

CAPÍTULO TERCERO

EL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 159

I. Las teorías sobre el concepto de derecho subjetivo 160

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

1. Derecho como pretensión 168

2. Derecho como privilegio (permiso o libertad) 176

3. Derecho como potestad 184

4. Derecho como inmunidad 191

5. Críticas al modelo de Hohfeld 195

A. Críticas relacionadas con la terminología utilizada por Hohfeld 196

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

C. Críticas a la tesis de la correlatividad 201

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO TERCERO

EL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

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

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

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

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

I. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De:

(1) *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* lo ayude se sigue:

(2) *b* está obligado frente a *a* a ayudar a *a* y viceversa. (2) expresa una *obligación relacional*. Por el contrario, (3) *b* está obligado a ayudar a *a* expresa una obligación no relacional. El que exista esta obligación no significa que *a* tenga frente a *b* un derecho a una ayuda. Puede suceder que nadie o que algún tercero tenga derecho a ello.

...los enunciados sobre derechos a algo y los enunciados sobre obligaciones relacionales describen lo mismo, una vez desde la perspectiva de *a* y otra desde la perspectiva de *b* (Alexy 2002, pp. 201 y 202).

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

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

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

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

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

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

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

1. *Derecho como pretensión*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para Ross equivale a que A puede poner en movimiento la maquinaria jurídica para obtener una sentencia contra B; o que el hecho de que A inicie un juicio es condición necesaria para que se pueda condenar a B¹⁰ (Ross 1977, pp. 155 y 156).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal como se desprende de los ejemplos citados y como han dicho muchos autores, es evidente que un solo derecho generalmente involucra una gran variedad de relaciones jurídicas para su protección y eficacia. Sin embargo, es posible distinguir en muchas ocasiones cuál es el tipo de relación que constituye el núcleo de un derecho: si es una pretensión, libertad, inmunidad o potestad.

2. Derecho como privilegio (*permiso o libertad*)

Al realizar un examen de precedentes judiciales, Hohfeld se encuentra con que el sentido técnico predominante del término *privilegio* es el de negación del *deber jurídico*. Es importante, continúa, distinguir el concepto de derecho en sentido estricto (pretensión) del de privilegio, ya que mientras el correlativo del primero es un deber, el correlativo del segundo es un *no derecho*, y es frecuente la confusión de ambos términos. Por ejemplo, siguiendo con el caso del inmueble, citado para ilustrar en qué consiste la pretensión, afirma: “el correlativo del derecho de X a que Y no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene X de entrar es, de modo manifiesto, el «no-derecho» de Y a que X no entre” (Hohfeld 2001, pp. 51 y 52).

El opuesto de un privilegio es, como aparece en el cuadro correspondiente, un deber, ya que en la persona que es titular del privilegio está ausente la obligación de actuar de una cierta manera, aunque esto no se traduce en una incompatibilidad entre el privilegio y un deber cuyo contenido sea exactamente igual al del privilegio, es decir, el deber opuesto al privilegio es únicamente la obligación que tiene un contenido o tenor opuesto al del derecho (privilegio). Esto queda claro con el ejemplo expuesto: el privilegio de X de entrar en el inmueble significa la negación del deber de abstenerse de entrar. Empero, podría ser que el privilegio de X fuera también un deber si, por ejemplo, hubiese celebrado un contrato con Y en virtud del cual se obligara a entrar en el inmueble. Así, X tendría como opuesto a su privilegio de entrar en la propiedad el no deber de permanecer fuera de la misma, aunque también la obligación frente a Y de no abandonarla.

Para nuestro autor, el sinónimo más cercano para designar un privilegio jurídico sería el de *libertad* jurídica, aunque señala el inconveniente de no ser tan precisa como el término privilegio, por ser utilizada con

frecuencia para referirse a la libertad física o personal o para referirse a la libertad política general, en lugar de la relación entre dos individuos. Es incorrecto también confundir un privilegio con una *licencia*, ya que ésta hace referencia a un conjunto de hechos operativos necesarios para crear un privilegio particular.

Se ha señalado que el concepto de privilegio puede ser usado en dos sentidos; en primer lugar, como negación de un deber de hacer A o como negación de un deber de no hacer A, o como negación de un deber de hacer ambos. Al parecer, Hohfeld se refiere a ambas acepciones, pues considera que si una acción está ordenada, por consiguiente no está prohibida y por tanto es un privilegio, y sólo sería excluyente de considerarse como privilegio a la omisión de la misma. No obstante, esta opinión no es compartida por muchos autores, quienes estiman que en el lenguaje común el término privilegio se entiende como la negación de un deber de hacer y de no hacer A.

Hohfeld distingue también un privilegio de ciertos deberes y derechos que se presentan generalmente concomitantes a los privilegios, señalando que, aunque frecuentemente aparecen juntos, no deben ser confundidos. Por ejemplo, mi privilegio de caminar por el bosque generalmente va unido a deberes de otros de no interferir en mi derecho de caminar, pero se trata de cosas distintas: el privilegio deriva de una norma —o la falta de ella— que me impida caminar por ese sitio, mientras que mi derecho a no ser impedido de caminar es correlativo a la obligación de otros de no impedírmelo.

Ross mejora la terminología de Hohfeld y distingue entre conducta *libre* y conducta *permitida*, señalando que ambas tienen en común el hecho de que no están prohibidas. Mientras que calificar a una conducta como permitida puede significar que ésta es una conducta prescrita (como se permite cumplir con el deber propio), si una conducta es libre quiere decir que no está prohibida ni permitida, es decir, se encuentra fuera de las normas jurídicas y por tanto ni su realización ni su no-realización dan lugar a reacciones jurídicas: si C es libre, entonces también no-C es libre. Alexy también marca una distinción entre la que llama *posición libre* (conjunción de la negación tanto de mandato como de prohibición) y *permisión positiva* y *permisión negativa* (negación de prohibición y mandato, respectivamente). Por ello, continúa Ross, es imposible enumerar todas las libertades que tiene una persona, pues es aquello que

se encuentra fuera del ámbito de regulación de las normas jurídicas. Distingue también Ross entre *libertades generales* y *libertades especiales*, para las cuales reserva el término privilegios. Las segundas se distinguen porque se presentan como excepciones a las primeras, ya sea porque pertenecen a un solo individuo o porque aparecen como excepciones a una regla general aceptada. A este segundo tipo pertenecen las libertades reconocidas en muchas Constituciones en tanto esferas protegidas de la intervención estatal: libertad religiosa, libertad de expresión, etcétera.

La libertad en el sentido empleado por Ross tampoco implica la existencia de un derecho (facultad) frente a los demás; esto queda claro en el ejemplo: “Estoy en libertad de sentarme en un banco de Hyde Park. Pero esta libertad no me sirve de nada si el banco está ocupado. No tengo derecho a que otros me cedan el asiento” (Ross 1977, p. 159). Queda también patente la manera en que se entiende la afirmación de que los privilegios no implican el deber correlativo de no-interferencia para otros, al señalar que para evitar la lucha que se desencadenaría como resultado del choque de privilegios, se establecen ciertas facultades que limitan los medios para desplazar al prójimo: “Si estoy sentado en un banco, ciertamente no tengo la facultad de que otros me dejen sentar allí. Pero tengo la facultad de que los demás no me ataquen, y esto tiene el resultado reflejo de que (jurídicamente) no puedo ser sacado del banco por la fuerza” (Ross 1977, pp. 160 y 161). Mediante este ejemplo queda delimitada la diferencia entre el privilegio y la facultad, ya que ambos aparecen con frecuencia unidos en las normas.

Nino resalta también el hecho de que el derecho como ausencia de prohibición se refiere, en algunos contextos, a la ausencia de una disposición o principio que prohíba una conducta. Señala también que salvo que exista una norma de clausura que permita toda conducta no prohibida, se trata de una *laguna normativa*, por lo que el derecho en este sentido no implica protección a esa conducta (Nino 1989, p. 26).

Otra forma en la que se ha planteado esta situación expuesta por Nino y Ross es mediante la distinción entre permiso débil y permiso fuerte —o permisión directa—. El permiso débil es aquel que deriva de la inexistencia de una norma que contemple cierta conducta, de manera que al no estar regulada es una acción permitida pero en sentido débil, porque no podemos asumir que al no estar expresamente prevista el legislador haya tenido la intención de autorizarla. Dicho de otra manera, cuando existe

una laguna normativa, para utilizar la terminología de Nino, se entiende que la acción es irrelevante jurídicamente y por tanto no tiene consecuencias normativas. Los permisos fuertes, por el contrario, constituyen el contenido de una norma, es decir, son conductas que se autorizan directamente. Ahora bien, tal como dice Ross, es imposible enumerar todas las libertades por estar fuera, arguye, del ámbito de regulación de las normas jurídicas; sin embargo, esto no necesariamente es así, pues existe la posibilidad de que todas las conductas constituyan permisos en sentido fuerte por estar reguladas directamente. Esto eliminaría el problema de considerar que son conductas no previstas por el legislador, y se da cuando existe una norma de clausura en el ordenamiento, ya sea de tipo permisivo (todo lo no prohibido u obligatorio está permitido), prohibitivo (todo lo no permitido u obligatorio está prohibido) u obligatorio (todo lo no prohibido o permitido es obligatorio). Un sistema normativo con una regla de este tipo tiene la pretensión de ser un sistema hermético y completo, que contempla todas las acciones posibles y les da relevancia jurídica, de modo que no hay espacio para suponer que una conducta puede realizarse por no estar prevista dentro de la legislación. Esta sería una forma de contemplar todas las libertades humanas y adjudicarles consecuencias normativas.

En la obra de Alexy no es sencillo situar claramente los privilegios hohfeldianos (*no right, privilege*), pues por un lado afirma que están dentro del ámbito de los derechos a algo, y efectivamente los ejemplos que pone corresponden a un tipo de privilegios, pero por otra parte desarrolla ampliamente el tema de los permisos cuando habla de las libertades.¹² Alexy identifica dos tipos de derechos a algo: derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Parece ser que las libertades serían un tipo de derechos a acciones negativas, ya sea al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades y situaciones o a la no eliminación de posiciones jurídicas. Dentro del derecho al no impedimento de acciones distingue entre impedimento y obstaculización; el primero se presenta cuando se crean circunstancias que hacen fácticamente imposible la realización de la acción, mientras que el segundo se da cuando se crean condiciones que pueden impedir realizar una acción (cuando la obs-

¹² La clasificación de Alexy difiere de la de Hohfeld, pues está inspirada en Bentham. Clasifica las posiciones jurídicas en tres tipos: *derechos a algo, libertades y competencias*.

taculización tiene como resultado el que A no realice la acción, puede decirse que se ha impedido la acción de A). Alexy sitúa dentro de este grupo la libertad de movimiento, de manifestación de fe, de expresión, de opinión, de creación de una obra de arte, de reunión en una calle, de elección de profesión y de educación de los hijos.¹³

Al hablar de las libertades jurídicas, Alexy distingue entre libertades protegidas y no protegidas. Las segundas son aquellas que resultan de la conjunción de una permisión jurídica de hacer algo y una permisión jurídica de omitirlo. La libertad protegida, en cambio, requiere de un derecho añadido a la combinación de permisiones, como serían, por ejemplo, las normas de derechos fundamentales que permiten algo. En este sentido, una libertad protegida es algo mucho más complejo que la posición hohfeldiana de privilegio, pues incluye otra serie de posiciones jurídicas diversas, ya que está constituida por “un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar acciones permitidas” (Alexy 2002, p. 225).¹⁴

En efecto, si consideramos libertad en el sentido más amplio propuesto por Ross, los derechos a algo identificados por Alexy serían libertades especiales, es decir, aquellas libertades que constituyen una excepción a la regla general. El problema de la clasificación de Alexy puede ser que ésta tiene como fin abordar el tema de los derechos fundamentales, y parece que en su clasificación no traza la distinción entre el privilegio como posición jurídica y las facultades que generalmente aparecen vinculadas a la misma para protegerla.

Para concluir con la descripción genérica del concepto de privilegio es necesario apuntar que no resulta claro que todos los autores convengan en identificar simplemente el no-derecho como correlativo de privilegio (libertad) y aparentemente hay quien sostiene que a esta posición del su-

¹³ No parece muy claro, al menos desde mi punto de vista, que la educación de los hijos pueda (o deba) tener como núcleo una libertad de los padres. En mi opinión, ésta sería una de las posiciones derivadas del núcleo del derecho, que sería el derecho del niño a ser educado, entendiendo esta educación en su manera más amplia, incluyendo ser cuidado, protegido, etcétera. Esta visión refleja la postura sostenida durante mucho tiempo, y aun en nuestros días, de que los niños se encuentran dentro del perímetro de las libertades de los padres.

¹⁴ Alexy distingue también entre las libertades que están protegidas por un perímetro protector que denomina libertades *protegidas indirectamente*, mientras que las libertades que están contenidas por una protección de igual contenido son libertades *directamente protegidas* (Alexy 2002, p. 225).

jeto A corresponde una *abstención* del sujeto B. Hierro (2000a) parece afirmar que la posición relacionada con una libertad es una abstención: “La «abstención» es así la situación correlativa deónticamente de los permisos o libertades relacionales, y es también una situación que garantiza la autonomía de Viernes y Sábado, recíprocamente, para cumplir o incumplir sus obligaciones” (Hierro 2000a, p. 159).

Finnis señala que desde la teoría del interés, un privilegio se entiende como “la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar” (Finnis 2000, p. 233). Sin embargo, al definir cuándo podemos hablar de derechos subjetivos, parece incluir el privilegio como la exigencia de una no intervención: dice que podemos considerar hablar de derechos subjetivos cuando existe una exigencia o principio básico de la *razonabilidad práctica*¹⁵ o una regla derivada de que a una clase pertenece el beneficio de una “exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo *inter alia* cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna forma de bien)”¹⁶ (Finnis 2000, p. 234).

Martin (2001), por su parte, no niega explícitamente la correlatividad, pero se opone a considerar que una libertad que no establece una orientación normativa para nadie pueda ser constitutiva de un derecho. Utilizando el ejemplo puesto por Hohfeld en su libro para ilustrar la postura de privilegio, en el cual el derecho de un individuo a comer una ensalada se reduce a que las otras personas únicamente no pueden señalar el deber de parte del titular de no comer la ensalada, sostiene que este derecho es extraño, dado que no hay una orientación normativa “importante” para la conducta de otras personas, y por tanto los excluye de la categoría de derechos:

¹⁵ Mediante la *razonabilidad práctica* se determina cómo han de aplicarse los principios que expresan los fines generales de la vida humana a rangos definidos de proyectos, disposiciones o acciones, o a proyectos, disposiciones o acciones particulares, pues según Finnis sólo así adquieren lo que hoy se llamaría fuerza “moral” (Finnis 2000, p. 132).

¹⁶ Los otros beneficios que Finnis considera como que dan origen a un derecho subjetivo se ajustan a lo que se entiende por inmunidad e incompetencia, de acuerdo con la definición citada con anterioridad.

Parece que esta falta de distinción de Finnis se advierte también cuando habla de las posiciones jurídicas desde la teoría de la voluntad: “...todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente, no impidiéndole y obstruyéndola (libertad e inmunidad), ya afirmativamente, otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder)” (Finnis 2000, p. 233).

Entonces, del análisis que he estado desarrollando se desprendería que aquellas libertades (en el sentido de Hohfeld) que proporcionan una orientación normativa *insignificante* para la conducta de los demás (al ser correlacionadas con meras ausencias de derechos, por ejemplo) y que no se basan de manera importante en deberes establecidos (que, aunque independientes de la libertad, proporcionan un considerable grado de protección a su ejercicio) serían excluidas de la categoría de derechos (Martin 2001, p. 51).

El tema de las libertades es especialmente importante en el caso de los niños por dos razones:

En primer lugar, parece fácil asumir que, al hablar de las conductas permitidas, los casos de lagunas normativas en los sistemas jurídicos, esto es, conductas no reguladas expresamente, son acciones permitidas o libres. En otras palabras, serían permisos débiles para diferenciar el estatus deóntico de éstas con aquellas objeto de regulación expresa. El caso de los niños es distinto, pues en general no se asume que gocen de este espacio de libertad respecto de las conductas que no se encuentran contempladas por una norma. Hierro trata este problema (2000a, p. 155) y hace notar que un argumento que se utiliza en contra de la idea de permiso débil es que se considera absurdo suponer que en el caso de los niños todo lo que no está prohibido les está permitido, y se defiende más bien la existencia de una norma general prohibitiva para los menores de edad. Hierro, en cambio, se inclina hacia una visión en la que los agentes de socialización van introduciendo paulatinamente reglas de conducta, de acuerdo con la capacidad de comprensión moral de cada etapa de la infancia. Opino también que parece absurdo dar validez a esta idea de norma general prohibitiva, ya que uno de los presupuestos básicos es que las conductas prohibidas pueden ser posibles, y aplicando dicha regla llegaríamos a tener que sostener que —utilizando el ejemplo de Hierro— un bebé recién nacido tiene prohibido fumar o que un niño de tres años tiene prohibido conducir; y esto sin mencionar la grave violación a la satisfacción de la necesidad de autonomía en cada una de las etapas de desarrollo, que han sido ampliamente tratadas en los capítulos precedentes. Parece mejor considerar, y así se ha hecho al legislar para la infancia, que toda una serie de conductas que se consideran inadecuadas para los niños (entre las cuales podemos incluir desde fumar, beber y conducir hasta casarse, trabajar y transitar libremente) no entrarían dentro de la

categoría de una norma general prohibitiva, sino que serían consecuencias derivadas de otras pretensiones como la de ser cuidado y alimentado, o protegido de riesgos físicos y psicológicos.

El segundo tema al que nos enfrentamos tratándose de las libertades en el caso de los niños es que éstas deben ser entendidas considerando el ámbito de la familia y la autoridad paterna. Es decir, se debe asumir que gran parte de la regulación en la conducta de los niños dentro de los sistemas jurídicos se encuentra delegada o reservada —por llamarlo de alguna manera— a la autoridad de los padres; no en vano Alexy cita como ejemplo de uno de los derechos a acciones negativas la libertad de los padres de educar a sus hijos. Tenemos que admitir entonces que en cierta medida las libertades se encuentran más limitadas en el caso de los niños que en el caso de los adultos en atención a su desarrollo y a la falta de autonomía.

En el tema de las libertades en el caso de los niños tenemos que tomar en cuenta también que su regulación obedece a la necesidad de protección para facilitar el desarrollo, y en especial el desarrollo de la autonomía y, por tanto, de las libertades futuras. En otras palabras, se sacrifican libertades presentes —libertades que se reconocen a los adultos de las cuales se excluye a los pequeños— para preservar libertades futuras. Así, por ejemplo, el niño tiene limitada su libertad de trabajar o celebrar contratos sobre sus bienes para garantizarle un adecuado desarrollo, de manera que cuando pueda decidir por sí mismo tenga salvaguardada su integridad física y mental y su patrimonio.

En la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos varios ejemplos de derechos cuyo núcleo está formado por las llamadas libertades especiales, que constituyen una esfera de protección de la intervención estatal (que comparten con los adultos en el sentido de que son derechos de libertad tradicionalmente reconocidos): el artículo 13, que establece la libertad de expresión, y el artículo 15, que reconoce la libertad de asociación. El artículo 14 es un ejemplo interesante de la peculiaridad de los derechos de los niños debido a la existencia de la autoridad paterna, ya que para tratar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en primer lugar se establece la obligación de los Estados de respetar estas libertades, pero enseguida se reduce esta esfera de protección para contemplar los derechos de los padres:

Artículo 14

1. Los Estados partes respetarán el derecho de niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Uno de los derechos más típicamente específicos de los niños es el derecho al juego que la Convención recoge en el artículo 31, y resulta interesante pensar desde la óptica de las relaciones jurídicas de Hohfeld cuál es la posición nuclear del mismo. Si tomamos en consideración las características del juego infantil descritas en los capítulos precedentes, en mi opinión éste debe entenderse como una libertad —especial por ser específica de los niños—, que evidentemente se complementa con otras relaciones jurídicas. El juego en el niño es algo espontáneo, que él mismo hace por imitación y que constituye una herramienta indispensable para el desarrollo. De modo que este derecho puede entenderse como la libertad de dejar al niño desarrollar sus propios juegos, relacionándose con otros pequeños sin intervención de los adultos (más que en caso necesario, evidentemente). Conlleva también la necesidad de dejar tiempo y espacios libres para que el niño pueda ejercitar su actividad lúdica, aunque muchos adultos erróneamente interpretan que el derecho al juego consiste en dotarlo de juguetes y actividades para que esté ocupado. Esta última actitud demostraría un caso en el que no se atenderían adecuadamente las necesidades y por tanto se violaría este derecho tan importante, por no comprender el tipo de relación jurídica que supone. Parece que con este ejemplo queda de manifiesto otra de las utilidades del sistema de Hohfeld, por lo menos en el caso de los niños: la de resaltar la trascendencia de que la posición jurídica núcleo sea entendida como tal y así sea protegida. Finalmente, lo que refleja también en este caso es hasta qué punto es importante que comprendamos la necesidad de estas *libertades* para los niños, fundamentales para el desarrollo de la autonomía.

3. *Derecho como potestad*

Siguiendo con la clasificación hohfeldiana llegamos a la tercera de las posiciones que se suele identificar como derecho subjetivo: la *potestad*,

que este autor define como la capacidad de producir cambios en una relación jurídica determinada:¹⁷

Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que la persona (o personas) cuyo control es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego (Hohfeld 2001, p. 68).

Frente al sujeto A que tiene la potestad está la *sujeción* de un sujeto B. Hohfeld ejemplifica de qué manera se produce esta relación: el propietario de una cosa mueble tiene la potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa (derechos, potestades, inmunidades, etcétera) mediante la totalidad de los hechos operativos que constituyen el abandono, y al mismo tiempo la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, como sería la potestad de adquirir el dominio del mismo mediante apropiación. Otro ejemplo que arroja luz sobre el término es la situación de sujeción en la que se encuentra una persona que ofrece alojamiento al público frente a la potestad de quien solicita el mismo cumpliendo con los requisitos estipulados. El solicitante tiene el poder de imponer al posadero el deber de darle hospedaje, y en caso de negativa del segundo, el primero tendrá una acción. Por otra parte, este tipo de relación jurídica se da también en los casos de representación (*agency*) o en una oferta de compraventa. Lo opuesto de la potestad es una *incompetencia*.

