesia, Mauritania, Omán, Pakistán, Qatar, República Arabe de Siria, República Islámica de Irán y Singapur. Han formulado reservas a varias disposiciones, que pueden ser consideradas como reservas de carácter general, los siguientes Estados: Emiratos Arabes Unidos y Malasia. Por último, determinadas declaraciones, más que meras declaraciones interpretativas parecen ser reservas de carácter general, como las de Djibouti, Kuwait y Túnez (Salado 2000, pp. 46 y 47).

Las reservas, cuando intentan derogar disposiciones esenciales para su aplicación, tienen naturaleza indefinida o son de carácter general, han sido objetadas por otros países europeos firmantes por considerarlas incompatibles con el objeto y propósito de la Convención. Los Estados han alegado que no es válido utilizar la legislación interna para limitar la responsabilidad o justificar el incumplimiento de las obligaciones convencionales. Sin embargo, al no haber una instancia designada para cali-

ficar si una determinada reserva es incompatible con el objeto y fin de la Convención, esta facultad queda al arbitrio de los Estados: “Si no es una instancia internacional... sino que son los Estados partes en un determinado convenio, la calificación es inevitablemente subjetiva y discrecional” (Carrillo 1996, p. 96).

Por otra parte, además de las reservas generales, existen reservas a artículos específicos, sobre todo a los contenidos en la primera parte del documento. Aunque algunas de estas reservas pueden ser consideradas “positivas”⁵ por ampliar el espacio de protección, parecen revelar que hay que ser por lo menos cuidadosos al hablar de un gran acuerdo sobre los derechos del niño. No hay que dejar de mencionar, sin embargo, que tres quintas partes de los Estados partes no han formulado reservas ni declaraciones interpretativas, además de que la posición del Comité de Derechos del Niño y de los Estados objetantes ha tenido influencia en algunos de los Estados que han retirado algunas de éstas (Salado 2000, p. 59).

Se ha dicho también que al parecer los grandes ausentes de la Convención fueron los niños, ya que tuvieron poca intervención en los debates que llevaron a la redacción del instrumento. Mi intención es abordar el tema de la Convención con todo el realismo posible, sin un optimismo exagerado, pero sin dejar de reconocer tampoco que constituye un gran paso en el diálogo respecto de los derechos de los niños, subrayando asimismo la importancia de escuchar a otros interlocutores, desde los países reservistas hasta, claro, los niños. Como han dicho varios autores, la Convención constituye sólo el inicio respecto del reconocimiento y efectiva protección de los derechos del niño.

En opinión de Ruiz-Giménez la Convención tiene una serie de valores éticos y principios normativos básicos:

- El valor de la vida en sí misma.
- El valor de la dignidad, que se refleja en la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, en la tutela de la honra y reputación, en la asistencia al niño física o mentalmente impedido, en la educación encaminada al desarrollo de la personalidad, aptitudes y capa-

⁵ Un ejemplo de estas reservas positivas puede ser la declaración de España respecto del artículo 38 sobre el derecho del niño a la no intervención en conflictos armados, que amplía el ámbito de protección contemplado en la Convención.

- ciudades, en la protección contra la explotación y tortura y en el tratamiento de la infancia en caso de infracción de normas penales.
- El valor de la libertad que se desprende del amplio sistema de libertades: opinión, información, expresión, pensamiento, conciencia, religión, reunión pacífica y asociación.
 - El valor de la igualdad y la no discriminación.
 - Los valores de la salud, nivel de vida, educación, esparcimiento y cultura.
 - El valor de la seguridad: protección contra retenciones y traslados ilícitos, malos tratos, abandonos, trabajos nocivos e ilegales, explotación y tráfico de niños.
 - Subyacen los valores de justicia y solidaridad.
 - El principio de protección universal de los menores por parte de los Estados.
 - El principio de primacía del interés superior del niño.
 - El principio de subsidiariedad que obliga al Estado, por un lado, a respetar el derecho de los padres o tutores o personas responsables y, por el otro, a hacerse cargo de esas funciones cuando decaigan en el ejercicio de las mismas las personas primariamente responsables.
 - Los principios procesales de protección, vigilancia, evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones contra los Estados por acción u omisión a través del Comité de Derechos del Niño (Ruiz-Giménez 1996, p. 88).

Así, para el análisis de la Convención se utilizará la clasificación de Ochaíta y Espinosa⁶ (2004, p. 435) realizada a partir de la distinción entre necesidades de salud física y autonomía⁷ que se expuso en el capítulo

⁶ A la clasificación de las autoras se añaden algunos artículos que no están incluidos por ellas, en particular el artículo 22, que se considera como uno de los satisfactores especiales, y el artículo 38, que se vincula con la protección de riesgos psicológicos o de autonomía.

⁷ Otra clasificación interesante de la Convención de los Derechos del Niño es la formulada por Hierro, quien reordena el contenido en tres bloques correspondientes a los valores de igualdad, libertad y seguridad. Los derechos relacionados con la seguridad, entendida como aseguramiento de la personalidad, son: el derecho a la vida (artículo 60.), el derecho a la protección y el cuidado (artículos 30., 18 y 27), el derecho a un ambiente familiar (artículos 50., 10 y 20), la adopción (artículo 21), el derecho a la integridad fisi-

segundo, para ir desglosando los aspectos de cada derecho que parezcan más relevantes de acuerdo con los conceptos y posturas teóricas expuestos. Es claro que podría hacerse un análisis exhaustivo de cada uno de los artículos de la Convención a la luz de las precisiones conceptuales planteadas, pero he preferido hacer un esbozo general de la aplicación de éstos a toda la Convención, resaltando los aspectos a mi juicio más destacados, aun sabiendo que esto supone no agotar todo el contenido de los artículos.

I. CONDICIONES GENERALES DE SATISFACCIÓN DE NECESIDADES DEL NIÑO

1. *Definición de niño (artículo 1o.)*⁸

El artículo 1o. de la Convención tiene como objetivo delimitar la categoría de los titulares de los derechos contenidos en ella, estableciendo lo que se entiende por “niño” con base en el criterio consensual que fija el umbral en los 18 años de edad. La elección de esta edad obedece a un criterio jurídico —ni pedagógico ni biológico ni sociológico—, ya que a pesar de que en 1979 se celebró el Año Internacional del Niño y se había decidido fijar la edad en 15 años, las leyes de varios países influyentes marcaban la distinción entre mayoría y minoría de edad a los 18 años

ca (artículo 19), el derecho a una identidad, nombre, nacionalidad y a un estatus familiar (artículos 7o. y 8o.), el derecho a la intimidad (artículo 16), la protección contra el secuestro y tráfico ilícito (artículo 11), la seguridad jurídica (artículos 37 y 40). Los derechos relacionados con la libertad son: la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 14), la libertad cultural, lingüística y religiosa (artículo 30), la libertad de expresión y de recibir y difundir información (artículos 1o. y 17), la libertad de asociación y reunión (artículo 15), un cierto derecho a participar en los asuntos que le afectan (artículos 12 y 31). Finalmente, los derechos relacionados con la igualdad son: la igualdad como exigencia formal (artículo 2o.), el derecho a la salud y seguridad social (artículos 24 y 27), el derecho al bienestar y al desarrollo integral de la persona (artículo 27), el derecho a la educación (artículos 28 y 29), al descanso y al esparcimiento (artículo 31), el tratamiento especial para los menores impedidos mental o físicamente (artículos 23 y 25) y el derecho de los niños víctimas de abandono a que se promueva su recuperación (artículo 39). Hierro incluye también otro tipo de derechos relacionados con la discriminación inversa (artículos 32 y 38) referidos a la no participación de niños en conflictos armados, la edad mínima para trabajar y el interés superior del niño (Hierro 1991, pp. 230-232).

⁸ El texto de los artículos de la Convención se encuentra en el anexo III.

(Moerman 1996, p. 148). Generalmente, la minoría de edad está relacionada con un régimen jurídico compuesto por dos elementos: “la sujeción del menor a la institución protectora que corresponda y la limitación a la capacidad de obrar” (Lázaro 2002, p. 40). Esta protección del menor se presta básicamente mediante las instituciones de la patria potestad y la tutela, a las cuales queda sujeto.

Creo que ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo de investigación la enorme dificultad de establecer un criterio de delimitación de la infancia, sobre todo cuando se pretende incluir el periodo de adolescencia, que presenta diferencias significativas entre los sujetos —tanto respecto de su duración como de sus características— dependiendo de factores culturales, ambientales, etcétera. De tal manera que parece que no hay otra opción que la de recurrir al consenso para fijar las fronteras y evitar así el problema de la determinación singular de madurez en cada individuo, aunque se ha señalado ya como una de las grandes carencias de la Convención la falta de una distinción entre las distintas fases de la infancia, especialmente la adolescencia. En este sentido, algunos autores han considerado que no hay “menor de edad” sino “menores de edad”, ya que las características propias de cada periodo son muy distintas (Lázaro 2002, p. 112). Al alcanzar la pubertad y sobre todo cuando se es adolescente, el hombre tiene ya desarrollada una gran capacidad para tomar decisiones autónomas y por tanto puede ejercer por sí mismo gran parte de sus derechos. La no diferenciación de la Convención tiene un doble efecto, pues por una parte el adolescente queda cubierto por la protección especial, lo cual puede ser positivo en tanto le garantiza ciertos derechos como educación, salud, etcétera, pero podría también estar limitándose el desarrollo y ejercicio de la autonomía —que también es una necesidad—. En este sentido, la Convención parecería responder al viejo criterio de considerar a la infancia como una clase homogénea y, en cierta medida, caracterizada por la incapacidad del sujeto, y no responder a la visión del desarrollo como un proceso gradual de adquisición de nuevas habilidades. Esta situación podría tener como consecuencia la justificación de un paternalismo indiscriminado, en el entendido de que todos los que se encuentren en ese rango de edad son incompetentes, sin tomar en consideración la necesidad de ir ejerciendo paulatinamente sus libertades. Por otra parte, puede ser obstáculo también para la violación del segundo paso de aplicación del principio de igualdad referido al prin-

cipio de diferencia, pues sobre esta base no es posible aplicar una distinción normativa con base en los rasgos relevantes de las características y capacidades entre las distintas etapas del desarrollo.

A pesar de que la Convención reconoce la posibilidad de que los ordenamientos internos de cada país establezcan un criterio propio (siempre y cuando sea anterior a los 18 años) para alcanzar la mayoría de edad, el umbral estipulado puede desconocer las diferencias significativas entre distintas culturas, pues se ha demostrado que la adolescencia prolongada es un rasgo de las sociedades industrializadas. En esta línea han sido dirigidas algunas de las críticas a la Convención, por considerar que puede tratarse de un documento en el que predomina la visión occidental de la infancia, e ignora que ésta “resulta ser uno de los grupos humanos atravesado por un mayor número de diferencias de todo tipo”, no solamente por las discrepancias entre etapas, sino debido a que “es fácil deducir que los niños sufren las diferencias sociales que afectan a los mayores bajo cuya guarda se encuentran” (Bernuz 2000, p. 294). De tal manera que el agrupamiento de todos los seres humanos en el rango de edad comprendido hasta los 18 años en la categoría niño podría ser arbitrario, y reflejar únicamente la concepción de la infancia y la realidad de los niños y adolescentes de los países económicamente desarrollados. En particular han sido algunas feministas —las representantes del llamado feminismo “pos-moderno”— quienes han cuestionado la misma categoría de “niño” y la condición que implica dicha clasificación, así como la elaboración de un instrumento que pretende incluir a todos los niños del mundo:

The concerns of post-modern feminism that bear most closely on the Convention on the Rights of the Child include the whole notion of a universal document to deal with all children, throughout the world; the concern that such an effort will almost inevitably result in a western-oriented document that merely purports to be universal; and, more positively, the question of the category ‘child’ and the status of that category (Olsen 1995, p. 215).

Si bien es cierto que la infancia no puede considerarse una categoría homogénea que incluya a los niños de todas las edades y de todo el mundo, como han señalado algunos autores, el único camino viable para el reconocimiento de derechos para los niños es a través del establecimiento de una frontera consensual que indique el ámbito de aplicación de las

normas. El establecimiento de medidas singulares para separar a quien ha alcanzado la madurez de quien todavía debe considerarse como menor presenta graves inconvenientes, quizá más peligrosos que la delimitación, aun cuando ésta pueda no responder a las realidades de algunas regiones. Además, la misma Convención admite que la mayoría de edad puede ser alcanzada antes de los 18 años de acuerdo con la legislación interna, reconociendo así que pueden existir diferencias en las situaciones de los países. Sin embargo, es necesario tener presente que la falta de consenso en torno a la niñez se ve reflejada en las reservas de los países y que se precisa mantener una actitud de diálogo.

Por otra parte, la interpretación de la Convención desde la perspectiva de necesidades humanas constituye una gran herramienta para superar las interpretaciones culturales derivadas de una concepción específica de la niñez y en especial de la adolescencia, pues mediante la distinción entre necesidades universales, necesidades intermedias y satisfactores es posible distinguir y respetar los componentes culturales. Es decir, se puede superar la visión occidentalizada y argumentar por el respeto a las distintas formas en que se atiende a los niños siempre y cuando satisfagan las necesidades, sin juzgar que alguna es mejor que otra por el hecho de que sea práctica común en los países industrializados.

2. No discriminación (artículo 2o.)

El segundo artículo de la Convención se deriva claramente del principio de igualdad, aunque la no discriminación se refiere básicamente a los derechos de la Convención en la medida en que obliga a los Estados a asegurar su aplicación a cada niño sin distinción. Se establece en este sentido una igualdad formal en relación con los otros niños que podría ser entendida como derivada de la práctica de la segunda parte del principio de igualdad respecto de los derechos humanos en general; en otras palabras, reconoce una igualdad entre los miembros de una clase a la que se da un tratamiento diferenciado en relación con los derechos en general, derivado de un rasgo considerado relevante como es la menor edad. Es por ello que la equivalencia es aplicable sólo entre los niños, sin extenderse a otros grupos de individuos, y una vez establecida esta distinción se prohíbe la discriminación por otras causas: raza, color, sexo, idioma, religión, etcétera. La segunda parte expresa una igualdad más

genérica —esto es, no sólo referida a los derechos de la Convención—, pues obliga a la protección de los niños contra cualquier forma de discriminación o castigo por causa de “la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Además de actuar como principio en la medida en que establece una condición de interpretación y aplicación para todos los derechos de la Convención, el artículo 2o. reconoce también un derecho a la no discriminación, que en mi opinión involucra tanto una inmunidad (párrafo 2.1) como una pretensión (párrafo 2.2). Es decir, de este artículo se desprende una incompetencia del Estado para establecer medidas discriminatorias, pero la obligación del Estado no se limita a respetar los derechos por igual a todos los niños, sino que tiene el deber de adoptar medidas para protegerlos contra cualquier forma de discriminación: “This section requires that governments not only themselves refrain from discriminating on the forbidden bases, but also that they take «all appropriate measures» to prevent any discrimination on these bases” (Olsen 1995, p. 197).

Llama la atención que este derecho subjetivo del niño es entendido en el contexto de su pertenencia a una familia —o su sujeción a una institución protectora como la tutela—; es decir, no se busca garantizar al niño la igualdad de trato únicamente por sus propias acciones, sino que se le protege por las conductas de otros: padres, tutores o familiares.

El derecho a la no discriminación debe aplicarse, de acuerdo con los demás derechos que reconoce la Convención, tanto en el ámbito público como en el privado, esto debido a que en muchas ocasiones la desigualdad no se da en el aspecto formal, sino en otros contextos que afectan a niños y niñas; tal sería el caso, por ejemplo, de la asignación de recursos para la educación, que en algunas sociedades se realiza privilegiando a los varones (Olsen 1995, p. 197). De igual forma, debe entenderse que este artículo proscribe cualquier diferencia por la situación legal de los padres, es decir, la distinción hasta hace no mucho tiempo frecuente entre hijos naturales, hijos legítimos, hijos adulterinos, etcétera, así como que implica la tarea de tender hacia una asimilación entre los hijos adoptivos y los hijos biológicos en las familias.

Una interpretación armónica supone que el artículo 2o. opere como principio en la instrumentación de los demás derechos, por ejemplo en el de la educación, a no trabajar o a la familia, incluso a la supervivencia y

el desarrollo. Esta igualdad abarca situaciones diversas que van desde la tradicional discriminación por causa de sexo o nacimiento,⁹ hasta la diferenciación derivada de las condiciones socioeconómicas de la familia o comunidad del menor. Esto conlleva no sólo la responsabilidad de los gobiernos respecto de los menores de edad que viven en su territorio, sino un deber de la comunidad internacional de no establecer discriminación entre los niños por su procedencia nacional, así como un compromiso en el cumplimiento igualitario de los derechos para todos los niños del mundo.

3. *Interés superior del niño (artículo 3o.)*

El concepto de “interés superior del niño” contenido en el artículo 3o. ha sido considerado una de las piezas claves de la Convención, pues se le identifica como un principio rector que actúa como criterio de interpretación para los demás derechos. Se le ha definido como una disposición paraguas que prescribe seguirse en todas las acciones que conciernen a los niños (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 257) y que por tanto abarca al resto de los derechos contenidos en este instrumento: “Se trata de asegurar por parte de los Estados que, en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la infancia y la adolescencia, han de tenerse en cuenta de forma prioritaria sus intereses” (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 433). La noción de “interés superior del niño” se menciona también explícitamente en otros artículos de la Convención: 9o., 18, 20, 21, 37 y 40. Para Hierro, se trata de un principio general de discriminación inversa a favor del niño que implica la responsabilidad subsidiaria del Estado en la satisfacción de los derechos:

Se trata del principio del “interés superior del niño” que convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades ad-

⁹ “This section prohibits discrimination specifically on the basis of the child’s sex and also on the basis of the marital status of the mother when the child is born. The old notion of ‘illegitimacy’ harmed children and penalized women who did not marry before having a child” (Olsen 1995, p. 197).

ministrativas e incluso de los órganos legislativos. Significa esto, a mi entender, que el principio humanitario primitivo en favor de los niños, que ya contenía la Declaración de Ginebra para casos de desastre, se convierte ahora en principio inspirador y jerarquizador del reconocimiento jurídico de los derechos de los niños (Hierro 1991, p. 232).

En la redacción del artículo 3o. puede advertirse claramente la evolución en el concepto de niño que queda plasmada en la Convención, pues supone su consideración como centro independiente de intereses y su reconocimiento como persona moral.¹⁰ El Comité de los Derechos del Niño no ha dudado en declararlo como uno de los principios guía del acuerdo,¹¹ de tal manera que se ha convertido en uno de los criterios para la interpretación de los demás artículos. Pero su trascendencia radica también, en mi opinión, en que se vincula directamente con el principio de dignidad, separando definitivamente al niño de la esfera de inmunidad paterna.¹² Esta disposición es quizá también la más polémica del documento, pues algunos han puesto en duda su utilidad por considerar que

¹⁰ El concepto de “interés superior del niño” aparece ligado a la preocupación internacional por los derechos de los niños. Una formulación embrionaria se encuentra en la Declaración de Ginebra de 1924 y aparece también el principio 2 de la Declaración de Derechos del Niño de 1959. Se ha incorporado igualmente a otros instrumentos, como la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 5o., inciso *b* y 16.1, inciso *d*), y la Declaración de Naciones Unidas acerca de Acogida y Adopción (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 261).

¹¹ Los otros tres principios identificados por el Comité al adoptar las guías generales en la primera sesión fueron: no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño. El Comité ha utilizado este principio también para reforzar el contenido e importancia de algunos derechos contenidos en la Convención, así como para abordar una serie de asuntos en los que el documento es omiso o contiene provisiones insuficientes para proporcionar una base sobre la que el Comité pueda actuar decisivamente (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 286).

