

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un poco de historia.* III. *La objeción comunitarista.* IV. *La objeción voluntarista.* V. *Los derechos como intereses de cada miembro de la familia.* VI. *Los conceptos de dignidad y autonomía como fundamento de los derechos humanos en la familia.* VII. *El derecho a tener una familia como derecho humano.* VIII. *Hacia una nueva cultura de los derechos fundamentales en la familia.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El título de esta mesa constituye una clara muestra de la evolución que ha sufrido la relación entre derechos humanos y familia, muy especialmente cuando nos referimos a algunos de sus miembros como las mujeres o los hijos-niños. En efecto, se trata de derechos fundamentales en la familia y no de la familia, como durante siglos fue concebido el papel del niño y adolescente en la sociedad. La diferencia es trascendental, pues representa un cambio de paradigma que ha transformado en buena medida las relaciones familiares y que aún hoy sigue sugiriendo serios cuestionamientos en torno al tema de los derechos fundamentales, en especial cuando éstos pretenden adjudicarse a los niños. Mi objetivo es describir la forma en que se ha dado este proceso a lo largo de la historia de Occidente, para finalmente proponer una comprensión de los derechos fundamentales, especialmente del niño, en la familia.

II. UN POCO DE HISTORIA

Identificar el momento histórico preciso en que el niño-menor de edad aparece como personaje relevante de la sociedad es sumamente complejo, como se puede desprender de los textos de los especialistas en el tema de historia de la infancia. Tres parecen ser las principales posturas: la primera, representada por Philippe Ariès, quien puede ser considerado el precursor de esta disciplina o enfoque específico: el de reconstruir la evolución del concepto de niño a la largo de la historia, sobre todo en Europa. Ariès, especialista en la historia de la vida privada, en su obra *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*,¹ publicada por primera vez en 1962, sostiene que el concepto de niño es de reciente aparición, ya que no es sino hasta finales del siglo XVI que la niñez comienza a distinguirse como etapa con características específicas. Antes de este momento, la infancia como categoría había sido ignorada y la prueba de esto se encuentra en las representaciones pictóricas de la época, en las que los niños aparecen como adultos en miniaturas, es decir, sin las proporciones fisiológicas propias de cada etapa de la niñez (esto es, cabeza más grande en relación con el cuerpo, cuerpo rollizo, etcétera) y vestidos con ropas similares a las de los adultos. La consecuencia de este *descubrimiento* según el autor fue la segregación de la infancia del mundo adulto y el confinamiento del niño en la institución escolar. La segunda postura puede representarse por la tesis de Lloyd de Mause,² quien por el contrario, sostiene que en la antigüedad el maltrato infantil fue una práctica generalizada ya que los padres proyectaban sus propias frustraciones en sus hijos, siendo éstos quienes satisfacían las necesidades de afecto, vinculación, etcétera, de los mayores. Una tercera visión propone que la atención hacia los hijos deriva de una inclinación natural tal como se desprende de la teoría sociobiológica, de tal forma que es posible concluir que el ser humano siempre ha cuidado de su descendencia como condición para la supervivencia de la especie.³

¹ Ariès, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus, 1987.

² Mause, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

³ Pollock, Linda, *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. Las investigaciones de Pollock incluyen también el análisis de diversas fuentes, es especial diarios personales y autobiografías, en los que se basa para sostener su teoría, sin embargo, las fuentes corresponden a los siglos XVI al XX, por lo que sus afirmaciones no refutan las de los otros especialistas que sitúan la aparición del "sentimiento de infancia" a finales del siglo XVI.

Estas tres posturas, sin embargo, no parecen contradecir el hecho de que el concepto de infancia tal como lo consideramos hoy en día es una construcción social que apareció en una época tardía de la historia, por lo que, aunque no es concluyente la idea de la existencia de un maltrato generalizado, sí puede llevar a un serio cuestionamiento sobre el papel del niño en la sociedad sobre todo en el contexto de las relaciones paterno filiales. Esto parece confirmado por la evolución histórica de lo que podríamos llamar tratamiento jurídico a la infancia, con lo que me refiero a la forma en que los derechos se relacionaban con la minoría de edad.

Respecto del tratamiento jurídico, resulta igualmente compleja la descripción exacta del nexo entre minoría de edad y derechos, por lo menos en la Antigüedad, pues la situación jurídica del niño se encuentra profundamente vinculada a la relación de filiación. En efecto, como es bien sabido, la patria potestad en Roma suponía un poder de disposición sobre la vida del hijo; era el *pater familiae* quien decidía sobre todo lo concerniente a las personas que estaban bajo su custodia, sin embargo, insisto, es difícil conocer hasta que punto se relacionaba esta situación con la infancia, pues este poder abarcaba también a las mujeres adultas. Durante los siglos siguientes (Edad Media) el niño se vio diluido en los numerosos grupos familiares que constituían la base de la estructura social. La función del hijo consistía en continuar el linaje y alimentar la cantidad de miembros del clan para hacer más fuerte al jefe de familia y permitirle aumentar su poderío. Es en el Renacimiento (siglos XV y XVI), cuando el hombre comienza a verse a sí mismo como individuo y el consiguiente paso de la familia extensa a la familia nuclear, que el niño empieza a destacar como personaje central, aunque hubieron de transcurrir varios siglos antes de que se le reconociera el papel protagónico que tiene en la sociedad de nuestros días.