A diferencia de las otras relaciones jurídicas, la posición correlativa a la potestad, es decir, la sujeción, no siempre constituye una situación ne-

¹⁷ Cruz (1999, p. 85) añade al señalamiento de Hohfeld acerca de las causas que pueden dar lugar a un cambio en una relación jurídica: la necesidad de que exista una norma que así lo prevea: “Para entender esta relación jurídica es oportuno señalar que toda relación jurídica está sujeta a cambio, el cual tendrá lugar cuando: a) una norma establezca que algún hecho o grupo de hechos tengan lugar y éstos no estén bajo el control de la voluntad de algún individuo; o b) la norma establezca que la realización de ciertos actos, bajo el control de uno o más individuos, en determinadas circunstancias modificarán una relación jurídica, y es el caso que tales actos tienen lugar” (Cruz 1999, p. 85).

gativa o desfavorable para quien se encuentra en ella, pues el ejercicio de un poder puede crear en la persona sujeta un privilegio, como es el caso del otorgamiento de licencias, exención de impuestos, etcétera (aunque es necesario puntualizar que hay quien no está conforme con considerar las potestades públicas como derechos subjetivos). Hohfeld no da cuenta de esta doble faceta de la sujeción, y por ello acepta como sinónimos los términos *sometimiento* y *responsabilidad*, que sugieren otro significado de este concepto. Esta actitud es comprensible, porque de otra manera Hohfeld hubiera tenido que admitir que sujeción se utilizaba de alguna forma como otra acepción de derecho subjetivo, de modo que se limita a relacionarla como correlativo del vocablo potestad. La sujeción no implica estar obligado, pues un testador tiene la potestad de modificar la situación jurídica de su heredero, pero éste no tiene la obligación de aceptarlo (Cruz 1999, pp. 139 y 140). Ross señala también el inconveniente de que el término sujeción tiene una connotación negativa, a pesar de que existen situaciones “positivas” en esta posición, por ejemplo la sujeción de los ciudadanos a la potestad del legislador, la de los herederos a la del testador, quien hace una oferta al destinatario de ella, etcétera (Ross 1977, p. 161).

Hierro, por su parte, habla también de la postura que se limita a considerar como derechos subjetivos únicamente las potestades reconocidas a las personas en sus relaciones particulares, negando que las concedidas a individuos en cuanto autoridades normativas sean tales, ya que se les vincula con el ejercicio de las funciones derivadas de su cargo público. Hierro atribuye esta actitud a dos causas: en primer lugar, a la identificación de un derecho subjetivo como una posición favorable al sujeto, con la correspondiente situación negativa para quien está en la posición correlativa, lo que no sucede en estos casos, ya que más bien se asimilan las potestades públicas al cumplimiento de una obligación. Por otra parte, existe una tendencia a vincular el ejercicio de un derecho subjetivo con una libertad, una acción facultativa que queda a discreción del sujeto ejercer o no, características que no presentan evidentemente las potestades públicas. Sin embargo, como ya hemos visto, no todos los derechos poseen esta característica de ser discrecionales, además de que, como dice Hierro, analíticamente no hay distinción entre ambos tipos de potestades, ya que las dos implican la competencia de un individuo para regular la acción de quien se encuentra sujeto a él (Hierro 2000a, p. 164).

Alexy sitúa los poderes o potestades en el grupo de las competencias, distinguiéndolos de la permisión por el hecho de que esta última posición no modifica situaciones jurídicas. De las competencias en general señala que son un *poder hacer* conferido expresamente por el ordenamiento jurídico y cuya relación conversa es una *sujeción*: “Si *a* tiene frente a *b* la competencia para modificar una posición de *b*, *b* se encuentra frente a *a* con respecto a esta posición en una situación de sujeción y viceversa” (Alexy 2002, p. 236). Alexy destaca la importancia de distinguir de entre los actos jurídicos aquellos que son efectivamente el ejercicio de una competencia, pues no toda acción que modifica una situación jurídica es un ejercicio de ésta. Para probarlo cita como ejemplo la comisión de un acto delictivo que efectivamente modifica la situación jurídica, ya que puede dar lugar al surgimiento de una obligación del pago de daños y confiere derechos de compensación, pero que no puede considerarse como el ejercicio de una competencia. Habla también de las *normas de competencia* —al igual que Ross— que marcan la diferencia entre lo que es el poder fáctico y la competencia, ya que las “acciones que constituyen ejercicios de competencia son acciones institucionales”, es decir, que para ser realizadas presuponen reglas constitutivas cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia la nulidad o deficiencia del acto. Respecto de los derechos fundamentales —que como hemos dicho son el tema principal de su obra— las competencias del ciudadano se relacionan con las libertades, dado que amplían el campo de acción del individuo: “la libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto” (Alexy 2002, p. 238).¹⁸

Ross ubica la relación jurídica sujeción-competencia en el ámbito de las normas de competencia,¹⁹ aunque señala que la competencia es un caso especial de potestad: “la competencia es la potestad de disposición y es ejercida por una declaración dispositiva, esto es, una declaración que normalmente produce efectos jurídicos concordantes con su contenido” (Ross 1977, p. 160). Señala asimismo que, por regla general, los particu-

¹⁸ Alexy señala también respecto de las libertades y las competencias: “Mientras que en el otorgamiento de una libertad jurídica... el orden jurídico se comporta pasivamente frente a la alternativa de acción, en el otorgamiento de una competencia se comporta activamente, crea una alternativa de acción” (Alexy 2002, p. 239).

¹⁹ Ross señala también que “las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también pueden ser interpretadas como directivas para los tribunales” (Ross 1977, p. 33).

lares sólo son competentes para efectuar disposiciones que los obligan a sí mismos, mientras que las autoridades pueden obligar también a otras personas. Sin embargo, puede haber casos en que una disposición antecedente hecha por otra persona faculte a un sujeto a hacer disposiciones que obliguen a dicha persona; tal es el caso del que hace una oferta y con ello confiere al destinatario la potestad de obligar a quien la hizo mediante su aceptación.

Por último, Finnis utiliza el término potestad en el sentido de “la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo” (refiriéndose a exigencia de la razonabilidad práctica, siendo A el titular de la potestad) (Finnis 2000, p. 234).

Al hablar de los niños y las potestades debemos considerar dos perspectivas: en primer lugar, analizar si es posible que los niños sean titulares de alguna potestad, y en segundo de qué manera se ubican en la posición de sujeción. A diferencia de las pretensiones, en donde fácilmente encontramos ejemplos de derechos formulados como tales y en cambio nos es más difícil identificar o imaginar una relación jurídica en la que el niño sea el obligado frente a otra persona, resulta más sencillo imaginarnos al niño en una situación de sujeción que como titular de una potestad. Ejemplo de esta segunda afirmación es una de las instituciones más antiguas de tratamiento a la infancia: la patria potestad.

Efectivamente, al pensar en los derechos de los niños desde el punto de vista del poder, resulta claro que, independientemente de la posición teórica que se sostenga sobre los mismos, el niño se percibe en mayor o menor grado dentro de la esfera de derechos que constituyen la patria potestad de los padres. La diferencia derivada de la postura que se sostenga respecto de la autonomía de los menores de edad marcará una diferencia en la fundamentación, ejercicio y límites de la misma, pero, salvo algunas posturas liberacionistas, no es habitual negar la existencia de esta autoridad reconocida a los progenitores. Aunque, como se ha expuesto en el primer capítulo, la patria potestad ha evolucionado a lo largo de la historia, ha sido una constante a través del tiempo y se le ha vinculado estrechamente con la situación de minoría de edad: ser adulto significaba la emancipación de la patria potestad, superar la sujeción derivada del hecho de ser dependiente o incapaz.

Resulta entonces interesante analizar si el núcleo de esta institución tan compleja es una potestad como la entienden Hohfeld y sus seguidores, que da origen, como es evidente, a una gran variedad de derechos,

deberes, inmunidades, etcétera. Por ejemplo, Ross menciona como un caso de potestad: “los padres tienen potestad para permitir que sus hijos de cierta edad contraigan matrimonio” (Ross 1977, p. 160). No está claro si en este tipo de casos se puede entender el poder como motivado por la posición de sujeción del hijo como beneficiario, algo así como quien se beneficia por el otorgamiento de una licencia, o como una sujeción derivada de un poder del padre de controlar la vida de sus hijos. La postura tradicional sería la segunda, aún sostenida por muchos, mientras que la concepción moderna se inclina por la primera. La Convención reconoce la visión favorable a la infancia introduciendo el concepto de interés superior del niño, que se entiende como finalidad del ejercicio de los poderes paternos y al mismo tiempo límite de los mismos.

La Convención no habla expresamente de patria potestad, aunque reconoce varios derechos y obligaciones relacionados con ésta, como el derecho de los padres o personas responsables del niño a dirigirle en el ejercicio de los derechos contenidos en la misma. Por otra parte, en el artículo 9o. se reconoce como un derecho del niño el no ser separado de sus padres y al mismo tiempo contempla la posibilidad de alejamiento en el caso de que sea objeto de maltrato o descuido, mientras el artículo 18 habla de las obligaciones comunes de ambos padres respecto de la crianza y desarrollo del niño. Aunque efectivamente no parece que estos derechos estén regulados a modo de potestad de los padres, entendida como poder para cambiar su situación jurídica, se entiende que la autoridad de los padres sobre los hijos es necesaria para su protección y desarrollo.

Esta posición se aprecia con mucho más claridad en la legislación interna, por ser ésta más específica. En el Código Civil Federal, la patria potestad establece la posición de sujeción que tiene el hijo frente al padre. Esta situación, como se ha dicho ya, tiene como objetivo la protección del niño y el que no falte nada para su desarrollo, así como el reconocimiento de los derechos de los padres a educar a sus hijos como mejor les parezca.

Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los menores...

Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

Cabe mencionar respecto de los supuestos en los que el niño puede ser titular de una potestad, que la filiación involucra también ciertos poderes de los hijos sobre los padres, aunque éstos no puedan ser ejercidos directamente. Al igual que sucede con las pretensiones, dependiendo de la postura teórica que se asuma será la conclusión de si éstas pueden ser consideradas o no derechos, pues no tendría el titular —en este caso el menor de edad— discrecionalidad en el ejercicio de las mismas. Pero suponiendo que para tener una potestad basta con la capacidad para provocar un cambio en alguna situación jurídica de un sujeto que se encuentre en una posición de sujeción frente al titular del derecho, me parece que podemos concluir que el niño efectivamente puede estar en una situación de potestad. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho del niño a conocer a sus padres establecido en el artículo 7o. de la Convención.²⁰ Si se ejercita este derecho, que depende del niño, cambia la situación jurídica del progenitor de muy diversas maneras, pues puede surgir, entre otras, la obligación de reconocerle y darle su apellido y los deberes relacionados con los alimentos.

De los pocos ejemplos de derechos que constituyen una potestad y que son reconocidos en la Convención, se encuentra el derecho a dar su opinión en los asuntos que le afecten y a ser escuchado en los procedimientos en los que esté involucrado que consagra el artículo 12:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya

²⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho a, “en la medida de lo posible... conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Este derecho se encuentra también consagrado en el artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: “El derecho a la identidad está compuesto por: C. Conocer su filiación y origen, salvo en los casos en que las leyes lo prohíban”.

sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Ejemplos como éste encontramos también en la legislación interna, como es el caso del derecho del niño mayor de doce años a dar su consentimiento para que la adopción pueda tener lugar (artículo 397 del Código Civil) o el derecho de los menores a ser oídos en los juicios de divorcio de sus progenitores para resolver todo lo relativo a la patria potestad, custodia y cuidado (artículo 283 del Código Civil), pues la consecuencia de la falta de estos requisitos debería ser la nulidad del acto, por ser el otorgamiento de la autorización o el ser escuchado elemento de validez del acto jurídico.

4. *Derecho como inmunidad*

Llegamos a la última posición mencionada por Hohfeld, la *inmunidad*, cuyo correlativo es una *incompetencia* y su opuesto una *sujeción*. El autor equipara la relación que existe entre una pretensión y un privilegio a la que existe entre una potestad y una inmunidad, ya que mientras que el privilegio es la libertad frente a la pretensión del otro, la potestad es el control afirmativo frente a otros sujetos en una relación jurídica, y por consiguiente la inmunidad es la libertad frente a una potestad con respecto a una relación jurídica. Utilizando nuevamente la propiedad de un inmueble como ejemplo, el autor muestra en qué consiste una inmunidad: "...X, propietario de un inmueble, tiene, como hemos visto, la potestad de enajenarlo a Y o a cualquier otra persona. Por otra parte, X tiene también varias inmunidades frente a Y y todos los demás. Porque Y está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo o a un tercero" (Hohfeld 2001, p. 81). Propone como sinónimos los términos *exención e impunidad*.

Ross, por su parte, se limita a comentar que la modalidad negativa inmunidad-incompetencia es análoga a la de libertad-no facultad, de modo que resulta, a su juicio, imposible enumerar y designar las inmunidades específicas: "Toda persona goza de inmunidad frente a cualquier otra persona, siempre que la otra persona no tenga una potestad en relación con la primera" (Ross 1977, p. 162). Aclara, empero, que se reconocen algunas inmunidades específicas, como las concedidas a ciertos funcio-

narios respecto de la jurisdicción de los tribunales o la de los ciudadanos frente a la legislatura cuando hay una norma expresa que limita su competencia.

Finnis reconoce también la posición jurídica de inmunidad como derecho y la define como “la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de este tipo” (Finnis 2000, p. 234).

Según la clasificación de Alexy, las inmunidades, al igual que las competencias —en el sentido hohfeldiano—, pertenecen a un mismo grupo que él denomina genéricamente *competencias*. Distingue las normas iusfundamentales que establecen normas de competencia negativa, cuya función es limitar las normas de competencia positiva: “De esta manera, coloca al Estado en la posición de no-competencia y a los ciudadanos en la de no-sujeción” (Alexy 2002, p. 240).

Para Nino, la posición jurídica denominada *inmunidad* alude a la “falta de competencia de un cierto órgano para alterar nuestra situación normativa o para realizar un acto que va en nuestro detrimento”, y señala que parece implicar la falta de normas y no la existencia de normas de algún tipo, especialmente si hay una regla de reconocimiento aplicable a los actos normativos del poder soberano que indique cuáles serán las normas aplicables de acuerdo a su procedimiento de creación. Cuestiona entonces si es que tiene sentido hablar de este tipo de derechos, al igual que en el caso de las lagunas normativas. Sin embargo, parece que este sentido no contempla todas las posibilidades que pueden dar origen a una inmunidad, pues aunque ciertamente la ausencia de regulación de ciertas acciones constituye una esfera de inmunidad, pueden existir también dentro de los sistemas jurídicos ciertas normas que crean inmunidades a través de una norma; es decir, el Poder Legislativo se autolimita para regular ciertos ámbitos de la vida de las personas. Hierro lo define claramente al señalar que en un análisis normativo se considera a la incompetencia como una situación de deber, “sin embargo, es claro que, bajo el punto de vista normativo, una situación de incompetencia es una situación de deber, es decir, una prohibición de mandar” (Hierro 2000a, p. 165).²¹

²¹ Hierro utiliza un ejemplo muy ilustrativo para ejemplificar cada una de las posiciones, pero en materia de inmunidad me parece especialmente útil: plantea la situación en la que se encuentra Robinson Crusoe en una isla a la cual llegan dos personajes, Viernes y Sábada, que adoran a dioses distintos. Una de las medidas que impone Robinson —que

La Convención contiene ciertas normas destinadas a establecer una inmunidad a favor de los niños, con el fin de proteger su desarrollo. Tal es el caso del artículo 38, que compromete a los Estados firmantes a impedir que los niños menores de quince años participen directamente en conflictos armados. En este caso, el Estado que asume esta obligación se autoimpone la limitación —entre otras cosas— de, por ejemplo, no dictar una norma que obligue a las personas en este rango de edad a integrarse al ejército en caso de guerra.²² Otro ejemplo de este tipo de derecho encaminado a proteger al niño es la obligación de establecer una edad mínima para trabajar del artículo 32.2, inciso *a*.

Otro de los ejemplos típicos de inmunidad lo constituye la inimputabilidad en materia penal que se encuentra en el artículo 40 de la Convención, que contempla el establecimiento de un régimen de administración de justicia especial para los menores de edad. El inciso *a* del numeral 3 establece la obligación de determinar una edad mínima para ser imputado penalmente, aunque por las características de la Convención, que deben ajustarse a muy diversas realidades de distintas culturas, no se especifica cuál debe ser ésta:

Artículo 40

3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

se adjudica la potestad de legislar— es la de no dictar leyes en materia religiosa: “Nunca dictaré ninguna norma que prohíba practicar ritos religiosos ni obligue a practicarlos” (Hierro 2000a, p. 159).

²² Aunque es evidente que este compromiso de los Estados partes va más allá de la inmunidad de no reclutar niños para participar como soldados del Estado, ya que implica también tomar medidas para evitar que los niños participen en conflictos armados como parte de otro tipo de fuerzas beligerantes; para ello tendrían que establecerse otras posiciones como derechos, deberes, etcétera.

Al ratificar la Convención y hacerla parte del ordenamiento jurídico, el órgano encargado de legislar de cada país se autoimpone la limitación de regular de una manera contraria a lo establecido en este instrumento, lo cual se traduce en que los menores de las edades determinadas en cada Estado parte tienen una inmunidad respecto de las normas penales, que no solamente son inaplicables para ellos, sino que el legislador es incompetente para legislar con el fin de hacerlas aplicables a los niños. Cabe recordar en este punto que, tal como se expuso en el capítulo primero, hasta hace relativamente poco la esfera de inmunidad del niño no se encontraba bien delimitada y existía una gran discrecionalidad por parte de las autoridades encargadas de la impartición y administración de justicia. Por una parte, existía una intuición a favor de dar un trato diferenciado a los menores que cometían conductas calificadas como ilícitas; sin embargo, esto se tradujo en la vulneración de las garantías procesales y de seguridad jurídica en materia penal. El juez actuaba como un padre de familia imponiendo las penas que consideraba adecuadas según cada caso, sin ningún criterio preestablecido y teniendo como resultado un amplio grado de indeterminación en las sentencias. Podría incluso decirse que la relación entre el juez y el menor infractor era más bien una potestad-sujeción. La inmunidad en materia penal, tal como se entiende en la Convención, ha sido uno de los grandes triunfos del siglo XX en materia de derechos de la infancia.

Las inmunidades tradicionales otorgadas a las personas en los Estados liberales tienen características distintas en el caso de los menores de edad, ya que no conforman una esfera independiente de toda injerencia. En el caso de los niños, la mayoría de las veces ciertas inmunidades se reconocen, pero limitadas por la intervención paterna, especialmente aquellas vinculadas a los aspectos en los cuales se considera inaceptable la intervención estatal por pertenecer al ámbito estrictamente privado, como es el caso de la libertad religiosa o la libertad de expresión. En este sentido, sí que podríamos decir que se consideran como una extensión de la inmunidad paterna, pues se entiende que éstos tienen el derecho (inmunidad) de transmitir a sus hijos ciertos valores que juzgan importantes.²³

²³ Esta postura ha sido cuestionada por quienes defienden la utilización del lenguaje de los derechos para los niños, pues refleja la visión de quienes sostienen la tesis opuesta y afirman que la autonomía de los padres tendrá como consecuencia el bienestar del niño.

Un ejemplo de ello es el artículo 14 sobre la libertad religiosa, que establece una obligación para el Estado de respetar la libertad de pensamiento, conciencia y religión del niño, pero al mismo tiempo incluye a los niños en la esfera de inmunidad de los padres al reconocer el derecho de éstos a dirigirle en el ejercicio de estas libertades:

Artículo 14

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Esta tendencia de incluir a los niños dentro de la esfera de inmunidad de los padres fue generalizada durante mucho tiempo. Toda la legislación del siglo XIX destinada a proteger a la infancia se basaba en la idea de que los niños eran posesión de sus progenitores, quienes tenían el control sobre sus vidas y su ser. Afortunadamente para quienes creemos en los niños como seres con necesidades, intereses, deseos y derechos autónomos, cada vez las leyes se inclinan más a reconocer al niño como un ser independiente y a reconocer la realidad de que no todos los padres protegen como sería deseable a sus hijos.

5. *Críticas al modelo de Hohfeld*

Como es lógico suponer, el modelo de conceptos jurídicos fundamentales propuesto por Hohfeld no está exento de críticas. Ya se ha visto cómo ha sido objeto de diversas reformulaciones, de modo que ahora se expondrán algunas de las objeciones que se le han hecho para analizar si es que pueden cuestionar su validez como instrumento para la comprensión de los derechos del niño. Es evidente que tratándose de una teoría que ha sido objeto de una gran cantidad de discusiones, tanto sus adeptos como sus críticos son muy numerosos y su estudio podría ser materia por sí misma de un trabajo de investigación completo, por lo cual me limitaré a señalar y resolver sólo algunas impugnaciones que considero relevantes

Incluso se ha llegado a sostener el “derecho del niño” a “padres más autónomos” (Freeman 1995, pp. 55 y 56).

para el tema de los derechos de los menores de edad. Es claro que las críticas están relacionadas entre sí; sin embargo, me parece que para fines metodológicos pueden ser clasificadas en cuatro grandes grupos:

A. *Críticas relacionadas con la terminología utilizada por Hohfeld*

Este primer grupo de objeciones puede a su vez subdividirse en otros dos niveles: en primer lugar, quienes juzgan inadecuada la terminología utilizada por el autor para designar las distintas posiciones jurídicas, es decir, consideran que el vocabulario utilizado es vago o ambiguo. Cruz no concede importancia a este crítica, por considerar, de acuerdo con Hart, que de cualquier forma nos encontraremos con el problema de la textura abierta del lenguaje, de modo que lo importante para quien pretende estudiar los conceptos propuestos es “ocuparse en determinar y entender su significado y aplicación” (Cruz 1999, p. 101).²⁴

El segundo grupo está constituido por quienes se oponen a la utilización del término *derecho subjetivo* tal como lo emplea Hohfeld. Estos autores se niegan a denominar *derechos* a los conceptos jurídicos por considerar que esta palabra designa algo distinto a lo que se propone en el ensayo. Esta objeción no es puramente lexicográfica, sino que afecta a la teoría en cuanto a que se opone a considerar como *derechos subjetivos* a las posiciones, alegando que éstas son otra cosa. En este grupo podemos situar la argumentación de Laporta, en el sentido de que las aportaciones inspiradas por Hohfeld confunden los derechos con las técnicas de protección de los derechos. Es decir que, para este autor, las posiciones jurídicas no serían derechos subjetivos, sino únicamente una manera de garantizar que ciertos contenidos se hagan efectivos. Los derechos serían entonces las razones que justifican la existencia de las normas constitutivas de las relaciones jurídicas; el derecho es, por tanto, un título que subyace a las técnicas de protección que se estructuran como pretensiones, poderes normativos, libertades, inmunidades, etcétera.²⁵ “Lo que

²⁴ Por otra parte, la obra de Hohfeld, como hemos visto, también ha sido objeto de nuevas propuestas terminológicas, como la de Ross, con el fin de hacer más precisos y redefinir algunos conceptos.