¹² Es significativo que, salvo en los artículos 3o. y 37, inciso *c* (que reconoce el derecho del niño privado de libertad a estar separado de los adultos), todas las disposiciones en las que se menciona expresamente el principio se refieren a derechos vinculados con la pertenencia del niño a la familia. Los artículos en los que aparece enunciado el interés superior del niño prescriben que éste debe ser una consideración primordial: en la separación del niño de sus padres (artículo 9.1), en el derecho a mantener contacto con ambos padres (artículo 9.3), en la responsabilidad de padres y madres en la crianza (artículo 18), en la separación del medio familiar (artículo 20), en el caso de adopción (artículo 21), en el derecho a que se tenga en cuenta a sus padres o representantes legales en la administración de justicia del menor infractor de alguna ley penal (artículo 40, inciso *b*, iii).

los intereses del niño se recogen en los derechos, mientras que otros dicen que genera más dudas de las que resuelve y que podría ser contraproducente, aunque la crítica más común se debe a su indeterminación y consecuente difícil aplicación (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 258). Creo que una de las causas de esta ambigüedad radica en que lo que finalmente define este interés superior deriva de la concepción del niño, de sus capacidades y de sus necesidades, que dista mucho de ser homogénea y se encuentra influida en cada sociedad por una gran variedad de factores culturales. La pregunta obligada en relación con el concepto comprendido en el artículo 3o. ha estado latente a lo largo de todo este trabajo de investigación: ¿cómo se determina el interés superior del niño? La respuesta es fundamental, pues mediante esta noción podría justificarse casi cualquier tipo de actuación, de modo que es importante partir de una teoría que permita su interpretación, haciendo explícito el concepto de niño subyacente y las bases argumentativas en las que se apoya.

Uno de los aspectos que es necesario analizar de la redacción del artículo 3o. es el hecho de que el artículo dispone que el interés superior del niño es “una” consideración primordial, más no “la” consideración primordial; esto quiere decir que existen otras consideraciones que pueden ser tomadas en cuenta en las decisiones relacionadas con los niños. Es decir, en algunos casos pueden intervenir otros factores a la luz de valores culturales y tradiciones (por ejemplo la familia o los derechos de los padres). El caso de la adopción aparentemente es distinto, pues según el artículo 21 los Estados que reconocen el sistema de adopción “cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”;¹³ el artículo 18.1 también parece dar un peso diferente al interés superior del niño: “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. El objetivo de la redacción del artículo 3o. fue dar cierta flexibilidad al principio, pues en las discusiones sobre la Convención se argumentó que en muchas

¹³ Un dato curioso de la Convención: Alston y Gilmour-Walsh hacen notar que el artículo 3o. habla del interés superior del niño como “a primary consideration” a diferencia del artículo 21 que utiliza la expresión “a paramount consideration”; sin embargo, en el texto en español, considerado igualmente auténtico por el artículo 54 de la Convención (“el original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos...”), la expresión utilizada en ambos artículos es la misma: “consideración primordial”.

ocasiones hay otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el interés superior del niño (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 265).

Por otra parte, el adjetivo “superior” debe también ser considerado, pues indica que no se trata de cualquier tipo de interés, sino de un interés especial, con una mayor fuerza para desplazar a otras pretensiones. La vinculación entre intereses y derechos fue objeto de análisis en el capítulo tercero, en el que se defendió la idea de que la teoría del interés es la única vía para justificar los derechos de los niños. Sin embargo, al parecer el artículo 3o. de la Convención hace referencia a un tipo de interés específico al agregar el calificativo “superior”. Efectivamente, los intereses entendidos en un sentido amplio pueden ser múltiples, pero no necesariamente todos dan origen a derechos, y menos al tipo de derechos que contiene la Convención. Desde mi punto de vista, este adjetivo está vinculado con la idea de necesidades, es decir, no se refiere al interés que el niño pudiera tener en el cumplimiento de sus deseos o inclinaciones, sino a aquel que es más importante por ser un requerimiento para la vida y el desarrollo y que por tanto puede desplazar a otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño.

El problema de la aplicación del principio a problemas concretos ha sido objeto de diversas opiniones. Se ha dicho que es imposible su delimitación, pues el mismo principio puede conducir a resultados diversos, además de que con base en el valor del cual se parte es posible justificar o condenar una misma práctica. Se ha argumentado también sobre la dificultad de saber si la norma en realidad se está aplicando. Los defensores del principio han respondido a estas objeciones con varios argumentos: en primer lugar se ha propuesto que los acuerdos sobre el uso de la norma constituyan una guía para la aplicación del principio entre quienes utilizan las reglas, limitando las posibilidades de resultados de aplicación; en segundo lugar se ha planteado la utilización de precedentes o “exámenes previos” para restringir la selección de la regla en quien toma la decisión y, finalmente, se ha sugerido la definición del principio considerando el contexto, es decir, la Convención como un todo.

Se ha asignado también al principio el desempeño de tres papeles: en primer lugar, en combinación con otros artículos del instrumento, sirve para apoyar, justificar o clarificar un enfoque particular a las cuestiones de la Convención; en este contexto constituye un elemento que requiere ser tomado en cuenta para la implementación de otros derechos. El se-

gundo papel sería el de mediador en la resolución de conflictos entre derechos en el marco de la Convención y, finalmente, serviría para evaluar leyes, prácticas y políticas relacionadas con los niños que no se encuentren cubiertas por obligaciones expresas de la Convención (Alston y Gilmour-Walsh 1996, pp. 267-282).

Por otra parte, se ha subrayado la importancia de entender el principio de acuerdo con la serie de valores explícitos que la Convención protege, lo que significa que el resto de los artículos perfilan lo que debe ser entendido como el interés del niño (derecho a la vida, a un nombre y una nacionalidad, a preservar su identidad, a la relación con ambos padres, a expresar su opinión, etcétera) (Eekelaar 1995, pp. 231 y 232).

Efectivamente, la Convención en su conjunto ayuda a dotar de contenido a la expresión “interés superior del niño”, pues provee una declaración de valores cuidadosamente formulados y balanceados; sin embargo, el objetivo de la Convención no es dar una afirmación definitiva sobre cómo atender este interés en una situación concreta, pues las implicaciones precisas del principio variarán dependiendo del tiempo y de una sociedad en función de sus propios valores culturales, sociales y de otras realidades, así como de acuerdo a la situación concreta de cada niño (Alston y Gilmour-Walsh 1996, p. 259). De tal manera que esto no es suficiente para resolver todos los casos en los que se requiere determinar este tipo de interés, pues, como han dicho los críticos, si sólo los derechos permiten delimitarlo, el principio carece de contenido propio y es superfluo. La opinión del Comité de los Derechos del Niño también parece contradecir esta postura,¹⁴ de modo que es necesario recurrir a un criterio metanormativo para precisar su alcance. A la luz de los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, parece que es importante tener presente no sólo la comprensión de la Convención de una manera sistémica y armónica, sino tomar en cuenta la naturaleza de los derechos a los que nos referimos, ya que no se trata de cualquier tipo de derechos, sino que comparten los rasgos atribuidos a los derechos humanos —si no

¹⁴ El Comité de los Derechos del Niño ha utilizado el principio de interés superior del niño en tres contextos: 1) en relación con la atribución global de recursos de los Estados para los niños; 2) como principio “paraguas” que debe informar todas las actividades gubernamentales; 3) para reforzar el contenido e importancia de derechos específicos reconocidos en la Convención, así como para abarcar una serie de temas en los que la Convención es omisa o sus provisiones son insuficientes (Alston y Gilmour-Walsh 1996, pp. 283-287).

todas las disposiciones de la Convención, por lo menos la mayoría—; esto es, que son exigencias éticas especialmente importantes que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico. La clase de los beneficiarios, si bien no está integrada por todos los hombres en un mismo momento, sí la componen todos los hombres durante la primera etapa de la vida, es decir, la totalidad de los seres humanos son o fueron miembros de la clase a la cual se dirigen los derechos. De tal manera que es posible afirmar que éstos tienen su origen en los principios de autonomía, igualdad y dignidad desde la perspectiva constructivista, por lo que todos deben corresponder a los contenidos de los mismos. Esta vinculación se reconoce en algunos párrafos del preámbulo de la Convención:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Uno de los casos¹⁵ en los que se manifiesta la dificultad en la aplicación del principio a situaciones concretas se relaciona con la influencia

¹⁵ Naffine ilustra otro caso en el que el interés del niño ha sido interpretado para justificar dos posturas opuestas en el sistema de justicia penal para jóvenes australiano: “Set against this debate, article 3 (1) of the United Nations Convention, with its focus on the child’s best interest, might well be viewed as inherently controversial. To both set of critics of children’s justice, the rhetoric of welfare, and in particular the notion of the child’s best interests, has produced unwelcome results. To those from the Right, the idea has been used to justify lenient sentences. To those from the Left, this idea has excused the exercise of wide discretions and a consequent abuse of state power in the children’s jurisdiction” (Naffine 1995, p. 80).

de la cultura sobre los valores de una sociedad y la consecuente interpretación de los intereses del individuo y en especial del niño. De tal manera que la forma en que se entiende el interés del menor en contextos distintos puede provocar el choque entre ciertos derechos y los valores de alguna comunidad. Los ejemplos son múltiples y muy variados, pues incluyen prácticas como la llamada “circuncisión femenina”,¹⁶ el matrimonio entre menores, así como problemas relacionados con la educación o la custodia. Las respuestas a este tipo de conflictos también han sido numerosas, dado que el interés superior del niño puede ser invocado para decidir en sentidos contradictorios. Además de la interpretación sistemática de la Convención, creo que los principios fundadores —autonomía, igualdad y dignidad— podrían ayudar actuando como pauta de interpretación; es decir, no sería admisible ninguna aplicación que contraviniera alguno de estos principios, con un papel preponderante el de la dignidad, por ser el que garantiza los derechos del niño como tal, en sus circunstancias presentes.

Así, por ejemplo, para determinar la validez de la “circuncisión femenina” desde el interés superior de la niña, se examinan los argumentos que se aducen para su justificación: esta práctica responde al interés de la niña, pues posibilita su inserción en la sociedad adulta y constituye una condición para el matrimonio. Todas estas razones pueden considerarse “intereses” de la niña, sin embargo se trata de identificar el “interés superior”, que es el que debe prevalecer. En este caso, una interpretación completa de la Convención debería tener en consideración otros derechos (por ejemplo a la salud), pero sobre todo el principio de dignidad opera, prohibiendo imponer sacrificios al individuo tanto en beneficio de la comunidad como en favor de la futura adulta, de tal manera que no es legítimo sacrificar al niño presente en función de algún rol posterior —por ejemplo el de ser esposa—. Por otra parte entra en juego aquí también la limitación a la autonomía y algunas consideraciones relacionadas con la igualdad (sobre todo entre los sexos). La conclusión es que esta práctica, a pesar de los argumentos a favor de los distintos intereses de la

¹⁶ Para Freeman, la llamada “circuncisión femenina” es un eufemismo de circuncisión masculina que no tiene ninguna similitud en términos de sus efectos físicos. Señala también que hay varios tipos de circuncisión: ritual, sunna, clitoridectomía e infabulación, cada una con distinto tipo de consecuencias físicas y psicológicas para la niña (Freeman 1997, p. 142).

misma titular de los derechos, es contraria al interés superior de la niña por ser opuesta a los principios y a otros derechos, de tal manera que viola lo dispuesto por el artículo 3o. de la Convención. En los casos en que cualquiera de las posturas resultantes sea acorde con los principios, de tal manera que puede considerarse que no hay un “interés superior” claramente identificable, se permite al niño decidir; por ejemplo, en los casos de custodia si no hay ninguna razón de peso a favor de cualquiera de los progenitores, el niño puede dar su opinión y elegir con quien quiere vivir (aunque por supuesto se deben sopesar también otros factores como los derechos paternos).¹⁷ Ciertamente, la realidad social muchas veces —si no la mayoría— supera a la teoría y las soluciones podrían no siempre ser sencillas o evidentes; sin embargo, lo que se propone podría servir de ayuda para una mejor argumentación del interés superior del menor.

Como se ha dicho ya, las necesidades juegan un papel fundamental en la determinación del tipo de interés que se pretende proteger, en la medida en que permiten concretar los contenidos de los derechos de acuerdo con los principios. Por ejemplo, la dignidad se materializa en relación con las necesidades actuales del niño proscribiendo su sacrificio a favor de la sociedad o del futuro adulto, mientras que las necesidades de autonomía —presente y en desarrollo— deben ser consideradas como una parte fundamental del interés del niño, así como la igualdad se da respecto de las necesidades básicas. Por ello, un derecho profundamente vinculado con este principio es el de expresar su opinión en los asuntos que le afectan; lo que quiere decir que el niño debe tener un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista debe ser tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente, teniendo siempre presente la constante adquisición de nuevas habilidades. Esto permitirá a su vez superar los escollos derivados de las distintas realidades de los niños:

Ya que el interés del menor no viene impuesto o definido lateralmente por las instituciones públicas, sino de acuerdo con los derechos fundamentales

¹⁷ Otro de los aspectos a tomar en consideración en materia de custodia de menores en los casos de separación de los padres cuando éstos viven en países distintos, a la luz del principio de interés superior del niño, es la protección de las consecuencias negativas derivadas del cambio injustificado del entorno habitual en el que éste está desarrollando su personalidad (Gómez Bengochea 2002, p. 42).

y matizados por su opinión. O lo que es igual, se exige que los derechos de la infancia sean analizados desde la perspectiva del interés superior del niño; que a su vez vendrá integrado por la palabra del menor en relación a las cuestiones que les afectan (Bernuz 2000, p. 298).

Por supuesto que esta teoría incide también en la justificación de las medidas paternalistas en tanto éstas son aceptables, siempre y cuando respondan al interés superior del menor. De tal manera que el concepto de interés superior del niño se vuelve fundamental en la argumentación sobre la legitimidad de las intervenciones en las vidas de los niños, sin olvidar que la capacidad para dar su consentimiento está en evolución constante.

El artículo 3o., en especial la parte en que se refiere al interés superior del niño, es fundamental en la teoría e instrumentación de los derechos de los niños. Se ha explicado ya de qué manera son los intereses el origen de los derechos, y en el caso de la Convención debe entenderse que estos intereses, derivados de la idea de necesidades específicas de la infancia, constituyen el principio orientador en la aplicación de la Convención. Ciertamente se trata de un concepto problemático, pero del que no es posible prescindir si los derechos de los niños quieren ser tomados en serio, en especial por su profunda vinculación con la dignidad de la persona, en tanto sitúan al niño como el verdadero titular de los derechos derivados de la Convención.

4. Obligación del Estado en la garantía de los derechos (artículo 4o.)

Dos aspectos parecen especialmente relevantes en relación con este artículo: en primer lugar el que aparentemente puede traducirse en una pretensión del niño (o de los niños) frente al Estado, en tanto establece una obligación para la adopción de medidas —administrativas, legislativas y de otra índole— encaminadas a dar efectividad a los derechos. Por otro lado, la redacción de este artículo puede utilizarse como justificación de las intervenciones paternalistas, en tanto que éstas se requieren para la efectividad de los derechos. No debe olvidarse, sin embargo, que estas prácticas deben estar justificadas en última instancia por el interés superior del niño, desde los principios de autonomía, igualdad y dignidad y las necesidades básicas.

Se ha criticado el hecho de que esta disposición establezca que las medidas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales serán hasta el máximo de los recursos de que dispongan los Estados, argumentando que ello resta fuerza a la obligación en la protección de este tipo de derechos. El problema, creo, no está en la disponibilidad de recursos, pues evidentemente ello condiciona la posibilidad de satisfacer estas demandas; la cuestión es quién determina cuántos medios son utilizables. Parecería que de cierta forma se concede discrecionalidad a los Estados para determinar la cantidad de recursos que se pueden destinar a la protección de estos derechos, lo cual es contradictorio con su consideración como necesidades básicas. La interpretación correcta sería en el sentido de reconocer como prioritario en la asignación de los bienes la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Debe subrayarse también el hecho de que el texto establece que la adopción de medidas deberá hacerse dentro del marco de la cooperación internacional cuando sea necesario. Este aspecto es de una gran trascendencia, pues la eficacia de una importante cantidad de derechos de la Convención depende de la colaboración entre países, por ejemplo la prohibición de la sustracción de menores, la garantía en el pago de alimentos, la adopción internacional o el derecho de asilo, por mencionar algunos. En esta materia se presenta también como obstáculo la diversidad de valores culturales y maneras de entender el interés del niño; sin embargo, es necesario un esfuerzo por hacer una interpretación sistemática de la Convención para determinar cuál es el interés superior del niño y actuar en consecuencia.

El artículo 4o. es un reflejo de la nueva condición de los niños derivada de la Convención como sujetos plenos de derechos con una personalidad propia, independiente de la esfera familiar. Esta norma obliga a los Estados a dar un tratamiento a los menores de edad en el mismo sentido del convenio. El deber derivado de este artículo convierte efectivamente al niño en titular de derechos con los mecanismos necesarios para hacerlos cumplir.

La obligación contenida en esta norma es la condición de posibilidad para que la Convención logre el objetivo de convertir al niño en sujeto de derechos, no sólo de derechos pasivos para recibir prestaciones de los adultos, "sino también de derechos activos como la libertad de concien-

cia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación” (Hierro 1999, pp. 23 y 24).

Por otra parte, uno de los avances que más se ha reconocido de la Convención respecto de otros tratados internacionales consiste precisamente en que se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, de modo que esta disposición obliga a los Estados a establecer los medios necesarios para su efectiva aplicación. La exigencia de adoptar las medidas legislativas y administrativas refleja que es únicamente por la vía de los derechos como se puede llevar a cabo adecuadamente la Convención en el ámbito interno de los países. La crítica evidente se centra en la dificultad para hacer realidad esta norma, es decir, para obligar a los Estados a que realmente instituyan las normas y entidades necesarias para el reconocimiento y práctica de los derechos. Únicamente en la medida en que los Estados partes asuman la obligación derivada de este artículo 40. los derechos de los niños de cada país serán una realidad, lo que supondría también un enorme avance en las condiciones de igualdad, no sólo de los niños sino de todos los seres humanos.

II. DERECHOS RELACIONADOS CON LAS NECESIDADES DE SALUD FÍSICA

Los derechos relacionados con las necesidades de salud física son, como se expuso en el capítulo segundo, todos aquellos destinados a lograr un nivel adecuado de salud para poder desenvolverse como individuo —optimizar la esperanza de vida y no padecer enfermedades graves—. Este tipo de necesidades no son muy distintas a las de los adultos, pues se encuentran presentes a lo largo de toda la vida; sin embargo, las cantidades de los satisfactores difieren, en algunos casos sustancialmente, y la protección de los derechos se instrumenta también en forma distinta, pues se busca garantizar el acceso a los bienes dada la incapacidad —fáctica y jurídica— de los niños para hacerlo por ellos mismos. No es difícil tampoco encontrar su vinculación con los principios de autonomía, igualdad y dignidad, puesto que constituyen las condiciones imprescindibles para la vida humana y la actuación de la persona como agente moral.

1. *Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.)*

No resulta problemático ubicar el conjunto de derechos contenidos en el artículo 6o. dentro de las necesidades del niño ni vincularlos con los principios, dado que la vida es el derecho que constituye el prerrequisito para el disfrute de todos los demás. El artículo se divide en dos partes: la primera es el reconocimiento del derecho intrínseco de todo niño a la vida, mientras que la segunda —que a mi juicio es complemento del primero— establece la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y el desarrollo del menor. Esta segunda parte convierte claramente el núcleo del derecho a la vida en una pretensión del niño frente al Estado que supone la realización de conductas positivas, a diferencia del derecho a la vida entendido como libertad o inmunidad, que podría implicar únicamente el deber de abstenerse de realizar acciones que pudieran privar de la vida a los individuos y de asegurar que otros no lo hagan.