Es en estos diversos contextos sociales en donde el papel del niño se va transformando, sin embargo, la idea de relacionar al ser humano durante la minoría de edad con derechos subjetivos tardaría aún mucho tiempo en darse, tanto que de esto somos testigos en la actualidad y encontramos quienes aún se resisten a este tipo de discurso, por vincular los derechos con capacidades adultas. Esto se entiende mejor si consideramos que cuando se generaliza la idea del hombre como titular de derechos subjetivos, es decir, como resultado de la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la titularidad se entendía exactamente así, limitada al ciudadano-varón y pro-

pietario, quedando el niño y la mujer incluidos en la esfera de protección legal del padre de familia. Esto se tradujo en que, lejos de considerarse al niño como titular de derechos, se entendía como una prerrogativa del progenitor el tener una esfera de inmunidad en la cual el Estado no estaba legitimado para inmiscuirse, lo cual incluía la facultad para educar y corregir al hijo en la forma que decidiera. Esta tendencia prevaleció durante muchísimo tiempo, como muestra basta mencionar que en el siglo XIX el Código Civil otorgaba al padre la facultad para hacer uso de las prisiones del Estado si “tenía motivos muy graves de queja por la conducta de su hijo”:

“El padre que tiene motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo” puede apelar ante el tribunal de distrito; hasta los dieciséis años, la detención no puede exceder de un mes; desde esa edad hasta la mayoría, puede alcanzar hasta los seis meses. Las formalidades —y las garantías— son muy reducidas: no hay ningún documento escrito ni ninguna formalidad judicial, como no sea la orden misma de arresto, en la que no aparecen enunciados los motivos. Si tras su libertad, el hijo “cae en nuevos extravíos”, puede ordenarse de nuevo su detención.⁴

La transformación de esta concepción restringida de los derechos subjetivos tardaría casi dos siglos en darse, siendo el hijo-niño el último en ser independizado de este espacio considerado estrictamente privado, aunque tampoco es posible afirmar que la libertad de la mujer tenga una larga tradición histórica en Occidente, y mucho menos en otras culturas en las que se responde a esquemas de organización familiar que otorgan un protagonismo casi exclusivo al varón. Es entonces cuando es posible hablar de derechos fundamentales en la familia y no de la familia, lo cual entraña una diferencia que parece sutil pero que tiene enormes implicaciones sobre todo en lo que respecta a la dignidad y autonomía de cada uno de sus miembros. Debo adelantar que esta nueva visión, que ha quedado consagrada internacionalmente en derechos subjetivos positivos en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas firmada en 1989 y ratificada por México en septiembre de 1990 no supone negar que la familia como institución básica de la estructura social deba tener derechos como tal, pero si pretendo afirmar que ello no debe tener como

⁴ Hunt, Lynn, “La vida privada durante la Revolución francesa”, en Ariès, Phillippe y Duby, Georges (coords.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1991, t. 7, p. 129.

consecuencia implícita la negación de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes considerados como centros independientes de intereses, lo que intentaré argumentar a continuación. El reconocimiento de los derechos del niño dentro de la familia constituye el último eslabón en este largo camino de la afirmación de la igual dignidad de cada ser humano, independientemente de su sexo, edad o capacidades físicas o psíquicas. Por esta razón, es quizá que todavía existen algunas voces que se oponen a esta forma de entender la protección del hombre durante esta etapa de la vida humana.

III. LA OBJECCIÓN COMUNITARISTA

Ciertamente, esta nueva visión de los derechos fundamentales *en* la familia y no *de* la familia tiene importantes detractores. Parece que una de las principales objeciones ha sido formulada por los llamados *comunitaristas*, quienes sostienen no sólo la inconveniencia, sino el peligro de reconocer derechos en particular a los hijos, ya que consideran que los derechos de las personas están englobados en los derechos de los grupos sociales. Un autor representativo de esta visión, John O'Neill⁵ se opone a la consideración de los niños como titulares de derechos por estar vinculada a la concepción contractualista liberal de la sociedad; en su opinión, el modelo de derechos individuales que pretende reconocer también a los niños como titulares es inviable por la situación de dependencia durante la minoría de edad, por lo que la protección durante esta etapa de la vida debe instrumentarse en base a derechos y obligaciones atribuidos a los padres de familia. Partiendo de la base del reconocimiento recíproco de igual valor moral y agencia entre los integrantes de una sociedad, la teoría comunitarista sostiene que los destinatarios de las políticas públicas deben ser considerados en su carácter de miembros de una comunidad (que puede ser la familia). El niño ha sido el gran olvidado de la teoría liberal de mercado, la cual es hostil a su bienestar y es incapaz de garantizar adecuadamente la atención a los menores de las generaciones presentes y futuras.