²⁵ Hay otros autores que distinguen entre el contenido de los derechos y los mecanismos para su protección, la diferencia es que muchos de ellos no se oponen a la utilización amplia del término derecho: Nino, Alexy y el mismo Ihering.

quiero sugerir es que los «derechos» son algo que, por así decirlo, está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status” (Laporta 1987, p. 27).²⁶

White se inclina también por una concepción del derecho subjetivo como un *título*. Después de hacer un recorrido en el que analiza los que a su juicio son los candidatos más comunes a desempeñar el papel de un fundamento lógicamente necesario y/o suficiente de un derecho,²⁷ concluye que no hay nada cuya sola naturaleza conceptualmente haga surgir un derecho y sostiene que tener un derecho es tener un título que acredita al portador para hacer o recibir algo, para ser o sentir algo, da una razón fuerte, ya sea moral, legal o de otro tipo a favor o en contra de cierta conducta. Un derecho otorga una inmunidad hacia cierto tipo de críticas que en otras circunstancias o en otros sujetos resultarían fundadas: “Whoever has a right has a title, something which entitles him, which gives him a sort of ticket of justification to do or be given so and so, to be or to feel such and such... it provides a strong reason, moral, legal or otherwise, for or against such behaviour, where it would be appropriate” (White 1984, p. 175).

Finalmente, Celano contrapone también la visión dinámica del derecho a la consideración de los derechos subjetivos como posiciones hohfeldianas. Ésta se inclina por rechazar que los derechos son relaciones jurídicas o agregados de dichas relaciones y los identifica más bien como aquello que justifica el reconocimiento o la atribución de un conjunto de posiciones, como razones para la imposición de deberes (Celano 2001, p. 46).

Para el análisis de estas objeciones puede ser de alguna ayuda la distinción de Alexy entre *a)* razones para los derechos subjetivos; *b)* derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, y *c)* imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos, y la de Ihering entre los elementos que constituyen el término derecho: 1) sustancial, el fin práctico, la utilidad o

²⁶ Para comprender la postura de Laporta (1987) es necesario situar esta crítica en el contexto completo de su teoría, ya que ésta se opone a la ampliación del catálogo de lo que se entiende como derechos humanos, y a esta intención responde su definición del término *derecho subjetivo*.

²⁷ Los “candidatos” a servir como fundamento de los derechos que somete a examen son: *right, good, need, duty, choice, claim, rules* y *title*.

ganancia que ha de ser proporcionada por el derecho, y 2) formal, entendido como el medio que se emplea para proteger el derecho. Es evidente que los autores que se oponen a la utilización de la palabra derecho para designar los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld se inclinan por identificar la primera de las acepciones tanto de Alexy como de Ihering como el único significado válido del término. La clasificación de estos juristas sirve para distinguir que, aunque la oposición es fuerte porque atañe al contenido mismo de los derechos, puede haber un punto de acuerdo en la justificación; es decir, las razones que fundamentan un derecho o medida de protección y que la discrepancia está en aceptar un uso restringido o amplio del vocablo.

Parece que ésta es una objeción que plantean quienes intentan justificar o construir una teoría sobre derechos humanos o derechos fundamentales —por lo menos esto parece claro en el caso de Laporta—, pues esta perspectiva de los derechos como algo diferente de los medios de protección permite sostener las características que se predicen de éstos: que son *universales*, en el sentido de que no dependen del reconocimiento de algún sistema jurídico para existir y, en todo caso, servir como fundamento para exigir que se instrumenten los medios para hacerlos efectivos; su carácter *prima facie*, que se refiere a que son exigencias morales vinculantes que desplazan otras consideraciones, y su *inalienabilidad*, es decir, que no puede renunciarse a su titularidad. El problema, desde mi punto de vista, es que ello da como resultado un concepto demasiado restringido sobre los derechos subjetivos, además de que no da cuenta de la importancia de las normas identificadas como mecanismos de protección de estos títulos o fundamentos para los derechos. Estas reflexiones cobran relevancia al intentar aplicarlas a los niños, pues la consideración de las posiciones jurídicas como derechos subjetivos está íntimamente relacionada con la autonomía, entendida en el doble sentido de la independencia que se les reconoce como centro de intereses y como necesidad que debe irse desarrollando a través del ejercicio de ciertos derechos, tal como se explicó en capítulos precedentes.

Me permito defender una acepción amplia del concepto de derecho subjetivo por dos razones, la primera meramente convencional, ya que me parece que lo contrario, es decir, una concepción restringida, no refleja el uso común del vocablo derecho. Aparentemente, en el lenguaje ordinario, y aun en el jurídico, nos referimos con este término a algo más

que a los contenidos o razones para la imposición de normas, y en este sentido opino que el análisis de Hohfeld es válido. Pero otra razón, que pretende ser justificativa, se relaciona directamente con el tema que nos ocupa, ya que una gran cantidad de autores que se inclinan por un uso restringido del término comienzan por excluir a los niños de la titularidad de los derechos. Además, desde la teoría de las necesidades expuesta anteriormente, los derechos entendidos en el sentido formal que describe Ihering son muy importantes en el lenguaje de los derechos de los niños, pues su reconocimiento significa un triunfo primordial en su consideración como personas; creo que esta conclusión se desprende del análisis de la Convención desde las distintas posiciones jurídicas de Hohfeld, sin que esto implique —por el momento al menos— una concesión a favor de la utilización ampliada del catálogo de derechos humanos.

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

Aunque, como es evidente, quienes formulan oposiciones terminológicas del tipo de las expuestas en el apartado anterior negarían también la utilidad de la teoría —y así lo expresan los autores—, podemos distinguir los argumentos que descalifican que la clasificación hohfeldiana constituya un instrumento útil para el análisis de los derechos. Celano denomina a la corriente que sostiene este tipo de razonamientos “*la rivolta contro l’ortodossia*” y la sitúa en los años setenta. Esta aproximación se caracteriza por oponerse tanto a la tesis de Hohfeld como a la de Hart, y por una inclinación de los críticos hacia la teoría del interés. El principal representante de esta teoría es Neil MacCormick, aunque su oposición es compartida y retomada por otros autores.

El argumento central de MacCormick (1977) es que resulta inaceptable la visión de los derechos de Hohfeld, debido a que es imposible reducir sin residuos éstos a posiciones atómicas entre pares de individuos, ya que ninguna serie particular de derechos resulta de una serie variable de pretensiones, poderes, etcétera. Señalan los críticos que un derecho no es una posición hohfeldiana o un agregado de tales posiciones, ya que una norma puede establecer una gran variedad de relaciones atómicas mediante un solo derecho; con pocas y simples palabras se pueden conseguir protecciones legales complejas, pero no al revés, ya que ningún conjunto de posiciones sería equivalente a un derecho. La ley puede establecer

una protección normativa que involucre uno, varios o todos los modelos identificados por Hohfeld y otros, lo que resulta contrario a la visión de los derechos como relaciones atómicas entre individuos. Para demostrarlo cita como ejemplo la sección 5(1) de la *Trade Union and Labour Relations Act 1974*, que establece el derecho del trabajador de no-exclusión y no-expulsión, los cuales, dependiendo de las circunstancias, se traducirán en pretensiones, poderes, etcétera:

But although such individual atomic relationships are derivable from the existence of the right conferred by the Act, the converse is not true. The legislature can establish the vast myriad of atomic relationships by establishing the right to non-exclusion and non-expulsion. It could not establish the latter by establishing the former (Of course, the legislature could establish a whole set of such 'atomic' relationships, but no particular set would be equivalent to the right actually established, which, depending on the circumstances which emerge, results in a variable set of claims, powers, etcetera) (MacCormick 1977, p. 206).

MacCormick propone imaginar los derechos como conceptos “institucionales” para comprenderlos mejor. En los derechos deben distinguirse tres tipos de provisiones: *institucionales*, que establecen las condiciones que cualifican al individuo; *consecuenciales*, que establecen las distintas protecciones normativas que disfrutan los titulares del derecho, y *despojo o terminación*, que indican el modo y condiciones para la cesación del derecho (MacCormick 1977, p. 207).

En otro sentido, se cuestiona también la utilidad de la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales con el argumento de que el vocabulario de las relaciones hohfeldianas es reducible a las modalidades deónticas básicas; es decir, cada una de las relaciones puede traducirse en términos de obligatorio, prohibido y permitido más la negación, y éstas gozan de prioridad conceptual y lógica. En consecuencia, siguiendo este razonamiento, el vocabulario de posiciones jurídicas podría ser eliminado del lenguaje normativo por ser redundante de las modalidades deónticas.

Para responder a estas impugnaciones que he relacionado con la utilidad de la teoría de Hohfeld, me permito utilizar la metáfora planteada por Hierro para explicar la relación entre las modalidades deónticas, los conceptos jurídicos fundamentales y las situaciones jurídicas complejas, a los que equipara respectivamente con los quarks, los átomos y las mo-

léculas. Dichos elementos se van combinando y forman parte del mundo con el que interactuamos en todo momento, a pesar de que a simple vista no percibimos estos componentes. Sólo en un laboratorio conseguiríamos distinguir estos elementos, lo cual no quiere decir que no existan ni que la investigación y estudio en este campo sea imposible o inútil. Lo mismo sucede en el mundo jurídico: “Tampoco nosotros, cuando nos movemos en el mundo jurídico —o mejor dicho: cuando nos movemos jurídicamente por el mundo—, nos encontramos simplemente con una libertad o con un deber, ni podemos ver aisladamente, como en un laboratorio, una responsabilidad o una sanción” (Hiero 2000a, p. 141).

En mi opinión, las modalidades deónticas y los conceptos jurídicos fundamentales son útiles para conocer mejor el funcionamiento del mundo de los derechos, en especial del lenguaje jurídico, y a comprender a qué nos referimos cuando utilizamos el término derecho subjetivo. Así ha sido patente a lo largo de mucho tiempo, sirviendo como punto de partida de la discusión moderna sobre los derechos, lo cual no quiere decir que la formulación original de Hohfeld no sea mejorable, como se ha tratado de exponer a lo largo del presente capítulo.

C. *Críticas a la tesis de la correlatividad*

Una de las críticas más frecuentes a la obra de Hohfeld —que ha sido objeto de exposición al explicar los derechos como pretensión— es, sin duda alguna, la relacionada con la correlatividad entre derechos y deberes, ya que, en su sentido más fuerte, de ésta se desprende la prioridad lógica de los últimos respecto de los primeros, con la consecuencia de que los derechos serían entonces reducibles a deberes y el lenguaje de los derechos redundante.²⁸

Muchos autores han discutido que ésta no es la idea que tenemos cuando hablamos de “tener un derecho”, pues generalmente el lenguaje normativo quiere expresar lo contrario, que el deber de otra persona es el resultado de la titularidad de un derecho. La tesis fuerte de la correlativi-

²⁸ Laporta es uno de los objetores de la tesis de la correlatividad y la utiliza como argumentación para sustentar el concepto de derechos subjetivos que defiende. Señala que Hohfeld parte de un presupuesto equivocado que es el de confundir “derechos con tipos de *protección normativa*” (Laporta 1987, p. 27).

dad terminaría por hacer inútil el lenguaje de los derechos, pues bastaría con definir una serie de obligaciones.

La argumentación en contra de la tesis de la correlatividad más conocida es la de Hart, con el ejemplo —expuesto en el apartado 3.2.1, correspondiente a los derechos y deberes— de las dos personas que se encuentran un billete en la calle y que, según este autor, tienen un derecho a coger el dinero sin que exista obligación correlativa. Como se dijo también, Hierro ha expuesto las razones por las que este ejemplo no logra demostrar lo que se propone.

Sin embargo, la mayoría de quienes se oponen a la teoría de la correlatividad en sentido fuerte sostienen, a diferencia de Hart, que existen deberes que no tienen un derecho correlativo; “mientras que los derechos son correlativos a determinados deberes, los deberes no son siempre correlativos a determinados derechos” (Hierro 2000a, p. 168). Concluye Hierro que, “por el contrario, los derechos si parecen ser, en todo caso, correlativos de deberes, lo cual supone que el concepto de «derecho subjetivo» designa una situación más compleja que la de «deber»”. De modo que parece que el valor de la obra de Hohfeld como instrumento para el conocimiento del derecho podría rescatarse si se sostiene una tesis de la correlatividad débil, es decir, que sin negar la existencia de la relación derecho-deber, admita que ésta no es una relación de necesidad y que pueden existir deberes sin derechos correlativos.

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

Finalmente, se reprocha a Hohfeld la falta de un criterio unificador de su teoría, es decir, los presupuestos de lo que ha de entenderse como derecho subjetivo en sentido amplio. En palabras de Finnis, el autor omite proporcionar un “postulado definicional posterior” que responda a los cuestionamientos de ¿cuándo diremos que existe un derecho-exigencia correlativo a un deber?, ¿en quién reside este deber? Los intentos de respuesta pueden clasificarse en dos grupos opuestos: la teoría del interés y la teoría de la voluntad.²⁹

²⁹ Finnis señala que la discusión entre las teorías del interés y de la voluntad derivan de un postulado definicional ulterior que Hohfeld omitió proporcionar: “Porque supuesto que B tiene un *deber* cuando, en virtud de una regla determinada, se le exige que actúe de

Para responder a este señalamiento hacia la obra de Hohfeld es útil recordar la intención³⁰ de su obra, que es ayudar a elucidar el significado de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas: “...si el título de este ensayo sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas —esto es, un estudio que podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación” (Hohfeld 2001, p. 28).

Parece entonces que esta pretensión es exigir demasiado del ensayo de Hohfeld, alterando su objetivo original. En consecuencia, este reproche no restaría valor a la obra como instrumento. Sin embargo, no puede negarse que lo argumentado por los autores que hacen este señalamiento deja al descubierto una realidad, que es la importancia que tiene el abordar la discusión sobre la naturaleza de los derechos subjetivos si es que se quiere tener un concepto completo. Por esta razón, será objeto de los siguientes apartados la discusión del concepto unificador de los derechos subjetivos.

Es posible concluir entonces que en la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos ejemplos de cada una de las relaciones normativas propuestas por Hohfeld. La importancia de esto deriva de que, al ser un instrumento ratificado por la mayoría de los países (aunque no tan claramente en muchos casos por la gran cantidad de reservas, como se verá más adelante), constituye derecho positivo. De modo que, independientemente de la fundamentación o argumentación a favor o en contra de los derechos de los niños, éstos existen en muchos ordenamientos jurídicos, aunque sea de manera incipiente y vaga en muchas ocasiones, y que éstos derechos se ajustan a la descripción tradicional propuesta por Hohfeld y por sus seguidores.

determinada manera, ¿cuándo diremos qué existe un derecho-exigencia correlativo a ese deber? ¿Y en quién reside este derecho-exigencia? A estas preguntas hay dos respuestas opuestas. La primera respuesta es que hay un derecho-exigencia correlativo al deber de B si y sólo si hay una persona determinable A en cuyo beneficio ha sido impuesto el deber, en el sentido de que él ha de ser el destinatario de la ventaja (presumible) derivada del cumplimiento de o la conformidad con su deber por parte de B; y que esa persona A tiene el derecho-exigencia correlativo al deber de B. La respuesta alternativa es que hay una persona A en el derecho-exigencia correlativo al deber de B, si y sólo si hay alguna persona A que tiene el poder de entablar una apropiada acción legal de reparación en el caso de que B deje de cumplir su deber” (Finnis 2000, p. 231).

³⁰ Se hace referencia aquí a lo que Carrió denomina la “pretensión moderada” de la obra de Hohfeld, citada con anterioridad.

III. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO EN LAS TEORÍAS DE LA VOLUNTAD Y DEL INTERÉS

Corresponde ahora intentar explicar el concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva del criterio unificador, es decir, hablar sobre la justificación de los derechos subjetivos, describir su naturaleza jurídica e intentar enumerar los rasgos comunes. Antes de entrar en materia es importante señalar que hay quienes, como Hart, niegan que existan tales rasgos, pues al reconocer que la teoría de la voluntad es incapaz de abarcar todos los usos que se hace en el lenguaje normativo del término derecho subjetivo, rechaza que exista una naturaleza común a todo lo que se considera como tal. El peligro de asumir una postura contraria a una caracterización general de los derechos subjetivos es que puede restar fuerza moral a este lenguaje, pues tendríamos que admitir como válido casi cualquier uso que quisiera dársele, por lo que me parece que es valioso el esfuerzo por intentar realizar este tipo de precisión teórica.

Nos enfrentamos entonces a un tema problemático, pues, por un lado, como se ha dicho, se trata del debate en torno a la justificación de los derechos subjetivos, esto es, las razones para considerar un enunciado como un derecho, y por otro lado se habla de encontrar rasgos comunes, lo que algunos llaman la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos. En principio, ambas tareas parecen opuestas, pues la argumentación pertenece al ámbito constructivo, es decir, aparentemente pretende formular un criterio que sirva para calificar si un enunciado pertenece al lenguaje de los derechos subjetivos, mientras que la caracterización común y la referencia a una “naturaleza jurídica” requiere de un ejercicio analítico y descriptivo. La labor de justificación podría también verse como un asunto meramente convencional, pues un derecho es lo que consideremos que es un derecho, en el sentido de que el razonamiento más plausible y que lograra mayor adhesión constituiría el criterio para determinar lo que puede considerarse como un derecho subjetivo. Lo anterior tiene como consecuencia en primer lugar el problema de establecer los mecanismos para decidir cuándo el acuerdo sobre determinados usos es aceptable, de modo que pueda decirse que los derechos subjetivos han superado la prueba de la convención o de la razonabilidad. Por otra parte, se deja de lado la intuición —compartida por muchos autores— de que existe algo en el concepto de derecho subjetivo que aspira a estar más allá de la simple

aceptación, que está vinculado con el ser humano independientemente de un sistema jurídico concreto, que no tiene que ver con un acuerdo que se circunscribe a un determinado territorio y sociedad y parece que esto es lo que busca ser expresado cuando se habla de la naturaleza de los derechos subjetivos. En otros casos, lo que se busca por algún autor es precisamente argumentar en contra de esta concepción, negando cualquier carácter más allá de lo meramente convencional a los derechos, y oponiéndose a la idea de un rasgo común que no tenga que ver con un acuerdo.³¹

En ambas posiciones —a favor o en contra de una naturaleza común— hay una postura acerca de lo que *debería* ser considerado como derecho subjetivo. Desde mi punto de vista, la labor de la explicación del concepto de derecho subjetivo debe precisamente integrar los dos ámbitos: por un lado, debe intentar construir una argumentación razonable acerca de lo que debe ser calificado como un derecho, pero no se trata de construir cualquier tipo de razonamiento, sino que debe responder a determinadas concepciones y valores, tales como autonomía, igualdad, dignidad, democracia, etcétera, y sobre todo a la noción de persona moral, que determinarán la línea de lo que deben ser los rasgos comunes a todos los derechos subjetivos. En este sentido, Sumner (1990) considera que cualquier teoría de los derechos no debe limitarse a ser descriptiva, sino que debe ser parcialmente reconstructiva o estipulativa: “All of this is to say that an interesting conception of a right will not be merely descriptive of our actual usage but also partially reconstructive or stipulative” (Sumner 1990, p. 50).

La argumentación relacionada con este tema se ha canalizado hacia la polémica entre las teorías de la voluntad o de la elección y del interés o del beneficiario. Ambas posturas tienen múltiples variantes que se han formulado a lo largo del tiempo con la intención de superar algunas obje-

³¹ Martin (2001) es un ejemplo de quienes se oponen a la idea de una teoría sobre la naturaleza de los derechos individuales por considerar que puede inducir a error: “Una teoría surge de un conjunto de problemas; tiene un contexto y, en última instancia, refleja un objetivo limitado. Entonces, las teorías sobre los derechos individuales deberían considerarse como explicaciones o caracterizaciones parciales, que intentan resolver algún tema crucial en particular. Es tentador, pero engañoso, considerar que las teorías resultantes se ocupan de la naturaleza de los derechos individuales; es mucho más probable que una caracterización atractiva y aceptable sea una manera exitosa de evitar determinados errores que aún continúan apareciendo en estas teorías” (Martin 2001, pp. 37 y 38).

ciones o lagunas,³² o incluso con la pretensión de demostrar que ambas son erróneas. Sumner opina que ambas teorías son normativas en el sentido que pretenden determinar qué derechos deben ser considerados como auténticos:

Thus both the interest conception and the choice conception purport to tell us what rights really are. Better: each provides a model which will enable us to distinguish between standard or normal cases and non-standard or deviant cases. In establishing a paradigm or ideal each conception is therefore itself normative, and consequently intolerant of the competing normative claims of the other (Sumner 1990, pp. 46 y 47).

Páramo sostiene que las teorías que pretenden justificar los derechos subjetivos derivan de la conexión correlativa entre derecho y deber. En efecto, de manera muy general se podría decir que la teoría de la voluntad vincula el derecho al deber mediante una elección del titular, mientras que para la teoría del interés ésta tiene su origen en un interés de quien tiene el derecho. En opinión de este autor, ambas teorías han puesto de manifiesto los elementos que es necesario tener en cuenta cuando se habla de derechos subjetivos: “la discrecionalidad o poder del titular, y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión” (Páramo 1996, p. 378). Alexy señala también que ambas teorías se encuentran en distintos niveles, tomando la distinción hecha por Ihering entre los elementos sustancial y formal del concepto de derecho. La teoría del interés centra su atención en el elemento sustancial, que se refiere al fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia que ha de ser proporcionada por el derecho, mientras la teoría de la voluntad considera el rasgo común a todos los derechos el elemento formal, que constituye el medio para alcanzar ese fin, que es la protección del derecho, la demanda.