En este sentido, el Estado tiene la obligación correlativa al derecho del niño de garantizar el acceso a los bienes indispensables para que pueda sobrevivir, y no sólo eso, sino crecer y desarrollarse adecuadamente. Desde una interpretación sistemática de la Convención, la autoridad pública tiene distintas formas de satisfacer este derecho, ya sea directamente a través de la provisión de satisfactores (por ejemplo educación, agua potable o atención médica) o mediante el reconocimiento de ciertas instituciones que garanticen que los adultos proporcionen los bienes necesarios para la supervivencia y el desarrollo, tales como la adopción, la creación de hogares alternativos o la obligación del pago de alimentos. De esta manera, el derecho a la vida implica el aseguramiento de diversos factores destinados a satisfacer las necesidades; es decir, el derecho a la supervivencia, en combinación con la personalidad del niño, supone que ésta se refiere no sólo a situaciones límite (en donde está en riesgo la vida) sino a las condiciones que requiere para vivir y crecer, tal como se debatió en los trabajos de la Convención:

El derecho a la supervivencia se incorporó a pedido de la India y del UNICEF. Este concepto se basa en la realidad y en la propia experiencia de los organismos internacionales, que intentan asegurar que el niño no sólo nazca, sino que además tenga la oportunidad de “sobrevivir”. No se contraponen el concepto de “supervivencia” con el de “desarrollo” de los países desarrollados. Se trata más bien de cuestiones complementarias, y

si bien el concepto mismo de supervivencia no tiene una base legal establecida, ya ha sido utilizado en la práctica por el UNICEF y por el Banco Mundial. Respecto del tema de la personalidad del niño, se incluyó para despejar dudas sobre el alcance de la noción de supervivencia, que efectivamente podría entenderse sólo como relativo a situaciones de emergencia (Bárcena 1992, p. 187).¹⁸

El derecho a la vida del niño reviste características especiales en comparación con el mismo derecho en el adulto. En el apartado dedicado al análisis del paternalismo jurídico se expuso que muchos autores —desde una teoría liberal— estarían de acuerdo en que no se trata de un derecho absoluto y en que no justifica la imposición de medidas paternalistas en el caso de que el titular decida renunciar a él, como sería el caso del suicida o del héroe. Tampoco se consideran legítimas las intervenciones en las ocasiones en que la vida se pone seriamente en riesgo, por ejemplo mediante el ejercicio de actividades o deportes peligrosos, siempre y cuando se diera como requisito la voluntad del sujeto y la capacidad para prever las posibles consecuencias de su conducta. Pues bien, esto no sucede en el caso de los niños, pues este derecho claramente constituye un bien no disponible, en el sentido de que no es aceptable permitirle asumir riesgos que podrían llevarlo a perder la vida, partiendo de que es difícil el perfeccionamiento de la voluntad dadas las limitaciones en el conocimiento de los hechos relevantes. En los niños muy pequeños el concepto de la muerte difiere bastante del adulto, pues no se comprende su irreversibilidad, mientras que en los adolescentes parece difícil también medir completamente los alcances y riesgos de ciertas actividades. Esto no quiere decir que durante toda la infancia deba estar prohibida cualquier acción peligrosa, simplemente que esto debe ser acorde con las capacidades y nivel de desarrollo del sujeto.

Son muchos los temas polémicos ligados con el derecho del menor a la vida, que incluyen desde el derecho al aborto, para quienes estiman que el niño debe ser considerado como tal desde el útero materno,¹⁹ hasta

¹⁸ En la primera lectura del texto final de la Convención, el derecho a la vida y a la supervivencia correspondían al artículo 1o. bis (Bárcena 1992, p. 187).

¹⁹ En las discusiones sobre la Convención se expusieron posturas que querían reconocer el derecho a la vida del niño desde antes del nacimiento. El Grupo de Trabajo decidió adoptar una posición que desde su punto de vista era neutral y fue omiso respecto del momento inicial de la existencia del niño (Bárcena 1992, p. 187).

la facultad para decidir sobre el tratamiento médico para prolongar la vida en el caso de los niños pequeños. Algunos autores han interpretado este artículo como una limitación al derecho de los padres en este tipo de decisiones, es decir, se trataría de un derecho no disponible tampoco para los progenitores o representantes: "The provisions of article 23 protecting disabled children and article 6, protecting the right to life, will surely be interpreted by some to eliminate the possibility of parents choosing against medical care that would prolong the life of a newborn, no matter how hopeless the situation was" (Olsen 1995, p. 202).

La solución ciertamente no es sencilla, pero en cualquier decisión debe ser tomado en consideración el interés superior del niño a la luz de los principios de dignidad, autonomía e igualdad, así como otros derechos que podrían verse afectados (por ejemplo el derecho a la salud, al juego o a la educación), y aunque ciertamente es difícil establecer los contornos, sí parece claro que el poder decisorio de los padres no puede entenderse como absoluto, esto es, acorde con la concepción de menor-propiedad, sino que se encuentra limitado por los derechos del niño.

De la misma manera puede entenderse el derecho al desarrollo y a la supervivencia, cuyas obligaciones recaen tanto en el Estado como en los padres. Un niño no puede decidir si desea dejar de comer o elegir exclusivamente el tipo de alimentos que desea, pues los padres deben obligarlo a ingerir la cantidad de nutrientes necesarios para su crecimiento; tampoco puede resolver un menor, por ejemplo, ponerse en huelga de hambre por muy legítima que sea la causa que pretenda defender, ya que dadas sus limitaciones cognitivas probablemente no puede anticipar totalmente el alcance de sus actuaciones. Aquí nos encontramos nuevamente con el tema de la falta de diferenciación por etapas, pues el adolescente ciertamente tiene un mayor conocimiento de la realidad y una mejor capacidad para prever resultados; sin embargo, por tratarse de derechos con resultados irreversibles, parece mejor otorgar una protección hasta alcanzar el umbral de la mayoría de edad.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo debe entenderse como la condición necesaria para el cumplimiento de otros derechos y por ello no se limita a la mera sobrevivencia, sino que se extiende a la pretensión de acceso a los satisfactores para atender las necesidades básicas, con una función directa y subsidiaria del Estado como agente y un deber en la asignación de recursos para el desempeño de este papel.

2. *Salud y servicios médicos: nivel de vida, alimentación, higiene, vestido, vivienda y medio ambiente. Derecho a la seguridad social (artículos 24-27)*

Los artículos 24-27 corresponden a las necesidades de alimentación, vivienda, vestidos e higiene, atención sanitaria, sueño y descanso, espacio exterior y ejercicio físico de la clasificación propuesta por Ochaíta y Espinosa, aunque algunas no se reconocen de manera explícita, sino que pueden entenderse comprendidos en el derecho a la salud y a un nivel de vida adecuado.²⁰ La disposición del artículo 24 comienza reconociendo “el derecho del niño al disfrute del nivel más alto de salud” y establece una obligación de los Estados de “esforzarse” por asegurar que ningún niño sea privado del acceso a servicios sanitarios, mientras que en la segunda parte se instituye el deber de asegurar la adopción de medidas para la satisfacción del derecho a la salud. La redacción del artículo 24 ha sido objeto de críticas debido a su vaguedad, que lo llevaría a parecer que se trata de obligaciones de buena voluntad que a casi nada comprometen jurídicamente por la generalidad de su redacción: “Más que ante obligaciones de comportamiento, el jurista tiene la impresión de encontrarse ante obligaciones de buena voluntad. O por decirlo con términos más de moda, ante normas de «*soft law*» o de derecho en agraz, más que ante normas de «*hard law*»” (Carrillo 1996, p. 96).

El artículo 26, por su parte, se refiere al acceso a la seguridad social, que podría considerarse un instrumento para hacer efectivo el derecho genérico a la salud, pues establece una medida concreta para garantizarlo. Sin embargo, se ha afirmado que el derecho a la salud implica no únicamente el acceso a servicios médicos, sino que involucra una serie de elementos que hacen viable la vida del niño y su desarrollo. De tal forma que el núcleo de estos derechos parece ser claramente una pretensión frente al Estado con la obligación correspondiente de adoptar las medidas necesarias para garantizar la salud. Evidentemente, la dificultad radica en la puesta en práctica de estas medidas en cada país.

El derecho contenido en el artículo 25 es interesante visto a la luz de las necesidades específicas de la infancia, pues se refiere a la evaluación

²⁰ “La mayoría de los niños son pobres y la mayoría de los pobres son niños en América Latina” (Mejía 1993, p. 170). Esta afirmación, desgraciadamente generalizable a muchas regiones del planeta, refleja la urgente necesidad de encaminar todos los esfuerzos para que los niños puedan tener acceso a un nivel de vida adecuado.

periódica del internamiento de los niños que reciben atención, protección o tratamiento de salud física o mental.

Esta norma puede dar origen a la imposición de ciertas medidas paternalistas derivadas de la imposibilidad —muchas veces fáctica, pero sobre todo jurídica— de los niños para decidir sobre su propio ingreso en una institución sanitaria. Se trata también de un derecho en el que no hay poder de disposición, ya que el niño no puede decidir si desea o no recibir los medios de protección a la salud, desde la aplicación de una vacuna hasta la entrada en alguna institución. En esta medida se vuelve fundamental el contenido de esta norma, pues debe garantizarse que el niño no estará internado más de lo necesario, dado que él no puede disponer cuándo quiere dejar de recibir el tratamiento. El tema de los tratamientos médicos también ha sido tradicionalmente un espacio de discusión acerca de las facultades parentales y estatales, derivada sobre todo de las implicaciones de creencias religiosas que prohíben la aplicación de ciertos métodos curativos.

No es posible abordar de manera exhaustiva un problema tan complejo, pero muy brevemente se puede mencionar que plantean la siguiente problemática: en primer lugar se asume, como ya se mencionó, que no se trata de un poder de disposición del niño, es decir, su decisión es irrelevante para la aplicación del tratamiento, aunque en este sentido sería importante marcar una diferenciación respecto de las edades, como han hecho ya los tribunales de algunos países que han reconocido esta facultad.²¹ Pero el poder decisorio de los padres también se ha considerado inoperante para muchos de estos casos, los más conocidos referidos a la oposición a las transfusiones de sangre o trasplante de órganos a miembros de algún grupo religioso que considera inaceptable estas prácticas, y muchos Estados han considerado que prevalece el derecho a la salud del menor sobre su libertad religiosa y la de sus padres. En estos casos la imposición de la medida paternalista se entiende fundamentada en el interés superior del menor que predomina sobre el derecho de los padres o del mismo niño a la libertad en el ejercicio de sus propias creencias.²²

²¹ El ejemplo más claro es el caso Gillick mencionado en el capítulo cuarto, en el que se reconoce el derecho a chicas menores de 16 años a recibir información médica sobre temas sexuales y a recibir anticonceptivos sin consentimiento de los padres.

²² Una resolución interesante en este sentido es la dictada por el Tribunal Constitucional español en la STC 154/2002 en relación con un menor de trece años que se negó a

El artículo 27 está compuesto por un conjunto de disposiciones destinadas a la protección de la salud, que incluye derechos de los padres a recibir información sobre salud y nutrición y la orientación y servicios relativos a la planificación familiar. Para Campbell este derecho hace referencia a los distintos estadios de autonomía, y no simplemente a la preparación para la vida adulta: “Here we might draw attention to article 26²³ «the right to a standard of living adequate for physical, mental, spiritual, moral and social development» as embodying a reference to the stages of autonomy and not simply to preparation for future adult life” (Campbell 1995, p. 19).

El artículo 27 constituye también un buen ejemplo de interacción de los agentes paternalistas en el ejercicio de los derechos del niño, pues establece la responsabilidad de los padres o personas encargadas del menor de proporcionar las condiciones adecuadas para el desarrollo (entre las cuales se incluye el cobro de la pensión alimenticia a quien tenga la responsabilidad financiera del niño), mientras que a los Estados se les impone la obligación de adoptar las medidas para hacer efectivo este derecho y, “en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”; el artículo 24, inciso c, prevé también el combate a las enfermedades y malnutrición mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre. Este derecho constituye una pretensión del niño frente a las obligaciones de sus padres o personas responsa-

que le hicieran una transfusión de sangre debido a que ello era contrario a sus creencias religiosas. En la demanda de amparo se alega el error de la sentencia que se recurre al establecer “la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando está en juego su propia vida”. A este respecto, el Tribunal Constitucional resuelve: “Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”, y continúa diciendo: “En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza... que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión tan vital como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar”.

²³ A pesar de que Campbell señala que es el artículo 26, su contenido corresponde al artículo 27.

bles y frente al Estado. Se subraya también el papel subsidiario de la autoridad pública respecto de la satisfacción de necesidades mediante la obligación de adoptar programas de apoyo a nutrición, vestuario y vivienda. En la puesta en práctica de estos derechos se refleja también la distinción entre necesidades y satisfactores de Max-Neef (1998, pp. 41-43), pues la nutrición y vivienda no requieren de una manera específica para ser cubiertas, sino que varía en cada cultura de acuerdo con los recursos y formas de vida de la zona.

El párrafo 3 del artículo 27 regula uno de los asuntos más controvertidos de la Convención —del que ya se había hablado al tratar el tema del interés superior del menor—, ya que obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. La dificultad de esta materia deriva, en primer lugar, de la ambigüedad en la redacción, que hace problemático definir sus alcances. Además, muchas prácticas constituyen el reflejo de los valores de un grupo social, de manera que no resulta fácil establecer un criterio universal sobre el cual exista un acuerdo. Freeman identifica tres posibles posturas ante estas prácticas: monismo, relativismo y pluralismo. Desde una visión monista o universalista existe un valor o serie de valores universales que anulan a todos los demás, mientras que, por el contrario, la postura relativista sostiene que todos los valores son convencionales y por tanto relativos y válidos sólo en el contexto en el que surgieron, de manera que todas las prácticas serían aceptables si responden a los criterios del grupo; para los pluralistas, los casos tienen que examinarse tanto en términos de valores primarios como del entorno cultural en el que los individuos implicados viven (Freeman 1997, pp. 136-142).

La única postura coherente con la aceptación de una convención internacional de la naturaleza de la que aquí se estudia supone asumir una visión pluralista, pues partimos del supuesto de que efectivamente existen valores que son universales y que se vinculan con las necesidades humanas y con los principios derivados del discurso moral, pero aceptando también que la manera de atender las necesidades puede ser distinta dependiendo del contexto cultural: “There is surely no dispute that there are certain needs which do not vary either temporally —they are historically constant— or culturally —they are the requirement of people everywhere. This does not mean that there are not differences in the ways in which these needs are met” (Freeman 1997, p. 139).

Pese a que ciertamente no existe una fórmula sencilla para evaluar las prácticas tradicionales desde una posición que tome en cuenta los valores culturales y las necesidades humanas, solamente desde una postura pluralista que admita las diferencias en la satisfacción de necesidades, pero que tenga presente que ninguna práctica puede ser contraria a las necesidades —en este caso concreto de salud física, pero tomando en consideración también su conexión con otras necesidades de autonomía— entendidas en el contexto de los principios fundadores, será posible una aplicación de la Convención que supere la visión parcial y satisfaga realmente el interés superior del niño.

Aunque podría pensarse que la falta de protección específica a las necesidades podría afectar más a los niños de las sociedades menos desarrolladas económicamente, por estar menos informadas, parece ser que esto no es así. Aparentemente, en las comunidades con menor grado de tecnificación e información los progenitores protegen a sus hijos a través de las conductas preprogramadas explicadas en el capítulo primero. Por ejemplo, la necesidad de sueño o de alimentación adecuada se satisfacen correctamente sin que los padres conozcan las teorías sobre cuántas horas requiere dormir o qué cantidad de alimento darle al niño. Delval nos dice que en las sociedades tradicionales la atención al niño dentro de la familia y la satisfacción de sus necesidades “se realiza de forma natural” (Delval 1994, p. 31). Una situación distinta es que por carencia de los recursos suficientes se deje de proveer al niño de satisfactores adecuados, lo que plantea un cuestionamiento sobre la justicia y la repartición de los recursos de nuestro planeta.

Finalmente, es importante hacer mención de que la necesidad de espacio exterior adecuado, no reconocida expresamente en la Convención —salvo la alusión del inciso *c* del artículo 27 respecto de tener en cuenta los riesgos de contaminación del medio ambiente en el combate a las enfermedades y la malnutrición—, puede considerarse como una omisión, pues es uno de los derechos más vulnerados en las sociedades modernas, particularmente en el caso de los niños que viven en contextos urbanos y que cada día ven más limitada la posibilidad de acceder a espacios al aire libre para jugar, hacer ejercicio físico y relacionarse con iguales: “Conseguir para los niños espacios y tiempos lúdicos parece volverse cada día más difícil, pues nos descubrimos invadidos por prisas y espacios aislados y reducidos que —además— se encuentran ocupados por televisión,

ataris, tareas, alfombras preciosas o vecinos inconformes con el ruido” (Chapela 1992, p. 87).

El espacio exterior debe estar libre de riesgos y de sustancias contaminantes;²⁴ debe permitir también al niño experimentar sin riesgos sus capacidades crecientes de autonomía: “Durante el segundo y tercer año de la vida los niños necesitan ya jugar al aire libre, en espacios apropiados y desprovistos de riesgos que les permitan ejercitar su movilidad y relacionarse con iguales” (Ochaíta y Espinosa 2004, pp. 273 y 274). Durante todo el desarrollo el ejercicio físico es indispensable para el crecimiento de los huesos, así como para la adquisición de habilidades motoras finas y gruesas, de tal manera que la carencia de espacios adecuados para la realización de estas actividades ha llegado a considerarse como una nueva forma de maltrato:

Y ello fundamentalmente porque en las sociedades industrializadas los niños y niñas de estas edades pueden estar sobrecargados de actividades escolares formales que no les permiten disponer de tiempo suficiente para jugar y divertirse, lo que, desde nuestra concepción sobre el bienestar infantil, puede convertirse en una nueva forma de maltrato. Es necesario, por tanto, que las ciudades sean aptas para los niños y niñas, que les permitan tener una movilidad progresivamente independiente y que dispongan de lugares adecuados donde puedan realizar sus actividades de ocio de una manera autónoma y libre de riesgos (Bartlett *et al.* 1999; Ochaíta y Espinosa 2004, p. 298).

Hay violencia contra el menor cuando la infraestructura urbana lo ignora, destinando la mayor parte de su espacio a los automóviles y muy poco para su recreación (Sarre 1992, p. 116).

El derecho a la salud debe ser entendido en un sentido amplio, es decir, no únicamente en lo que se refiere a la atención médica, sino que incluye el acceso a los satisfactores universales de alimentación adecuada,

²⁴ Las consecuencias derivadas de la contaminación en las ciudades son realmente graves para la salud infantil: “Aumentan en los niños las enfermedades en general y las respiratorias en particular; aumenta la mortalidad infantil. Los niños pierden el apetito, y con ello disminuyen sus oportunidades de crecimiento y desarrollo. Hay algo todavía más grave: numerosas investigaciones —registradas por el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente)— postulan que las concentraciones de plomo en la sangre producen disminuciones en la inteligencia infantil y pueden llegar a ser causa de hiperactividad o retraso mental” (Bárcena 1992, p. 115).

vivienda, vestidos e higiene, atención sanitaria, sueño y descanso, espacio exterior adecuado y ejercicio físico. La atención a estas necesidades debe darse atendiendo a las necesidades universales, pero teniendo en cuenta los distintos contextos en los que se desenvuelve cada niño y que pueden tener formas diversas de proporcionar los satisfactores. En general, la Convención contempla de manera adecuada las necesidades relacionadas con la salud, con excepción de las necesidades intermedias de espacio exterior adecuado y ejercicio físico, aunque éstas pueden entenderse comprendidas por el derecho a un nivel de vida adecuado del artículo 27, sobre todo porque éste tiene como fin su desarrollo físico, mental, espiritual,²⁵ moral y social. De esta manera, el derecho a la salud —entendido en la forma más extensa— debe contemplar la evolución del niño y las necesidades específicas de cada etapa, de tal forma que permita el buen desarrollo físico, pero promueva también el ejercicio de la autonomía.

3. Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37)

En los artículos enumerados se tutelan de manera conjunta tanto necesidades de protección de riesgos físicos relacionados con la salud física como con la autonomía; este conjunto de normas crea un ámbito de protección para el niño a través de instituciones que le garanticen condiciones de vida adecuadas, ya sea su propia familia o un sustituto, mediante una serie de pretensiones del niño frente a sus padres y al Estado. A través de las medidas establecidas se contempla también indirectamente la satisfacción de necesidades del apartado anterior (sueño, alimentación, etcétera), pues se busca colocar al niño en un contexto que atienda a todos sus requerimientos. En estos artículos se ve reflejado también claramente el papel tanto de la familia como del Estado en el aseguramiento de la atención a las necesidades. La protección de riesgos físicos se manifiesta sobre todo en el cuidado de la familia ante las situaciones que puedan suponer un riesgo para el niño y ante el maltrato, teniendo en es-

²⁵ El término “espiritual” fue incluido en el primer párrafo del artículo 27 (que en la primera lectura del texto final de la Convención era el artículo 14) a sugerencia de la Santa Sede (Bárcena 1992, p. 189).

te último el Estado un papel preponderante como garante último del bienestar del niño.

La inclusión de la necesidad de protección de riesgos físicos en la categoría de necesidades relacionadas con la salud física obedece a la exigencia de una atención especial durante la infancia debido al largo periodo de inmadurez que caracteriza a la especie humana (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 252). Efectivamente, de acuerdo con la descripción de las necesidades intermedias de cada una de las etapas de la infancia, se requiere proteger al niño dado que éste tiene limitaciones para alcanzar a percibir los riesgos que podrían poner en peligro su salud; sin embargo, una vez más es conveniente resaltar que esta protección debe responder a las etapas de desarrollo y a las facultades del niño, pues en la medida en que va creciendo es más capaz de protegerse a sí mismo si cuenta con las herramientas adecuadas para hacerlo.