Parece entonces que la posición comunitarista defendería la existencia de derechos de la familia en su conjunto, pero no de los derechos

⁵ O'Neill, John, *The Missing Child in Liberal Theory. Towards a Covenant Theory of Family, Community, Welfare and the Civic State*, Toronto, University of Toronto Press, 1994.

humanos en la familia, es decir, de cada uno de sus integrantes. Creo que esta visión tiene varios problemas; el más evidente es que parece ignorar que en ocasiones los intereses de los padres no son afines a los intereses de sus hijos, por lo que no pueden ser garantizados. Esto ocurre cuando se da un conflicto entre los distintos intereses que pueden ir desde el autoritarismo en la educación y formación de la prole que impide el desarrollo de la autonomía, hasta otros ámbitos como la educación (desde que el padre impida el acceso del hijo a la educación básica) o el trabajo por citar algunos ejemplos sencillos. Pero tampoco hay que ignorar que existen progenitores que están incapacitados por diversas razones para cubrir las necesidades de los niños, lo que se manifiesta principalmente en las prácticas de maltrato infantil.⁶ Este fenómeno, que en los últimos años ha ido en aumento en los países desarrollados económicamente, supone un grave atentado contra la integridad del niño, con importantes consecuencias en la situación presente del menor y en su futuro como adulto. No es posible sostener en estos casos que los derechos de la familia entendida como grupo protegen al niño o adolescente. En estas circunstancias es claro que existe algo que limita el poder de disposición de los padres y eso no es otra cosa que un derecho individual del niño a la integridad física y emocional.

IV. LA OBJECCIÓN VOLUNTARISTA

En una línea completamente distinta a la postura comunitarista, un grupo de autores argumentan otra objeción a los derechos de los niños. Esta oposición no aborda el tema de los derechos fundamentales en la familia, sino que se limita a excluir de la titularidad a todos los seres humanos sin autonomía plena con base en el concepto de derecho subjetivo. Los teóricos voluntaristas —de manera muy general— sostienen que un derecho subjetivo es un poder de disposición sobre la conducta de otros, en este sentido, la función de las normas jurídicas es la de crear

⁶ Para Delval el maltrato es un problema cada día más preocupante de los países industrializados y “supone hacer sufrir a los niños innecesariamente y, es un tipo de conducta que no tiene ningún valor adaptativo, que no contribuye a la supervivencia de la especie y que, por tanto, es una conducta que no ha podido ser seleccionada a lo largo de la evolución del hombre”. Delval, Juan, “Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños”, *Infancia y sociedad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General del Menor y la Familia, núms. 27 y 28, 1994, pp. 14-41.

un perímetro protector en el que el individuo actúe como soberano sobre la obligación correlativa a su derecho y por ello es indispensable que tenga discrecionalidad en relación con el contenido del mismo. En otras palabras, se trata de un derecho subjetivo únicamente si el titular puede decidir entre exigir o renunciar al cumplimiento de la obligación correlativa, de tal forma que es indispensable que la persona tenga autonomía absoluta y capacidad —física, psicológica y jurídica— para tomar decisiones independientes. Desde esta perspectiva teórica, es evidente que no puede considerarse a los menores de edad como titulares de derechos, pues no cuentan con la capacidad de autonomía completamente desarrollada —tanto fáctica como jurídicamente—, y es claro que el ejercicio de la mayoría de los derechos no podrían quedar al arbitrio de su titular, es decir, no podría tener la facultad para renunciar a la obligación correlativa. Desde este enfoque únicamente los adultos que fueran considerados como totalmente autónomos podrían ser titulares de derechos. Parece ser entonces que quedarían excluidos los derechos fundamentales en la familia, mientras que podría haber la posibilidad de derechos de la familia, pero ello siempre y cuando los adultos (padres) tuvieran posibilidad de renunciar a su cumplimiento. Esta postura parece que conduciría necesariamente a la vieja concepción del padre como pequeño soberano con una esfera de inmunidad que incluye, ya no a su familia completa porque la mujer también puede ser considerada como autónoma, pero sí las decisiones relacionadas con sus hijos menores de edad. Ciertamente algunos autores han intentado explicaciones desde el punto de vista voluntarista que garanticen el bienestar de los pequeños, por ejemplo, adjudicando obligaciones de los padres hacia los hijos, pero sin el correspondiente derecho de los niños y adolescentes.

A pesar de que esta visión, que responde a la más rancia tradición liberal, tiene aún vigencia, creo que es incapaz de proteger adecuadamente las necesidades y el bienestar de todos los miembros de la familia por reflejar una visión de ésta y en especial de sus integrantes más pequeños que ha sido ya superada. Pero además ha sido señalado por diversos autores que la postura voluntarista no se ajusta a lo que comúnmente entendemos como derecho y excluiría también un grupo importante de pretensiones de los mayores de edad que se han considerado como derechos subjetivos, tales como la igualdad ante la ley, el derecho a un juicio imparcial y los derechos laborales entre otros, ya que todos

éstos tienen en común que no es posible renunciar a su titularidad y ejercicio, es decir, que tienen que hacerse efectivos lo desee o no el titular. Es claro que la mayoría de los derechos de los niños tienen un contenido obligatorio, es decir, un pequeño no puede elegir desistir de hacer efectivo su derecho a la educación o a la alimentación, pero tampoco los padres pueden renunciar a exigir el cumplimiento de los derechos de sus hijos. En este sentido, ni aun entendiéndolos como derechos de la familia, es decir, de los progenitores, pueden comprenderse como ejercicios de autonomía total. Finalmente, tampoco podemos ignorar, para quienes pretenden adjudicar las obligaciones a los adultos, que el lenguaje de los derechos tiene una fuerza específica, que se relaciona íntimamente con la dignidad y autonomía que se atribuye a sus titulares.