³² Para Celano, las dos posturas teóricas más que coexistentes se suceden en el tiempo como parte de la historia de la elaboración teórica sobre el tema de los derechos subjetivos: con el cambio de la concepción estática de los derechos propia de la jurisprudencia analítica a una visión dinámica, se produce una transformación en el concepto de derecho subjetivo como conjunto de posiciones normativas al derecho subjetivo como razones que justifican o podrían justificar su atribución o reconocimiento a individuos que satisfagan ciertas condiciones, lo que significa el abandono de la *choice theory* por la *benefit theory* (Celano 2001, p. 7). Según este autor cada una de las concepciones sobre el derecho subjetivo responde a posturas ideológicas.

El caso de los derechos de los niños constituye un punto destacado en los razonamientos en torno a este debate debido a las características de los primeros años de la vida, en los que por la carencia de autonomía moral la vinculación con los derechos debe tener características específicas. Este tema se ha convertido, como sostiene MacCormick, en un *test-case*³³ para las teorías de los derechos. Los resultados, como se verá más adelante, han sido muy distintos, pues algunos autores han utilizado los derechos de los niños como argumento para decantarse por una postura teórica, mientras que otros han concluido, después de un análisis, que no es razonable hablar sobre derechos de los niños.

Lo que se intentará hacer en el presente capítulo es exponer las dos teorías con algunas de sus variantes de una manera general; posteriormente describir de qué manera se ha argumentado para sostener o negar la titularidad de derechos en los niños y, finalmente, intentar una argumentación que permita tomar una posición.

Es importante precisar que las divergencias que se presentan desde las dos perspectivas teóricas en relación con los derechos de la infancia no se traducen en la negación de una protección especial para los menores de edad ni la obligación por parte de los adultos de atender sus necesidades de modo que puedan desarrollarse adecuadamente. El punto de desacuerdo está en si la titularidad de derechos es deseable y teóricamente sustentable, o si, por el contrario, la tutela debe tener otros conductos. Como dice Sumner: “Whichever choice you make, it will determine only the way in which you characterize the moral protection to be afforded welfare subjects who do not qualify as agents; it will not weaken your commitment to providing them with that protection” (Sumner 1990, p. 205).

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

El presupuesto más elemental que subyace a las teorías que se denominarán genéricamente voluntaristas es la consideración de que “la característica unificadora de las normas que crean derechos consiste en que

³³ Hierro (1994) define el término *test-case* como “aquel caso cuya decisión constituye un nuevo argumento que se configura como precedente para decidir nuevos casos similares, en los que se plantee la misma cuestión jurídica” (Hierro 1994, p. 378).

dichas normas protegen y respetan la voluntad de las personas por acción u omisión” (Páramo 1996, p. 383). Los derechos son considerados como instrumentos para promover la libertad o la autonomía, y tienen la función de crear un perímetro protector en el que el individuo sea libre de las intervenciones ajenas y actúe como un soberano a pequeña escala con poder sobre la obligación correlativa a su derecho, para lo que es indispensable la discrecionalidad en relación con el contenido del derecho. De acuerdo con esto, las posiciones hohfeldianas —pretensión, privilegio e inmunidad— únicamente pueden ser consideradas como derechos si el titular tiene libre disposición en su ejercicio:

...todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente, no impidiéndola y obstruyéndola (libertad e inmunidad), ya afirmativamente, otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder) (Finnis 2000, p. 233).

A pesar de que esta importancia que se atribuye a la voluntad o poder del individuo constituye el núcleo común de esta posición teórica, no podemos hablar de una teoría de la voluntad, sino de teorías voluntaristas, pues tal como se desprende de las distintas denominaciones con las que se les reconoce —voluntad o elección, por mencionar algunas—, aun cuando comparten una concepción común sobre el elemento básico de los derechos, difieren en cuanto a otros aspectos relativos a éstos.

Una de las formulaciones clásicas de esta teoría es sin duda alguna la de Hart (1974), quien vincula la posesión de un derecho natural con la capacidad de elección. Al intentar demostrar lo que llama el “derecho igual de todos los hombres a ser libres”, concluye que la libertad es una característica esencial a la noción de derecho, por lo que únicamente pueden ser titulares de los mismos quienes tienen la facultad de decidir libremente si hacer o no efectivo el contenido del derecho: “Este derecho es uno que tienen todos los hombres si son capaces de elegir: lo tienen todos los hombres y no sólo si son miembros de alguna sociedad o se encuentran en alguna relación especial entre sí” (Hart 1974, p. 85).

Hart concede una importancia especial a los principios morales que regulan la distribución de la libertad humana, ya que en su opinión éstos legitiman la intervención de un ser humano en la libertad de otro, deter-

minando las circunstancias en las que una persona puede decidir cómo debe actuar otra. Por esta razón, para tener un derecho no basta con tener la capacidad para beneficiarse de la conducta de otro —y cita el caso de los niños expresamente—. Utiliza como argumento para probar la distinción entre tener un derecho y beneficiarse de un deber el caso de los terceros favorecidos por el cumplimiento de una promesa:

X promete a Y, a cambio de algún favor, que cuidará, en su ausencia, de su madre anciana. De esta transacción surgen derechos, pero es seguramente Y, a quien se ha hecho la promesa, y no a su madre, quien *tiene* o *posee* estos derechos... es Y quien tiene una reclamación moral contra X, quien tiene *derecho* a que se cuide a su madre y quien puede *olvidar* la reclamación y *liberar* a Y de su obligación. En otras palabras, Y se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar con esa forma la libertad de elección de X; y es este hecho, no el que pueda beneficiarse, el que hace cierta la afirmación de que tiene *un derecho* (Hart 1974, p. 92).

Kearns (1975), por su parte, propone una variante a la teoría de Hart, y a pesar de que conserva la intuición de una vinculación entre los beneficios y los derechos, señala que la idea del beneficiario —a pesar de sus reformulaciones (de Bentham y posteriormente de Lyons)— es incapaz de dar una respuesta al problema de las terceras partes beneficiadas por el cumplimiento de una obligación. Propone como alternativa la que llama *Adjustment rules account of rights*. Kearns utiliza como ejemplo para demostrar las inconsistencias de la teoría del beneficiario el caso de una persona que contribuye a obras de caridad si y sólo si sus deudores le pagan, pues a quien se debe la obligación es una persona distinta de quien se beneficiará de su cumplimiento. En este caso los beneficiarios no pueden exigir el pago de la deuda, de modo que, concluye el autor, hace falta otra explicación a la conexión entre derechos y beneficios. Por otra parte, continúa, no todas las obligaciones confieren derechos y por tanto los beneficios —reales o supuestos— no pueden comprender todo el análisis de los derechos.

La aportación novedosa de Kearns consiste en una explicación utilitarista de los derechos en la cual la vinculación entre éstos y los beneficios se produce a través de las reglas de un sistema normativo que se supone

son beneficiosas en su conjunto. Los derechos, en su opinión, son mejor entendidos en términos de reglas de segundo orden que identifican a aquellos que pueden exigir, modificar o extinguir la obligación de otro: “In bold line, the view proposed here is that one has a right if and only if he is the addressee of a second-order norm or rule by means of which he can alter or discharge another’s obligation, or, in connection with that obligation (and, again, as a rule’s addressee) he can activate new enforcement responsibilities lodged in others” (Kearns 1975, p. 477).

En una línea distinta, Gerber (1978) intenta también una explicación de la naturaleza de los derechos, aduciendo que ni las teorías del beneficiario (*beneficiary theories*) ni las del reclamante (*claimant theories*) han conseguido dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión. Señala que la teoría del beneficiario es incapaz de explicar que una persona tenga un derecho, dado que el cumplimiento de ciertas obligaciones puede no constituir un beneficio para el destinatario, como por ejemplo el derecho a ser castigado.³⁴ Los mismos ejemplos se aplican para las teorías del reclamante, pues aunque se tenga la posibilidad de exigir el cumplimiento de este tipo de obligaciones, un titular razonable jamás lo haría.

Tomando como referencia las posiciones jurídicas de Hohfeld, Gerber propone la existencia de tres tipos de derechos, dos de los cuales son activos y uno no activo. La primera categoría surge de la unión de las posiciones hohfeldianas de privilegio y derecho en sentido estricto (lo que anteriormente se identificó como pretensión), ya que Gerber niega que lo que Hohfeld entiende como privilegio pueda considerarse en sí mismo como un derecho, pues en primer lugar no se entiende que sea incompatible con una obligación idéntica a la del contenido del privilegio (esto es, que se considera que un privilegio es consistente con una obligación de actuar en el mismo sentido).³⁵ Pero tampoco sería suficiente para constituir un derecho, aun considerándolo como tal, sólo si no existe ni obligación de hacer ni de abstenerse de hacer, puesto que la discrecional-

³⁴ Los partidarios de la teoría del beneficiario han rebatido esta objeción fácilmente, señalando que no es lo mismo ser el *beneficiario* de la obligación de otros que el *destinatario* de una obligación, de modo que el hecho de que el verdugo tenga la *obligación* de ejecutar una pena no significa que el reo tenga un *derecho* a recibirla.

³⁵ Como se expuso en el capítulo anterior, esta objeción —o por lo menos ciertas precisiones al respecto— a la posición de *privilegio* de Hohfeld es compartida por otros autores, entre los que podemos mencionar a Ross (1977), Alexy (2002) y Martin (2001).

lidad en el ejercicio es un elemento de cualquier derecho. De esta manera, el primer modelo que propone se compone de dos partes —privilegio y derecho en sentido estricto—, ninguna de las cuales es suficiente por sí misma para afirmar que S tiene un derecho:

(1) S tiene un derecho a hacer X si y sólo si:

(a) S tiene discreción sobre X (o sea, S no tiene el deber de hacer X y S no tiene el deber de hacer nada incompatible con X); y

(b) No hay otra persona distinta de S que tenga permitido o esté obligado a evitar o a forzar que S haga X (o sea, que todos los demás estén obligados a abstenerse de interferir con que S haga X) (Gerber 1976, p. 337).³⁶

Este sentido de derecho es el que se tiene en contra de todos los agentes, salvo el titular, pero señala que existe otro tipo de derechos que se tiene en contra de clases más pequeñas de individuos, como es el caso de una servidumbre de paso, en la que S tiene un derecho contra T de atravesar su propiedad, ante el cual T debe abstenerse de intervenir, lo cual no quiere decir que, por ejemplo, C esté obligado a abstenerse de interferir con que A atraviase la tierra de B:³⁷ “(2) S tiene un derecho contra T a hacer X si y sólo si: (a) S tiene discreción sobre X; y (b) T está obligado a abstenerse de interferir sobre el que S haga X” (Gerber 1976, p. 338).

El tercer modelo de derecho se refiere a lo que denomina “derechos no activos”, en el sentido de que requieren no únicamente una abstención de interferencia de los otros individuos, sino que implican una respuesta más específica y más positiva, una obligación de actuar de determinada manera ante el titular (por ejemplo el derecho al pago de una deuda). Esto lleva a modificar el segundo componente de los derechos no activos para quedar como sigue: “(3) S tiene un derecho contra T a que T haga X si y sólo si: (a) S tiene discreción sobre que T haga X; y (b) si S elige que T haga X, T está obligado a hacer X” (Gerber 1976, p. 339).

³⁶ Para la versión en castellano utilicé como traducción la que aparece en Hierro (1982).

³⁷ Respecto de este tipo de derechos Hierro señala: “Podría objetarse que, en general, nadie puede impedir que haga uso de ese derecho contra el propietario, pero esa objeción cae si tenemos presente que, por ejemplo, otra persona puede impedirme el uso de ese derecho u obligarme a hacer actos incompatibles con él, como ocurre si me encuentro en prisión o realizando el servicio militar, de forma que, permaneciendo mi derecho contra el propietario, otros pueden impedirme su disfrute actual” (Hierro 1982, p. 51).

Como se puede apreciar, el elemento discrecional es un componente de las tres categorías de derechos. En cada una, la voluntad del titular en el cumplimiento del contenido del derecho es una condición necesaria, de modo que niega que cualquier disposición con contenido obligatorio (expresamente se refiere al derecho de los padres a la educación de sus hijos) pueda ser considerado como un derecho.

Hierro, sin embargo, señala que el análisis de Gerber es incompleto, pues “sus modelos dan cuenta de un derecho activo contra todos, de un derecho activo contra alguien, y de un derecho no-activo contra alguien” (Hierro 1982, p. 52) y no se cuestiona la posibilidad de que existan derechos no activos contra todos. Para Hierro, de acuerdo con lo que el mismo Gerber expone frente a Feinberg, sí es posible sostener esta última categoría. Gerber sostiene, al hablar de lo que Feinberg llama los derechos “*manifesto sense*” que se relacionan con necesidades humanas y que deben ser reconocidos como una pretensión válida si las circunstancias permiten su satisfacción, lo cual correspondería con esta cuarta categoría de derechos aun cuando estén sujetos a la condición mencionada, que éstos podrían formularse de la siguiente manera: “A tiene derecho (contra cualquier otro) a que se le proporcione alimento en condiciones de abundancia si y sólo si: (a) A tiene la discreción respecto a recibir alimento en tales condiciones; y (b) si A elige que se le dé alimento en tales condiciones, todos los demás están obligados a facilitarle alimento” (Gerber 1976, p. 345).

Otra de las construcciones teóricas acerca de la naturaleza de los derechos en la que el elemento de la voluntad es fundamental es la desarrollada por Wellman, quien tomando como referencia las tesis de Hart y de Hohfeld propone una variante de la teoría de la elección basada en el concepto de *dominio*.

Wellman considera que la explicación de Hart acerca de los derechos es incompleta, pues al poner el énfasis en la libertad, deja de lado el elemento de control. Para este autor la importancia de los derechos radica en que proporcionan una ventaja al conferir dominio —cuyos elementos son libertad y control— al titular frente a otra persona. Partiendo de los derechos legales (*legal rights*), a los que considera el paradigma de las demás especies de derechos, propone una definición de derecho que tiene como base el modelo hohfeldiano y lo extiende al ámbito moral.

Los derechos morales son entonces estructuras complejas formadas por un conjunto de posiciones morales atómicas³⁸ que confieren dominio (libertad y control) al titular frente a un tercero: “Un derecho es un sistema de posiciones hohfeldianas que, si se respetan, confieren dominio a una parte frente a una segunda parte en una confrontación potencial sobre un dominio específico y que están supuestos (*implied*) por la norma o normas apropiadas que constituyen el sistema” (Wellman 195, p. 9).

Al hablar de derechos morales se refiere a aquellos que tradicionalmente han sido considerados como independientes al reconocimiento en una sociedad determinada y que se fundamentan en razones morales que pueden justificar nuestras evaluaciones o juicios acerca de cómo debemos actuar moralmente en un doble aspecto, pues proporcionan razones tanto para la acción como para la reacción ante un agente que actúa voluntariamente.

Dado que los derechos confieren dominio a su titular frente a otra persona, resulta lógico pensar que únicamente quienes tengan agencia moral pueden ser titulares de derechos morales. Conviene con Feinberg en que el paradigma de titular de derechos morales es el “adulto humano normal”, cuya característica común es la capacidad de agencia, y expone tres argumentos:

- a) Argumento del dominio. Dado que la función de un derecho moral es determinar la distribución moralmente justificada de dominio, adscribir a alguien que es incapaz de ejercer tal dominio es ocioso e inapropiado, y como únicamente los agentes pueden actuar libremente o ejercer control, sólo a ellos se puede justificar moralmente esta distribución, y por tanto atribuirse la titularidad de derechos en el sentido moral más significativo. Se inclina por un uso restringido del término derecho y por “referirse a otras cosas importantes en términos de valores u obligaciones”, ya que a su juicio este argumento se sigue de la “mejor concepción de un derecho moral” (Wellman 1995, p. 108).

³⁸ Wellman define las posiciones hohfeldianas trasladadas al ámbito moral de la siguiente manera: las obligaciones morales derivan de alguna razón moral para limitar al agente imponiéndole una obligación, mientras que la libertad moral sería lo opuesto a la obligación moral, pues es la ausencia de la obligación moral contraria; el poder moral, por su parte, consiste en la capacidad para producir una consecuencia moral y, finalmente, la inmunidad moral es la ausencia de un poder moral correspondiente.

- b) Argumento de los componentes. Sólo los agentes pueden tener libertad y control, por lo que resulta inadecuado adscribir una libertad a una entidad incapaz de tener una obligación contraria, y de igual manera, sólo alguien con capacidad para actuar intencionalmente puede decirse que tiene algún poder moral. De modo que si la libertad o el poder son componentes de cualquier derecho genuino, sólo un agente puede ser titular de un derecho. Reconoce que los niños tienen derechos rudimentarios y que gradualmente adquieren responsabilidades morales más complejas según su conocimiento del mundo y su entendimiento moral van evolucionando.
- c) Argumento del lenguaje de los derechos. Parte de que el lenguaje de los derechos contiene expresiones que reflejan rasgos de los derechos: ejercer, demandar, insistir o privarse, detenerse o demandar, reclamar o renunciar, etcétera, y si los derechos implican algunas de estas acciones, sólo los agentes pueden ser titulares de derechos morales.

Para ser titular de derechos morales se requiere el tipo de agencia que le hace a uno moralmente responsable: la capacidad de actuar a la luz de razones morales específicas. Esto presupone al menos la capacidad de ser consciente de los hechos relevantes, apreciar su relevancia moral, ser motivado por ellos y actuar en un amplio sentido no moral³⁹ de hacer una cosa u otra (Wellman 1995, p. 113).

De modo preliminar y general podemos decir que las críticas que se han hecho a las teorías voluntaristas son las siguientes:

En primer lugar, se enfrentan al problema de que no se ajustan a diversas acepciones muy difundidas del término derecho, pues —como explica Hierro (1982)— el incluir el elemento discrecional como parte necesaria del derecho en todas las categorías descritas tiene como consecuencia no solamente el que la educación de los hijos no pueda considerarse como un derecho ni de los hijos ni de los padres si ésta es obligatoria, como en el último aspecto ha señalado Gerber, sino que también quedan excluidos derechos que tradicionalmente han sido considerados como tales, co-

³⁹ El término no-moral puede ser un tanto ambiguo al traducirse al castellano, pues puede referirse a una actuación *contraria a la moral* o *ajena a la moral*. En el texto parece que Wellman lo utiliza más bien en el segundo sentido y trata de señalar un ámbito más extenso que el moral.

mo son la igualdad ante la ley o el *habeas corpus*, pues éstos no quedan a elección del titular.

Por otra parte, se ha dicho también que este tipo de teorías es incapaz de explicar la evolución de cierto tipo de derechos, los cuales han sufrido modificaciones con el fin de garantizar ciertos bienes. Ejemplos muy claros de este tipo de situaciones son las conquistas en materia laboral: duración máxima de la jornada de trabajo, derecho a un ambiente laboral seguro, derecho a prestaciones sociales, etcétera. Desde la posición de la teoría de la elección, al no quedar a discreción del titular, éstos no pueden ser considerados como derechos; como dice MacCormick (1977, pp. 197 y 198), en la medida en que se refuerza la protección de un derecho, éste desaparece, según esta postura.⁴⁰

Las teorías voluntaristas son incapaces de sustentar los derechos de los niños, pues en primer lugar éstos son en su mayoría de cumplimiento obligatorio, por lo que desde esta perspectiva no pueden ser considerados como derechos. Pero además, los partidarios de esta teoría asumen tácitamente que los menores de edad carecen de autonomía de la voluntad. El problema es que la mayor parte de estas teorías parten de un concepto de autonomía que no resulta muy claro, pues presentan descripciones genéricas y con base en elementos internos que son difíciles de evaluar objetivamente. En este mismo sentido utilizan términos como *adulto*, *normal*, *agencia*, *responsabilidad*, etcétera, que aún son motivo de discusión en otras disciplinas, como se ha expuesto en capítulos precedentes. De igual modo, hablan de la adquisición de autonomía sin establecer criterios más o menos objetivos para evaluar este supuesto desarrollo. Por otra parte, tampoco resultan muy claras las razones por las que se da predominio a la libertad sobre otros valores.

Estas objeciones muestran algunas de las fallas de las teorías que consideran la libertad de elección como elemento imprescindible de los derechos subjetivos; sin embargo, es al aplicarlas al caso de los niños —que será objeto de exposición en el siguiente apartado— donde, en mi opi-

⁴⁰ "...first, the legislature conferred protection on people which they could have conferred on themselves by contract, e.g. in matters of safety at work; secondly, the legislators, discovering that too many of the protected class exercised the power 'voluntarily' to contract out the protection, removed the matter from the option of the protected party altogether by depriving of legal effect such waivers of the statutory protection... How odd that, as the protection is strengthened, the rights disappears!" (MacCormick 1977, pp. 197 y 198).

nión, quedan de manifiesto las mayores inconsistencias de las teorías voluntaristas.

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

Los derechos de los niños resultan especialmente problemáticos para las teorías voluntaristas, dado que desde una perspectiva en la que el elemento esencial de los derechos es la capacidad de su titular para elegir si hacer efectivo su contenido, resulta muy complejo atribuirlos durante los primeros años de la vida del ser humano. Es posible identificar dos líneas de argumentación utilizadas por los autores de esta corriente para justificar la protección a la infancia sin el reconocimiento de derechos:

Una de las salidas que han sido utilizadas tradicionalmente por algunos teóricos para garantizar la satisfacción de las necesidades de los niños —y que según parece afortunadamente es cada vez menos frecuente— es el argumento de que mediante el otorgamiento de derechos a los padres se garantiza la protección de sus hijos durante la minoría de edad. Sin embargo, resulta que tampoco este tipo de derechos queda a voluntad del titular; por ejemplo, el derecho a la educación de los hijos, que desde este esquema se considera un derecho de los representantes, no se presenta como una facultad cuyo contenido está a disposición del titular, sino que se entiende también como una obligación de los padres hacia los hijos. De modo que estamos frente a un derecho obligatorio, con lo que tenemos una objeción igual a la que se trataba de evitar: no hay discrecionalidad en el ejercicio del derecho, como bien hace notar Gerber, que niega que éste pueda ser considerado como un derecho. Esta postura fue muy común durante mucho tiempo, ya que como se expuso en el capítulo primero, el niño era considerado como parte de la esfera de derechos del padre.⁴¹

⁴¹ Una de las posibles justificaciones que se ha dado a esta postura es la que menciona Freeman como uno de los “mitos” que se han utilizado para negar los derechos a los niños. Se argumenta que los adultos se relacionan con los niños en términos de amor, cuidado y altruismo, idealizando la relación adulto-niño, ya que especialmente los padres *tienen en el corazón* los mejores intereses de los niños. Quienes sostienen esta postura estarían de acuerdo en que el único *derecho* del niño es el derecho a padres autónomos (Freeman 1995, p. 55).