Uno de los temas más complejos en relación con la protección de riesgos físicos relacionados con la salud es el del maltrato infantil, pues no hay un consenso acerca de lo que debe entenderse como tal —como se puso de manifiesto en el capítulo primero—. Esta noción tiene por lo menos dos componentes: en primer lugar el daño que se puede causar al niño, pero también las percepciones sociales que pueden influir poderosamente en la noción de daño. Se decía que el maltrato infantil consiste en una inadecuada atención de las necesidades, pero parece que el término también indica cierta intencionalidad, sobre todo si consideramos que esto constituye una razón para la separación del niño de su familia. Para Delval el maltrato es un problema cada día más preocupante de los países industrializados, pues “supone hacer sufrir a los niños innecesariamente, y es un tipo de conducta que no tiene ningún valor adaptativo, que no contribuye a la supervivencia de la especie y que, por tanto, es una conducta que no ha podido ser seleccionada a lo largo de la evolución del hombre” (Delval 1994, p. 25).

El derecho a la protección contra los malos tratos dentro de la familia, que puede suponer la separación de sus progenitores, pone de manifiesto la concepción del niño como centro de intereses y su independencia respecto de la familia, que refleja un cambio en la concepción de la esfera de inmunidad de este grupo social. De igual manera, la regulación de la adopción refleja la transformación de esta figura jurídica del derecho de los padres a tener hijos al derecho del niño a tener una familia. El papel

subsidiario del Estado en la garantía de los derechos queda de manifiesto mediante la obligación de intervenir en el caso de que el pequeño no esté correctamente atendido en su hogar, llegando incluso al deber de separarlo de sus progenitores. En estos supuestos, la injerencia paternalista tiene como objetivo asegurar el bienestar del menor, y se justifica la vulneración de lo que mucho tiempo se consideró como un ámbito de libertad de los padres o de la familia.

Los artículos 32-37 detallan también casos especialmente peligrosos para el niño: trabajo infantil, explotación económica, sexual y de cualquier otro tipo, uso y tráfico de estupefacientes, venta y tráfico de niños, tortura y privación de libertad. Estos derechos se encuentran especialmente protegidos en el caso de los niños, excluyendo también la capacidad de elección, ya que se asume que no pueden tomar decisiones adecuadas. Respecto de la protección de daños físicos esto parece no tener problema, pues es conveniente proteger al niño de que sufra algún perjuicio derivado de estas actividades; la cuestión de la autonomía es un poco más compleja, específicamente en lo que se refiere al trabajo, como se verá más adelante.

Como se puede apreciar, los derechos correspondientes a la atención de las necesidades sexuales parecen casi inexistentes, pues aunque se protege expresamente al niño de la explotación sexual, es claro que las necesidades sexuales desde la perspectiva de la salud física —de acuerdo con lo que se expuso en el capítulo segundo— tienen una extensión mucho mayor. Aparentemente éste es uno de los temas pendientes en la evolución del concepto contemporáneo de niño. Para satisfacer adecuadamente las necesidades sexuales es necesario tener un buen conocimiento de éstas: “Sólo de este modo podremos educar a nuestros niños y niñas en una actitud «erotifílica» que les permita desarrollarse al máximo como personas y, al mismo tiempo, disponer de estrategias y recursos para protegerse de ciertos riesgos y abusos” (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 253).

A partir del análisis realizado respecto de los satisfactores de salud física, parece posible afirmar que la Convención ha alcanzado un buen nivel de consenso respecto de las necesidades de los niños (a excepción de las necesidades sexuales) y de los mecanismos adecuados para satisfacerlos. Como se ha dicho, el gran reto consiste en hacer efectivos estos derechos en la realidad cotidiana de cada uno de los niños del mundo,

para lo cual se requieren recursos y disponibilidad para emplearlos en los programas adecuados. Sin embargo, no cabe duda de que constituye un gran avance el hecho de que por lo menos en el papel estos derechos sean ya reconocidos por los Estados partes, aunque evidentemente requieren de su realización para que los niños puedan tener una vida digna.

Los derechos relacionados con la salud se identifican en buena medida con los llamados “derechos sociales”, y en este sentido se articulan generalmente como pretensiones del niño frente al Estado ante las cuales hay una obligación correlativa. Aunque, como se he expuesto, su instrumentación tiene características distintas derivadas principalmente de la incapacidad del niño, que se manifiestan en particular en la no disponibilidad de la satisfacción de las necesidades. Aparentemente, respecto de los satisfactores universales de salud física sí podemos hablar de un gran acuerdo (por lo menos bastante aceptable) en torno a la infancia.

III. DERECHOS RELACIONADOS CON LAS NECESIDADES DE AUTONOMÍA

Se tratarán ahora los derechos relacionados con las necesidades de autonomía. No es demasiado difícil adelantar, a partir de los planteamientos expuestos a lo largo de los capítulos precedentes, que éstas no resultan tan sencillas o evidentes como las de salud física, quizá debido a que respecto de las últimas no se requiere recurrir a ningún procedimiento hipotético complejo para su delimitación; es decir, aparentemente son más objetivas que las necesidades de autonomía por estar relacionadas con la fisiología humana. Parece que existe una mayor dificultad en entender como necesidades básicas en el caso de los niños el ejercicio de ciertas libertades o su participación en las decisiones que les afectan. En este sentido la Convención es innovadora, aunque todavía falta mucho por hacer. Respecto de los adultos parece mucho más sencillo valorar como bienes fundamentales la libertad y las elecciones autónomas, pero en el caso de los niños no es así; ello puede deberse a la concepción tradicional del niño (incapaz y limitado), pero también a cierta disposición de los adultos a ejercer control sobre los pequeños, especialmente sobre los propios hijos. Sin embargo, como se ha repetido en múltiples ocasiones, la necesidad de autonomía es tan apremiante en el caso de los niños co-

mo en el de los adultos, aunque desde luego considerando las capacidades presentes en cada una de las etapas del desarrollo.

Las dificultades en el reconocimiento de las necesidades de autonomía y los derechos derivados de ellas se deben también en buena medida al concepto de derecho subjetivo sustentado por las teorías voluntaristas. La estricta percepción de los derechos subjetivos como elecciones protegidas privilegia el valor de la libertad, potenciando las exigencias para tomar decisiones independientes; desde esta perspectiva el niño aparece como un ser limitado e incompetente, sin personalidad moral y carente de las facultades para ser titular de derechos hasta en tanto no pueda ser totalmente autónomo. Es cierto que muchos autores voluntaristas han buscado algunas salidas a este planteamiento; por ejemplo, Wellman sostiene que el niño va adquiriendo las partes de los distintos derechos en la medida en que va desarrollando las capacidades de un agente moral, pero continúa negando derechos al infante en tanto éste no tiene capacidad para acciones voluntarias (Wellman 2004, pp. 57 y 58). Por las razones expuestas, especialmente en el capítulo tercero, la teoría del interés constituye una mejor explicación sobre el origen de los derechos subjetivos, y parece ser que ésta es la postura de la que parte la Convención al reconocer derechos a todos los niños, sin olvidar que la autonomía como capacidad está presente desde los primeros días de la vida del hombre.

1. Participación informal (artículos 5o., 13, 17, 18 y 29)

Los derechos de participación, junto con las libertades, son quizá los de más difícil aceptación al atribuirse a los niños, y tal vez también los de más complicada ejecución, a pesar de que constituyen un aspecto indispensable para el desarrollo moral. El artículo 5o. obliga a los Estados a respetar el derecho de los padres o personas responsables del niño a impartirle dirección y orientación para el ejercicio de los derechos de la Convención; en la misma línea, el artículo 18 establece el reconocimiento de ambos padres en las obligaciones respecto del desarrollo del niño y la obligación del Estado de auxiliar a los progenitores en el desempeño de las funciones relacionadas con la crianza. En este sentido, el ejercicio de los derechos debe suponer un reconocimiento de la autonomía del menor y la responsabilidad de estimular su ejercicio en las decisiones que le afectan a él y a su familia, de acuerdo con la evolución de las ca-

pacidades. Aquí entra en juego el papel de los padres como observadores privilegiados del desarrollo y la adquisición de habilidades, pues ante la dificultad de establecer criterios individualizados para reconocer jurídicamente facultades en el ejercicio de los derechos, los progenitores tienen la obligación de ir permitiendo la realización de elecciones conforme van que el niño va teniendo capacidad de hacerlas. La familia —junto con la escuela, como se explicará más adelante— es el contexto más adecuado para la práctica de la participación informal, pues la cercanía de los padres permite responder a esta demanda del niño desde los inicios de la vida. Se ha subrayado repetidamente la necesidad de participación informal para el adecuado desarrollo de la autonomía, y es así como debe entenderse el ejercicio de los derechos de los niños y las obligaciones de los padres respecto de la crianza desde la teoría de las necesidades expuesta. Así, el núcleo de los derechos contenidos en estos artículos debe entenderse como una pretensión de participación activa del niño frente a los padres o cuidadores y maestros. En este sentido, los derechos de participación formal de los adultos son radicalmente distintos, pues según Atienza, el núcleo de esto es una potestad de ejercicio facultativo, ya que los ciudadanos “tienen la potestad (el poder) de nombrar representantes y, por tanto, de contribuir a la creación o modificación de normas jurídicas” (Atienza 1986, p. 40).

En el caso de los niños esta pretensión supone también el derecho a la planeación de “proyectos apropiados”, de los cuales se ha hablado ya en los capítulos anteriores, y que implica permitir que el niño tome sus propias decisiones en los ámbitos en los cuales tiene capacidad, es decir, en los que no hay riesgo de daño si se le permite elegir. En otras palabras, la obligación de los padres debe cumplirse mediante la interacción entre la autodeterminación —liberación— y la crianza —protección—. El problema evidente en este tipo de derechos es la gran dificultad para establecer lo que MacCormick llama derechos “remediales” ante el incumplimiento de los deberes en lo que se refiere al respeto a la autonomía presente del niño. Generalmente es mucho más sencillo invocar este tipo de derechos cuando se trata de situaciones relacionadas con la salud física o con el incumplimiento de la obligación de protección. A menos que la negación a la participación dentro de la familia sea de tal modo grave —por ejemplo que el niño permanezca aislado, encerrado o amarrado— hay poca disposición a considerar que se está conculcando un derecho.

Esto quizá deriva de la concepción de niño como ser vulnerable y dependiente, propiedad del padre, y el consecuente desdén hacia las necesidades de autonomía. En esta línea, la Convención parece ser prácticamente omisa en reconocer la trascendencia de la participación informal dentro de la familia.

Los derechos comprendidos en los artículos 13, 17 y 29 se proyectan en un ámbito más público y por tanto más visible, en el que la Convención sí ha podido —por lo menos en el papel— constituir un avance significativo. En estos artículos los intereses derivados de la necesidad de participación informal se consagran en los derechos de libertad de expresión, el acceso a información adecuada y la participación en el ámbito de la educación formal.²⁶ Hay que señalar que, pese a que estos derechos se encuentran reconocidos en la Convención y por tanto son derechos positivos, aún resulta extraño para algunos pensar en que los menores son titulares de los mismos, y falta mucho por hacer en la generación de una conciencia colectiva que valore la importancia de éstos.

Este tipo de derechos puede ser entendido desde la perspectiva de dos posiciones jurídicas distintas: una como libertades y otra como pretensiones. La posición de libertad es clara, sin embargo se combina —sobre todo en el artículo 17— con la pretensión de que la información y los contenidos de la educación sean los adecuados. La pretensión radica en que el Estado asuma la obligación de promover contenidos adecuados para los niños, tanto por su capacidad de comprensión como por estar dentro de su interés, así como en el deber de protegerlos del material perjudicial para su bienestar. Esta postura es adecuada a las necesidades, pues le permite participar activamente en la sociedad, tanto aportando como enterándose de los hechos relevantes. La satisfacción de esta necesidad no sólo es importante para el interés presente del niño, sino que con-

²⁶ A diferencia del derecho a la participación informal dentro de la familia, la participación en la escuela ha sido reconocida no sólo en el artículo 29 de la Convención, sino también por el Comité sobre los Derechos del Niño: “La Convención sobre los Derechos del Niño aboga por una escuela democrática. El artículo 12 no sólo dice que el niño debe tener la oportunidad de expresar su opinión, sino también que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta «debidamente». Es evidente que la escuela es el terreno ideal para la puesta en práctica de este derecho; no es puro azar que el Comité sobre los Derechos del Niño ha exigido a las delegaciones de los gobiernos, en una discusión tras otra, que explicaran de qué manera se implementaba el artículo 12 en sus sistemas escolares” (Hammarberg 1998, p. 24).

tribuye a su beneficio como futuro adulto en la medida en que lo prepara para ser un ciudadano participativo en el procedimiento democrático.

No queda claro, sin embargo, cuál es el papel de los agentes paternalistas ni dónde están sus límites, pues en este tipo de derechos se produce una situación especial derivada de la pertenencia del niño a la familia y su sometimiento a la patria potestad. Esto se manifiesta cuando, por ejemplo, al niño se le permite —jurídicamente— el acceso a cierto tipo de información o publicaciones y los padres se oponen a ello. Creo que en esta dirección se dirige la crítica de Freeman —como se mencionó en el capítulo tercero— de que la Convención asigne la tarea de promover los derechos a los padres, sometiendo al niño a la autoridad paterna. Freeman critica en particular el artículo 5o., al que considera fundamental para el futuro de los derechos de los niños, ya que reconoce la necesidad de promover los derechos, pero impone esta carga a los padres, ignorando que éstos pueden tener interés en que su hijo no ejerza los derechos contenidos en la Convención (Freeman 1997, p. 68). La solución no es simple, pues tampoco se pueden negar los derechos de los padres en el ejercicio de la crianza, aunque en mi opinión una interpretación armónica de la Convención puede señalar los límites en el ejercicio de estas facultades. Esto significa que los padres no tienen poder de decisión absoluto en relación con el ejercicio de los derechos de los niños, de manera que los Estados deben implementar otros medios para que actúen subsidiariamente.

Respecto del derecho a la información cabría hacer otro cuestionamiento importante: generalmente se percibe éste como una libertad, pero desde la adecuada atención a las necesidades de los niños convendría evaluar los efectos de la exposición a los medios, especialmente la televisión y la publicidad, ya que esto podría ser causa de la violación de otros derechos igualmente importantes por su incidencia en las formas de vida, el uso del tiempo libre, las relaciones interpersonales y el consumo. Varios especialistas han hablado de los peligros de la televisión, dado que no siempre son coincidentes los intereses de los medios de comunicación con los fines que persigue el derecho a la información. Hay que tomar en cuenta, en primer lugar, que la percepción infantil frente a los hechos que se le presentan en la televisión es distinta a la adulta, pues no cuentan con las mismas herramientas previas que le ayuden a discernir sobre su contenido, es decir, a distinguir entre la realidad y la manera en que los acontecimientos y su interpretación aparecen en la pantalla:

Habrá que recomendar —dice Trejo— a los niños que ven T.V. que: Ésta no es una realidad y que no basta por sí misma para dar autenticidad a un hecho. Igualmente recomienda lo siguiente: la T.V. tiende a uniformar la realidad; la T.V. muestra destellos de un asunto, no el asunto: la T.V. busca audiencias no anuencias; la T.V. tiende al escándalo; la T.V. no es neutral; la T.V. crea necesidades; la T.V. suele estar lejos de sus públicos; la televisión es de muy difícil acceso (Medina 1993, p. 209).

Según Delval los estudios indican que los niños permanecen entre tres y cuatro horas diariamente frente a la televisión, y en muchas ocasiones este aparato es utilizado como niñera por los padres. Además de las actividades necesarias para el desarrollo que dejan de hacerse a cambio de situarse pasivamente frente al televisor, uno de los problemas más graves es que los niños se encuentran mucho más indefensos que los adultos frente a la influencia de los mensajes de la publicidad, puesto que sus capacidades cognitivas los vuelven más crédulos respecto de las promesas hechas por los anunciantes. Esto tiene también graves consecuencias en el consumo y en la alimentación, ya que la publicidad orientada a los jóvenes promueve sobre todo los juguetes y los alimentos (Delval 1994, pp. 37-40). Incluso se ha llegado a afirmar que esta situación podría ser una nueva forma de maltrato, en la que “se agrede al niño cuando se le expone a programas y publicidad que campean el poder del dinero y de la fuerza, y brillan por su ausencia valores como la justicia y la verdad” (Sarre 1992, p. 116). Es por ello que el derecho a la información debería incluir una regulación estricta, sobre todo en materia de publicidad, que impidiera que los niños se convirtieran en víctimas, además de que debe considerarse que este derecho debe conciliarse con los derechos al juego, a la interacción con iguales y adultos, a la educación, etcétera, de tal manera que no pueden sacrificarse permitiendo al niño pasar su tiempo libre frente al aparato televisivo.²⁷

²⁷ Las consecuencias de un excesivo consumo de televisión aún no han sido suficientemente estudiadas, sin embargo, según Delval, un estudio realizado en varias poblaciones canadienses parece mostrar que tiene dos tipos de efectos, unos relativos a lo que se hace y otros relativos a lo que se deja de hacer: “Los sujetos dejaban de hacer muchas cosas por ver la televisión, hacian menos deporte y tenian menos contacto con otros chicos. Pero además en Notel, después de dos años de recepción, disminuyó la capacidad de lectura, los resultados en capacidad cognitiva también bajaron, mientras que aumentaron los estereotipos sobre las conductas adecuadas entre chicos y chicas” (Delval 1994, p. 38).

A pesar de que los derechos a la participación son compartidos por los niños con los adultos, ya que ambos los tienen, las características en el ejercicio son muy distintas y en este sentido podríamos identificarlos como derechos de la categoría que son aplicables a todos, pero con ciertas limitaciones en el caso de los niños. Es esta necesidad de formar parte activa de la comunidad, de intervenir en las decisiones que afectan a la propia vida, vinculada con los principios de autonomía entendida como participación y decisión, dignidad en el sentido de ser tomado en consideración e igualdad al ser tratado como una persona moral con idéntico valor al de los demás, la que subyace también a los derechos de participación “formal” de los adultos. En esta línea, Flekkøy (ex defensora del menor en Noruega) argumenta a favor de la creación de un *ombudsman* para los niños, dado que éstos no tienen derechos de participación formal; asimismo, resalta la importancia de que sean los propios menores quienes manifiesten sus necesidades:

Children cannot vote, the only minority group that does not have this right. They have no influence on the political bodies which make important decisions regarding them and they cannot use the media organizations to say public opinion. In the political bodies, the adults who have closest contact with the needs of children, e.g. parents of particularly young children, are poorly represented (Flekkøy 1996, p. 57).

El tipo de derechos que responden a la necesidad intermedia de participación informal constituye sin duda una aportación importante de la Convención, pese a que aún tiene muchas limitaciones tanto en su reconocimiento jurídico como en su aplicación concreta, en particular el derecho a la participación dentro de la familia. No es difícil adivinar que éste constituye un ámbito conflictivo en el que se manifiestan con singular fuerza las diferencias culturales, por estar tradicionalmente concebido como un espacio privado, al cual es difícil penetrar sin oposición por parte de los padres. Además, esta situación parece ser el reflejo de la dificultad en asumir el cambio de paradigma respecto del niño y del adolescente, especialmente en lo que concierne al reconocimiento de la capacidad para decidir en los asuntos que les afectan y participar activamente en el ejercicio de sus derechos. La Convención ha sido de gran ayuda también para promover cambios en las legislaciones y prácticas internas, aunque todavía falta mucho por hacer para que esta nueva perspectiva de la in-

fancia se extienda a toda la sociedad, especialmente a los progenitores en el ejercicio de sus derechos, pero sobre todo de los derechos de sus hijos.

2. *Libertades, entendidas como derechos civiles* (*artículos 7o., 8o., 12-17 y 30*)

Las normas relativas a las libertades, entendidas como derechos civiles, son quizá la parte más novedosa de la Convención, por tratarse de derechos tradicionalmente asociados a la edad adulta y a las condiciones de la madurez. Estas prescripciones se pueden clasificar en dos clases: en primer lugar, el conjunto de artículos relacionados con los llamados tradicionalmente “derechos de la personalidad” y que son generalmente consagrados en el sistema liberal: los artículos 7o., 8o. y 30, que establecen los derechos al nombre y nacionalidad, a la preservación de la identidad y los derechos de los niños pertenecientes a las minorías o poblaciones indígenas, que constituyen la precondition necesaria para el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles. El resto de los artículos (12-17) regulan las libertades de opinión, expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación, intimidad y acceso a la información adecuada, respectivamente. En opinión de Ruiz Giménez, la Convención constituye un hito histórico en relación con el valor de la libertad, el cual se refleja en el amplio sistema de libertades que consagra: opinión (artículo 12); información y expresión (artículos 13 y 17); pensamiento, conciencia y religión (artículo 14); reunión pacífica y asociación (artículo 15) (Ruiz Giménez 1996, p. 87).