V. LOS DERECHOS COMO INTERESES DE CADA MIEMBRO DE LA FAMILIA

Parece entonces que el único camino plausible para dar cuenta de esta nueva concepción del papel de los niños en la familia consiste en asumir la teoría que identifica los derechos subjetivos como intereses protegidos, es decir, considerarlos como herramientas para promover el bienestar individual a través de la imposición de obligaciones en otros. Desde esta perspectiva, para tener un derecho basta tener un interés identificable y susceptible de ser protegido jurídicamente, por lo que los niños serían titulares de los derechos relacionados con sus intereses específicos, diferenciándose de los intereses de la familia como conjunto. El fin de los derechos de cada miembro de la familia es entonces proteger o promover sus bienes individuales. El contenido de los derechos estaría determinado por lo que generalmente se entiende que constituye un bien para los miembros de una clase en concreto, esto es, con la idea de necesidades básicas como intereses de los integrantes del grupo al que se dirigen. El derecho puede ser de cumplimiento obligatorio, lo que sucede cuando los bienes en cuestión son de tal forma importantes que se retira la posibilidad de fallar en su cumplimiento como es el caso de los derechos del niño.

En este orden de ideas, los derechos fundamentales serían entonces un tipo de intereses especialmente relevantes que son exigibles por ser bienes indispensables para la vida y la realización humanas. En

este sentido, los derechos humanos, según Alfonso Ruiz Miguel tienen tres rasgos conceptuales:

1. Son exigencias éticas justificadas.
2. Especialmente importantes.
3. Que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico.⁷

El carácter de exigencia ética de los derechos humanos se vincula con la idea de necesidad básica imprescindible para la supervivencia y desarrollo del ser humano, y refuerza el argumento de la razón por la cual los titulares de los mismos son seres individuales, es decir, cada uno de los integrantes de la familia y no los colectivos o la familia como grupo social. La fuerza de la idea de derechos humanos deriva en buena medida de su profunda vinculación con la dignidad del ser humano y el valor que se reconoce a su autonomía a tal grado que se afirma incluso que son anteriores al reconocimiento por cualquier Estado; por ello son especialmente importantes y exigen su transformación en derechos positivos. Se es titular por el hecho de ser hombre, independientemente de cualquier condición o circunstancia, y es por ello que se excluye la discriminación por razón de la edad o por la aparente ausencia de ciertas capacidades.

VI. LOS CONCEPTOS DE DIGNIDAD Y AUTONOMÍA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FAMILIA

Lo que Dworkin ha identificado como la “vaga pero poderosa idea de dignidad humana”⁸ está implícita en el discurso sobre los derechos humanos como exigencias éticas. El concepto de dignidad humana, en su formulación clásica —la propuesta por Kant— prescribe tratar a cada persona como un fin en sí misma, lo cual supone la prohibición de imponer sacrificios que no redunden en beneficio del propio titular. Esta concepción que constituye el presupuesto básico de cualquier Estado democrático, pues implica reconocer al otro idéntico valor moral que el

⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, “Los derechos humanos como derechos morales”, *Anuario de Derechos Humanos*, España, núm. 6, 1990, pp. 149-160.

⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987, p. 198.

que me atribuyo a mí mismo, se opone a cualquier fundamento utilitarista y está en la base de la noción de derechos humanos. En efecto, los derechos humanos son entendidos como ese ámbito de indisponibilidad, como el “coto vedado” que no puede ser objeto de negociación y del que no puedo ser privado ni aun con fundamento en una decisión mayoritaria por tener como contenido la garantía de los bienes indispensables para la vida y la realización humanas. Estos derechos protegen al hombre en la sociedad contra los cálculos utilitarios que podrían fundamentar decisiones que representarían un mayor bienestar para un mayor número de personas a costa de sacrificar a una persona o grupo minoritario. El principio de dignidad impide que algún miembro de la sociedad sea utilizado como instrumento por otros para aumentar la felicidad o bienestar colectivos. En el caso concreto de la familia, este reconocimiento de la dignidad del niño juega un papel fundamental pues de lo contrario, en las ocasiones en que los intereses del niño no fueran afines a los del grupo familiar, quedaría justificado el sacrificio de algún interés del hijo por el bienestar de la comunidad en su conjunto, desde una visión utilitarista.

En este sentido, la idea de derechos de la familia, cuando supone excluir los derechos de cada uno de sus integrantes como individuos, es contrario a la dignidad de la persona y violenta gravemente su integridad, ya que llevaría a justificar el sacrificio de alguno en aras del beneficio de la colectividad en el mejor de los casos, ya que generalmente se trataría de lo que la autoridad de la familia entiende por lo “mejor para la familia”. Los ejemplos de este tipo de situaciones son innumerables: la privación a las niñas de la educación formal para que los varones estudien; el trabajo infantil a costa de la escolarización y el derecho al juego y tiempo de ocio; la imposición de largas jornadas de estudio impidiendo la satisfacción de otras necesidades del niño; la imposición del deber de cuidado de los hermanos más pequeños a los mayores obligándoles a asumir cargas inadecuadas para su edad, etcétera.