La segunda y más novedosa línea de argumentación respecto de los niños, y que será objeto de un análisis más detallado en este trabajo, es la que fundamenta la adecuada atención durante la infancia en las obligaciones de los adultos. Esta perspectiva niega la correlatividad entre derechos y obligaciones, alegando que es posible sostener que los adultos, especialmente los padres y quienes tienen un contacto directo con niños, están obligados a atender adecuadamente las necesidades de éstos, lo cual no significa que los niños tengan un derecho correspondiente a este deber, ya que carecen de la autonomía necesaria para hacer elecciones.

Hart denomina “derechos especiales” a aquellos que derivan de transacciones o relaciones especiales entre individuos y que constituyen una justificación para intervenir en la libertad de otra persona, a diferencia de los “derechos generales” que pertenecen a todos los que tienen capacidad de elegir y cuyo objetivo es resistir una interferencia ajena, por lo que todos los demás están sujetos a la obligación correlativa de abstenerse de intervenir. Los derechos especiales, continúa Hart, pueden tener distintos orígenes: *a)* pueden derivarse de promesas; *b)* de acuerdos; *c)* de lo que llama *reciprocidad de restricciones*;⁴² *d)* pueden ser creados como consecuencia de una relación natural, y *e)* pueden ser libertades especiales, en las que se exonera a una persona del cumplimiento de una obligación.

Parece importante destacar el tipo de derechos que Hart identifica como creados por una relación natural de las partes, pues el ejemplo que cita es precisamente la relación de filiación, que da lugar a un derecho moral del padre a la obediencia del hijo:

Supongo que ahora se pensará que el derecho moral del padre a la obediencia de su hijo termina cuando éste llegue a la mayoría de edad, pero vale la pena mencionar este caso... aun este caso tiene algunos de los rasgos que hemos distinguido en los derechos especiales, a saber: el derecho surge de la relación especial existente entre las partes (aunque aquí sea una relación natural) y no del carácter de las acciones a cuya ejecución se tiene un derecho (Hart 1974, p. 100).

⁴² Al hablar de los derechos especiales derivados de lo que Hart llama *reciprocidad de las restricciones*, se refiere a “cuando varias personas realizan una empresa conjunta de acuerdo con reglas, y restringen así su libertad, quienes se hayan sometido a estas restricciones, cuando se les requiera tienen derecho a una sumisión similar de quienes se hayan beneficiado de su sumisión” (Hart 1974, pp. 97 y 98). En esta caracterización se encontraría la obligación moral de los miembros de una sociedad a obedecer las reglas.

Hart se niega en reiteradas ocasiones a lo largo del texto a admitir la titularidad de derechos a “animales y niños”, aduciendo que esto “confundirá la situación con otras situaciones morales diferentes donde la expresión “un derecho” tiene una fuerza específica” (Hart 1974, p. 92). Tal como se había dicho, no niega que los niños —o los animales— deban tener una protección especial, pero se resiste a emplear el lenguaje de los derechos, reservándolo a quien tiene la capacidad de elegir. Sin embargo, Hart no se limita simplemente a afirmar esta tutela sustentada en deberes de los padres, sino que habla también de obligaciones de los hijos —aunque la obligación que les atribuye sea moral—.

Parece entonces que es posible extraer de las afirmaciones de Hart que efectivamente los menores de edad (y por ello incapaces de elegir, según el propio texto) pueden o efectivamente tienen obligaciones que corresponden a los derechos especiales derivados de la relación natural con sus padres, pero al mismo tiempo no pueden ser titulares de derechos por su incapacidad de elegir. Aun negando la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones, esto a mi juicio parece inconsistente, pues lleva a afirmar que para tener derechos es necesario ser capaz de elegir, pero no para tener obligaciones, ¿o es que se trataría de un derecho sin obligación correlativa, como el que pretende demostrar con el ejemplo de las dos personas intentando coger un billete en la calle? (sobre las objeciones a este ejemplo ya se ha hablado). Por otra parte, si Hart intenta justificar la protección de los niños en obligaciones de los adultos, parece poco probable que no se diera una situación en que el derecho moral a la obediencia de los hijos se cruzara con alguna obligación, convirtiéndose en un derecho obligatorio, contrario a la teoría de la elección.⁴³

En mi opinión, los otros tipos de derechos especiales identificados por Hart tampoco están exentos de inconsistencias cuando tratamos el caso de los niños. Por ejemplo, los derechos derivados de la reciprocidad de las restricciones, especialmente cuando se habla de la obligación de obedecer las normas de una sociedad: ¿realmente podemos afirmar que un niño no tiene obligación de obedecer este tipo de reglas? Aun aceptando

⁴³ Podría ser, por ejemplo, el derecho a la alimentación o a la educación: es claro que el padre tiene obligación de garantizar su acceso, pero al mismo tiempo tiene derecho moral a la obediencia del hijo, pues de otra manera podría ser imposible el cumplimiento de su deber. Parece entonces que estamos ante derechos-obligatorios, pues el padre carece de libertad para decidir si exige a su hijo que le obedezca o no.

que puede no tratarse de restricciones recíprocas por la diferencia de capacidades respecto de los adultos, de alguna manera es necesario situar a los niños en la obediencia de las normas sociales. Respecto de las promesas, afirmar que no surge una relación moral entre dos niños que hacen una promesa sería negarles los mínimos atributos morales, pues es precisamente a través de las relaciones entre iguales, y con un papel muy importante los acuerdos entre ellos, que el niño va desarrollándose moralmente y asume la obligatoriedad de las normas. Realmente el periodo en que el niño es incapaz de establecer este tipo de relaciones o acuerdos es mínimo, como se ha planteado en los capítulos precedentes. El pequeño tiene obligación de obedecer las normas jurídicas, aunque así como sus derechos son distintos, sus obligaciones también son especiales y la coerción difiere de acuerdo con las características de las etapas de desarrollo. No puede decirse lo mismo de los animales, por lo menos desde mi punto de vista, a quienes no podemos imponer las normas del sistema jurídico —por lo menos hasta ahora—. Asumir la tesis de Hart nos llevaría a extender de tal manera el perímetro protector de los padres que significaría negar cualquier autonomía al niño: éste no podría tener derechos ni obligaciones, no tendría el deber de obedecer las normas jurídicas ni de respetar sus propios acuerdos; sería un ser amoral, sin ninguna capacidad reconocida.

Wellman dedica también una larga parte de su obra *Real Rights* a los derechos de los niños dentro del capítulo dedicado a los posibles titulares de derechos. Para ello distingue tres etapas de la menor edad: *infantes* (*infants*): dos primeros años de vida; *niños pequeños* (*young child*): hasta la adolescencia, y *adolescentes* (*adolescent*): pubertad a madurez. Para llevar a acabo el análisis de los derechos comienza por abordar el tema de la representación, ya que muchos autores utilizan esta figura como argumento para sostener la titularidad de derechos en los niños, pues a través de ésta se ejercen los mismos. Para argumentar en contra de esta idea, Wellman marca una distinción entre representación de agencia y representación de intereses. Como ejemplos de representación de agencia menciona a los litigantes, los subastadores, los corredores de bolsa y los socios en algunos negocios de empresa, mientras que un caso de representación de intereses queda de manifiesto en la relación legal entre fideicomisario y beneficiario. La representación de los niños, en principio, parecería estar constituida por una mezcla de ambos tipos de representa-

ción, pero a juicio de este autor esta percepción es equivocada, pues como los niños no tienen voluntad, su agencia no puede estar representada por otros agentes morales. Esto no quiere decir que los menores no puedan tener intereses y éstos no puedan estar representados; sin embargo, esta representación no los capacita para tener derechos morales, ya que los derechos expresan y protegen la propia voluntad o agencia, y es como agente, no como ser con intereses, que los derechos tienen importancia suprema. Wellman concluye que es la representación de la agencia lo que es relevante para los derechos morales, dado que éstos confieren dominio, para lo cual es necesaria la capacidad de agencia.

El valor de los derechos deriva del modo en que se asigna el dominio justificado al titular frente a un posible adversario. Esta importancia se pierde si se atribuye a alguien que no tiene agencia moral, pues su representante puede malinterpretar sus intereses o abusar de sus poderes de representación. Por ello concluye que aunque es verdad que los intereses de los niños pueden representarse, ello no justifica atribuirles derechos morales, pues ese tipo de representación no es apropiada para los derechos. De ello no se sigue que los niños no puedan tener derechos, pues van adquiriendo agencia conforme van madurando.

Por otra parte, continúa el autor, un derecho-pretensión es más que su obligación correlativa, de modo que sostener que los niños tienen un derecho moral es más que decir que sus padres tienen la obligación moral de cuidarlos (en contra de lo que sostiene MacCormick, como se verá más adelante), porque la importancia adicional que tiene un derecho es que confiere dominio, lo que necesariamente presupone agencia. Sólo si se reduce el lenguaje de los derechos al lenguaje de las obligaciones podría admitirse que los infantes tienen derechos.

Los intereses pueden fundamentar los derechos sin ser constitutivos de éstos, es decir, es posible aceptar una teoría de la voluntad de la naturaleza de los derechos junto con una teoría del interés en los fundamentos de los derechos, o como Wellman prefiere, afirmar que los fundamentos de ciertos derechos incluyen, pero van más allá, de los fundamentos de las obligaciones que imponen.

Por otra parte, sostiene que la violación de un derecho moral no es el único argumento para calificar la maldad de un acto. De la negación de la titularidad de derechos a los niños no se sigue la inexistencia de una obligación de cuidar o no matar a los infantes, pues no todas las obliga-

ciones son correlativas a los derechos. Ello tampoco quiere decir que no exista la posibilidad de reforzar legalmente estas obligaciones de los padres, pues la conexión entre la justificación moral de la coerción estatal y los derechos morales no es clara; es decir, que es dudoso que todo derecho moral deba ser reforzado legalmente, así como que la única justificación moral de la acción coercitiva descansa en los derechos morales.

Concluye el tema de la titularidad de los derechos en los infantes hablando de los derechos legales, para los cuales se requiere también agencia. Como los ordenamientos reconocen derechos a los niños, propone interpretar las afirmaciones sobre derechos como descripciones de lo que realmente son derechos de los padres o guardianes en lo que atañe a la custodia de los niños pequeños, pues además estos textos legales inducen a error acerca del verdadero significado de los textos legales autoritativos respecto de cómo funcionan en el sistema legal estos presuntos derechos. El problema, según Wellman, está en que el legislador extiende por analogía a los niños los derechos concedidos por la ley a los adultos normales, ignorando diferencias importantes, lo que tiene como consecuencia que el lenguaje de la ley sea confuso.

La postura de Wellman y de todos los que pretenden justificar la negación de titularidad de derechos a los niños, restando importancia al lenguaje de los derechos, no es coherente con su propia postura —que se refleja por el simple hecho, en muchas ocasiones, de dedicar una obra completa al tema de los derechos—. Wellman, por ejemplo, señala en la introducción de su obra: “It is of great legal and moral importance to know when an alleged right is real because rights have practical implications, most notably the legal or moral duties they imply” (Wellman 1995, p. 5).

Una perspectiva distinta es la que sostiene Onora O’Neill,⁴⁴ quien, a pesar de que no niega la titularidad de los derechos en los niños, argumenta que éstos son insuficientes para la protección de los menores y que los derechos positivos de la infancia están mejor fundamentados incluyéndolos en una explicación constructivista de obligaciones fundamentales desde una visión kantiana. Propone que la perspectiva de las obligaciones aporta una visión más completa, directa y clara sobre los

⁴⁴ Para evitar confusiones con John O’Neill y Alexander Sutherland Neill, que también han tratado el tema de los derechos de los niños, me referiré a estos autores con su nombre completo.

aspectos éticos de las vidas de los niños.⁴⁵ En opinión de Campbell, la visión de esta autora deriva de considerar las posturas de justificación de las obligaciones como superiores a las teorías basadas en derechos y hacen eco de la teoría de la voluntad aunque aplica las nociones de agencia y racionalidad a la justificación de obligaciones, más que de derechos (Campbell 1995, p. 13).⁴⁶ Esta teoría se basa en la consideración de que los derechos están conceptualmente relacionados con la protección de esferas de independencia que se vinculan con la visión de que el paternalismo y los derechos no pueden ir juntos y que la agencia es el recurso constitutivo de la moralidad. Por esta razón se puede considerar la explicación de Onora O'Neill dentro de las teorías de la voluntad.

Según Onora O'Neill existen tres tipos de obligaciones, dependiendo de quién sea el sujeto receptor del deber de hacer o de omitir cierta acción; los dos primeros tipos de obligaciones tienen derechos correspondientes, mientras que la tercera se caracteriza por no tener un derecho correlativo:

- a) *Obligaciones perfectas universales*: son aquellas que se deben a *todos* y se puede decir que son *fundamentales*, ya que no derivan de otros reclamos éticos ni dependen de actos previos de compromiso ni de arreglos políticos o sociales específicos. Tienen derechos correlativos, ya que si una obligación perfecta es universal, los derechos que le corresponden también son derechos fundamentales. Pone como ejemplo de este primer tipo de obligaciones el deber de no abusar de los niños, estén a nuestro cargo o no, ya que se debe a *todos* los niños.
- b) *Obligaciones perfectas no universales*: se caracterizan porque el deber de hacer u omitir este tipo de acción es hacia otros *específicos*; por ejemplo, las obligaciones que se exigen a quienes tienen niños a su cuidado hacia *esos* niños. Son perfectas ya que el beneficiario y el obligado están determinados, pero no son universales da-

⁴⁵ Onora O'Neill compara la visión que aporta la perspectiva de los derechos de los niños con la imagen del cielo reflejada en un edificio de cristal en Nueva York, pues en su opinión dan una idea indirecta, parcial y borrosa de las cuestiones éticas de las vidas de los niños.

⁴⁶ Freeman comparte la opinión de Campbell en el sentido de que, aunque Onora O'Neill no discute lo que cree debe sustentar los derechos, las referencias a exigir y renunciar sugieren que se inclina por la teoría de la voluntad (Freeman 1995, p. 58).

do que sólo se deben a ciertas personas. A este tipo de obligaciones corresponden derechos especiales, ya que dependen de relaciones especiales (como las relaciones entre un niño y quien está a cargo de él) y no son fundamentales, ya que resultan de los roles y prácticas atribuidos a quienes son parte de la relación por cada sociedad y su justificación se da en términos de derechos y obligaciones fundamentales.

- c) *Obligaciones incompletas o imperfectas* de hacer u omitir este tipo de acción con otros *no específicos* pero no con todos los *otros*. Por ejemplo, señala O'Neill, la obligación de ser amables y considerados cuando tratamos con niños. Este tipo de obligaciones se distingue porque su cumplimiento depende de las circunstancias y de los acuerdos sociales que establecen la vinculación de niños específicos con *otros* específicos. Son incompletas o imperfectas, pues no tienen derechos correlativos, ya que los receptores de la obligación no son específicos, de modo que nadie puede exigir el derecho correspondiente. Concluye la autora que si existen obligaciones fundamentales que son imperfectas en el sentido descrito, entonces hay algunas obligaciones fundamentales a las que no corresponden derechos fundamentales. Las obligaciones fundamentales pueden institucionalizarse dando lugar a derechos positivos, pero éstos no agotan el contenido de las obligaciones; por ejemplo, los derechos de los hijos derivados de la institucionalización de las obligaciones paternas no agotan el contenido de éstas, pues con frecuencia para ser considerado un "buen padre" se requiere más que el simple cumplimiento de las normas que establecen los derechos derivados de la filiación. Por ello, no son exigibles de manera abstracta, sino que requieren de un contexto institucionalizado que determine quiénes son los receptores y permita definir los derechos correspondientes. El cumplimiento de las obligaciones imperfectas es importante para el desarrollo de la vida de los niños, no solamente para los que están en riesgo o situaciones extremas. Señala Onora O'Neill: "Children can hardly learn to share or to show 'the unbought grace of life' if we are concerned only with their enforceable claims against others" (Onora O'Neill 1995, p. 29).

Onora O'Neill rechaza la visión constructivista basada en los derechos, pues en su opinión tiene varios inconvenientes, especialmente si

intentamos aplicarla a la atención a la infancia. En primer lugar, presenta un alto grado de indeterminación, pues de un sólo principio, como pudiera ser el de *la mayor libertad compatible con igual libertad para todos*, pueden desprenderse una gran variedad de derechos y resulta difícil decidir cuáles deberían prevalecer sobre los otros. Además, los derechos deben ser identificados por su pertenencia a una serie de derechos; es decir, no puede ser reconocido cada uno sin que sean identificados todos por su papel en la construcción teórica.

La teoría constructivista basada en obligaciones, por el contrario, permite la determinación de obligaciones sin que sea necesario identificar a todos los miembros de la serie, a partir del reconocimiento de ciertos principios de acción negativos; es decir, que puedan guiar la acción de todos los miembros de una pluralidad de seres humanos aproximadamente iguales. De esta manera, puede sostenerse un argumento que justifique que la indiferencia universal a ayudar a otros y la negativa a ayudar a otros a desarrollar sus capacidades humanas —ambos importantes en el caso de los niños— son cuestión de obligación y servir como razón para actuar y promover deberes, en particular la creación de instituciones que promuevan el cumplimiento de éstas. La perspectiva de derechos es incapaz de fundamentar la existencia de obligaciones imperfectas hacia los niños, de modo que aspectos importantes de la vida de éstos quedarían desprotegidos, como por ejemplo la ayuda a desarrollar sus capacidades. Los niños dependen del cumplimiento de estas obligaciones, de manera que un traslado al lenguaje de los derechos en los niños corre el riesgo de excluir cosas que son importantes durante la infancia del ser humano.

Haciendo una breve referencia a la retórica de los derechos a lo largo de la historia para la liberación de los grupos oprimidos, la autora intenta explicar la razón por la cual la analogía entre niños y otros colectivos es sospechosa: en primer término, la dependencia de los niños es muy distinta de la de otros grupos oprimidos como las mujeres, las clases trabajadoras, las minorías raciales o religiosas, pues no es producida artificialmente ni puede terminar por cambios sociales o políticos. Por otra parte, en el caso de otros grupos también existe una dependencia recíproca de los poderosos hacia éstos —por ejemplo los esclavos o sirvientes—.⁴⁷ De

⁴⁷ De Mause no estaría de acuerdo con esta afirmación, pues tal como se expuso en el primer capítulo, sostiene que a lo largo de la historia los padres *han dependido* en cierta medida de sus hijos para proyectar sus frustraciones.

modo que a pesar de que en el caso de otras clases la retórica de los derechos fue importante en la lucha contra quienes ejercían el poder, este lenguaje no es de ninguna utilidad en el caso de los niños.

A pesar de lo atrayente que pudiera parecer en una primera impresión, la teoría de Onora O'Neill presenta algunas deficiencias graves desde mi punto de vista. En primer lugar, el centrar su teoría en las obligaciones tiene como consecuencia, desde lo que ella llama la retórica de los derechos, que el acento esté puesto en el titular de la obligación y no en el titular del derecho. Esta postura ignora la función de los derechos como aquello que permite al hombre "levantarse como hombre, ver a los otros a los ojos", como sostiene Feinberg; es decir, desdeña la importancia del lenguaje jurídico como tal en el caso de los niños. Esto puede derivar en parte a una visión exagerada de la vulnerabilidad de la infancia, pues señala que a diferencia de otros grupos, los niños son débiles más fundamentalmente pero menos permanentemente y su "remedio" es crecer; como este remedio no puede darse rápidamente, dependen más de prácticas e instituciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones, y la retórica de los derechos no serviría para darles poder.

Tal como hace notar Coady (1995), desde esta perspectiva la infancia suena como gripe, es decir, no toma en consideración la importancia de ésta para la vida adulta y, agregaría yo, tampoco considera la dignidad del niño como tal. La inmadurez de los niños, como señala Coady, no es un asunto de tener poco poder, como parece decir la autora, sino que por estar en un proceso de desarrollo requieren de que los adultos les asistan en la satisfacción de sus necesidades, pues ello tendrá también consecuencias en la madurez.

Freeman objeta la distinción trazada por la autora entre los niños y otros grupos oprimidos, pues señala que existen movimientos de niños (huelgas escolares y tentativas de sindicalización en escuelas), así como movimientos que defienden los derechos de los niños (escritores, *ombudsman* de niños, organizaciones) y que al igual que en el caso de otros grupos, los movimientos han sido precedidos por prototipos y guiados por miembros progresistas de la "clase opresora". De igual manera, se opone a la visión de la dependencia de los niños como radicalmente distinta a la de otros colectivos, pues la historia demuestra que la dependencia de muchos adolescentes hacia los adultos podría ser menor, de modo que es en cierta manera producida artificialmente; además de que en

ciertos adultos existe una dependencia hacia el amor y afecto de sus hijos.⁴⁸

Resulta llamativo que las teorías voluntaristas parecen asumir como un hecho probado el que los niños no tienen autonomía y por tanto agencia moral, sin que se expliciten, en mi opinión, las razones que aducen para sustentar esta intuición. Además, no queda tampoco muy claro cuáles son las características de las que carecen los niños para negarles la autonomía y, en consecuencia, los derechos. Hay algunos intentos de definir estos términos, pero al referirse a elementos internos de la persona son difíciles de evaluar objetivamente. Algunos autores mencionan que la independencia se consigue de manera gradual y que de acuerdo con ello se deben ir otorgando los derechos, pero aun así los criterios no son claros. Si, como consideran los especialistas en historia de la infancia, esta categoría es una construcción conceptual histórica, parece por lo menos delicado sacar conclusiones sobre premisas implícitas que no son muy claras. En mi opinión, esto debe ser el resultado de un trabajo interdisciplinario, y de ninguna manera podemos asumir tácitamente que la clase niños es nítida y delimitada.

Por otra parte, se ha dicho también que los criterios para evaluar la autonomía son más exigentes en el caso de los niños que en el caso de los adultos. Se asume que en condiciones *normales* un ser humano que ha alcanzado la mayoría de edad —dejando de lado que ésta también es determinada convencionalmente— ha conseguido la autonomía y es titular de todos los derechos. Ningún autor pondría en duda esta afirmación, ya se inclinara por la teoría de la voluntad o del interés; sin embargo, ¿cuáles son las características que ha alcanzado? Dudosamente algún especialista —del ámbito jurídico— podría hacer una descripción precisa. Simplemente se presupone y se fija una norma general. No se le somete a evaluación alguna para otorgarle la plena titularidad de derechos. Pero en el caso de los niños, para permitirles ejercitar por sí mismos un derecho se les exige en muchas ocasiones más condiciones que las que tendría un adulto normal: madurez, autonomía, capacidad para comprender la información, etcétera.