El primer grupo de derechos (7o., 8o.²⁸ y 30) tiene como núcleo una pretensión frente al Estado de nacimiento y frente a los demás países en

²⁸ La redacción del artículo 8o., que en la primera lectura del Grupo de Trabajo de la Convención era el 9o. bis, fue el resultado de una larga serie de negociaciones sobre la base de una propuesta de la delegación argentina, especialmente de las Abuelas de la Plaza de Mayo. En la sesión plenaria, varias delegaciones de países occidentales (Noruega, Países Bajos, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austria y Australia) hicieron preguntas acerca del alcance y justificación del artículo: “La delegación argentina respondió, también en plenaria, a las diversas preguntas, explicando el origen de la incitativa en el doloroso pasado reciente de su país en el que unido al método de las «desapariciones» se utilizó el secuestro de niños y el cambio de identidad de los mismos. Pese a estas aclaraciones pormenorizadas, varias delegaciones de países occidentales destacaron tener dificultades con el concepto de «identidad», pues, según afirmaciones de los propios delegados, tal

el reconocimiento de esa identidad; como correlato se encuentra la obligación de garantizar la identidad a todos los niños que según las leyes internas sean considerados nacionales. Por otra parte, este derecho a la identidad debe suponer también una obligación de los padres de cumplir con los requisitos necesarios para que el niño tenga un nombre y la nacionalidad que le corresponde (que generalmente consiste en llevar al niño a registrar). Esto ha dado lugar también a una reflexión sobre las facultades de los agentes paternalistas, padres y Estado, en la intervención en estas decisiones que afectarán radicalmente al niño a lo largo de toda su vida, que pueden ir desde el impedimento de poner determinados nombres hasta el establecimiento de medidas coactivas para que el niño quede registrado. En este sentido, es claro que debe prevalecer el derecho del niño a la identidad sobre la discrecionalidad de los padres a satisfacer sus gustos o intereses, aunque los progenitores conservan un amplio margen de acción para tomar decisiones que afecten la vida de su hijo. Por otra parte, el derecho a la identidad, entendida como las formas de vida de determinadas comunidades, tampoco puede entenderse extendido hasta el extremo de aceptar un relativismo: el derecho del niño a la identidad cultural debe ser interpretado armónicamente con el resto de los derechos de la Convención y la consecuente adecuada satisfacción de las necesidades básicas. Ello excluye las prácticas culturales que afectan el adecuado desarrollo del menor, aunque no supone asumir una forma determinada de atender a las mismas como la única valiosa o adecuada. Resulta difícil en este sentido hacer un juicio genérico ante las múltiples situaciones que se pueden presentar en torno a este derecho; sin embargo, cada caso debe ser evaluado utilizando como criterio la satisfacción de necesidades entendida como el interés superior del niño.

El artículo 12 resulta particularmente interesante, ya que establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a expresar su opinión en

concepto no existía en sus propias legislaciones internas. Por este motivo sugirieron que la idea podía estar ya considerada en otros artículos del proyecto de Convención ya aprobadas... La delegación argentina explicó que tales artículos no sólo no cubrían el concepto de «identidad», sino que tampoco preveían un mecanismo para el restablecimiento de la misma cuando hubiera sido alterada fraudulentamente. Esta idea fue aceptada por el grupo de trabajo... Quedó claro durante la negociación del texto que la principal preocupación de los países occidentales que se resistían a este artículo era la de que no implicara un impedimento para seguir adelante con sus experimentos en el campo de la inseminación artificial y la ingeniería genética” (Bárcena 1992, pp. 188 y 189).

los asuntos que le afectan al niño que “esté en condiciones de formarse un juicio propio”, “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”; para cumplir lo anterior, debe dársele la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, en los procedimientos judiciales o administrativos. Este derecho a expresar su opinión, en cierta medida “suple” la libertad de elección que tienen los adultos respecto de las decisiones que afectan sus vidas, ya que permite al niño intervenir en los procesos que le conciernen. Para Freeman es la disposición más innovadora y significativa del convenio y deriva de la filosofía liberacionista de los años setenta (Freeman 1997, p. 153). Sin embargo, es evidente que el reconocimiento de este derecho dista mucho de ser claro y preciso. En primer lugar, adolece de una gran indeterminación al establecer como requisito que el niño tenga capacidad de formarse un juicio propio; por otra parte, otorga una gran discrecionalidad a la autoridad para establecer lo qué significa tener “debidamente en cuenta” las opiniones del niño, pues ello puede significar perfectamente dejarle opinar pero no hacerle caso sin contravenir la Convención. De tal manera que lo que podría articularse como una potestad del niño, que colocaría al Estado en una posición de sujeción a escucharle y tomarlo en cuenta, se queda en una especie de compromiso de buena voluntad que no identifica deberes concretos. Ciertamente, en muchos Estados —entre ellos México— se han dado pasos importantes para vincular a las autoridades a escuchar a los niños y tener en cuenta su opinión, lo que no significa necesariamente el cumplimiento de la voluntad expresada, pero sí establece una obligación de la autoridad para motivar la decisión que fue tomada contraviniendo el parecer del menor. La adecuada instrumentación de este derecho responde a la dignidad del niño y el ejercicio de la autonomía y contribuye al desarrollo moral, ya que supone respetar los intereses presentes del niño sin poner en riesgo su independencia futura: “The right enunciated here is significant not only for what it says, but because it recognizes the child as a full human being, with integrity and personality, and with the ability to participate fully in society” (Freeman 1997, p. 56).

Por otra parte, hay que recordar la importancia de escuchar al niño para determinar la justificación de las medidas paternalistas a partir de su aceptabilidad, pero que hasta el momento ha omitido incluir —o por lo menos esa es la apariencia— la lógica y opinión de los niños en los asun-

tos que les afectan, particularmente la intervención de la autoridad en sus vidas.

El artículo 13 —entendido como libertad— se configura igual que el de los adultos, pues se imponen como únicas limitaciones el respeto a terceros y cuestiones de orden público; sin embargo, es evidente que en la práctica el niño encuentra muchas más restricciones para hacer efectivo este derecho, pues la incapacidad —sobre todo jurídica— para acceder a los medios para buscar, recibir y difundir informaciones dificultan el ejercicio, al igual que sucede con la libertad del acceso a la información del artículo 17. Por otra parte, la oferta de los medios de programas y publicaciones especiales para los niños es mucho menor que la de los adultos. Además de esta limitación, hay también una marcada diferencia en la práctica de este derecho entre los mismos niños: “La desigualdad económica y social en este caso puede transformarse en desigualdad formativa, informativa y cultural” (Medina 1993, p. 203).²⁹ Es por ello más difícil identificar claramente la libertad que debería constituir el núcleo de este tipo de derechos, pues se encuentran fuertemente constreñidos, tanto por la ley como por los padres y las condiciones socioeconómicas.

El artículo 14³⁰ relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión resulta especialmente problemático, pues, por un lado, para muchos hombres y mujeres que además son padres constituye la protección

²⁹ “Por ello, un niño frente al mensaje comunicacional, cualquiera que éste sea, cuyos padres lo involucraron en la lectura de libros, en viajes al extranjero para recorrer y conocer otras culturas, que es inducido a la adquisición de determinados bienes espirituales y materiales, nada o casi nada tiene que ver con los niños de la calle, desabrigados de muchos de esos bienes. La extrapolación tiene un sentido: aceptar la diferencia que crea la realidad y que constituye una contradicción de origen en la aplicación y positividad de un derecho universalmente aceptado” (Medina 1993, p. 204).

³⁰ En la discusión del Grupo de Trabajo sobre la redacción de este artículo, que originalmente era el 7o. bis, se dio un prolongado debate: “Algunas delegaciones preferían que el texto fuera conciso y que se remitiera a lo establecido en otros instrumentos internacionales. Otras delegaciones preferían dar mayores detalles, criterio que prevaleció”. Sin embargo, finalmente el texto del artículo definitivo resultó mucho más conciso que el de esta primera lectura, en particular el párrafo 2, que originalmente decía: “2. Este derecho incluirá en particular la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, y la libertad de manifestar su religión o sus creencias en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con sujeción únicamente prescrita por las leyes que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos, y el derecho a tener acceso a la enseñanza de la religión o las creencias”. Además, se su-

de un ámbito sumamente valioso, relacionado con las creencias y la propia conciencia, de tal manera que consideran un deber moral la transmisión de estos valores a sus hijos y en este contexto entienden su libertad como adultos y su derecho como padres. Por otra parte, complica también las cosas el hecho de que, pese a que aquí se ha defendido un concepto de autonomía amplio en el que el niño puede tomar decisiones propias, las elecciones relacionadas con la conciencia, el pensamiento o la religión —al ser de un alto nivel de abstracción— se pueden interpretar como aceptadas libremente sólo cuando el individuo ha desarrollado un grado avanzado de capacidad de reflexión e independencia que le permita comprender ciertas ideas y diferenciar sus propias convicciones de las de sus padres.

Esta situación tiene como consecuencia que éste sea uno de los derechos —desde mi punto de vista— más difícil de definir y proteger; es decir, no resulta claro hasta qué punto el padre se encuentra legitimado para imponer ciertas conductas —por ejemplo relacionadas con prácticas religiosas— al menor, pero sobre todo es complejo estipular cuándo puede considerarse que el niño es capaz de ejercer por sí mismo estas libertades, pues es obvio que en la mayoría de los casos la transmisión de ciertas creencias obedece a la vinculación afectiva entre padres e hijos, esto es, que se inculcan porque se considera que ello es en interés del niño. La Convención reconoce esta realidad y establece, dentro del derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de los padres o representantes a guiarle en el ejercicio de acuerdo con la evolución de sus facultades, de tal manera que no puede interpretarse como una libertad en términos amplios como en el caso de los adultos, aunque tratándose de los adolescentes este derecho de “guiar” de los padres debe ser mucho más acotado y de acuerdo con las inclinaciones manifestadas por el individuo. En este sentido, Eekelaar subraya que la orientación y dirección de los padres debe ser en el ejercicio de los derechos y no en su derogación, por lo que debe ser acorde con la evolución de las facultades del menor:

primió totalmente el párrafo 4 que intentaba ser una salvaguarda contra el posible intento de algunos Estados de imponer creencias sobre los niños y sus familias: “4. Los Estados partes respetarán igualmente la libertad del niño y de sus padres y, en su caso, de los tutores legales, de velar por la educación religiosa y moral del niño, de acuerdo con las convicciones de sus elecciones” (Bárcena 1992, p. 188).

The article allows the adults 'direction and guidance': but this must be in the exercise of the rights not in derogation of the rights. Similarly, in regard to the 'right of the child to freedom of thought, conscience and religion', article 14 (2) requires states to respect the 'rights and duties of parents and, when applicable, legal guardians to provide direction in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child'. The directions cannot therefore be inconsistent with the rights. Parents are not given free hand (Eekelaar 1995, p. 233).

De la libertad de asociación se ha hablado ya a lo largo del presente trabajo, al considerar que dentro de este derecho se entiende la facultad de los niños —aun de los pequeños— de elegir compañeros de juego, formar grupos con distintos fines, etcétera. Esta aptitud claramente va evolucionando hasta llegar a lo que entendemos en el sentido adulto como ejercicio de la libertad de asociación, pudiéndose sostener que en el caso de los adolescentes se asemeja mucho, pues sus agrupaciones pueden tener objetivos concretos, una organización sofisticada, procedimientos de decisión preestablecidos y normas de participación.

El derecho de asociación, vinculado con el tema del paternalismo, presenta aristas interesantes que pueden tener consecuencias durante la minoría de edad. Nino considera que una sociedad liberal es compatible con un paternalismo genérico elegido por los individuos que prefieren no realizar elecciones propias y delegar las decisiones en aspectos relevantes de su vida en otras personas o autoridades, siempre y cuando se trate de "comunidades voluntarias" en las que tengan libertad de ingreso y egreso y en ellas los sujetos ensayen sus concepciones sobre los ideales de vida. Y acota que "son compatibles con el principio de autonomía en la medida en que sus miembros no sean indebidamente adoctrinados y tengan plena conciencia de la existencia de otras alternativas". Esto, que en el caso de los adultos puede resultar tan claro, tratándose de los niños presenta ciertas dificultades, pues no se ve de qué manera podrían ellos prestar su consentimiento para pertenecer a alguna institución de este tipo y se presenta el planteamiento del límite del poder paterno en la libertad de conciencia. Nino resuelve esto —y creo que no hay otra solución aceptable— subrayando la importancia de que la educación de los jóvenes en el seno de estas comunidades no debe apartarse de las pautas de la educación liberal (Nino 1989, pp. 418-420).

Finalmente, el artículo 16 reconoce el derecho del niño a la protección de su vida privada, que se extiende a su familia, domicilio, correspondencia y ataques ilegales a su honra y reputación. Este tema ha sido minuciosamente analizado por Hierro, quien lo considera como uno de los casos en que los derechos deben asumir una estructura distinta cuando el titular es un menor de edad. Tratándose de los adultos, el derecho a la intimidad constituye un poder de disposición, es decir, se trata de un ámbito protegido por la ley que es irrenunciable en cuanto a su titularidad, pero al que es posible renunciar en relación con su ejercicio concreto: “tenemos garantizado un ámbito sagrado (constitucionalmente sagrado) de intimidad en el que nadie puede penetrar sin nuestro consentimiento, pero en el que cualquiera puede penetrar con nuestro consentimiento” (Hierro 1994, p. 382). En este sentido, se trata de una posición jurídica de libertad, sin embargo, en el caso de los niños es distinto, pues, continúa Hierro, si se tratara de un poder de disposición, alguien podría suplir la voluntad (por ejemplo los padres o representantes legales), pero si se considera la intimidad del niño como un espacio necesario para su desarrollo como persona, ésta es indisponible y en este sentido constituye un límite ante el cual tendría que ceder la libertad de información (Hierro 1994, pp. 385 y 386). Se trata, pues, de un derecho obligatorio a cuyo ejercicio no puede negarse el titular: “Pues bien, creo que en atención al desarrollo evolutivo de la inteligencia y la voluntad, muchos derechos que en el adulto asumen la estructura de un poder de disposición, en los menores de edad y en los incapaces asumen la estructura de un derecho obligatorio no activo, es decir, de un derecho a ser tratado, en todo caso, de cierto modo” (Hierro 1994, p. 390).

De tal manera que, en el caso de los niños, el derecho a la intimidad se convierte en una libertad en tanto ámbito protegido, pero en combinación con una pretensión que obliga a los padres y subsidiariamente al Estado —mediante la imposición de medidas paternalistas— a no permitir una intromisión que no sea en beneficio del titular, configurándose así como un derecho obligatorio que tiene como fin proteger el desarrollo de la personalidad, respondiendo a la necesidad de autonomía. Esta disposición tiene como objetivo la protección de la dignidad del niño en tanto tutela sus intereses presentes, así como la autonomía futura, ya que previene al niño contra decisiones que podrían suponerle limitaciones en su porvenir como adulto, preservando también la igualdad en la medida en

que busca compensar una desventaja que deriva del hecho de no poder predecir exactamente las consecuencias de determinados actos.

El caso de las libertades del niño, en conclusión, debe ser considerado con especial atención, pues por un lado presenta como reto la búsqueda constante, tanto en la ley como en el ejercicio, del adecuado equilibrio entre los derechos de los padres y las libertades del niño, en el entendido de que las últimas actúan en cierto modo como limitación a los primeros; el cómo lograr esto debe ser analizado en cada caso concreto y de acuerdo con la realidad de cada comunidad, pues resulta difícil y arriesgado intentar establecer un parámetro que sea válido universalmente, y quizá esta realidad se refleja en las dificultades para llegar a los acuerdos de la Convención y en la gran cantidad de reservas de los Estados. Pero el tema de las libertades de los niños —y en general de los derechos— se distingue también porque tiene un peso distinto en los conflictos de derechos. Por ejemplo, como dice Hierro, en el caso del derecho a la intimidad cuando está involucrado un menor, no puede prevalecer el derecho a la información aunque ello sea en beneficio de alguien en particular o de la comunidad en general. Lo mismo sucede con otras libertades, como la libertad de expresión y la libertad de comercio, que en otros casos podría tener una fuerza igual o mayor que otros derechos, pero que cuando se trata de niños tienen que ceder. Esta situación requiere de un delicado equilibrio, puesto que protege ciertas áreas necesarias para el desarrollo pero supone también una restricción importante. En este sentido, se requiere poner especial cuidado en su aplicación, pues la protección es necesaria, pero también lo es el dar espacios al niño para expresarse y opinar no sólo sobre los asuntos que le afectan de manera personal y directa, sino de los temas de interés social, especialmente relacionados con el grupo al que pertenece, es decir, la infancia. Probablemente descubriremos que tienen mucho más capacidad que la que generalmente se les atribuye para opinar sobre la realidad que les rodea.³¹

³¹ En este sentido resultan muy interesantes las experiencias de las “elecciones infantiles” llevadas a cabo por iniciativa de UNICEF en América Latina durante los últimos años. Los resultados son sorprendentes, pues muestran, en mi opinión, que los niños tienen una visión mucho más objetiva de la realidad de su propio país de la que generalmente les atribuimos; como muestra se citan algunos ejemplos: en Argentina, el derecho a recibir alimentación, atención médica adecuada y a una vivienda digna aparece como el menos respetado. En otros países los niños tenían que elegir entre varios derechos cuál consideraban que era el más importante y los resultados fueron los siguientes: México:

3. *Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículos 5o., 7o., 9o., 10 y 18)*

Las necesidades de vinculación afectiva, interacción con adultos y niños, y educación no formal se reconocen de manera general en el preámbulo de la Convención, que declara que el niño, “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Probablemente los satisfactores relacionados con este tipo de necesidades afectivas y relacionales sean los más difíciles de salvaguardar, pues no pueden limitarse a la exigencia de cierto tipo de conductas, sino que involucran disposiciones internas y actitudes hacia el niño. Aunque es evidente que la vinculación afectiva no puede ser garantizada mediante un derecho, pues no puede constituir el contenido de una obligación correlativa, los derechos relacionados con esta necesidad subrayan el papel relevante de los intereses del niño dentro de la familia: la familia ya no se entiende como esfera de inmunidad de los ascendientes, ni la paternidad como un derecho inatacable del adulto; si no cumple con su función de satisfacer las necesidades del niño, éste puede ser separado de ella y se buscan medios alternativos para su atención. Este cambio de perspectiva, de una familia centrada en los derechos del adulto a considerar la importancia de las necesidades del hijo, se refleja también en una nueva percepción sobre la adopción. Durante mucho tiempo se entendió la adopción como un medio para atender a los deseos de los adultos que no habían podido tener descendencia biológica, mientras que hoy no se dirige a compensar a los padres, sino que responde al derecho del niño a tener una familia. Este cambio es de gran trascendencia, pues prima el interés del niño sobre cualquier otra consideración, lo que se ha traducido en una mayor exigencia para las parejas que soliciten adoptar a un pequeño y es así como debe explicarse esta figura jurídica. Esta transformación tiene consecuencias también en la interpretación del artículo 9o., pues el derecho a tener contacto con los padres en caso de separación debe entenderse como un derecho del niño, no del o los adultos (Freeman 1997, p. 153).

tener una escuela para poder aprender y ser mejor; Bolivia: contar con alimentación adecuada; Colombia: el derecho a la vida en primer lugar, seguido del derecho a la paz (González 1999, pp. 83-86).