La idea de autonomía está también involucrada en este debate, aunque tradicionalmente suele considerarse fuera de este ámbito al niño y es en virtud de esta carencia que se ha entendido que no puede ser titular de derechos propios y que debe estar incluido en un ámbito en el que otros tomen las decisiones que atañen a su vida. En efecto, como ya se ha mencionado, en un principio únicamente se reconocía la autonomía como capacidad y como derecho al varón —adulto— propietario y su

familia se concebía como uno de los aspectos que quedaban protegidos por esta limitación del Estado para intervenir en la vida de los individuos. Durante muchos siglos la idea que prevaleció fue la de considerar al niño como ser totalmente carente de capacidad para tomar decisiones propias, por lo que éstas quedaban en manos del o de los padres, quienes podrían decidir con mucho mejor juicio lo que más convenía al pequeño. Esta idea se extendía también al ámbito público, en el que, tratándose de menores que habían infringido alguna disposición penal (una vez que se hubo separado la justicia penal de adultos de la de menores, lo que ocurrió hasta finales del siglo XIX)⁹ quedaban a disposición del juez de menores, quien tenía absoluta discrecionalidad para la imposición de las medidas a aplicar al niño o adolescente, con el deber de actuar como un buen padre de familia, lo cual significaba que la minoría de edad suponía la exclusión de cualquier tipo de garantía jurídica y procesal que era aplicable a los adultos. Se veía a los menores infractores como seres incapaces de gobernarse a sí mismos y necesitados de la función tutelar del Estado, eran considerados peligrosos para la sociedad y por tanto debían ser sometidos a medidas terapéuticas.

Hoy parece claro que esta concepción es inaceptable. Los estudios de psicología evolutiva sobre el desarrollo infantil muestran claramente que la autonomía es una capacidad presente desde los primeros días de la vida del ser humano, entendida como la capacidad para influir en el entorno con el objetivo de alcanzar los fines que nos hemos propuesto. El bebé desarrolla rápidamente las habilidades necesarias para comunicarse y conseguir ciertos resultados, influyendo en el entorno, y esta aptitud va transformándose rápidamente a medida que el niño va creciendo. Sin embargo, los especialistas señalan también que además de una capacidad, los ejercicios de autonomía son una necesidad, ya que en la medida en que ésta se va ejercitando se puede desarrollar, es decir, los intentos de comunicación e interacción del niño, así como la respon-

⁹ El Código Napoleónico introduce en 1810 el discernimiento como causa de la exclusión de la responsabilidad penal, que quedaba a discrecionalidad del juez. En España, el Código de 1822 establecía que los mayores de 7 años (antes de esta edad eran inimputables) y menores de 17 que hubiesen obrado “sin discernimiento” fueran entregados a sus padres para que los corrigieran y cuidaran, o se les internara en una casa de corrección; en caso contrario, si se consideraba que habían obrado con raciocinio se le enviaba a la cárcel con los mayores. En 1899 se crean en Estados Unidos los primeros Tribunales Tutelares de Menores, a instancias de los abogados de Chicago, las sociedades protectoras de la infancia y los movimientos en favor de la mujer.

sabilidad, se verán favorecidos si se le deja decidir en los aspectos en los que tiene aptitud. Esto no quiere decir dejar libertad absoluta al pequeño, pues esto sería contrario a los requerimientos del desarrollo. Lo que implica es irle dejando tomar decisiones en los terrenos para los que tiene capacidad; pero sobre todo significa considerarlo como persona individual, con intereses propios, separados de los de los padres o el resto de la familia, lo cual conlleva reconocerle derechos humanos por sí mismo, independientemente de su filiación o pertenencia a una comunidad. Esto, que parece ser un valor importante tratándose de los adultos, parece tener complicaciones en el caso de los niños, por lo cual se ha recurrido a la salida de adjudicar a alguien la totalidad de las decisiones concernientes a su vida.

¿Cuál es la solución entonces para comprender esta nueva visión de los derechos sin poner en riesgo a la familia como grupo social? Esta perspectiva de los derechos humanos de cada uno de los miembros de la familia en muchas ocasiones provoca el temor de la desintegración ocasionada por el descontrol y egoísmo de cada individuo, por lo que intentaré argumentar que esto no necesariamente es así.

VII. EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO

Para comenzar, es necesario subrayar que el derecho mismo a tener una familia es un derecho humano, que se concreta en distinta forma en los adultos que en los niños, sin que esto suponga decantarse por un determinado modelo de familia. En los mayores de edad esto se encuentra reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la letra dice:

Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En efecto, este derecho, pese a ser compartido por todos los hombres (y en este sentido es universal y se entiende que su titularidad corresponde a cada ser humano), tiene una instrumentación radicalmente distinta en niños que en mayores. Las diferencias son las siguientes: en primer lugar, por la redacción de la Declaración podríamos interpretar que se trata de uno de los pocos derechos (junto con el derecho al trabajo y los llamados derechos de participación) que, a simple vista, podrían parecer exclusivos de los adultos, siendo que además esto significa que es un ámbito prohibido para los niños. Esto quiere decir que el hecho de que se establezca una edad mínima para contraer matrimonio deriva en que para los niños esto es imposible jurídicamente, esto es, tienen un impedimento para realizar este acto jurídico. La interpretación simplista podía llegar a cuestionar hasta la clasificación misma de éste como un derecho humano, por tener como característica inherente la exclusión de una parte de la clase seres humanos, quienes no hayan alcanzado la mayoría de edad o la edad núbil en ciertas circunstancias, lo que implicaría negar su universalidad, rasgo considerado por la mayoría de los especialistas como distintivo de este tipo especial de derechos. Parece, sin embargo, que este escollo puede ser salvado si se considera el derecho a contraer matrimonio como instrumental de otro derecho más general y básico derivado de una necesidad humana que es la de tener un vínculo afectivo primario y pertenecer a una comunidad, lo que se podría identificar como el “derecho a tener una familia”. De esta forma, es posible sostener que efectivamente se trata de un derecho universal, cuyos titulares somos todos los seres humanos. La restricción en el caso de los niños obedece a una intención tutelar, es decir, se les impide contraer matrimonio por una doble causa, tanto por el hecho de que se les presume incapaces de afrontar las responsabilidades que acarrea este estado civil, como por las repercusiones que esto podría tener para el desarrollo por la inmadurez que es característica de la infancia. Todo esto tiene como causa una presunción sobre la capacidad para la formación de la voluntad, pues se asume que un niño no puede dar un consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio, tal como exige el segundo inciso del artículo citado.