⁴⁸ Freeman pone como ejemplo también los casos de divorcio de los padres en los que se genera una percepción en el niño de que alguno de los padres no sobreviviría a su pérdida y sobre esa base expresa la preferencia de con quién ir a vivir.

En mi opinión, las teorías voluntaristas presentan inconsistencias al someter su aplicación al caso de los derechos de los niños, pues, por una parte, son incapaces de negar la intuición que indica que los niños deben ser protegidos, especialmente por sus padres, pero niegan la importancia del lenguaje de los derechos sólo cuando se aplica a los menores de edad; es decir, que muestran un celo incomprensible en que este concepto sea claro y preciso, aun cuando sugieren que no es importante para millones de seres humanos —los niños—. Parece evidente también que, aun cuando se niegue la correlatividad entre derechos y obligaciones, es necesario establecer por lo menos una obligación general de obediencia de los hijos hacia los padres, pues de otra manera sería imposible cumplir con los deberes derivados de la filiación. Sin embargo, ninguno de los autores explica cómo podemos entender este deber de obediencia para una persona sin autonomía. Finalmente, tampoco es posible explicar desde la teoría de la voluntad los derechos de los padres hacia sus hijos si consideramos la libertad en el ejercicio de los mismos como parte esencial de un derecho.

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

Aunque ciertamente el liberacionismo no puede considerarse como una teoría sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, ya que no se pronuncia sobre una concepción voluntarista ni del interés, se inclina hacia una visión de la infancia en la que resalta la autonomía y pone un énfasis sobre el valor de su ejercicio. Los autores liberacionistas sostienen que los niños tienen la capacidad para formarse juicios propios y elegir, abogando por el reconocimiento no solamente de la titularidad de derechos, sino también de libertad en el ejercicio de los mismos. En este sentido, resultaría contradictorio encuadrarla dentro de la teoría del interés, pues probablemente se opondría a los derechos obligatorios, la representación y otros rasgos característicos de los derechos de los niños en este tipo de perspectiva teórica. Con las teorías voluntaristas el liberacionismo tiene una visión común sobre la importancia que ambas atribuyen a la autonomía y a la libertad del individuo, aunque difieren en algo fundamental respecto de los derechos de los niños que deriva de una concepción de la infancia radicalmente distinta a la que se ha sostenido tradicionalmente.

Es por ello que me parece que puede situarse a las tesis liberacionistas dentro de las teorías voluntaristas de los derechos, pues parece lógico suponer que si se defiende la autonomía en los niños es porque se le considera un valor fundamental en la vida de todo ser humano y, sobre todo, puede dar una perspectiva muy novedosa al romper con los presupuestos asignados a los niños al tratar el tema de sus derechos. Por otra parte, me parece importante hacer una breve mención de las posturas de esta corriente, pues como ha quedado patente a lo largo del presente capítulo, la educación obligatoria ha sido considerada como un ejemplo paradigmático de los derechos de los niños, y ha sido utilizada por casi todos los autores que argumentan a favor o en contra de los derechos como *test-case*;⁴⁹ ninguno de los autores niega que sea importante y necesaria para los niños. Por el contrario, la postura de varios autores liberacionistas se opone a la educación obligatoria, alegando que es contraria a la libertad del niño y que la escuela ha sido herramienta de control del sistema. Proponen una educación libre, vinculada estrechamente con la democracia, en la que cada niño —especialmente los adolescentes— sea capaz de decidir si acude o no, y una vez dentro, qué es lo que quiere hacer.

Ciertamente, las ideas liberacionistas han sido desarrolladas principalmente enfocándose en el ámbito educativo, con el fin de proponer nuevos modelos basados en esta visión de las capacidades infantiles. Partiendo de que la concepción de la infancia es un constructo social que ha inhibido el despliegue de las potencialidades del niño a través del control ejercido principalmente por la escuela y la familia, los autores de esta corriente proponen una educación menos rígida y, sobre todo, el reconocimiento de derechos a los niños y el libre ejercicio de éstos, especialmente en el contexto escolar. En este sentido, señala Freeman (1997) que el discurso sobre la infancia se ha construido sobre un falso universalismo y una base ahistórica, es decir, no podemos hablar de “infancia”, sino de “infancias”, como consecuencia de que éstas son una construcción so-

⁴⁹ Son varios los autores que se refieren a los derechos de los niños como *test-case*, entre ellos podemos citar a MacCormick (1976): *Childrens' Rights: A Test-Case for Theories of Rights*; Floud (1976): *A Right to Education: A Test-Case for a Theory of Childrens' Rights*; Melden (1977): *Los derechos y las personas* (utiliza el caso de los niños como ejemplo para hablar del origen de los derechos); Hierro (1994): *La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad*, y Campbell (1995): *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult* (se refiere a los derechos de los niños como delatores —*falsifiers*— de las teorías de los derechos).

cial. Las ideas sobre la niñez han sido utilizadas como herramienta de control a través de mecanismos proteccionistas y esto ha servido también como criterio para juzgar otras instituciones sociales, como la familia o las prácticas de crianza. La consecuencia de esta situación ha sido el aislamiento temporal de la infancia, y la concepción moderna del niño como un ser inocente, vulnerable y dependiente al que es necesario proteger de su propia ignorancia e incapacidad y controlar para que llegue a ser un adulto adaptado a su sociedad. Éstos parecen ser los presupuestos que no se cuestionan al argumentar a favor o en contra de los derechos de los niños y con los que los teóricos liberacionistas no estarían de acuerdo.

Uno de los principales promotores de esta nueva idea de infancia fue Alexander S. Neill y su famoso experimento pedagógico, la escuela libre *Summerhill*, basado en el autogobierno, con el fin de que los niños fueran libres y dejaran aflorar su identidad. Sostiene que el modelo de familia tradicional ha sido altamente represivo, reservándose los padres todos los derechos y generando como consecuencia agresividad y odio; propone un nuevo modelo de familia en el que tanto padres como hijos tengan derechos, lo cual no quiere decir que los niños hagan lo que quieran, pues están limitados por los derechos de sus progenitores.

En *Summerhill* el niño participaba activamente en las decisiones comunitarias a través de asambleas en las que los adultos raramente intervenían. La base de la convivencia era la autorregulación, bajo el supuesto de que cada niño es autónomo y tiene derecho a tomar sus propias decisiones mientras no afecte a los demás: “Si uno no quiere hacer sus matemáticas, a nadie le importa, pero si quiere hacer ruido a medianoche, entonces es asunto de todos. Los niños tienen libertad para hacer exactamente lo que les plazca siempre y cuando no interfieran en la libertad de los demás” (Alexander S. Neill 1973, p. 192).

Las relaciones entre adultos y niños deben ser entre iguales, no basadas en el “respeto” como se ha entendido tradicionalmente. Neill concede una gran importancia a la libertad no solamente de los niños, sino de todos los seres humanos, pues considera que la represión ha sido la culpable de los grandes problemas de la humanidad. Sostiene también una actitud no moralizante acerca de temas relacionados con la sexualidad, por ejemplo las relaciones sexuales entre adolescentes, las cuales estaban prohibidas en *Summerhill* únicamente por el riesgo que representaba un

embarazo adolescente para la escuela. A juicio del director, esta actitud no autoritaria tenía como consecuencia que los niños aceptaran más fácilmente los límites: “Creo que nos hemos salvado de los embarazos gracias a esta actitud no moral. Durante todos los años que he estado en Summerhill no hemos tenido un solo embarazo, que yo sepa” (Alexander S. Neill 1995, p. 199).

Para este pedagogo, la falta de libertad es el origen de gran parte de los problemas de la humanidad, pues genera seres humanos agresivos y enfermos. Se opone a la disciplina, pues asegura que la violencia en la vida adulta es consecuencia del odio acumulado hacia la autoridad durante la infancia. Para ello propone una educación en la libertad que permita al niño seguir sus propias inclinaciones, sin imposiciones, dejando salir sus emociones y guiándose por el instinto y curiosidad natural.

Berger (1973) señala que la escuela se ha convertido en un medio de control de los niños, en el cual los padres pasan temporalmente su autoridad a los maestros y sirve como herramienta de continuidad del sistema, inhibiendo la habilidad de autorreglamentación de los niños. Se pronuncia en contra de la obligatoriedad de la educación, por haber pasado de ser un privilegio a un deber:

Una obligación de este tipo sería completamente inaceptable para los adultos en el llamado mundo libre. ¿Por qué ha de ser aceptable para los niños? ¿Puede existir un código de libertad cívica para los adultos y otro para los niños? Se puede aducir que la educación es un privilegio que se les concede a todos; que las escuelas son lugares de cultura y que el bienestar del niño es de máxima importancia. De hecho, la educación obligatoria es el principio del condicionamiento del individuo para la obediencia indiscutible de la cual depende un Estado autoritario. No se permite ninguna objeción de conciencia; ninguna recompensa de pago se hace por el trabajo realizado; se exige la sumisión a la jerarquía escolar; las faltas a la disciplina escolar y el ausentismo son castigados (Berger 1973, p. 217).

Propone la libertad de asistencia a la escuela durante la adolescencia mediante un sistema de bonos que garantizaría que quienes quisieran tuvieran derecho a recibirla, mientras que a quienes optaran por trabajar se les protegería de la explotación al igual que a los adultos. Con los niños pequeños no habría problema, pues ellos asisten voluntariamente a la escuela, según la autora. Defiende también la participación de los niños en

la escuela a través de concejos o sindicatos escolares que les permitan expresar su opinión en relación con la dirección de la escuela, así como el derecho de apelar las decisiones de los padres o maestros que les afecten directamente.

La idea de una autonomía mucho mayor que la reconocida hasta entonces a los adolescentes es compartida por muchos liberacionistas, que defienden la necesidad de reconocerles derechos y proponen incluso la creación de grupos juveniles independientes de cualquier asociación (iglesias, escuela, políticos, etcétera) para organizar sus propios derechos e incluso organizando proyectos de trabajo, juegos y universidades libres (Ollendorff 1973, p.168).

Como ha quedado de manifiesto en las ideas liberacionistas expuestas, los partidarios de esta visión de la infancia estarían de acuerdo en la atribución de derechos liberales a los niños, y en el reconocimiento de autonomía en su ejercicio. Esta concepción contrasta con la que sostienen los otros autores voluntaristas que no reconocen este grado de autonomía durante la minoría de edad y en consecuencia proponen alternativas distintas para el tratamiento jurídico durante esta etapa de la vida.

Las ideas liberacionistas radicales como las mencionadas aquí se oponen en muchos sentidos a las necesidades de las etapas expuestas en el capítulo segundo; por ejemplo, hemos visto que los niños necesitan límites claros y una figura de autoridad para desarrollar la confianza, o que la educación formal es necesaria para desarrollar las herramientas para desenvolverse en el contexto social. Algunos de los experimentos pedagógicos más extremos —como es el caso de la pequeña comunidad de Homer Lane— fracasaron —aunque algunos autores lo atribuyen a que constituían una amenaza para el sistema—, pero algunos de sus planteamientos han sido rescatados y han servido para poner en tela de juicio ciertos presupuestos sobre la infancia, que se han utilizado como premisas implícitas en las discusiones sobre sus derechos.

Desde mi punto de vista es necesario buscar un equilibrio que por una parte reconozca la autonomía de los niños a medida que ésta va avanzando y se va desarrollando, de modo que este ejercicio estimule al mismo tiempo su desarrollo. En otras palabras, la autonomía del niño debe servir como límite y fundamento en el reconocimiento y ejercicio de los derechos. Como fundamento en el sentido de que debe permitirse la máxima autonomía posible pero como límite, porque esto no debe comprometer

la satisfacción de otras necesidades del desarrollo. El ejemplo más claro es tal vez la educación formal, pues ésta debe permitir y estimular el ejercicio de la autonomía, fomentando la participación del niño en la toma de decisiones, pero al mismo tiempo no puede dejarse al arbitrio del menor el asistir o no, pues como se ha dicho ya, ésta cubre importantes necesidades y es en este sentido insustituible.⁵⁰

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

Al igual que ocurre con las teorías voluntaristas, son muchas y muy variadas las interpretaciones de los derechos que atribuyen un papel preponderante al *interés* del titular del derecho. Este tipo de teorías se caracteriza, de manera muy general, por aceptar como elemento común a los derechos subjetivos el que éstos protegen intereses de los titulares; es decir, son herramientas para promover el bienestar individual a través de la imposición de obligaciones a otros. En consecuencia, el único requisito necesario para ser titular de un derecho es ser capaz de tener intereses, por lo que desde esta perspectiva teórica puede sostenerse la titularidad de derechos de los niños. Se incluyen en este apartado todas las teorías no voluntaristas, es decir, todas aquellas que no consideran la discreción en el ejercicio del derecho como elemento necesario del mismo, aunque haciendo una distinción entre las teorías del interés en general y las que consideran los derechos como pretensiones, pues a pesar de que comparten su carácter no voluntarista, presentan perspectivas distintas.

Podemos situar los antecedentes más remotos de las teorías del interés en las teorías del beneficiario, específicamente la de Bentham —mucho tiempo después reformulada por Lyons—, que afirmaba que tener un derecho era ser beneficiario de la obligación de otro (Gerber 1976, pp. 329 y 330). Hart critica esta teoría alegando que no es el hecho de ser beneficiario sino la capacidad de exigir o liberar al otro de la obligación lo que significa tener un derecho, e intenta demostrarlo mediante el ejemplo —citado anteriormente— de la promesa hecha por X a Y de cuidar a su madre enferma durante su ausencia, ya que en este caso quien tiene el

⁵⁰ Esto no quiere decir que la educación formal tenga que responder a un modelo único, pues como se mencionó en el capítulo segundo, la *necesidad* de educación formal puede tener distintos *satisfactores* de acuerdo con los diversos factores sociales que rodeen al menor.

derecho es distinto de quien se beneficiará de la actuación del obligado. Lyons intenta superar esta objeción introduciendo el concepto del “beneficiario cualificado”: alguien es titular del derecho correlativo a la obligación si y sólo si se supone que es quien se beneficia directamente de su cumplimiento, a quien va dirigido el beneficio de la obligación. Varias críticas han sido hechas a esta nueva versión de la teoría; por ejemplo, que es incapaz de explicar los derechos cuando el cumplimiento de las obligaciones correlativas no constituye un beneficio para el titular (Gerber 1976, p. 331).⁵¹ Por otra parte, tal como señala Hierro, el razonamiento es circular, “pues, para soslayar la crítica de Hart, tiene que acabar admitiendo que el titular de un derecho es el beneficiario, siempre y cuando admitamos que sólo es relevante como beneficiario el que está así considerado (¿por el sistema?), o sea: el titular del derecho” (Hierro 1982, p. 49).

MacCormick (1977) sostiene que la teoría del interés para explicar los derechos es más aceptable que la teoría de la voluntad, aunque propone algunas modificaciones a la formulación tradicional. Señala que el rasgo esencial de las normas que confieren derechos es que tienen como objetivo específico la protección o promoción de intereses o bienes individuales. MacCormick critica la postura de la teoría de la voluntad, pues asegura que “corta” el lenguaje de los derechos en un punto de la escala de la protección que la ley confiere a los intereses de las personas, dado que no considera que existe un derecho si el titular no tiene la facultad para exigir o renunciar a su cumplimiento. Esto sucede en el caso de algunos derechos, que a medida que van evolucionando se van haciendo indisponibles para garantizar los intereses que protegen. Para demostrar esto cita el ejemplo —que ya ha sido mencionado con anterioridad— del desarrollo de ciertos derechos laborales y el caso de los derechos de los niños, para concluir que si la teoría de la voluntad es correcta, cuanto más inalienables sean los derechos menos pueden ser considerados derechos, a pesar de que protejan más eficazmente los bienes que constituyen su contenido.

Como alternativa propone una teoría del interés reformulada, pues estima que lo que se ha criticado de esta postura es que vuelve redundante

⁵¹ Gerber cita como ejemplo para probar esta objeción los sistemas jurídicos en los que hay libertad, es decir, “derecho” para cometer suicidio o consumir drogas (Gerber 1976, p. 332).

el lenguaje de los derechos, en el sentido de que todo lo que puede ser expresado en términos de derechos puede decirse en el vocabulario de las obligaciones. Para contraargumentar señala que es posible la existencia de un derecho sin una obligación correlativa, ya que una de las funciones de los derechos es asegurar ventajas a individuos o miembros de clases determinadas, conceder lo que *normalmente* se considera como un beneficio para los miembros de ese grupo, otorgándoles un derecho legal. La aclaración de que se trata de lo que *normalmente* es un bien para los miembros de un cierto grupo tiene como objetivo superar la objeción de que muchas veces el cumplimiento del derecho no acarrea un beneficio a su titular.

Para este autor, las reglas que contienen derechos tienen tres rasgos: 1) se refieren a “*bienes*” (ventajas, beneficios, intereses); 2) se refieren al disfrute de estos bienes por individuos separadamente, no como miembros de una colectividad que gozan de un beneficio difuso, pues a pesar de que las normas se expresan en forma genérica, los beneficios son individuales, y 3) los beneficios se aseguran a individuos a través de la protección normativa de la ley, que involucra uno o varios de los modelos identificados por Hohfeld.⁵² De modo que la definición de derecho que propone de acuerdo con estos tres elementos es la siguiente:

Adscribir a todos los miembros de una clase C un derecho a recibir el trato T es presuponer que T es, en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros de la clase C, y que T es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o retenerlo a cualquier miembro de C. Esto para los derechos morales, para los derechos legales diría lo siguiente: cuando se concede por ley un derecho T a todos los miembros de C, se considera que la ley promueve los intereses de todos y cada uno de los miembros de C, y la ley tiene el efecto de convertir en legalmente incorrecto negar T a cualquier miembro de C (MacCormick 1977, p. 204).

MacCormick expone dos razones para hablar de derechos, aun cuando algunos de ellos fuesen traducibles al lenguaje de las obligaciones: en

⁵² Como ya se ha mencionado, MacCormick critica la teoría de Hohfeld argumentando que los derechos no pueden ser explicados en términos de simples relaciones atómicas entre individuos, señalando que con pocas y simples palabras la legislatura puede conseguir protecciones legales complejas para los miembros de una clase (MacCormick 1977, p. 206).

primer lugar, el otorgamiento de derechos proporciona una razón *prima facie* para suponer que el incumplimiento de una obligación debe dar una razón para buscar un remedio, y en segundo lugar, cuando una ley otorga derechos a los individuos, normalmente se entiende que éstos tienen el poder de renunciar al cumplimiento de la obligación en los casos en que sólo les afectan a ellos mismos. Propone considerar la libertad en el ejercicio de los derechos como “poderes remediales”, que se otorgan como consecuencia del reconocimiento o concepción de derechos en lugar de considerarlos esenciales al concepto de derecho. La libertad es un bien, pero no el único bien, y las cuestiones de paternalismo y libertad no son verdades analíticas sobre los derechos.

En la misma línea, Nino (1989), al intentar construir una fundamentación para los derechos humanos, señala que el debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés es un falso dilema, pues uno de los posibles intereses o beneficios puede ser la capacidad de realizar o no realizar cierto tipo de acciones, junto con otros que no consisten en una libertad de actuar. Así, la definición de la teoría de la voluntad queda incluida dentro de los intereses que son protegidos mediante los derechos. Por otra parte, retomando los rasgos distintivos de los derechos propuestos por Dworkin, esto es, que son “distributivos e individualizados” y que constituyen un “límite” en contra de las medidas para la persecución del beneficio colectivo, propone una nueva caracterización de la definición de MacCormick para quedar como sigue:

Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso (Nino 1989, p. 40).

Como se aprecia en la definición, Nino sustituye la noción de “trato” usada por MacCormick por la de “acceder a una situación S”, ya que en su opinión esta expresión es más neutral al no restringir la caracterización únicamente al comportamiento de terceros.

Otro defensor de la teoría del interés como origen de los derechos es Finniss (2000), quien considera que antes de aplicar el análisis hohfeldia-

no se debe estipular el significado de derecho-exigencia correlativo a un deber, existiendo dos posibles respuestas: la de la teoría de la voluntad, que considera que la característica unificadora de las reglas es que reconocen y respetan la elección de una persona, y la de la teoría del interés, compartida por Finnis, que concibe a los derechos como beneficios dados por un principio o exigencia de la razonabilidad práctica o por una regla de ahí derivada a *A* y a todos y cada uno de los miembros de la clase a la que *A* pertenece:

Estos beneficios son diversos: está la ventaja de ser el destinatario de las abstenciones o de los actos de servicio de otras personas; la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar; la ventaja de poder modificar la posición jurídica de uno mismo o de otros, y de ser inmune a una modificación de ese tipo... a manos de otros; la ventaja de ser capaz de asegurar, mediante alguna acción legal, cualquiera de las ventajas precedentes o todas ellas, o al menos una compensación por la negación ilegítima de cualquiera de ellas... (Finnis 2000, p. 233).

Al igual que las posiciones de Hohfeld pueden considerarse “positivas” o “negativas”, a pesar de que evidentemente esto no puede ser juzgado *a priori*, sino dependiendo de la situación concreta y en muchos casos de la percepción del propio sujeto, los “intereses” desde esta teoría son algo que generalmente se considera provechoso para los miembros de esa clase a la que se atribuye el derecho. Como es lógico suponer, el mayor problema al que se enfrenta la teoría del interés es el de establecer una definición o criterios para identificar lo que constituye un interés para la clase que sirva como fundamento del derecho. La noción de *interés* debe ser necesariamente objetiva, pues de otro modo tendríamos que aceptar la teoría de la voluntad al no contar con un criterio que permitiera dotar de contenido a los derechos. MacCormick lo entiende así al hablar de que el bien es “en todas las circunstancias normales, un bien para todos los miembros de la clase *C*”, ya que supone que el contenido del derecho no depende de la apreciación subjetiva de cada uno de los sujetos de la clase, sino de un criterio objetivado que establece que el trato *T* constituye un interés para este grupo de individuos. Tal como señala Nino, en la definición de derecho propuesta por MacCormick el concepto de derecho individual deja de ser una cuestión puramente deóntica para convertirse en una noción valorativa: el tratamiento es un bien, algo va-

lioso para la clase a la que se dirige el derecho, pero esto no depende de la percepción del individuo, sino que el contenido del derecho se suponga generalmente beneficioso para los titulares, independientemente de que ellos compartan tal opinión.⁵³ Hierro, por su parte, considera que la teoría del interés “ha tenido que admitir que el interés es supuesto, objetivado, para poder explicar los numerosos casos en que los titulares de derechos no tienen el más mínimo interés en ellos” (Hierro 1982, p. 47). La solución por parte de Finnis es recurrir a las exigencias de la razonabilidad práctica para otorgar los beneficios a los miembros de una clase.