La inclusión de los artículos 5o., 7o. y 18 en este grupo de satisfactores relacionados con la autonomía, obliga a hacer una reflexión desde una perspectiva distinta, pues no sólo deben ser interpretados en tanto condiciones para la participación informal, sino como ámbitos de protección de algo mucho más intangible, pero igualmente fundamental para el desarrollo. Parece innecesario hacer hincapié una vez más en las consecuencias de la falta de vinculación afectiva y relación con adultos en los niños, pues creo que ha quedado de manifiesto su importancia a lo largo del presente trabajo.³² Es en parte también este derecho a la vinculación afectiva y a las relaciones el que da cierta coherencia a la discrecionalidad de los padres en el ejercicio de la crianza. Ciertamente, existe una presunción acerca de la disposición para satisfacer adecuadamente esta necesidad, ya que los padres se vinculan también afectivamente con sus hijos y experimentan la necesidad de atenderlos, relacionarse con ellos y satisfacer sus necesidades —lo que no significa negar que hay padres poco competentes, ya sea por desinterés o por incapacidad—, de modo que el cumplimiento de este derecho se produce de una manera natural —generalmente—. En este sentido, de la presunción de que los adultos cuidarán adecuadamente de su prole se puede desprender también la justificación de darles libertad en la atención de esas necesidades, pues contradiría una inclinación natural la falta de vinculación entre padres e hijos, y no sólo entre padres e hijos, sino entre adultos y niños en general. Es ilustrativo recordar lo dicho por Delval en relación con el trato a la infancia, especialmente sobre la manera natural en que se da la atención en las sociedades tradicionales.

Lo mismo cabe decir respecto de la necesidad de educación informal, pues ésta consiste precisamente en toda la serie de comportamientos que los padres y la comunidad transmiten a los hijos en el desempeño de las labores de crianza. Resulta igualmente complicado definir los alcances de este derecho, pues este tipo de educación no tiene contenidos clara-

³² Los derechos a la vinculación afectiva y a la educación informal incluyen también lo que podríamos llamar una “pretensión de establecimiento de límites”, aunque a primera vista parezca contradictorio con la defensa de los derechos de los niños como restricción a los derechos de los padres. Tal como se expuso en el capítulo segundo, el niño y el adolescente requieren de límites claros que les permitan comprender el mundo y ayuden al desarrollo de la confianza y seguridad, así como que estimulen el desarrollo moral a través de la creación de vínculos estables y predecibles.

mente definidos, por lo que supone la transmisión de las formas de vivir y relacionarse que tiene el grupo social:

Los conocimientos y habilidades que los niños van adquiriendo precisan de espacios y condiciones donde puedan contrastar sus opiniones, comprobar sus suposiciones e intercambiar sus resultados, para disfrutar de su actividad, de su invención. Un clima tenso, angustiante y limitativo dificultará la adquisición plena y presentaría obstáculos a la realización personal como condicionante de la integración emocional (Elizondo 1992, p. 121).

El derecho a la interacción con iguales en el seno de la familia es, asimismo, una cuestión complicada, pues en primer lugar no se puede encontrar una disposición de la Convención que lo reconozca claramente y además ello depende en buena medida de la estructura familiar de cada sociedad; es decir, si las familias suelen tener varios hijos, si hay relación con los primos, etcétera, de tal manera que parece que esta necesidad puede satisfacerse complementariamente en el ámbito de la educación formal; lo que sí es posible afirmar es que constituye una pretensión del niño frente a los padres el que le permitan relacionarse con niños de su edad. Al no estar contemplado expresamente en la Convención, su identificación como pretensión puede restarle fuerza y esto pone al niño en una situación de riesgo, pues no establece límites claros a los derechos de los padres.

Resulta un poco extraño decir que el derecho a la vinculación afectiva constituye una pretensión frente a la cual hay una obligación correlativa, pues es obvio que en el momento en que el afecto se convierte en una imposición probablemente dejará de satisfacer la necesidad del niño. Sin embargo, es plausible sostener la existencia de una pretensión del niño frente al Estado de que se le garantice en la medida de lo posible un entorno con este tipo de instituciones, que puede involucrar la obligación de organizar diversos tipos de medidas como la adopción, la tutela administrativa, o el dotar de medios que permitan a los padres ser más competentes en el ejercicio de sus funciones. Esto puede parecer sencillo, pero comprende más aspectos de los que se suelen tener en cuenta. Un ejemplo interesante de cómo opera esto puede ser el caso de la lactancia materna: hoy se sabe que la lactancia es un satisfactor sinérgico que responde no sólo a la necesidad de alimentación del bebé, sino que resulta

fundamental para la vinculación entre niño y madre y potencia la satisfacción de otras necesidades de atención, relación, etcétera. Pues bien, esto puede tener consecuencias importantes en el nivel de políticas públicas, pues puede considerarse como un deber del Estado el promoverla, el establecer normas jurídicas —especialmente laborales— que la hagan posible y hasta el extremo de regular la publicidad de productos que promuevan otro tipo de alimentación durante los primeros meses de la vida.

A pesar de que la necesidad de vinculación afectiva es especialmente visible en el caso de los niños, se trata de una necesidad compartida por los adultos, y parece ser que a necesidades de este tipo responde también, por ejemplo, el derecho contenido en la Declaración a fundar una familia. La diferencia está en que suponemos que los adultos tenemos la capacidad para buscar estos satisfactores por nosotros mismos, en tanto podemos elegir relacionarnos, por ejemplo con una pareja, o la manera y medida en que queremos vincularnos afectivamente con otros a lo largo de nuestra vida. En este sentido, este derecho se configura como una libertad a fundar una familia, con la pretensión de que el Estado establezca las medidas apropiadas para su protección, pero se trata siempre de un poder de disposición —es decir, se puede elegir si tenerla o no—, aunque es obvio que la decisión de hacerlo supone ciertas obligaciones —al igual que en el caso de otras libertades—. La situación de los niños es completamente distinta, pues se trata de un derecho-obligatorio a pesar de que la expresión resulte extraña, pues no hay capacidad reconocida para decidir si se quiere tener una familia, ni siquiera si se desea pertenecer a una determinada familia, como tampoco hay facultad para que el niño considere si está siendo suficientemente cuidado por sus padres, pues generalmente es responsabilidad de la autoridad retirar la custodia a los padres en el caso de juzgar que no hay adecuada atención, aun en contra de la voluntad del niño y de éstos. Esta situación nos revela la importancia de los bienes de los que estamos hablando y de su papel en el desarrollo.

Los derechos de los padres también se encuentran fuertemente constreñidos por el artículo 10, que establece el derecho a vivir con ambos padres y en caso de que estén separados a mantener relaciones con ambos, todo esto supeditado al interés del niño. Esto condiciona el derecho de cada padre a organizar su vida independientemente de las decisiones asumidas en cuanto a su relación, pues deben respetar el derecho del ni-

ño al contacto con el otro progenitor. Es importante destacar que la Convención establece el derecho de todas las partes interesadas, dentro de las cuales se entiende que está incluido el niño —aunque no lo menciona expresamente—, a participar en el procedimiento. Esto supone establecer los mecanismos adecuados para que pueda manifestar su opinión, en lo que hace falta aún dar muchos pasos, en parte porque precisamente la vinculación afectiva puede tener como consecuencia la resistencia del menor a ser separado de sus padres, aun cuando sea víctima de maltrato.

Del artículo 10 se puede destacar que abarca un ámbito muy amplio, pues involucra, a diferencia de los demás artículos que generalmente se circunscriben a los Estados nacionales, un compromiso internacional a favor de la reunificación familiar y al contacto del niño con ambos progenitores. En este sentido, es notoria la trascendencia que tiene el hecho de que la Convención esté ratificada por la mayoría de los países, pues supone que deberán respetar este derecho, aunque en la práctica sea difícil su efectividad, tanto por las políticas migratorias de algunos Estados como por la falta de recursos económicos de niños y adultos. Este artículo se relaciona en cierta medida con lo que entendemos como libertad de tránsito en el caso de los adultos, aunque fuertemente limitada debido a que se establece exclusivamente con la finalidad de reunirse con su familia.

De esta serie de normas que parten de la presunción de la familia como organización encargada de la satisfacción de la necesidad de vinculación afectiva y relación con adultos, iguales y de educación informal podría decirse que constituyen pretensiones —y alguna potestad en los casos en que se requiere del consentimiento del menor— del niño frente al Estado para que éste tome medidas institucionales y legislativas para garantizar su realización. La Convención no establece límites a la acción estatal en el sentido de que deba tomar en consideración los deseos y elecciones del niño en su satisfacción; es decir, sobre su inclinación a permanecer en su familia o a ser separado de sus padres, por tratarse de derechos fundamentales para el desarrollo. La intervención paternalista del Estado sobre la base de los derechos del niño opera tanto respecto de los padres como del niño mismo; sin embargo, no puede tener un tratamiento igual para todas las edades, pues debe reconocerse mayor poder de opinión y hasta de decisión en la medida en que el menor va adquiriendo madurez. Esto se ha reconocido en los ordenamientos positivos de

algunos países,³³ que obligan a las autoridades a escuchar al niño y tomar en consideración su opinión respecto de la custodia en caso de separación de los padres o a requerir del consentimiento del menor para ser adoptado a partir de cierta edad, lo que además supone una posición de potestad, en tanto el Estado y los padres o adoptantes están en una posición de sujeción frente a las decisiones que tome.

4. *Juego y tiempo de ocio (artículo 31)*

Del derecho reconocido en el artículo 31 de la Convención ya se ha hablado en el capítulo correspondiente al concepto de derecho subjetivo, por resultar interesante su análisis a la luz de las posiciones jurídicas de Hohfeld. Se ha subrayado también la trascendencia del juego para el desarrollo, y es en este sentido que resulta conveniente analizar el tipo de derecho de que se trata. Tal vez la importancia del estudio de la posición que involucra se relaciona con la misma dificultad para definir el juego y es la razón por la cual debe considerarse como una libertad: “El reino del juego está poblado por lo azaroso, impredecible, inatrapable y efímero, y nada tiene que ver con resultados, evaluaciones o productos. Lo lúdico existe en un espacio misterioso y aparece en tiempos mágicos que no son ni aprehensibles ni medibles ni comunicables por medio de palabras, límites o definiciones” (Chapela 1992, p. 83).

Efectivamente, el artículo 31 contiene una serie de derechos distintos que involucran diversas posiciones jurídicas, pues consagra también la libertad para participar libremente en la vida cultural y en las artes —que es innecesario señalar que se enfrenta al mismo problema que otros derechos, derivado del sometimiento a la patria potestad— y el derecho al descanso y el esparcimiento, además del derecho al juego y a las actividades recreativas propias de cada edad. Se había dicho ya que de la posición que involucre este derecho depende la satisfacción que se justifique

³³ En México, el Código Civil Federal señala que para que la adopción pueda tener lugar se requiere el consentimiento del niño mayor de 12 años (artículo 397). La legislación española reconoce también estas potestades al niño, pues el Código Civil establece que el niño mayor de doce años debe dar su consentimiento para la formalización del acogimiento familiar (artículo 173.2) y la adopción (artículo 177.1), y el menor de doce años debe ser escuchado por el juez en el procedimiento de adopción (artículo 177.3.3), y la consecuencia de la falta de estos requisitos debería acarrear la nulidad del acto.

dársele. Generalmente se asume que la satisfacción de las necesidades de los niños y por tanto el riesgo de violación a sus derechos se vincula con condiciones económicas difíciles, pero el caso del juego constituye un ejemplo de que no siempre es así. Si entendemos que una parte importante del derecho al juego como necesidad relacionada directamente con la autonomía consiste en una posición de libertad (privilegio o permiso) en la que el niño tiene frente a los padres y otros adultos una correlativa no pretensión, es decir, no tiene ni obligación de actuar o no actuar de una determinada manera. Esto supone dejarle tiempo libre para que lo emplee como él quiera y juegue a lo que prefiera, sin que se le imponga ninguna actividad en concreto. Este espacio de libertad es fundamental para la interacción con iguales y el desarrollo moral, pues en él los niños pueden relacionarse en términos de equidad y van asumiendo el carácter de las normas en la medida en que se implican en el juego de reglas. El juego también desempeña un papel importante en el aprendizaje, pues estimula la curiosidad, fomenta la imaginación, le permite explorar y experimentar en su entorno y ensayar nuevas situaciones:

El juego es una de las principales actividades del niño a través del cual interactúa sobre el mundo que le rodea, descarga su energía, expresa sus deseos, sus conflictos, lo hace voluntaria y espontáneamente, le resulta placentero y al mismo tiempo, a través del juego, el niño tiene una participación activa en la solución de problemas, así como en la creación y recreación de situaciones que ha vivido. De esta manera, se responden algunas de las cosas que no comprende y satisface su curiosidad (Malagón 1992, p. 91).

A pesar de que el núcleo del derecho al juego está constituido por una libertad, se requiere también de medios que faciliten esta actividad, es decir, juguetes; sin embargo, éstos se relacionan con el juego entendido como espacio y tiempo de libertad, es decir, sin un fin determinado. En este sentido se distinguen de otras herramientas como el material didáctico, que tiene como objetivo ayudar en la tarea de un aprendizaje concreto de una manera que al niño le resulte atractiva, pero que es distinto del juego entendido como “evento libre, recreativo, optativo, independiente de evaluaciones y resultados académicos predeterminados” (Chapela 1992, p. 87).

Se ha asimilado que el trabajo infantil constituye una amenaza para este satisfactor del niño y ciertamente lo es si no le deja tiempo para ju-

gar, aunque no es éste el único factor que es obstáculo para la realización de esta necesidad. Los niños de países o sociedades con entornos altamente competitivos muchas veces ven vulnerada esta libertad en la medida en que los padres o instituciones pretenden saturarlos con actividades formativas o educativas con el fin de “prepararlos para el futuro”. Sampedro hace otra distinción importante relacionada también con los códigos culturales, pues distingue lo que es el juego y el deporte a partir de la noción de competitividad: “Entre el horario larguísimo, los deberes y la televisión, al niño de hoy, y esto me parece espeluznante, se le ha privado del juego. Es verdad que hoy practican más deporte, pero hay una gran diferencia entre el deporte y el juego: la competitividad, otra de las palabras claves de nuestra cultura” (Sampedro 1996, p. 141).

Esta actitud se disfraza de interés del menor, pero es contraria a la satisfacción de necesidades básicas, sacrifica su autonomía presente en “beneficio” de su autonomía futura y transgrede la dignidad del titular. Este derecho es un buen ejemplo del espacio que debe dejarse a la discreción del menor, pues dentro de este ámbito protegido puede tomar decisiones autónomas, relacionadas con sus compañeros de juego, las actividades a realizar o las normas que regirán. Es por ello que las intervenciones paternalistas no se justifican en tanto no exista riesgo para el niño, aunque parece que no siempre es fácil interpretar este derecho como una libertad ni justificar el respeto a este espacio libre de intervenciones. La misma Convención se limita a reconocer el derecho al juego, pero sin especificar qué tipo de posiciones supone para las partes relacionadas con los niños, es decir, los padres y el Estado.

Por último, el derecho al juego podría ser también una aportación de los niños a los adultos, pues a pesar de aparecer íntimamente ligado a la etapa infantil, también es una necesidad de los mayores que es en muy pocas ocasiones atendida: “Que nos quede muy claro que el derecho al juego está íntimamente ligado con el derecho a la alegría y con el derecho que tenemos todos los seres humanos sin distinción de edad, posición ni conocimientos de estar vivos, plenos y felices” (Robleda 1993, p. 217).

5. *Educación formal (artículos 28 y 29)*

El derecho a la educación formal es el ejemplo por excelencia en la literatura sobre los derechos del niño. Esto puede deberse a varias causas,

entre ellas que se trata de uno de los elementos que más específicamente se relacionan con la etapa de la niñez, aunque también debido a la gran importancia que tiene para el desarrollo del niño y su futuro como ciudadano. En las sociedades occidentales los pequeños pasan la mayor parte del día en la escuela y ésta se convierte en un espacio en el que es posible la satisfacción de múltiples necesidades además de la educación formal: interacción con iguales y con adultos, participación informal, juego, ejercicio físico, etcétera. Es importante decir que, pese a que la educación formal es una necesidad para todos los niños, ésta no debe responder necesariamente a los modelos de escolarización de las sociedades occidentalizadas, pues lo importante es que permita al niño desarrollar el pensamiento y dotarle de herramientas para desenvolverse en la sociedad a la que pertenece o elija pertenecer. La educación formal es también un instrumento eficaz para la transmisión de ideas y valores, de modo que socialmente se asume como una de las funciones primordiales el garantizar que éstos respondan a las formas de vida de la comunidad. Esta situación ha sido motivo de enfrentamientos entre distintas partes: entre el Estado (que supuestamente representa los intereses del niño) y ciertos grupos de poder o minorías, entre los padres y el Estado, incluso entre Estados.

Los conflictos en el ámbito de la educación formal tienen una larga tradición en los tribunales, por lo menos de algunos países, pues frecuentemente ha entrado en colisión con los derechos de los padres, en especial con las libertades de pensamiento, conciencia y religión.³⁴ Sin embargo, parece ser que la discusión sobre el tema se ha enfocado hacia el interés del niño como adulto futuro, tanto por parte de los progenitores, que generalmente alegan un derecho a la educación de sus hijos, reforzado por el interés del niño para incorporarse a la comunidad —a la que

³⁴ En Estados Unidos encontramos ejemplos de este tipo de conflictos de derechos que han llegado a los tribunales, marcando importantes precedentes. Uno de los más conocidos es el caso *Wisconsin vs. Yoder* en contra de una resolución que condenaba a ciertos miembros de la comunidad Amish por violar la ley de educación obligatoria de Wisconsin. El objetivo de la educación amish es el preparar a los niños para una vida industriosa y piadosa a través de la transmisión de los métodos de cultivo de sus antepasados y desechando los métodos y estilos modernos, de modo que se negaban a enviar a sus hijos a la escuela después del octavo grado, siendo que la educación obligatoria se extiende hasta los 16 años. La Suprema Corte resolvió a favor de los padres amish por considerar que uno o dos años más de educación no debían prevalecer sobre la libertad religiosa de los padres. Feinberg critica esta decisión por cerrar las opciones a la vida del niño y no responder a sus intereses (Feinberg 1994, pp. 81-84).

pertenecen los padres—, mientras que la postura de la autoridad —en el Estado liberal por supuesto— ha ido orientada a defender la autonomía futura del niño, dejando abiertas las opciones para que pueda elegir. Un ejemplo de esta situación es la opinión de Gutman sobre la educación en una sociedad liberal: “If children have rights in virtue of their basic needs and interests as future adult citizens, one of those rights will be a right to education, or what some theorists have called «a right to socialization»” (Gutman 1980, p. 349).

Feinberg parece asumir la misma postura al criticar los razonamientos de juez Burger en el caso *Wisconsin vs. Yoder*: “An impartial decision would assume only that education should equip the child with the knowledge and skills that will help him choose whichever sort of life best fits his native endowment and matured disposition” (Feinberg 1994, p. 84).

Gutman considera que la educación formal es un instrumento indispensable para que los niños sean capaces de ejercer sus derechos civiles y políticos una vez alcanzada la mayoría de edad y justifica, en consecuencia, la restricción de los derechos de los padres. De lo contrario, continúa, se privaría a los niños de dos bienes fundamentales de la sociedad liberal: la elección informada entre distintas concepciones de la vida buena y la participación en el autogobierno democrático significativo. En este sentido, el derecho a la libertad religiosa de los niños también debe ceder en caso de entrar en conflicto con el derecho a la educación, pues aunque el niño manifieste que cierto tipo de formación es contraria a sus creencias, ello no debe eximirle de cumplir con su deber de recibir la educación obligatoria por ser necesaria para crear las condiciones para el goce futuro de la libertad religiosa y otras libertades. El derecho a la educación del niño, según Gutman, tiene prioridad sobre el derecho de los padres al libre ejercicio de su religión por las siguientes razones:

- 1) El derecho a la educación del niño es una precondition necesaria para el desarrollo de las capacidades para elegir una concepción de la vida buena y emplear sus libertades políticas de ciudadanía democrática.
- 2) Aun considerando que la limitación al libre ejercicio de los padres es negar al niño su libertad religiosa presente o futura, la concurrencia de la negación del derecho a la educación del niño pone en tela de juicio los fundamentos de su aceptación de esas creencias religiosas.

- 3) Aunque esta prioridad permite al Estado limitar la libertad religiosa de los padres, sólo se justifica la limitación en aquella parte de la libertad de los padres que extiende su dominio sobre sus hijos y restringe los derechos básicos de los niños.
- 4) El valor de una democracia liberal para sus ciudadanos es en buena parte dependiente de la habilidad de sus ciudadanos para ejercitar sus derechos políticos inteligentemente, así como para elegir entre distintas alternativas de concepciones de la vida buena. Permitir a los padres privar a los niños del derecho a la educación obstruye la realización de estas libertades básicas futuras de elección personal y política (Gutman 1980, p. 350).