La segunda gran diferencia respecto de este derecho humano, si aceptamos que se trata del derecho a tener una familia, radica en que

tratándose de los adultos hablamos de un derecho facultativo,¹⁰ es decir, se entiende que la persona puede decidir si quiere o no casarse y tener descendencia, mientras que en el caso de los niños se trata de lo que se conoce como un *derecho-obligatorio*¹¹ (rasgo compartido por una buena parte de los derechos durante esta etapa de la vida humana) lo que significa que no hay un poder de disposición sobre el contenido del mismo. El niño (por lo menos durante los primeros años), no tiene capacidad jurídica para decidir si quiere o no tener una familia, ni siquiera qué tipo de familia, sino que nace dentro de ésta o le es adjudicada por el Estado en los casos de adopción. Intuitivamente esto parece aceptable y creo que se debe precisamente a que deriva de una necesidad básica del niño (la de vinculación afectiva), pero además, aparentemente se asume que es la familia también y en especial los padres el ámbito en donde pueden satisfacerse una gran parte de los derechos de los niños. Es decir, se entiende que el grupo familiar, sobre todo los ascendientes, debe actuar como garante de los derechos del niño, aunque es necesario hacer hincapié en la diferencia respecto de las nociones que conciben a la familia como intocable e inatacable. Esta nueva visión percibe a la familia como espacio idóneo para el desarrollo y por tanto para el cumplimiento de los derechos, pero esto deriva de que el niño tiene derechos y no a la inversa, de tal suerte que lo primordial es garantizar los mismos y de no ser así, se deben tomar medidas, como intentaré explicar más adelante.

La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas es un buen ejemplo de la forma en que se entiende el derecho fundamental del niño a tener una familia con todas la implicaciones mencionadas, ya que se trata de un instrumento reconocido por la mayoría de los países del mundo (excepto Estados Unidos y Somalia), cuya redacción fue aprobada tras diez años de trabajos y discusión. En consecuencia, creo que es posible afirmar que se trata de un catálogo de derechos universales reconocidos a todos los niños del mundo, pues además tiene como

¹⁰ El claro que este derecho se distingue de otras situaciones jurídicas derivadas del hecho de pertenecer a una familia, tales como las obligaciones derivadas del parentesco, que podrían considerarse parte de este derecho u originadas por el mismo y a las que no es posible renunciar.

¹¹ El término *derecho-obligatorio* es utilizado por Feinberg para referirse a aquella clase de derechos que no conceden opciones a su titular, es decir, que sólo se permite una forma de ejercitarlos e impone en los otros una obligación correlativa de proporcionar los medios para realizarlos y no obstaculizarlos. Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.

un componente indispensable la cooperación internacional para el efectivo cumplimiento de su contenido. En el caso de los niños, el derecho a tener una familia se integra por un complejo sistema de disposiciones que contemplan varios de los aspectos relativos a la filiación. La regulación en el caso de los niños es más compleja debido no sólo a la situación de dependencia derivada de su condición de infantes, sino que además como ya se ha dicho, en el caso del niño no se trata de un derecho potestativo, es decir, no queda a elección del titular. Así, la reglamentación debe ser mucho más específica y contemplar los supuestos en los que el niño puede quedar desprotegido ya sea por estar en una familia que no atiende adecuadamente a sus necesidades o por carecer de una familia biológica. La Convención recoge este conjunto de derechos en los artículos 5o., 7o., 9o., 10, 18, 19, 20 y 21 que regulan distintos aspectos relacionados con la filiación. En el preámbulo de dicho instrumento se manifiesta que el niño “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Se trata no sólo del derecho a tener una familia, sino un determinado tipo de familia. No es posible abundar en este foro sobre los distintos modelos de familia y la capacidad de la Convención para incluirlos (por ejemplo, familias monoparentales, con padres del mismo sexo, etcétera), a lo que me refiero es a familias que cumplan con ciertos requisitos básicos como los de poder satisfacer adecuadamente (aunque sea en los mínimos) las necesidades de los hijos.

El artículo 5o. de la Convención establece la obligación de los Estados firmantes de respetar los derechos y deberes de los padres para orientar y dirigir al niño en el ejercicio de los derechos de la Convención. Algunos autores como Freeman¹² han criticado el contenido de esta norma, pues por una parte es positivo que reconozca la necesidad de promover los derechos de los niños, pero puede ser inoperante, en especial cuando hay un conflicto de intereses, por la razón de que asigna esta tarea a los padres.¹³ El artículo 18 obliga a los Estados partes a garanti-

¹² Freeman, Michael D. A., *The Moral Status of Children. Essays on the Rights of the Child*, The Netherlands Dordrecht, Kluwer Law International and Martinus Nijhoff, 1997, p. 52.

¹³ Artículo 5o. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus

zar el reconocimiento de los deberes de los dos progenitores relacionados con la crianza y desarrollo del niño, además de asistirlos en el desempeño de sus funciones con el fin de garantizar y promover los derechos de la Convención. Esta disposición parece confirmar la afirmación en el sentido de que es en el seno del grupo familiar en donde se entiende que quedarán mejor garantizados los derechos de cada niño o adolescente, secundados por el Estado que tiene el deber de crear las instituciones y servicios que auxilien a los padres en el cuidado de los niños.