Entonces, ¿qué diferencia existe entre los intereses, bienes o beneficios en general y los que constituyen el contenido de un derecho? La diferencia entre afirmar que alguien tiene un derecho y que algo debe hacerse es moral; apela a un concepto de interés más restringido, vinculado de alguna manera con la idea de necesidad, y que dada su importancia es el contenido de un derecho. Hierro afirma que decir que es *bueno* hacer alguna cosa no significa que sería malo dejar de hacerla, mientras que si afirmamos que alguien tiene un derecho, sería moralmente reprobable no satisfacer el contenido del mismo; “se trata de una necesidad, interés o deseo de un sujeto ante la cual se obra bien si y sólo si se la satisface” (Hierro 1982, p. 54), y lo ejemplifica con el caso de las limosnas:

Por ejemplo, podemos afirmar que es bueno dar limosna a un mendigo y afirmar al mismo tiempo que no es malo negársela (porque favorece la mendicidad como negocio o la vaguería, porque las instituciones se deben ocupar de ello, porque el que encuentra un mendigo no tiene medios actuales de controlar si se trata de verdadera necesidad o de truco, etcétera) (Hierro 1982, p. 54).

Por su parte, Nino advierte también esta diferencia desde el punto de vista de los deberes, al señalar que “lo que se debe moralmente hacer no coincide completamente con los deberes u obligaciones morales, sino que tiene un dominio más amplio” (Nino 1989, p. 38). Los deberes son individualizados, siempre presuponen un titular, mientras que algo que

⁵³ Refiriéndose al caso que pone Hart, añade Nino: “y en verdad el ejemplo de Hart no constituye una excepción a este juicio general, ya que el titular del derecho cuenta con el beneficio cierto de eximirse del cumplimiento personal de la obligación de cuidar a su abuela” (Nino 1989, p. 40).

“debe hacerse” (por ejemplo, acabar con la pobreza en el mundo) no supone que alguien esté designado para llevarlo a cabo. Para MacCormick la diferencia estriba en que los intereses constitutivos de los derechos morales no se fundamentan en algún fin ulterior, sino que son un objetivo en sí mismos y lo demuestra al explicar la diferencia que existe entre decir que un niño *debería* ser cuidado, alimentado y querido y decir que un niño *tiene derecho* a ser cuidado, alimentado y querido:

Por ejemplo, siguiendo las líneas trazadas por Swift en *Una modesta proposición*, se podría sugerir, como razón por la cual los niños deben ser cuidados, alimentados y queridos, que ése sería el mejor modo de convertirlos en criaturas rollizas y contentas adecuadas para acrecentar la dieta nacional: o también podríamos alegar que una sociedad sana requiere niños sanos y bien nutridos que se convertirán en adultos contentos y bien adaptados que contribuirán al producto nacional bruto y no serán una carga para los medios de bienestar o las instituciones penitenciarias (MacCormick 1990, p. 132).

De modo que tenemos algunos elementos que nos pueden ayudar a identificar los intereses que constituyen el contenido de un derecho; sin embargo, creo que es necesario un criterio más concreto que, según la propuesta de este trabajo, puede ser el concepto de necesidad humana. Esto parece particularmente importante en el caso de los niños, pues el problema de la percepción del interés en el sujeto titular del derecho subjetivo es frecuente tratándose de menores, por ejemplo, en el derecho a la educación o a recibir una alimentación adecuada (que puede implicar la obligación de la madre en hacerle comer espinacas o no permitirle atiborrarse de golosinas), que puede ser contrario a lo que éstos perciben como sus “intereses”. Sin embargo, esto no es privativo de los niños, pues algunos autores cuestionan ciertos derechos que son indisponibles por considerarlos como contenido de una medida paternalista, como los derechos laborales citados por MacCormick.

A modo de conclusión preliminar cito las consideraciones de Hierro respecto de las ventajas y desventajas de las teorías del beneficiario:

Mientras (1) se acomodan al lenguaje habitual sobre los derechos humanos —que incluye, como hemos visto, derechos obligatorios— y mientras

(2) permiten considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses (como infantes e incapaces), (1) se alejan del concepto técnico jurídico-privado tradicional, y (2) exigen manejar un concepto más complejo de “derecho subjetivo” que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no discrecionales (u obligatorios) (Hierro 2000, p. 172).

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

Una corriente importante dentro de las teorías que niegan la elección en el ejercicio como elemento indispensable de los derechos es la que considera que éstos pueden ser considerados como tales en tanto constituyan *pretensiones* o *demandas* válidas, de tal manera que se puede *reclamar* que se otorguen los medios necesarios para su cumplimiento o, en su caso, la abstención de la interferencia en el ejercicio.⁵⁴ De esta manera, los derechos de los niños existen mientras puedan ser demandados válidamente ante el Estado y ante terceros.

Esta postura ha sido defendida por Feinberg (1980), quien responde a la objeción de Hart a la teoría del beneficiario distinguiendo entre el “beneficiario” (quien recibe el beneficio de la acción) y el “reclamante” (en el ejemplo de Hart el promisorio), que es quien tendría el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación⁵⁵ derivada de una promesa. Señala también que las pretensiones pueden existir previa e independientemente del Estado, de modo que son derechos morales, es decir, su validez está dada por razones derivadas de un principio moral, y al ser reconocidos por la ley se convierten en derechos-pretensión-legales: “To have a right, then, is to have a claim against others, and claims can be further distinguished in terms of their addressees” (Feinberg 1980, p. 224).

⁵⁴ Si bien es cierto que las teorías que se presentan aquí sostienen una visión no voluntarista de los derechos, Sumner (1990) señala que puede haber concepciones de las pretensiones (en términos hohfeldianos) tanto en teorías del beneficiario (cita a MacCormick, Lyons y Raz) como de la elección: “The analogue of the benefit account of claims is a conception of rights as protected interests... The analogue of the control account of claims, by contrast, is a conception of rights as protected choices (Sumner 1990, pp. 45 y 46).

⁵⁵ Feinberg aclara que también hay casos en que de una promesa pueden derivar derechos tanto para el *beneficiario* (si es una tercera persona) como para el *reclamante* (Feinberg 1980, p. 133).

Feinberg distingue también entre dos tipos de transacciones morales: las motivadas por amor, lástima o misericordia y las acciones u omisiones requeridas por los derechos de las personas. A las primeras corresponde la gratitud como respuesta, mientras que en las segundas no hay lugar para el agradecimiento y la reacción es la indignación cuando no se cumplen, y por ello pueden ser exigidas.

Un concepto importante para los derechos de los niños es lo que Feinberg identifica como *mandatory rights* (“derechos obligatorios”), distinguiéndolos de los *discretionary rights* (“derechos discrecionales”). El segundo tipo de derechos corresponde a la clase que la teoría de la voluntad identifica como los únicos derechos, es decir, aquellos en los cuales se crea un espacio de autonomía en el que el titular es libre de decidir entre hacer o no hacer X y por tanto el beneficio conferido por éstos es una cierta cantidad de libertad. En los derechos obligatorios, por el contrario, no existe esa facultad de elección; el deber coincide con el contenido del derecho y sólo se reconoce una forma de ejercitar el derecho: si tengo un derecho obligatorio a hacer X tengo un derecho a hacer X pero no tengo un derecho a no hacer X. A diferencia de la otra clase de derechos, éstos son oportunidades garantizadas de asegurar bienes que se pagan mediante sacrificio de libertad. Para Feinberg, el contenido de un derecho obligatorio es un bien de tal importancia que se garantiza por medio de la imposición de una obligación de no interferencia para los demás y se retira la oportunidad de fallar en el desempeño de ese interés. A esta clase pertenece, por ejemplo, el derecho a la educación, aunque como el autor reconoce, se ha asociado este tipo de protección a medidas paternalistas y autoritarias, de ahí la resistencia de muchos a considerarlos como derechos. Lo que ambos tipos de derechos comparten es que, como se había mencionado, constituyen una pretensión válida, exigida por un principio moral y en consecuencia son reclamables.

En la misma línea, Haksar intenta responder a la afirmación de Hart en el sentido de que no hay nada común a las distintas áreas a las que se aplica el lenguaje de los derechos a través de lo que denomina *demand theory*, apelando a las pretensiones, vinculándolas a la racionalidad del sistema al que pertenecen los derechos y objetando la fundamentación de los derechos desde el interés. Responde al ejemplo de Hart de los derechos de terceros beneficiados por una promesa diciendo que: “Y adquiere un derecho contra X; si X rompe la promesa es Y quien es perjudica-

do. Es Y quien válidamente puede demandar que X cumpla lo que prometió” (Haksar 1978, p. 184). Lo que tienen en común todos los derechos es que su negación supone un perjuicio para el titular del derecho, y éste, o alguien en su nombre, puede válidamente denunciar que ha sido injustamente tratado y válidamente exigir su cumplimiento. El derecho se tiene tanto si se exige como si no se exige su realización, de modo que esta teoría puede sustentar la existencia de derechos que no son discretionales, es decir, que se puede exigir X aun cuando exista la obligación de tenerlo: “To say that a person has a right and a legal duty to do X is consistent with the demand theory, but not with the choice theory... For even if you do not demand X, you may still have a right to X, and so others would still have correlative obligations” (Haksar 1978, p. 186).

Una pretensión se distingue porque implica el lenguaje de deber (*must*) y la persona que tiene el derecho está necesariamente solicitando algo para sí misma o para quien representa,⁵⁶ de acuerdo con un determinado sistema, ya sea moral, legal, etcétera, que confiere la autoridad para exigir el derecho. La referencia al sistema es muy importante en la teoría del autor, pues la racionalidad del mismo proporciona el fundamento de los derechos, ya que la obligación se debe a quien las reglas del sistema determinan que tiene una pretensión en ese sentido.⁵⁷ Otro de los aspectos

⁵⁶ Haksar insiste en que la pretensión puede ser exigida por el mismo titular o por alguien que le represente: “The person who has a right in a system is not necessarily the person who makes valid demand (or complaint); the right holder is the person on whose behalf valid demands (and complaints) can be made” (Haksar 1978, p. 190).

Por otra parte, cita como ejemplo para ilustrar la diferencia entre una pretensión y otro tipo de órdenes o solicitudes, el caso de un sargento que ordena a los soldados ir a la batalla, cuando lo ordena no está demandando (en el sentido de pretensión) ir a la batalla, pero una vez que lo ha ordenado, puede demandar obedecer su orden de ir a la batalla: “Again, when the sergeant major commands you to go to the battle, he is not demanding that you go to the battle. But having made the command, he can demand that you obey his command to go to battle; but here he is asking for something for himself viz. that his command be obeyed” (Haksar 1978, p. 189).

⁵⁷ El sistema constituye un elemento importante para la fundamentación de los derechos; por ejemplo, para Haksar la obligación de un oficial de castigar a un delincuente constituye un derecho para este último dependiendo de las reglas del sistema de referencia: si es un sistema utilitarista, el delincuente no tiene derecho al castigo, al igual que si el sistema es meramente retributivo, pero es posible imaginar un sistema en el que el delincuente tenga el derecho a ser castigado, para ello es necesario observar la racionalidad del sistema y sería posible reclamar (por ejemplo las cortes) en nombre del delincuente el derecho a ser sancionado (por ejemplo a los oficiales) (Haksar 1978, p. 193).

tos comunes a los derechos es que su violación supone una “injusticia” (*wrong*) para el titular, sin embargo, esto no significa que la justificación del sistema de derechos pueda darse en términos de intereses o beneficios. Para probarlo pone como ejemplo el derecho de un rey a asesorar y amonestar al primer ministro, aun cuando esto signifique causar controversias políticas, ya que el rey no ejerce su derecho en interés o beneficio propio, sino para cumplir con sus funciones. Los derechos entonces pueden ser otorgados para el bien común, no simplemente para la persecución de intereses egoístas. En este sentido, la teoría del interés, en especial la versión propuesta por MacCormick, tampoco es capaz de dar una explicación a este tipo de derechos que no se otorgan sobre la base del interés de una persona, sino que pueden estar justificados por el bien común. Esto no quiere decir que no exista una vinculación entre intereses y derechos; sin embargo es distinta a la que sostienen las teorías del beneficiario, pues los intereses no siempre fundamentan los derechos, pero una vez que los derechos han sido otorgados, el titular adquiere un interés en que su derecho sea respetado, y de no ser así puede alegar haber sido injustamente tratado. Desde su punto de vista, su propuesta teórica es capaz de sustentar los derechos de los niños sin recurrir al concepto de interés.

Por otra parte, los derechos se distinguen también porque, si bien es cierto que no siempre el detentador puede extinguir la obligación correlativa, probablemente sí es cierto que sólo el portador del derecho puede extinguir la obligación correlativa. Esto refleja, según Haksar, la importancia de los derechos, pues permite a los titulares enfrentarse a las autoridades y tener cierto nivel de autorrespeto e independencia: “And it is this feature of rights that helps to explain why rights are valuable; rights enable people to stand up to the authorities and to achieve self-respect and a certain measure of independence by not being at mercy of others” (Haksar 1978, p. 190).

Hierro responde a la tesis de Haksar objetando el ejemplo que pretende invalidar la teoría de MacCormick sobre los intereses como fundamento de los derechos. Señala que si bien el pretendido derecho del rey, al igual que, por ejemplo, el derecho de un padre a reprender a su hijo, no se ejerce en beneficio propio, existe un interés en que sea precisamente el monarca o el padre quien realice esa acción. De tal manera que distingue dos grados: “en primer grado se trata de satisfacer un interés o nece-

sidad del monarca o padre, aunque en segundo grado ello tienda a satisfacer un interés o necesidad del gobierno o del hijo” (Hierro 1982, p. 56). Concluye Hierro que no existe tanta diferencia entre la teoría de la reclamación y la reformulación de la teoría del interés planteada por MacCormick.

Martin se opone también a la concepción de los derechos como pretensiones aunque por motivos radicalmente distintos, pues alega que “es una forma de enfatizar que los derechos son válidos prescindiendo de si han sido aceptados, sea en las sociedades o, más específicamente, por esa persona contra quien se esgrime la pretensión” (Martin 2001, pp. 69 y 70) y considera a los derechos como formas de actuar reconocidas o establecidas. Alega que Feinberg trata a los derechos morales y a los derechos jurídicos como derechos en el mismo sentido, con la única diferencia de la norma de la cual deriva su validez; sin embargo, en el caso de los derechos jurídicos, cuestiona que ésta pueda considerarse una pretensión jurídica si aún no está reconocida por el Estado. Por otra parte, si las normas rectoras son jurídicas, carece de significado requerir el reconocimiento oficial, pues éste parece dado por el carácter jurídico de las normas aplicables, de modo que sólo tendría sentido reclamarlo una vez si quisiéramos valernos de lo que ya está prescrito en la ciencia jurídica:

Mi análisis sugiere que un derecho jurídico no es principalmente una pretensión en lo absoluto, al menos no es una pretensión pura, ni siquiera una válida, sino que más bien es algo reconocido por el gobierno. Pues este factor de reconocimiento oficial es el que proporciona un fundamento para hacer reclamos —reclamos jurídicamente válidos— en una ocasión dada (Martin 2001, p. 77).

Martin considera que el principal defecto de la teoría de Feinberg es “la sugerencia de que las prácticas de reconocimiento y cumplimiento son innecesarias en el caso de los derechos jurídicos” (Martin 2001, p. 92), y por ello la noción de pretensión válida no puede singularmente revelar la característica común al concepto de derecho.⁵⁸

⁵⁸ Martin opone esta misma objeción a las pretensiones como fundamento de los derechos humanos, ya que opina que el reconocimiento y promoción son elementos indispensables para que una pretensión válida se convierta en un derecho humano. Esto será objeto de análisis en el capítulo dedicado a los derechos humanos.

Por su parte, White señala que no existe una conexión lógica entre hacer una reclamación y tener un derecho, ya que se puede tener un derecho a algo que no se ha reclamado y se puede reclamar algo a lo que uno no tiene derecho, además parece que no tiene sentido hablar de un derecho a algo que uno puede exigir, pues se puede reclamar casi cualquier cosa. Se niega a la equivalencia entre derechos y pretensiones (en sentido hohfeldiano): “As we have seen, rights, but not claims, can be given, conferred, taken away, earned, enjoyed or exercised; while claims, but not rights, can be made, advanced, laid, made out, settled, allowed, met or rejected” (White 1984, p. 132).

B. Los derechos del niño desde las teorías del interés

A pesar de que las teorías de la voluntad y las teorías no voluntaristas conducen a visiones opuestas acerca de los derechos de los niños, en general ambas presuponen una concepción del niño como incapaz, es decir, sin autonomía de la voluntad ni agencia moral, a pesar de que en muy pocas ocasiones encontramos una justificación que proporcione argumentos para aceptar esta premisa acerca de las características de la etapa infantil. Incluso la aptitud para sostener los derechos de los niños se ha utilizado como argumento para apoyar la validez de la teoría del interés, como en el caso de MacCormick. Quienes tratan específicamente sobre los derechos de los niños tampoco parecen ser la excepción. Entre los autores que se han ocupado de este tema se puede apreciar una visión parecida de la infancia, aunque cada vez parece haber un mayor interés por cuestionar las premisas o intuiciones dominantes durante los dos siglos pasados. Por esta razón es lógico suponer que la mayoría de los autores que se han ocupado de argumentar a favor de los derechos de los niños se han inclinado por la explicación de los derechos desde la teoría del interés, pues desde la visión de la infancia como carente de autonomía moral es la única capaz de justificar la titularidad de derechos durante esta etapa de la vida.

Como se ha dicho, la divergencia entre las dos posiciones teóricas acerca de la naturaleza de los derechos subjetivos radica en la manera de proteger a los menores de edad. La teoría del interés permite sostener la titularidad de derechos en los niños, pues basta con que éstos tengan intereses identificables que puedan servir como base para la imposición de

obligaciones en otros. No es necesario que esos intereses sean manifestación de capacidades racionales, pues los derechos en los que el detentador tiene facultad para elegir son únicamente un tipo de derechos. La objeción frecuente a la teoría del interés es que podría justificar intervenciones paternalistas que se juzgan inaceptables para los adultos que tienen autonomía de la voluntad, pero que se aceptan fácilmente por una y otra postura teórica para los niños.

Campbell (1995) es un buen ejemplo de esta visión, pues descalifica la teoría de la voluntad por poner excesivo énfasis en la autosuficiencia y la autonomía y, por tanto, ser incapaz de expresar la relevancia moral de los niños. El autor sostiene la titularidad de derechos en los niños basándose en la intuición de que un menor tiene, por ejemplo, el mismo derecho a la vida que un adulto, y por esta razón —afirma— los niños sirven como prueba de aquellas teorías que no pueden sustentar sus derechos. La teoría de la voluntad promueve la percepción del niño como futuro adulto, que es una visión parcial de la niñez, de modo que se inclina por la teoría del interés, intentando establecer un criterio para la identificación de los intereses de los niños:

The exclusive stress on self-sufficiency and autonomy which typifies the ‘will’ or ‘power’ theory of rights, the theory that is used to question the legitimacy and usefulness of attributing rights to children, is inadequate as an expression of the moral significance of persons, particularly children. The equal moral worth of all human persons, including children is often best protected by ensuring that they have properly protected positive rights justified in terms of their fundamental interests (Campbell 1995, p. 1).

Una observación interesante de Campbell es la que se refiere a lo que denomina “adultismo”, que define como la percepción centrada en el adulto acerca de los asuntos relacionados con niños y que se manifiesta sobre todo cuando el tema de los derechos de los niños ha sido utilizado por algunos autores en batallas de mayores de edad, es decir, que se ha empleado como argumento para beneficio no de los propios niños, sino de otras preocupaciones de los adultos.⁵⁹ Niega también, en oposición a

⁵⁹ Lo que Campbell denomina *adultismo* (Campbell 1995, p. 3) se muestra, en mi opinión, por la forma en que los niños son frecuentemente utilizados para apoyar argumentaciones a favor o en contra de determinadas posturas, quizá porque constituyen ca-

Onora O'Neill, que los derechos sean incompatibles con el paternalismo, ya que —según argumenta— los intereses de las personas no siempre pueden ser alcanzados, dejando simplemente al titular en libertad de actuar de acuerdo con lo que considera le llevará a la consecución de éstos. Los derechos no pueden ser vistos como simple reflejo de obligaciones tal como pretende Onora O'Neill si el lenguaje de los derechos se considera como un lenguaje prioritario que identifica los intereses de las personas.

Según Campbell, los intereses del niño que fundamentan la existencia de derechos morales pueden clasificarse en cuatro categorías: los derechos que tiene como persona, que compartiría con todos los seres humanos;⁶⁰ los derechos que tiene como menor (*juvenile*), referido a los menores que se encuentran en la adolescencia y que han desarrollado ya algunas capacidades para realizar elecciones autónomas y al mismo tiempo tienen intereses específicos; los derechos como futuros adultos o *derechos del desarrollo*, que son instrumentales ya que su fin es servir a los intereses del futuro adulto y se distinguen porque no serían aplicables si se supiera que el niño nunca se convertirá en adulto;⁶¹ y, finalmente, los derechos del niño como tal⁶² (Campbell 1995, pp. 17-20).

son límite en muchas situaciones y provocan fácilmente reacciones emotivas y tomas de postura. Un ejemplo claro de esto ha sido el manejo de los casos de menores de edad víctimas de violación, utilizadas para justificar posturas a favor o en contra del aborto, con una amplia (la mayoría de las veces hipócritamente velada) exposición a los medios, o los niños con posturas radicales a causa de haber crecido en un clima de guerra y enfrentamiento, que se usan para descalificar a una u otra parte. Parece que los niños provocan una sensibilidad especial que los hace ser utilizados con estos fines; sin embargo, en esta actitud queda claramente cuestionado el hecho de que sean realmente los intereses de los niños los que se están defendiendo a costa de violar su derecho a la intimidad y exponerlos de esa manera, por supuesto, siempre que se trate de niños pobres del tercer mundo.

⁶⁰ Por ejemplo el derecho a la vida o a no ser torturado. Sin embargo, Campbell reconoce que muchos autores, especialmente los que defienden posturas voluntaristas, negarían que los niños son personas y por tanto negarían que son titulares de estos derechos.