Ciertamente, la educación formal es una pretensión importante que involucra deberes correlativos del Estado y una obligación para los padres, pudiendo incluso, como señalan Gutman y otros autores, limitar los derechos de éstos e imponerla en caso de oposición. Sin embargo, la justificación de este derecho no reside exclusivamente en el interés del niño para desarrollar las capacidades que le permitirán desenvolverse adecuadamente en su sociedad ni participar responsablemente como ciudadano. La educación formal cumple también un papel fundamental en la satisfacción de los intereses presentes del niño, entre ellos, como se había dicho ya, en la vinculación con iguales, aunque como se ha expuesto esta concepción de la escuela tuvo también una aparición tardía en la historia y para muchos niños aún no es una realidad.³⁵ La interacción con adultos también tiene un espacio importante en la escuela, pues permite al niño relacionarse de una forma distinta que con sus familiares y establecer nuevos apegos. Otras necesidades que se satisfacen mediante la educación formal son el juego, la participación informal, el ejercicio de ciertas libertades, etcétera. Se trata, pues, de un satisfactor sinérgico que puede garantizar, además del ejercicio de la autonomía futura, la autonomía presente, de acuerdo con la dignidad del niño, es decir, con su valor como tal en el momento actual.

³⁵ Como se expuso en el capítulo primero, durante muchos siglos en las instituciones educativas se mezclaban grupos de todas las edades, lo que no quiere decir que no se satisficiera esta necesidad, pues los niños efectivamente podían convivir con otros de su misma edad, aunque sí refleja que no se le atribuía la misma importancia; por tanto, tampoco significa que las instituciones de educación formal que no tienen una organización por etapas no satisfagan esta necesidad del niño.

La educación formal desempeña también una labor importante en relación con la igualdad, pues a través de la educación pública y obligatoria tiene como objetivo generar condiciones de igualdad de oportunidades en el punto de partida, y es por ello que el Estado tiene la obligación de poner los medios que faciliten este propósito:³⁶

Para proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades, entendida no sólo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida, el Estado tiene que intervenir en la equitativa distribución de los bienes básicos. Es en este contexto que se debe entender como deber del Estado la distribución obligatoria de la educación básica, que, en tanto contribuye a la formación de la autonomía personal, hace posible el logro de una sociedad más homogénea (Vázquez 1999, p. 119).

Desgraciadamente, la tendencia a la privatización de la educación que se da en muchos países tiene como efecto lo contrario, pues marca una diferencia importante —sobre todo en los países pobres— respecto de la calidad de la enseñanza, de manera que los sectores favorecidos de la sociedad pueden ofrecer a sus hijos una mejor educación, mientras que las familias con escasos recursos económicos no tienen alternativas. Se acentúa así la distancia entre pobres y ricos justamente a través de la escolarización durante la infancia y la adolescencia:

Otra tendencia, aún más reciente, es la privatización. Al crecer la competitividad en las escuelas, los padres que disponen de los medios necesarios inscriben a sus hijos en instituciones de alta calidad que a menudo son privadas. Los niños pobres no tienen esa posibilidad. La dinámica de este proceso lleva al aumento de las desigualdades (Hammarberg 1998, p. 5).

³⁶ En algunos casos es necesaria la aplicación de medidas de discriminación inversa para alcanzar la igualdad en materia de educación según el Comité de Derechos del Niño: “El Comité ha reconocido que la verdadera implementación de la cláusula de no discriminación puede requerir tratos diferenciados de signo positivo para compensar las desventajas que algunos niños deben enfrentar desde el principio. En varios países, las escuelas de las zonas pobres necesitan más recursos que las demás. Se necesitan esfuerzos adicionales para proteger el derecho de las niñas a ir a la escuela o para brindar a los niños discapacitados una auténtica oportunidad de recibir una educación normal, no basta afirmar simplemente que tienen los mismos derechos que el resto” (Hammarberg 1998, p. 18).

Esta misma situación de alta competitividad tiene también como consecuencia que los niños que han podido acceder a escuelas con alto nivel académico se vean sometidos a una excesiva presión y a la privación de otros satisfactores necesarios para su desarrollo, como el juego, el tiempo de ocio, la interacción con iguales, el ejercicio, el aire libre, etcétera:

Estamos tan angustiados por el futuro de los niños, que decidimos que su tarea fundamental y única es que ellos estudien, que vayan a la escuela y que hagan tareas, y la vida del niño se desenvuelve entre un aula y el espacio que le hemos destinado en su casa para que haga tareas, obviamente consideramos que el juego será algo que el niño tendrá una vez que haya logrado ser excelente en la escuela, y mientras no le impida asistir a la escuela (Pineda 1993, p. 177).

El derecho a la educación formal comprende también ciertas pretensiones que frecuentemente son ignoradas, pues como afirma Delval, es necesario proteger al niño de prácticas inadecuadas que le obligan a aprender cosas que están fuera de su alcance y escapan a su comprensión. En muchas ocasiones los contenidos son excesivos y sin vinculación alguna con la realidad en la que vive el niño y la enseñanza se basa en la repetición de datos sin sentido para el alumno. Para que un contenido sea adecuado, el programa de estudio debe relacionarse con la vida cotidiana del alumno y de lo que para él es importante: “El punto clave es que la escuela debe impartir conocimientos adecuados para el niño, para su presente y su futuro” (Hammarberg 1998, p. 19). Una de las causas de que estos métodos subsistan es que la organización escolar responde más a las necesidades sociales que a las necesidades de los niños que asisten a la escuela. Estas prácticas han evolucionado poco en muchos países, a pesar de las teorías que han surgido en los últimos tiempos y que las desacreditan por no responder a las necesidades del niño: “Esta ha sido durante siglos la base de la actividad escolar y el único cambio que se ha producido es que la formación moral, religiosa y nacionalista, importante en otras épocas, ha sido sustituida por otros contenidos más inspirados por el desarrollo de las ciencias, pero sin que los métodos de enseñanza hayan cambiado sustancialmente” (Delval 1994, p. 37).

En consecuencia, no basta con la existencia de escuelas para todos los niños para considerar que la necesidad de educación formal está satisfecha, pues esto depende también de los contenidos y de los métodos peda-

gógicos empleados, así como de la calidad de las relaciones entre el niño, sus compañeros y sus maestros. El derecho a la educación formal está compuesto por una serie compleja de pretensiones a las cuales el Estado debe responder, y que incluye el que los programas, materiales y métodos de enseñanza se ajusten a las necesidades del niño. El que las políticas educativas respondan al interés superior del niño significa, entre otras cosas, que “se debe prevenir la violencia en la escuela, que la enseñanza debe orientarse hacia las habilidades necesarias para la vida, aplicables ahora y en el futuro, que se debe destacar la importancia de los derechos humanos y de los valores democráticos y que el niño debe recibir ayuda para comprender sus propias raíces y las relaciones de las mismas con el resto del mundo” (Hammarberg 1998, p. 32).

6. *Protección de riesgos psicológicos o de autonomía* (artículos 19-21 y 32-38)

Los derechos relacionados con la protección de riesgos psicológicos quizá no susciten tanta sorpresa, pues pueden coincidir con la imagen que prevaleció durante muchos años y que aún sigue vigente para algunos, del niño como objeto de protección. De hecho, las primeras leyes³⁷ surgidas en relación con los niños tenían un propósito tutelar derivado de su percepción como seres desvalidos y vulnerables. Lo novedoso no es ciertamente este contenido protector, sino los medios para garantizarlo, es decir, el reconocimiento de derechos que pueden suponer una obligación del Estado para intervenir en las familias que no den atención adecuada a los niños y la limitación del llamado “derecho de corrección” de los padres, así como el cambio de perspectiva respecto del papel de los intereses del niño en la adopción. Se ha hablado ya de la dificultad de establecer una definición de maltrato que sea universal, es decir, aplicable a todas las situaciones y culturas, pues aunque maltratar al niño significa no dar adecuada atención a sus necesidades, debe existir cierta intencionalidad. Por otra parte, el fenómeno del maltrato se ha acrecentado en los

³⁷ Como se mencionó en el capítulo primero, las primeras leyes de protección a la infancia surgen en el siglo XIX como consecuencia de la industrialización y tenían como fin proteger a los niños, limitando el trabajo en las fábricas (Robertson 1982, p. 469). Estas leyes apoyaban la idea de que los niños eran posesión de sus padres, quienes tenían el control sobre sus vidas y su ser (Berger 1973, p. 211).

últimos tiempos y particularmente en los países industrializados. Según Delval:

El maltrato supone ejercer violencia física o psíquica, de forma no accidental. Se podría decir que en otras épocas el trato dispensado a los niños era mucho más duro que en la actualidad y, por ejemplo, los castigos físicos eran muy frecuentes en la casa y en la escuela. Las conductas infantiles consideradas inadecuadas se reprimían con enorme dureza. Pero sin que pueda justificarse, esas prácticas diferían del maltrato que actualmente se produce en los países desarrollados (Delval 1994, p. 25).

Ochaíta y Espinosa han subrayado también la dificultad de definir el maltrato infantil y el hecho de que no existe una descripción que sea totalmente aceptada por la comunidad de profesionales relacionados con la infancia. Esta situación tiene como consecuencia que las estadísticas sobre este problema a menudo presenten diferencias importantes. Las autoras sostienen la existencia de un continuo entre el buen trato y el mal trato, y proponen entender que “maltratar a un niño significa, en definitiva, no satisfacer sus necesidades adecuadamente, no ofrecerle las condiciones básicas que garanticen su bienestar y posibiliten su desarrollo” (Ochaíta y Espinosa 1999, pp. 354 y 355).

Otra de las características en la que es necesario hacer hincapié respecto del complejo fenómeno del maltrato infantil es que no se trata de un problema exclusivo de la familia, sino que se produce en cualquiera de los contextos en los que el menor se desenvuelve, y de acuerdo con este criterio se pueden identificar varios tipos de maltrato:

- a) Maltrato socioeconómico: se relaciona con la falta de recursos para satisfacer las necesidades económicas del niño.³⁸
- b) Maltrato institucional: esta forma de maltrato proviene de las entidades con las que el niño se relaciona: escuelas, organizaciones asistenciales, sistema de justicia, policía, etcétera.

³⁸ A pesar de que este tipo de maltrato no tiene el factor de intencionalidad hacia el niño en particular, sí se vincula con una omisión, la mayoría de las veces en la justa distribución de los recursos y, sobre todo, desde la óptica de la Convención, en el incumplimiento de los Estados partes de garantizar las condiciones de vida necesarias para los niños, incluyendo desde luego la perspectiva de la responsabilidad internacional de los países que concentran altos niveles de riqueza.

- c) Maltrato intrafamiliar: es al que tradicionalmente se hace referencia cuando se habla de maltrato infantil y se relaciona con la inadecuada atención a las necesidades del niño dentro de la familia, incluyendo por supuesto la agresión física, el abuso sexual y el abandono (Álvarez Gómez 1995, pp. 79-93).

Es evidente que, debido tanto a la dificultad para delimitar el maltrato infantil como por la complicación para detectarlo y probarlo —especialmente el maltrato psicológico—, éste constituye uno de los ámbitos más problemáticos de proteger jurídicamente, a pesar de las importantes consecuencias que puede tener en el desarrollo y del sufrimiento presente que representa para el niño. De aquí que, a pesar de que podríamos decir que el niño tiene frente al Estado una pretensión de ser protegido en contra del maltrato que pudiera sufrir dentro de su propia familia, así como en la escuela o en las instituciones sociales, la obligación muchas veces resulta difícil de cumplir, salvo en los casos en que éste es muy evidente (por ejemplo cuando al niño se le da una paliza, se le abandona, se le priva de educación formal, etcétera), lo cual se complica todavía más tratándose de una inadecuada atención a las necesidades de autonomía.

Otra de las instituciones importantes en relación con los derechos de protección de riesgos psicológicos es la adopción. La adopción surge también en una etapa tardía de la historia, cuando el niño pasa a ocupar un papel protagónico en la sociedad, aunque inicialmente esta figura tenía como finalidad subsanar la incapacidad de una pareja para ser procreadores biológicos. La nueva perspectiva, centrada en el derecho del niño a tener una familia, conlleva la tarea de establecer los mecanismos para garantizar que los padres elegidos tengan las cualidades necesarias para ser competentes en el desempeño de sus deberes. De tal manera que este derecho supone una serie de pretensiones del niño para que el Estado asuma su obligación de procurarle la satisfacción de este derecho, que implica la creación de estructuras, leyes, programas, etcétera, que velen por el adecuado funcionamiento de la familia. En algunos casos también lleva aparejada una potestad, si es que se requiere del consentimiento del menor para formalizar el acogimiento familiar o la adopción.

Los artículos 32-37 consagran derechos de protección muy concretos en contra de situaciones que representan un grave riesgo para los niños: se refieren a la prohibición del trabajo de menores, a la protección contra

el uso y tráfico de estupefacientes, la explotación —sexual y otras formas—, la venta, tráfico y trata de niños, la tortura y privación de libertad —que incluye la prohibición de imponer la pena capital o la prisión perpetua—, la prohibición contra detenciones arbitrarias, el derecho a la asistencia jurídica y a la impugnación en contra de la detención. Este tipo de derechos constituyen pretensiones que en su mayoría son compartidos por los adultos, pero que en el caso de los niños implican una tutela especial.

El derecho a no trabajar, sin embargo, constituye un caso singular, pues representa la pretensión contraria al derecho del adulto, es decir, el derecho del mayor de edad al trabajo. Este derecho a no trabajar no es absoluto ni igualmente aplicable en todas las etapas de la infancia, sino que se deja una gran discrecionalidad a los Estados para legislar y establecer las condiciones para que un menor de edad pueda laborar: edad mínima, reglamentación sobre los horarios y condiciones de trabajo, y estipulación de penalidades en el caso de infracción de este artículo. De tal manera que en esta disposición pueden distinguirse dos partes: en primer término, un derecho a ser protegido en contra de la explotación económica y en contra del desempeño de cualquier trabajo nocivo para la salud, educación o desarrollo, y en segundo lugar una obligación para los Estados partes de fijar edades mínimas y reglas sobre las condiciones del trabajo. De forma muy general es posible decir que parece ser que protege algunos bienes considerados fundamentales, como salud, integridad física, acceso a la educación, espacio para el juego, etcétera, y que en general el objetivo de esta prohibición es garantizar el acceso a estos otros satisfactores. En este sentido, el hecho de ser niño pone al sujeto en una situación de vulnerabilidad, pues además de que impide la satisfacción de necesidades presentes, puede comprometer seriamente el desarrollo; también es cierto que el niño está situado en una posición de desventaja respecto del adulto al no poder negociar en términos igualitarios. Resulta interesante ver que las primeras leyes específicas en relación con la infancia surgen en torno a este tema, con el fin de proteger a los niños que precisamente por su condición de desigualdad sufrían de condiciones de explotación.

El tema del trabajo infantil es complejo, comenzando por el hecho de que constituye el único medio de subsistencia para millones de niños del mundo, y es difícilmente erradicable desde las circunstancias actuales.

Existe una complicada vinculación entre el trabajo de los niños y la pobreza, ya que no únicamente el trabajo es consecuencia directa de ésta, sino que la incorporación de los niños al mercado laboral reproduce y consolida el ciclo de la pobreza³⁹ (por ejemplo, la falta de educación impide acceder a empleos incluso de los sectores más bajos de la economía formal), además de tener graves consecuencias físicas y psicológicas para el desarrollo (García Méndez 1999, pp. 176 y 177). La delincuencia está ligada también con esta serie de circunstancias, pues en la medida en que los niños no pueden incorporarse legalmente a la economía formal, se colocan en sectores informales que están fuera de la regulación en el mejor de los casos, porque en muchas ocasiones —en que ni siquiera trabajar en este medio es posible— se ven orillados a desempeñar actividades de la economía informal consideradas ilegales, actividades ilícitas, prostitución, tráfico de drogas, etcétera. “Es así como el menor trabajador se vuelve un menor infractor” (Staelens 1995, p. pp. 71 y 72).

Por otra parte, las dificultades relacionadas con el trabajo infantil derivan también del hecho de que este fenómeno tiene un fuerte componente contextual, ya que en muchas culturas se le considera como una forma de preparar a los niños y formarlos en la responsabilidad. Salazar, al hablar del trabajo infantil en América Latina, lo relaciona con condiciones culturales, además de las socioeconómicas:

Los niños trabajan en general, porque su familia es pobre, pero también por factores culturales. La concepción que subyace de fondo parece ser la de que todos los miembros de la familia son proveedores económicos de la misma y a través del ejercicio de esta responsabilidad se forma a los niños de hoy para ser los adultos competentes del mañana. En todos los países se encontraron formas de producción en las que la familia actúa como bloque, dándose por sobreentendida la colaboración activa de los niños. Los padres justifican la vinculación de sus hijos al trabajo aduciendo que en él adquieren valores como la responsabilidad, la autonomía y la tenaci-

³⁹ Algunos países han logrado la erradicación de la pobreza a través de la supresión del trabajo infantil: “Contrariamente a lo que en sentido común... sostiene acerca de que la erradicación del trabajo infantil constituye un subproducto y un *lujo* que las sociedades pueden permitirse sólo después de haber alcanzado un cierto nivel de desarrollo económico, la experiencia de Japón y los países escandinavos demuestran exactamente lo contrario. Tanto en Japón cuanto en los países escandinavos la erradicación del trabajo infantil, vía universalización de la educación básica, constituye un factor decisivo para entender y explicar el desarrollo económico” (García Méndez 1999, p. 176).

dad para sobrellevar las dificultades o para soportar sacrificios. Además se ve el trabajo como una protección contra los vicios y el ocio que conduce a la delincuencia (Salazar 1996, p. 180).

Es necesario, entonces, tomar en consideración diversos factores respecto del trabajo infantil: en primer lugar, algunos autores proponen que el término trabajo infantil debe extenderse sólo hasta los 12 años, “reservándose la expresión «juvenil» para designar el trabajo realizado por aquellos comprendidos en la franja de los 12 a los 18 años incompletos”, y en consecuencia diferenciar las políticas encaminadas a tratar cada uno (García Méndez 1999, p. 169). La misma Convención reconoce esta diferencia al obligar a los Estados a señalar una edad mínima para trabajar. En esta misma línea, el Comité sobre los Derechos del Niño ha exigido cierta flexibilidad en la planificación escolar para que las vacaciones permitan a los niños ayudar a sus padres con la cosecha (Hammarberg 1998, pp. 12 y 13). Además, es necesario articular el tema del trabajo infantil en la lucha contra la pobreza, pues este fenómeno está inscrito en la situación de marginación de las familias, de tal manera que no puede combatirse como un problema aislado.

La existencia de diferentes concepciones sobre el trabajo infantil tiene como resultado una mayor dificultad para llegar a un acuerdo sobre su prohibición absoluta, pues las razones aducidas por algunos padres respecto de su importancia para la educación del niño responden a realidades concretas y a la adquisición de habilidades necesarias para desenvolverse en el contexto al que pertenecen. En consecuencia, el trabajo infantil debe ser evaluado en relación con el mejor interés del niño y sus necesidades; es decir, por un lado diferenciar entre las distintas etapas del desarrollo, pero también considerar que en tanto no ponga en peligro la satisfacción de otras necesidades (como la educación o el juego y tiempo de ocio, o que resulte arriesgado para su salud física o desarrollo de la autonomía) los pequeños pueden colaborar en pequeñas tareas que fomenten los valores que los padres desean, sobre la base de que no es justificable sacrificar al niño en función del futuro adulto.

El artículo 38 —a pesar de que Ochaíta y Espinosa (2004, p. 435) no lo incluyen dentro de su clasificación— tiene como finalidad la protección de riesgos de autonomía —aunque también de salud física— al imponer a los Estados firmantes una obligación de impedir que los niños menores de 15 años participen directamente en las hostilidades. Como se

había dicho ya en el capítulo tercero, este tipo de protección involucra una inmunidad en el sentido de que los Estados no pueden establecer normas que obliguen a los menores dentro de este rango de edad a alistarse en el ejército, aunque evidentemente no sólo supone esta responsabilidad, sino que implica también una pretensión para la adopción de medidas paternalistas que impidan que los niños intervengan en conflictos armados.