Por su parte, el artículo 7o. consagra el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. La redacción de esta norma tiene una gran relevancia, pues traslada el derecho a la atención de los hijos por los padres al niño, es decir, la custodia los hijos no deriva de un derecho de los padres, sino que es un derecho del niño al cual corresponde una obligación correlativa en los procreadores. El discurso tradicional queda así superado, pues se pasa al lenguaje de las obligaciones en los adultos y de los derechos fundamentales en los niños. El derecho a conocer a sus padres, si bien la Convención señala que será “en la medida de lo posible”, se traduce también en un derecho fundamental del niño que se relaciona con la familia (en lo que concierne a ser cuidado por ellos) pero sobre todo con el derecho fundamental a la identidad, es decir, a saber quién es y de dónde viene. Esto supone además la adjudicación de responsabilidad a los padres derivada de la procreación, pues en la medida en que el niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres es claro que deben derivar obligaciones de dicha paternidad.

En el mismo sentido, el artículo 9o. establece el derecho fundamental a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que esto sea necesario para garantizar el interés superior del niño. Resulta entonces, que el derecho del niño y podría decirse que de los padres a permanecer juntos, está supeditado al interés del primero, es decir, el niño es un centro independiente de intereses y no es la voluntad del padre o de la madre lo que determina que permanezcan juntos, sino el reconocimiento de que esto es acorde con la dignidad del pequeño y su consideración como ente autónomo. Se trata, en resumidas cuentas, de un derecho del niño, no de los adultos. Además, en este mismo artículo, en la fracción 2 se establece una obligación del Estado de escuchar a las

facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

partes interesadas en cualquier procedimiento en el que el niño deba ser separado de sus padres, que debe incluir el deber de oír al menor de edad. Esta disposición representa un cambio radical en las concepciones imperantes hasta hace muy poco en relación con la autonomía del niño, pues se le reconoce la capacidad para formarse una opinión sobre los asuntos que le atañen directamente; esto no implica que se le deje la facultad absoluta para decidir, sobre todo si ha sido objeto de maltrato, pues supondría dejarlo desprotegido y sujeto a la manipulación de los padres. Es en estos casos donde la falta de experiencia del niño puede afectar su percepción de la realidad, por lo que este derecho en particular debe atender a un delicado equilibrio entre el ejercicio de la autonomía reflejado en el deber de escucharle por parte de la autoridad y la protección que llevaría a tomar una decisión en relación con la separación cuando se encuentre en peligro la satisfacción de las necesidades básicas.¹⁴

El artículo 10 —al igual que la fracción 3 del artículo 9o.— obedece asimismo al objetivo de garantizar el derecho humano del niño a permanecer con su familia o por lo menos estar en contacto con ella, pues obliga a los Estados partes a atender las solicitudes de entrar o salir

¹⁴ Artículo 9o. 1. Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resulte perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

de sus territorios cuando esto tenga como objetivo la reunificación familiar, ya sea que la petición sea realizada por el niño o los padres.

Otro instrumento relacionado con el derecho a la familia está constituido por el sistema de normas que regulan la adopción. En primer lugar, el artículo 20 reconoce un derecho para los niños privados de su medio familiar a la protección y asistencia especiales del Estado. Por otra parte, la adopción se concibe como una alternativa para los niños que han sido separados de su familia y cuyos intereses aconsejan que no se reincorporen a ésta. En la regulación de esta institución se ha producido también un cambio de paradigma derivado de esta nueva forma de entender los derechos del niño. En efecto, tradicionalmente la adopción había sido entendida como un medio para compensar a las parejas con incapacidad para tener descendencia biológica, lo que significa que era el derecho de los padres a tener un hijo lo que se buscaba satisfacer. Sin embargo, en los últimos tiempos y esto se ve reflejado en la Convención, esta institución se entiende como un instrumento para garantizar el derecho del niño a tener una familia, por lo que le regulación obedece a esta concepción, de tal suerte que existe una obligación para el Estado en el artículo 21 de velar para que en estos casos el interés del niño sea la consideración primordial. Es importante subrayar que esta es una de las pocas materias en la que este interés parece derrotar a todos los demás, pues es “la” consideración primordial y no simplemente “una” consideración primordial. Esto tiene una gran relevancia, pues el artículo 3o., que ha sido calificado como un principio rector que actúa como criterio de interpretación de todo el contenido de la Convención, establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Esto significa que existen otras consideraciones que pueden ser tomadas en cuenta en las decisiones relacionadas con los niños, es decir, en algunos casos, pueden intervenir otros factores a la luz de valores culturales y tradiciones (por ejemplo la familia o los derechos de los padres). El caso de la adopción aparentemente es distinto, pues según el artículo 21 los Estados que reconocen el sistema de adopción “cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. El objetivo de la redacción del artículo 3o. fue dar cierta flexibilidad al principio, pues en las discusiones sobre la Convención se argumentó que en muchas

ocasiones hay otros argumentos que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el interés superior del niño.¹⁵ En materia de adopción, sin embargo, esta situación cambia, pues la redacción supone, desde mi punto de vista, que en caso de conflicto de derechos siempre debe triunfar el interés superior del menor.