⁶¹ Por ejemplo el derecho a cierto tipo de educación formal o al desarrollo de talentos y preparación a la vida responsable. Señala que este tipo de derechos es el que suele considerarse como característico de los niños, lo que refleja la visión predominante de la teoría del poder que pone el énfasis en el futuro elector autónomo (Campbell 1995, p. 20).

⁶² Según Campbell, los únicos ejemplos de este tipo de derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño son: el derecho a conocer y ser cuidado por sus padres (artículo 7o.), el derecho a no ser trasladado ilícitamente (artículo 11) y la obligación del Estado de proteger al niño contra abusos, violencia, etcétera (artículo 19).

En opinión de Campbell, la importancia que se atribuye a los niños es con mucha frecuencia únicamente en función de su futuro como adultos y la organización de las vidas de los niños orientada hacia este fin constituye una violación de sus derechos, pues además de que se deriva de una visión utilitaria que considera a los niños como el “material” para el futuro de la sociedad, ignora su dignidad presente. Aun cuando se sostenga que los intereses actuales se sacrifican en beneficio de los intereses futuros de esa misma persona, no se justifica subordinar al niño de hoy al adulto de mañana. Este análisis constituye una visión novedosa sobre los derechos de la infancia que puede ser de mucha ayuda en la reflexión sobre el tema; sin embargo, la clasificación entre los distintos tipos de derechos de los niños presenta desde mi punto de vista algunas dificultades, pues no resulta claro que se trate de diferentes tipos de intereses —como persona, futuro adulto, menor o niño—, además de que cada derecho involucra una serie de intereses —podríamos decir, en términos de Max-Neef, que los derechos pueden ser entendidos como garantía de acceso a satisfactores sinérgicos que responden a varias necesidades a la vez—. Por ejemplo, el derecho a cierto tipo de educación formal, que Campbell identifica como un derecho del niño como futuro adulto, no tiene únicamente como finalidad el preparar al menor para su integración social en la vida adulta, sino que va estimulando el desarrollo, permite al niño conocer y desenvolverse mejor en su entorno, al mismo tiempo que constituye un espacio fundamental de socialización, por mencionar sólo algunas de sus funciones. Por otra parte, es evidente que aun los derechos considerados como del niño en su situación presente tendrán repercusión en la vida adulta, pues las consecuencias de no haber conocido a sus padres, haber sido trasladado ilícitamente o haber sido víctima de malos tratos —que cita como ejemplos de derechos del niño como tal— se manifestarán de alguna manera durante la madurez.

La teoría de los derechos como pretensiones ha sido también utilizada como justificación de los derechos de los niños. Eekelaar (1995) sostiene que la idea de derechos debe asociarse con las demandas de las personas y no con lo que se cree que son sus intereses:

Why should the idea of rights be associated with giving effect to people's claims and not with what are believed to be their interests, which could be ascertained by empirical observation or a priori conceptions of human na-

ture?... For if it were sufficient for my having a right only that another had a duty to advance my interests, and it turned out that the other mistakenly assessed my interests, I would have had a right that my interests should be prejudiced (Eekelaar 1995, p. 226).

Eekelaar critica la teoría del interés, especialmente la que fundamenta que las obligaciones conllevan derechos, alegando que supone el riesgo de conducir a la paradójica situación de tener derecho a que los intereses del titular sean perjudicados si quien tiene la obligación hace un cálculo erróneo. Señala que normalmente no se espera a evaluar si alguna acción promovió los intereses de alguna persona para decidir si ésta tiene derechos. Por otra parte, generalmente se piensa que los individuos tienen derechos cuando eligen una acción independientemente de que esta opción eventualmente promueva sus intereses, lo que supone la posibilidad de rechazo, y para el autor esta oportunidad de elección y la formulación de los propios intereses es central para el reconocimiento de la importancia humana. Al hablar de los derechos considerados inalienables —por ejemplo a la vida, o al voto— señala que son aquellos que se asume que la gente, si estuviese suficientemente informada, elegiría tenerlos:

But they are rights because they may be chosen. Choice implies the possibility of rejection. Individuals may, exceptionally, reject choice itself (by deciding according to lot, or delegation to another) but to do so in significant life events would substantially diminish the person as a human agent. Conversely, to grant people choice in such matters is central to recognition of their human worth. Hence, if I cannot formulate for myself what my interests are, but leave them to others to determine, have I not abdicated my humanity? (Eekelaar 1995, p. 227).

En resumen, continúa, los argumentos que expone buscan demostrar tres puntos: en primer lugar, que se puede trazar una distinción fundamental entre las acciones motivadas exclusivamente con el propósito de promover el bienestar del otro (lo que denomina '*welfarism*') y acciones para reconocer las demandas hechas por otros; en segundo lugar, que la idea de derechos está relacionada en cierto modo con la percepción de que la gente hace demandas; y, por último, que exigir que alguien actúe para promover mi bienestar tal como él lo define es en realidad no hacer una demanda. Sin embargo, los derechos no agotan el contenido de las

obligaciones, es decir, pueden existir obligaciones sin que existan derechos correspondientes.

El autor aplica esto a los niños, criticando la postura que asume que no hay conflicto entre los intereses entre el niño y quien tiene la obligación de procurar su bienestar, y dado que los derechos están relacionados con las demandas, destaca la importancia de escuchar a los niños para cualquier elaboración de sus derechos. Para responder a las objeciones del excesivo peso que podría tener la influencia paterna o la ignorancia en las opiniones de los niños propone utilizar el procedimiento del “juicio hipotético”, que consiste en incorporar los supuestos de información completa y madurez en la toma de decisiones basadas en derechos; es decir, construir teóricamente las obligaciones que los niños querrían hacia ellos si estuviesen suficientemente informados —considerando las circunstancias de su propio contexto (género, etnicidad, etcétera)— y tuvieran un juicio maduro. Las decisiones sobre los niños deben promover el objetivo de madurez, que el autor entiende como la capacidad de confrontar la verdad y el ejercicio de la autodeterminación.

La respuesta a la pregunta acerca de las demandas de los niños es fundamentalmente empírica y debe estar constantemente sujeta a revisión, sobre lo que la gente quiere cuando es joven y cómo sienten más tarde que deberían haberse comportado con ellos cuando eran pequeños. Según el orden de Eekelaar, las demandas girarían en torno a tres tipos de intereses: “intereses básicos” (cuidado físico, emocional e intelectual), “intereses de desarrollo” (que su potencial debe desarrollarse para que entren a la adultez sin desventajas tanto como sea posible), y los “intereses de autonomía” (la libertad de elegir un estilo de vida propio). Los primeros tienen un estatus preeminente, mientras que los otros dos pueden razonablemente transigirse (Eekelaar 1995, p. 231). Concluye que la Convención es para toda la gente, ya que la niñez es sólo parte de un proceso de formación de los adultos de la siguiente generación: “Childhood is not an end in itself, but part of the process of forming the adults of the next generation. The Convention is for all people. It could influence their entire lives. If it aims can be realized, the Convention can truly be said to be laying the foundation of a better world” (Eekelaar 1995, p. 234).

La propuesta de Eekelaar pone de manifiesto la dificultad de encuadrar los derechos de los niños dentro de una teoría del reclamante, pues

es necesario recurrir a fórmulas complejas para suplir la incapacidad para realizar por sí mismos sus demandas. Esto es notorio en la propuesta del juicio hipotético como mecanismo para determinar las demandas de los menores, ya que resulta metodológicamente dudoso, pues las condiciones de información suficiente y madurez en el juicio como presupuestos para llevarlo a cabo distan mucho de tener un contenido concreto y fácilmente identificable. Además, el juicio de los adultos sobre cómo hubieran querido ser tratados como niños está necesariamente influido por el trato que efectivamente recibieron, el transcurso del tiempo, la propia percepción de la realidad, etcétera.

Por otra parte, resulta difícil creer que para un niño será posible librarse de toda influencia del punto de vista paterno en la expresión de sus opiniones, y como el mismo autor reconoce, al ser procedimental, el juicio hipotético puede no llevar a conclusiones claras, y en ese caso serán los adultos quienes tendrán que tomar la decisión por los niños. Finalmente, la clasificación de los intereses y sobre todo el carácter jerárquico que parece desprenderse de ésta, resulta francamente discutible, de acuerdo con las teorías de las necesidades humanas expuestas. Las necesidades del niño no pueden ser jerarquizadas: no puede sostenerse que tenga preeminencia el cuidado al desarrollo de las capacidades o la necesidad de autonomía.

Resulta, sin embargo, muy importante la relevancia que atribuye Eekelaar a escuchar el punto de vista de los niños y a tener sujeto a constante revisión empírica los intereses de los mismos. Esto no significa caer en un relativismo acerca de los intereses, sino buscar un equilibrio entre la necesaria protección y el desarrollo de la autonomía.

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

Como ya se ha visto, las teorías del interés se enfrentan al problema de objetivar el bien de los miembros de una clase para dotar de contenido a los derechos. En el caso de los niños, éste se vuelve un problema más complejo, pues mientras que tratándose de los adultos la mayoría de los derechos conlleva un poder de elección en su ejercicio, es decir, cada individuo puede decidir entre exigirlos o renunciar a ellos o, tratándose

de derechos irrenunciables e inalienables, como bien dice Hierro, son “en cuanto a su posible ejercicio renunciables día a día... puedo no ejercitarlo una sola vez en mi vida” (Hierro 1982, p. 47). Los derechos de los niños son en este sentido radicalmente distintos, pues se entienden no solamente como irrenunciables en su titularidad, sino también en su ejercicio, lo cual quiere decir que son obligatorios; en términos de Feinberg, son en su mayoría *mandatory rights*. De manera que tratándose de un adulto que juzgue que el contenido de algún derecho no constituye un interés, cuenta con el recurso de renunciar a él o por lo menos no ejercitarlo, mientras que el niño tiene un cumplimiento forzoso de su derecho. Por otra parte, por su situación de desarrollo, se entiende que la realización del contenido de los derechos (de ahí su carácter obligatorio) es importante para cubrir los requerimientos de cada etapa. En consecuencia, desde mi punto de vista es claro que la determinación de los intereses reviste una importancia especial, pues además, la objetivación de los intereses de los adultos estaría a cargo de otros adultos, es decir, de miembros de la misma clase que presuponemos comparten los mismos intereses, mientras que en el caso de los niños no hay representación —por lo menos hasta ahora— de integrantes de la categoría infancia que pudiera colaborar en la elucidación de los intereses, pues presuponemos también que son incapaces de hacerlo —por lo menos los niños más pequeños, y en el caso de los mayores sólo se les permite la participación en asuntos que les afectan a ellos mismos, no en la elaboración de normas vinculantes—. De modo que parece imprescindible una teoría sólida que nos permita objetivar algunos de los bienes para los niños —y aparentemente la mayoría de las teorías que intentan justificar los derechos de los niños carecen de ésta—, pues no creo que sea algo que podemos obviar o acusar de evidente, como han hecho muchos autores. A este respecto, Freeman opina que los niños no son tan diferentes como pensamos y que la carga de la prueba cuando se quiere discriminar recae sobre quien quiere hacerlo, y hasta hoy no se ha cumplido con esto de manera muy convincente. Atribuye esta actitud a que es más fácil presuponer que las capacidades de los niños están ausentes que asumir sus elecciones.

No son muchos los especialistas que intentan dar una respuesta concreta a este cuestionamiento, pues la mayoría se limita a establecer criterios genéricos sin dotarlos de contenido, o a proponer métodos pero sin hacer una aplicación que lleve a propuestas específicas.

Campbell intenta hacer frente a esta situación mediante su clasificación de los derechos de los niños (en derechos como persona, futuro adulto, adolescente y niño) y critica el procedimiento de juicio retrospectivo, que consiste en elegir por el niño como lo hubiésemos hecho viendo hacia la propia niñez desde la postura adulta. Este método privilegia el punto de vista del adulto y es incapaz de hacer justicia a los intereses del niño tal como se manifiestan en la infancia, al ser adulto-céntrico. Otra de las dificultades presentes cuando se trata de derechos de los niños deriva de su pertenencia y dependencia de la familia, pues torna difícil trazar una frontera nítida entre los derechos de los niños y los derechos de los padres o cuidadores en su función como tales, además de que dificulta la implementación de medidas que tengan como fin atacar los problemas de la infancia. Coady (1995), por su parte, recurre al concepto de necesidades como justificación moral de los derechos para diferenciar entre intereses y deseos o preferencias, pues considera que tanto la propuesta de Onora O'Neill como la de Campbell son insatisfactorias, ya que la primera ignora la importancia de las experiencias durante la infancia y en consecuencia la satisfacción adecuada de las necesidades, y el segundo sugiere una noción de interés más cercana a la de deseos o preferencias. Opina que al conceder demasiado peso a los intereses de los niños como tales, en oposición a sus preocupaciones como adultos o adolescentes, Campbell corre el riesgo de traducir los deseos al lenguaje de los derechos. Le parece poco realista ignorar las limitaciones en las perspectivas y percepciones de la infancia y concluye que parece que los niños necesitan lo mismo que los adultos, pero en más cantidad:

What young children need, as the Convention on the Rights of the Child makes plain, is roughly what adults need only perhaps more of it. They need rather more in the way of food, affection, protection from exploitation and so on. They need to play, but so do adults (though the forms of play will sometimes differ); they need education, but so of course do adults (Coady 1995, p. 51).

Para Freeman, la pregunta crucial para determinar los intereses de los niños es: “¿de qué tipo de acción o conducta desearíamos como niños ser protegidos, bajo el supuesto de que queremos madurar a una adultez racional y autónoma y ser capaces de decidir bajo nuestro propio sistema

de fines como seres libres y racionales?” (Freeman 1995, p. 68). La respuesta sería la elección de principios que capacitan a los niños para llegar a una madurez independiente y lo irrazonable lo que frustra esa meta, y dentro de esos límites sería aceptable una versión de paternalismo. Las restricciones aceptables serían las derivadas del consentimiento orientado hacia el futuro, que consiste en suponer lo que se hubiera deseado en el caso de una deliberación ideal, es decir, de una decisión con la información de los hechos relevantes, con claridad de pensamiento y libre de influencias distorsionadoras. Admite que es una tarea difícil, pero que vale la pena el esfuerzo por esclarecerlo.

La propuesta de Eekelaar, aunque difiere en cuanto a la justificación de los derechos, es muy similar a la de Freeman en lo que respecta a la especificación del contenido de los derechos. Como ya se ha mencionado, propone el “juicio hipotético” para determinar los derechos de los niños, dado que desde su perspectiva los derechos deben entenderse como pretensiones, pues el concepto de interés no funciona como fundamento de los derechos por dejar la determinación de los intereses en manos de un tercero. Para ello subraya la importancia de escuchar a los niños, lo que supone la creación de espacios en los que puedan expresarse. Para determinar entonces los derechos de los niños no bastará con afirmar que una acción será en bien del niño, sino que es necesario cuestionar si ésta sería lo que verosímelmente querría, considerando cuidadosamente las circunstancias individuales del niño.

Lowy (1995) objeta esta propuesta de Freeman —y es aplicable también a la de Eekelaar—, pues los valores que se inculquen por medio de las intervenciones paternalistas se convertirán en las razones para la intervención futura, de manera que resulta muy dudoso sostener el consentimiento hipotético que sugiere. Propone otorgar un derecho a perseguir “proyectos apropiados” a las circunstancias presentes de los niños que está ya reconocido en la Convención, por ejemplo en el derecho de asociación. En el caso de los niños pequeños esto podría traducirse en el derecho a elegir a sus compañeros favoritos. Subraya la idea de que la racionalidad infantil es distinta a la adulta y que las desviaciones de los criterios adultos no significan necesariamente que se vaya a producir un daño y que, en consecuencia, haya que tomar medidas protectoras, aunque es necesario considerar la incapacidad de los niños de tener una visión de largo plazo (Lowy 1995, pp. 74 y 75).

Un criterio distinto que parte de una teoría consecuencialista restrictiva⁶³ de los derechos de los niños en la que la función de los derechos es la protección de sus intereses y la meta la maximización del bienestar, es el bien de “no-traición” (*non betrayal*) propuesto por Parker (1995), que sirve como criterio mínimo a cuyos valores deben vincularse los resultados de bienestar perseguidos por los derechos institucionales. Este bien de no traición es el que una comunidad disfruta cuando cree que las oportunidades de vida de sus miembros no han sido afectadas por las decisiones de los adultos. Para ejemplificarlo cita el caso de la ley australiana que regula el sostenimiento económico del niño en caso de separación de los padres, que busca reducir las consecuencias adversas de las elecciones de los adultos a través de un derecho del niño a un nivel de vida comparable al de otros niños con familias biparentales de similares ingresos.

El problema de las tesis que utilizan como procedimiento para determinar los intereses de los niños la suposición de las elecciones de éstos si se encontrasen en escenarios ideales (información, madurez, racionalidad, etcétera) es que, tal como se ha mencionado, el concepto de madurez dista mucho de ser claro y preciso y la concepción de la adultez conlleva una fuerte carga de códigos culturales que determinan en lo que debe convertirse una persona al alcanzar la mayoría de edad. Aunque se define la madurez como la capacidad de confrontar la verdad y el ejercicio de la autodeterminación, se ha visto que esto depende en buena medida de lo que sea necesario en cada contexto social, y prueba de ello es la prolongación de la etapa adolescente en las sociedades industrializadas. Aceptar como tal esta tesis nos llevaría a cuestionar la deseabilidad de extender la educación obligatoria, pues ella alarga la dependencia y retrasa la autonomía. De modo que no queda muy claro desde mi punto de vista que sea una tarea sencilla la especificación de los derechos con base en la promoción de la madurez. El método de interpretar lo que verosímelmente querría el niño tiene también sus problemas, pues cualquier proceso de decisión humana, aun contando con toda la información relevante del caso, puede no ser tarea fácil. Por otra parte, este mecanismo

⁶³ Aclara que su teoría es consecuencialista restrictiva, dado que comúnmente se supone que los consecuencialistas no pueden tomar los derechos en serio, pero sostiene que en una forma restrictiva del consecuencialismo, distinta del utilitarismo, sí hay lugar para los derechos (Parker 1995, p. 154).

entraña en sí mismo una visión valorativa de las elecciones tomadas en nombre del niño, es decir, un concepto de lo que es bueno para cada niño. En mi opinión esto no se encuentra muy alejado del concepto de interés entendido como necesidad para su objetivización, aunque sí conlleva algunos riesgos de interpretación.

Desde mi punto de vista los intereses tanto de los niños como de los adultos pueden ser objetivados a partir del concepto de necesidad. Este criterio tiene la ventaja de que puede dar lugar a una concepción normativa de la persona moral basada en una apreciación intersubjetiva de la realidad que parte del valor de la vida y realización humanas, y que no requiere de métodos que planteen condiciones ideales en los cuales el individuo podría decidir el contenido de sus intereses, sino que se deriva de un enfoque interdisciplinario en el que, de acuerdo con las características de cada una de las etapas de la infancia, se determinan las necesidades. Estos intereses serían los que darían lugar a los derechos obligatorios, pues la satisfacción de las necesidades, sobre todo en el caso de los niños, no admite discrecionalidad o elección en el ejercicio. Esta noción de los intereses permite situar la libertad de elección como una de las necesidades del adulto y, en consecuencia, también como un tipo de derechos.

Por otra parte, a partir de la clasificación de las necesidades de los niños, la autonomía se considera como uno de los intereses durante la etapa infantil. El ser humano requiere desde los primeros meses de vida ir ejerciendo su libertad, de modo que la autonomía se convierte en un fin y en un medio, pues a medida que se va ejerciendo se va consolidando y aumentando. La teoría de las necesidades expuesta permite dotar de un contenido concreto a los intereses en cada una de las etapas de desarrollo para dar lugar a unos derechos acordes con el crecimiento. Además, permite superar el relativismo que supone asumir un juicio retrospectivo, pues se parte de que las necesidades humanas son compartidas por todos los hombres, independientemente del concepto de adulto o madurez que se tenga en su contexto social, y al mismo tiempo se toman en consideración las variantes culturales al realizar la distinción entre necesidades y satisfactores.

Por otra parte, el estudio interdisciplinario nos permite también poner en tela de juicio la concepción de la infancia que subyace a las dos posturas teóricas expuestas, pues, según se ha visto, el niño tiene en muchas

ocasiones más autonomía de la que se le reconoce. A pesar de que tanto la teoría de la voluntad como la del interés parecen contener la premisa del niño como incapaz, desde una posición voluntarista resulta más problemático sustentar los derechos de los niños, pues la línea trazada por la voluntad parece tajante. Por el contrario, las teorías no voluntaristas parecen más flexibles para ir admitiendo la evolución en la capacidad decisoria de los niños, así como una concepción de la infancia con mayor autonomía. Esto quiere decir que desde la teoría del interés fundada en necesidades es posible sostener que una de las necesidades de los niños es la autonomía —como se ha expuesto—, de modo que de acuerdo con el desarrollo y la evolución de este interés puede ir cambiando la manera en que los derechos reconocen y protegen este interés. No es un asunto de todo o nada, como parecería exigir una teoría de la voluntad, pues no hace falta agencia moral ni total autonomía para poder ser titular de derechos, necesarios a su vez para el desarrollo de la autonomía.

En consecuencia, la teoría del interés parece constituir una mejor explicación de los derechos, no sólo porque permite sostener la existencia de derechos de los niños, sino porque parece ajustarse mejor a la manera en que se entiende la importancia de garantizar el acceso a los satisfactores de las necesidades del hombre, ente las cuales se encuentra no sólo la necesidad del adulto de ser un hombre libre, sino la del niño de tener asegurado un cierto grado de autonomía que le permita ir conquistando grados cada vez mayores. Ciertamente, es una noción de derecho subjetivo más compleja que la de la teoría de la voluntad, pero me parece que es más consistente con el lenguaje jurídico en uso y con el que pretendemos que se utilice quienes sostenemos la calidad de personas de los menores de edad. Así como ha evolucionado la sociedad en la consideración del niño como hombre incompleto o adulto en miniatura hacia una visión como ser con capacidades distintas a las del adulto y estructuras físicas, biológicas y psicológicas propias, el derecho debe transformarse también y romper los viejos esquemas y concepciones tradicionales para incluir a la categoría infancia, tal como ha cambiado, para comprender a otros colectivos como las mujeres o las minorías étnicas, sin que esto signifique perder sus rasgos distintivos, sino, por el contrario, afianzando la función que actualmente desempeñan como elementos íntimamente vinculados con la noción de ser humano.