Es posible que los satisfactores de autonomía requieran, además de recursos económicos, una profunda transformación en la mentalidad relacionada con las necesidades y capacidades de los niños. El ejemplo más claro lo tenemos en la omisión en el reconocimiento de las necesidades sexuales de los niños, así como de la participación informal dentro de la familia —los grandes ausentes de la Convención—, aunque hay muchos más que, pese a estar presentes en la Convención, lo están de manera ambigua y poco clara, o carecen de los mecanismos para ser efectivos. El niño es un ser en desarrollo, pero no incompleto; requiere ser sujeto activo en su crecimiento y participar en las decisiones que afectan directa e indirectamente su vida. El derecho de los padres no supone disponibilidad total sobre todos los aspectos de la vida del niño; se encuentran limitados por los derechos y esto aparentemente es difícil de comprender y aceptar, pero sobre todo de llevar a la práctica, ya que implica romper con siglos de tradición respecto de la concepción de los pequeños. La Convención constituye un gran avance, en especial en lo referente a los derechos relacionados con las necesidades de autonomía, pues reconoce este tipo de necesidades, aun con las limitaciones que supone plasmarlo en un instrumento internacional con pretensión de ser aceptado por una gran diversidad de culturas, formas de vivir y sobre todo manera de entender al niño y las relaciones paterno filiales.

IV. SATISFACTORES ESPECIALES (ARTÍCULOS 22, 23, 39 Y 40)

Los satisfactores especiales constituyen un complemento respecto de las necesidades de salud física y autonomía en tanto no son universalizables, es decir, no se trata de satisfactores generales, pues van dirigidos a un grupo de personas con características específicas. Sin embargo, lo cierto es que este tipo de derechos tienen como finalidad compensar las circunstancias que sitúan a los niños con necesidades especiales en una

posición de desventaja con respecto al resto, de modo que resultan indispensables para generar condiciones de igualdad y cumplen con la segunda premisa de este principio, lo que significa que mientras la Convención reconoce una igualdad genérica entre todos los miembros de la clase infancia, las características de los niños en una situación particular constituyen rasgos relevantes para dar un trato diferenciado. De esta manera, los derechos de estos artículos derivan directamente del principio de igualdad.

En el tema de los niños con necesidades especiales, sobre todo aquellos física o mentalmente impedidos (artículo 23), la dignidad como principio fundador de los derechos humanos juega también un papel fundamental, pues en muchos casos esta discapacidad imposibilita el desarrollo de la autonomía plena. En efecto, en el caso de un niño que no presenta alguna discapacidad es factible argumentar los derechos a partir de su capacidad potencial para convertirse en agente moral y la protección va encaminada a proteger esa futura libertad. Sin embargo, cuando un niño se encuentra de tal manera impedido que podemos presumir casi con absoluta certeza que nunca llegará a ser completamente independiente, se imposibilita la justificación por vía de la autonomía potencial. En mi opinión, esta es una de las razones por las que debe darse igual peso a los otros principios, pero en estos casos especialmente al de dignidad. Cada persona es un fin en sí misma, independientemente de que puede considerarse “útil” para la sociedad en el presente o en el futuro, de manera que todos los hombres tienen igual valor moral y los derechos les corresponden en igual medida.

Los artículos 22 y 39 se refieren a los niños que se encuentran en situaciones de alto riesgo: la de refugiado y la de haber sido víctima de maltrato, respectivamente. Ambos artículos establecen obligaciones para los Estados de dar una atención especial a los niños que se encuentran en estas circunstancias, de modo que esto no redunde en un mayor daño en el desarrollo del niño que ya ha sido víctima de una realidad que le ha llevado a tener que salir de su país o de “cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados”. Este artículo 39 establece la obligación de los gobiernos de promover la recuperación y reintegración social, haciendo mención expresa de que ésta debe llevarse a cabo “en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Finalmente, el artículo 40 establece los derechos del niño que ha cometido una infracción a las leyes penales. Este conjunto de disposiciones es uno de los grandes avances que reflejan el cambio en la percepción del niño y sus derechos. García Méndez identifica dos grandes momentos de ruptura en el tratamiento de los menores infractores: el primero lo sitúa en 1899 con la creación del primer tribunal de menores en Illinois, que marcó el inicio del trato diferenciado a la infancia y adolescencia, y el segundo en 1989, precisamente con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño (García Méndez 1999, pp. 59 y 60).

A finales del siglo XIX y principios del XX comienza una nueva corriente identificada como “correcionalismo” que desplaza el punto de partida del delito al delincuente, es decir, se consideraba la transgresión a las normas como el resultado de una serie de circunstancias personales, sociales y psicológicas, de manera que la pena debía tener una naturaleza terapéutica,⁴⁰ se veía a los delincuentes como seres incapaces de gobernarse a sí mismos y por tanto necesitados de la protección tutelar del Estado (Ríos y Segovia 1998, p. 35). Así, los menores abandonados y los menores delincuentes eran considerados sujetos de la misma protección tutelar. En España, el primer Tribunal Tutelar de Menores se crea en 1920, en el que el juez, sin obligación de someterse a ninguna regla o formalidad, debía aplicar medidas disciplinarias basado en las condiciones morales del menor, el medio en el que había vivido e imponía medidas de carácter educativo, moral y religioso para apartarlo del mal camino (Ríos 1993, p. 103). Esto tuvo como consecuencia una falta de seguridad jurídica para los niños y adolescentes, ya que si el objetivo era su corrección, no podía determinarse previamente cuánto tiempo se llevaría:

La consecuencia de esta concepción era una negación de la seguridad jurídica tanto del menor abandonado como del menor delincuente. En efecto, si las medidas no eran penas, sino instrumentos de carácter educativo y cautelar, entonces las medidas eran buenas por naturaleza y, por ello, lógicamente indeterminadas en su duración, el procedimiento para imponerlas no requería de las garantías y discusiones propias del procedimiento pe-

⁴⁰ Una cita de Dorado Montero ilustra la concepción de la pena desde la corriente correcionalista: “El derecho tutelar de menores no es penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría y arte de buen gobierno” (Ríos y Segovia 1998, p. 35).

nal, ni consecuentemente de jueces profesionales, fiscales, abogados, etcétera (Hierro 2004, p. 187).

García Méndez explica este mismo fenómeno en América Latina⁴¹ a partir de lo que denomina la doctrina de la “situación irregular”, paradigma imperante sobre el tratamiento a la infancia durante mucho tiempo. La doctrina de la situación irregular legitimaba una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad, derivada de una concepción del menor como objeto de compasión-represión. Sin embargo, según García Méndez, la ley procedente de esta doctrina no se aplicaba en la práctica a todos los miembros de la clase infancia, sino sólo a los menores, es decir, aquellos cuyas necesidades básicas están parcial o totalmente insatisfechas, a diferencia de los niños y adolescentes, quienes tienen cubiertas sus necesidades básicas y cuentan con los medios para eludir la ley. Para los menores, toda ley basada en la situación irregular poseía la capacidad para decidir cada uno de los movimientos de su vida cotidiana: “desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad” (García Méndez 1999, p. 26).

La concepción del niño como ser completamente vulnerable y dependiente dio como resultado esta falta de seguridad jurídica en el tratamiento penal, puesto que no se concebía la necesidad de reconocer garantías procesales, sino de proteger tanto al niño como a la sociedad, y con este objetivo se asignaba al juez la función de sustituir al padre de familia y aleccionar al menor descarriado. La Convención parte de una concepción distinta del niño y le reconoce el derecho al debido proceso legal, con las adecuaciones necesarias tanto en el procedimiento como en la imposición de las sanciones, reconociendo así un cierto nivel de autonomía y

⁴¹ Pese a compartir los mismo rasgos generales, el tratamiento jurídico a la infancia en América Latina tuvo una evolución propia, sobre todo en la praxis. Las ideas del movimiento de los reformadores (correcionalismo) se impuso en los países latinoamericanos, en donde se crean legislaciones específicas para la infancia; sin embargo, en las transformaciones concretas no ocurrió lo mismo, especialmente en dos aspectos fundamentales: “a) la no instauración efectiva de los tribunales previstos en la legislación específica... b) la persistencia —aun declarando su excepcionalidad— en la práctica de colocar menores en instituciones penitenciarias para adultos” (García Méndez 1999, pp. 62 y 63).

dando seguridad jurídica en caso de infracción a las normas penales. García Méndez considera que la Convención representa una transformación en el reconocimiento de los niños como una sola categoría, independientemente de que hayan sido abandonados o hayan cometido un delito:

Del *menor* como objeto de la *compasión-represión* a la *infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos*, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el *menor* abandonado-delincente, como resultaba de la letra y más aún en la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular (García Méndez 1994, p. 83).

Esta nueva doctrina, a la que llama “protección integral”, está compuesta por un conjunto de normas del que la Convención es el dispositivo central y constituye un cambio de paradigma respecto al tratamiento durante la infancia. La protección integral, que tiene como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño, condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención sobre los Derechos del Niño.
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) (García Méndez 1999, p. 29).

La importancia de la Convención radica no sólo en que proporciona un marco general de interpretación de las demás leyes, sino que además ha sabido llamar la atención sobre la importancia de la dimensión jurídica en la lucha por mejorar la situación de los niños, desencadenando un proceso de reformas legislativas en muchos de los Estados partes:

No caben dudas de que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto

de esta normativa. Pero no son sólo razones de carácter estrictamente jurídicas las que explican la importancia de la Convención. Además, ha sido precisamente este instrumento el que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales cuanto del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia (García Méndez 1999, p. 29).

Las transformaciones introducidas por la Convención exigen una definición legal de “menor infractor” centrada en el acto que se proscribe, evitando cualquier referencia a las condiciones biológicas, psicológicas o sociales del niño, lo que excluye los llamados “estados de peligro” que “subsumían en un solo sistema de control los problemas de carácter penal en el ámbito más amplio de lo asistencial, pero mediante una respuesta que, sin importar cómo se le denominara, tenía un carácter penal” (González y Cruz 1995, p. 48). Esta condición de menor infractor según la Convención requiere también de una edad mínima, antes de la cual no se puede considerar que se ha quebrantado la ley penal. Esta determinación se basa en el concepto de imputabilidad, que supone dos capacidades: la capacidad para comprender lo injusto del hecho y la capacidad para dirigir la actuación conforme a dicho conocimiento: “De aquí que para que se considere ausente la imputabilidad, y por ello se exima de responsabilidad criminal, se exija que el sujeto que ha realizado la conducta típicamente antijurídica sea capaz de comprender el significado antijurídico de la misma y dirigir su actuación conforme a dicha comprensión” (Lázaro 2002, p. 35). En este nuevo tratamiento a los menores hay un reconocimiento de la responsabilidad que deben asumir frente al orden social, pero a la vez se reconocen todas las garantías aplicables al régimen de adultos (González y Cruz 1995, p. 49):

- Principio de legalidad: se contempla en el inciso *a* del artículo 40, que exige la existencia de una ley previamente establecida para considerar que un menor ha infringido una norma penal.⁴²

⁴² Tanto las Reglas de Beijing como las Directrices de Naciones Unidas para la Administración de Justicia van más allá de la Convención en la garantía de este principio al insistir en la necesidad de crear leyes especiales para el caso de los menores en las que los tipos punibles sean, cuando más, los que lo son también para los mayores de edad (González y Cruz 1995, pp. 49 y 50).

- Principio de proporcionalidad de la respuesta penal: este principio, contemplado en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención, garantiza que la respuesta penal sea justa, acorde con la gravedad del delito cometido. La Convención reconoce dos tipos de proporcionalidad: una de carácter abstracto referida al delito, y que debe estar planteada en el tipo penal, y la otra de carácter concreto, que incluye factores contextuales de la comisión del delito.
- Principios procesales: el reconocimiento de las garantías procesales es exhaustivo, y además de las básicas se añaden algunas otras como el reconocimiento de las autonomías culturales y el derecho a la intimidad. Los principios procesales funcionan como límite a las potestades punitivas del sistema de control social de menores y garantizan que el juicio se apegue al hecho imputado; están reconocidos en los siguientes párrafos del artículo 40: *i)* derecho a la presunción de inocencia; *ii)* derecho de notificación, derecho de audiencia y derecho a la defensa; *iii)* principio de legalidad, derecho de audiencia, derecho a la jurisdiccionalidad y derecho a la defensa; *iv)* principio de no autoincriminación, principio de contradicción; *v)* principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, autonomía del órgano jurisdiccional; *vi)* reconocimiento de las autonomías culturales, y *vii)* derecho a la intimidad.
- Principios en materia de ejecución: la Convención se basa en el principio de subsidiariedad, es decir, que la privación de libertad sea el último recurso, siendo de este modo una medida de excepción, además de que una vez aplicada se considere una duración mínima de los periodos de reclusión, como lo dispone el artículo 37, que garantiza asimismo la separación de los adultos en caso de privación de la libertad, a tener contacto con su familia, prohibición de la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, etcétera (González y Cruz 1995, pp. 49-55).

Los principios contenidos en el artículo 40 son reconocidos también a los adultos y son fundamentales para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica. Se establece también la obligación por parte del Estado de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños, todo esto teniendo como base el respeto a la dignidad del niño y tomando en cuenta la edad y la función de reintegración social de

la pena. Este artículo también protegería una esfera de inmunidad para los niños al obligar a los Estados a establecer una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, aunque la Convención es omisa respecto de cualquier orientación sobre cuál sería el límite apropiado.

En este conjunto de derechos se refleja con claridad la profunda transformación en el concepto de niño, sobre todo de adolescente, ya que como la misma norma indica, antes de cierta edad los niños (y se entiende los niños pequeños) no pueden ser considerados infractores de las normas penales. En primer lugar, se reconoce la responsabilidad del menor en la comisión de un acto ilícito, lo que supone la aceptación de actuar de manera autónoma, consciente y con discernimiento; sin embargo, esto no obsta para reconocer la especificidad de la etapa adolescente, es decir, que a pesar de ser capaz de conocer los hechos y obrar de acuerdo con éstos, existe una presunción de que estas capacidades no son iguales a las adultas y por tanto las consecuencias penales son distintas. Por otra parte se acepta que la sociedad tiene también una responsabilidad en la comisión del hecho ilícito y se establece como objetivo la reintegración del menor infractor a la comunidad. La Convención (junto con las demás normativas que complementan la protección integral) logra un equilibrio entre la función protectora de la ley y el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derechos, admitiendo el valor de la seguridad jurídica para el niño en la misma medida que a los adultos, pero buscando al mismo tiempo generar condiciones de igualdad, reconociendo las diferencias en la responsabilidad entre niños y adultos a través de la legislación y tribunales especializados.

En opinión de Freeman, la Convención no es más que un inicio (Freeman 1997, p. 59), pero en mi opinión un inicio nada despreciable en tanto permite vislumbrar la vigencia de un nuevo paradigma respecto de las características y capacidades de los seres humanos durante los primeros años de la vida, pero sobre todo acerca de la importancia de la atribución de derechos a los niños. A pesar de las grandes limitaciones de la Convención, es necesario resaltar el nuevo papel protagónico que atribuye al niño y a su bienestar en todos los asuntos que le afectan directa o indirectamente. El reconocimiento de cierto tipo de derechos, sobre todo relacionados con las libertades de participación, opinión y expresión, abren nuevos caminos para hacer de la Convención y de las leyes nacionales

que de ella derivan, instrumentos abiertos al diálogo y susceptibles de ser enriquecidos en su interpretación y aplicación a través de la palabra de los niños.

El gran avance que supone el reconocimiento de derechos vinculados con las necesidades de autonomía, tan ajenos al mundo infantil hasta hace muy poco tiempo, habla también de esta evolución derivada del conocimiento del niño y adolescente, gracias —en muy buena medida— a las herramientas proporcionadas por las disciplinas encargadas del estudio de esta etapa de la vida humana. En consecuencia, se hace necesario el continuar en este esfuerzo de interdisciplinariedad en la aplicación concreta de los derechos de la Convención en las legislaciones internas y en la interpretación de los derechos de los niños.

Falta aún un largo camino por recorrer en dos sentidos: en primer lugar, en el reconocimiento o reforzamiento jurídico de algunos derechos, entre los que resaltan —como se mencionó ya— los relativos a las necesidades sexuales y a la participación dentro de la familia. Es necesario también fortalecer los mecanismos para garantizar el derecho a ser escuchado y tomado en consideración, pues la ambigüedad de las disposiciones puede ser un obstáculo para que este derecho fundamental para el ejercicio de otros derechos sea efectivamente respetado. Pero el otro gran reto no se refiere ya a la protección jurídica, sino a las condiciones fácticas en las que vive la mayoría de los niños del mundo y que tornan prácticamente imposible la aplicación de los derechos de la Convención, sobre todo por la falta de las condiciones mínimas que hagan posible la supervivencia y el desarrollo.

No todos los derechos de la Convención son derechos humanos en sentido estricto, pues muchos de ellos son derechos instrumentales respecto de otros. En este sentido, podría considerarse que forman parte del denominado proceso de especificación, aunque no de la forma que plantea Bobbio, quien toma como referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos, aun cuando en el preámbulo de la Convención se haga referencia al derecho de la infancia a cuidados especiales contenido en la Declaración. Parece ser que el proceso de especificación se da en efecto, pero no a partir de los derechos positivos del tratado internacional sino de los derechos derivados de los intereses relacionados con las necesidades humanas, y por ello es posible encontrar su fundamentación en los principios de autonomía, igualdad y dignidad.

Creo que un catálogo de derechos humanos básicos, en el sentido de intrínsecos —utilizado por Campbell (que su justificación no depende de su papel como garantes de otros objetivos)— no difiere demasiado del que deriva de las necesidades de los niños y adolescentes propuesto por Ochaíta y Espinosa. En otras palabras, parece ser que una adecuada identificación, también para los derechos humanos de los adultos, podría proceder de las necesidades de salud física y autonomía, propuesta por Doyal y Gough, en el sentido de que pueden ser consideradas “exigencias éticas justificadas especialmente importantes, que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico y la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres”, y en tal virtud derivarse de los principios de autonomía, igualdad y dignidad de la persona, aunque esto supone colocar en el mismo nivel los derechos llamados sociales, económicos y culturales y los derechos civiles y políticos, cosa en la que no estarían de acuerdo muchos autores.

Si los derechos humanos, de acuerdo con la definición expuesta, se refieren a bienes de fundamental importancia para la existencia humana, no podemos limitarlos a las libertades civiles y políticas, pues ello excluye no sólo a los niños, sino a millones de seres humanos que viven en condiciones de insatisfacción de las necesidades básicas. El reconocimiento del valor moral de cada individuo supone la aceptación de una exigencia ética fuerte para que tenga los bienes necesarios para buscar su propia realización, y es evidente que esto no se puede lograr mediante la simple atribución de la libertad para que cada quien pueda buscar sus propios medios de subsistencia. La situación actual exige reconocer una pretensión para generar condiciones de equidad. La marginalidad de millones de seres humanos no sólo compromete su propia dignidad moral, sino la de los afortunados que gozamos de los medios proporcionados por la sociedad de bienestar, pues pone en tela de juicio la atribución de nuestro propio valor moral cuando permanecemos indiferentes ante las injusticias que padecen otros seres humanos.

Es innegable también que los derechos de los niños están engarzados con las condiciones de sus padres, no solamente por la potestad que pueden ejercer sobre ellos, sino porque la situación familiar afecta la satisfacción de las necesidades de los niños. Si los padres carecen de recursos, poco podrán hacer para satisfacer las necesidades de salud física de sus

hijos, pero también si viven sujetos a horarios de trabajo extenuantes se dificulta la vinculación afectiva, la interacción con adultos o el derecho al esparcimiento. El fenómeno del maltrato infantil en los países desarrollados obliga a una reflexión seria acerca de las condiciones de vida que requieren tener los adultos para satisfacer adecuadamente las necesidades del niño, no sólo en el plano de salud física, ya que esto aparentemente no representa un problema en los Estados de bienestar, sino respecto de la autonomía. La Convención quiere establecer una homogeneización en el punto de partida, es decir, que todos los niños tengan las condiciones básicas de desarrollo que les permitan asumir la autonomía al alcanzar la mayoría de edad sin desventajas, aunque debe ser interpretada teniendo también en consideración los intereses presentes del niño. Pero este tratado constituye una gran aportación respecto de la igualdad en otros dos sentidos —en opinión de García Méndez— pues contribuye, por una parte, a cerrar la brecha entre “hombre” y “ciudadano” con base en un nuevo concepto de ciudadanía que permita incluir a los niños y adolescentes, así como también ayuda a superar la distinción entre “niños” y “menores”: “En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes” (García Méndez 1999, p. 237).

Para finalizar, conviene recordar que el concepto de “interés superior del niño” (consagrado en el artículo 3o.) debe ser considerado como clave de interpretación de la Convención, entendiéndolo desde la perspectiva de necesidades básicas y la concepción del niño como persona moral titular de derechos humanos, derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad en las amplias acepciones planteadas a lo largo de este trabajo.