Como ya se ha dicho, este conjunto de disposiciones que protegen el derecho fundamental a tener una familia, al contrario que en los adultos, no se configura cuando se es menor de edad como una libertad, ya que el menor no puede (en principio) decidir separarse de su grupo familiar ni renunciar a ser adoptado, aunque en los últimos tiempos se ha reconocido el desarrollo de ciertas habilidades en los niños que han alcanzado determinada edad y que deben prestar su consentimiento en algunos casos.

¿Cómo deben interpretarse entonces estos dos derechos —del padre, entendido como padres o padre o madre y del hijo— que pueden converger, pero que pueden también entrar en conflicto? Creo que la forma correcta de entender estos dos derechos es considerando que cuando entran en colisión, el derecho del niño es el que debe prevalecer. Esto es, por ejemplo si algún progenitor pretende hacer valer su derecho a tener una familia, pero ha realizado acciones por las cuales el interés del menor es contrario a este derecho, el derecho del niño se traduce en una protección de su integridad y bienestar y ni siquiera el padre puede oponerse alegando su propio derecho humano. Así debe entenderse teóricamente, pero también se ha plasmado de esta manera en la legislación interna de muchos países, cuando se establecen ciertas causales para perder la patria potestad. Tenemos entonces que la forma de entender la relación de los derechos humanos con la familia ha sufrido una transformación importante, pasando de concebir al hijo menor de edad como parte de la esfera de inmunidad paterna, del derecho inatacable del adulto, a considerarlo no sólo centro independiente de intereses distinto a los padres, sino incluso derrotando el derecho del niño al derecho del padre en caso de conflicto. El papel central se traslada así de los padres al hijo. Esto confirma la consideración del niño como persona moral y el reconocimiento de su dignidad y autonomía.

¹⁵ Alston, Philip y Gilmour-Wash Bridget, "The Best Interests of the Child. Toward a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values" en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, pp. 253-289.

Esta situación nos lleva, sin embargo a otra interrogante importante, pues es claro que no es el propio menor de edad quien puede ejercer de forma totalmente autónoma sus propios derechos y menos oponerse a los derechos de filiación de sus padres, ¿quién tiene la facultad entonces para hacer efectivos estos derechos? Esto es importante, sobre todo considerando que partimos de la base de que debe ser superada la vieja concepción en que el niño estaba incluido en la esfera de inmunidad de su padre, por lo que éste podía decidir libremente y casi sin ninguna limitación sobre la educación y el tratamiento que quería dar a su prole, pero que al mismo tiempo el niño no tiene capacidad de elección entre tener o no una familia y en muchas ocasiones ni siquiera poder para incidir en ciertas decisiones familiares.

VIII. HACIA UNA NUEVA CULTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FAMILIA

El punto de partida de los derechos en la familia es una presunción general de que son los padres los mejor dotados para atender las necesidades del niño, pues existe una inclinación natural —lo que los etólogos identifican como una conducta preprogramada de los adultos— a la protección de los pequeños y en especial de los procreadores respecto de su prole. Esto queda de manifiesto en la forma en que las sociedades tradicionales dan atención a las nuevas generaciones, pues aparentemente en las comunidades con menor grado de tecnificación e información los progenitores protegen a sus hijos a través de conductas que se producen de forma espontánea. Por ejemplo, la necesidad de sueño o de alimentación adecuada se satisfacen correctamente sin que los padres conozcan las teorías sobre cuántas horas requiere dormir o qué cantidad de alimento darle al infante. Juan Delval nos dice que en las sociedades tradicionales la atención al niño dentro de la familia y la satisfacción de sus necesidades “se realiza de forma natural”.¹⁶ Esta presunción conlleva dar a los padres libertad en el ejercicio de los deberes de crianza, pero admite también prueba en contrario y de ser así, la obligación de la autoridad pública consiste en garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos del menor, aun cuando esto suponga separarlo de su familia, temporal o permanentemente. En otras palabras, es claro que dicha liber-

¹⁶ Delval, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 31.

tad no puede ser ilimitada, pues tiene como frontera los derechos del niño. En este sentido el Estado está obligado (y así lo reconoce el artículo 19 de la Convención) a adoptar todas las medidas para proteger al pequeño en contra de cualquier tipo de abuso o explotación, de tal forma que la autoridad pública tiene la función de actuar como garante última del ejercicio de los derechos del niño.

Tenemos así que tratándose de los derechos humanos en la familia, en especial de los niños, convergen tres actores fundamentales que tienen alguna responsabilidad en el ejercicio: el niño como titular de derechos, los padres como obligados primarios del ejercicio de estos derechos, pero al mismo tiempo con derechos propios derivados de los deberes de crianza y finalmente el Estado como responsable último de que el niño y adolescente esté protegido y a la vez encargado de reconocer y respetar los derechos de los padres. Pero, ¿es realmente deseable esta intervención pública, y en su caso cuáles deben ser los límites de ésta? Es claro que despierta suspicacias el ejercicio desmedido de la autoridad y sobre todo la injerencia en lo que podría considerarse el ámbito privado, pero sobre todo se cuestiona el hecho de asumir que el Estado cuidará mejor de los intereses del niño que los padres, o peor aun, que será mejor juez de cuáles son esos intereses, con el agravante de que cuenta con el uso de la fuerza para imponer sus criterios. Pero además, éste no presenta esa predisposición al cuidado de las nuevas generaciones, aunque sea claro que tiene cierto interés en que esos niños crezcan y se conviertan en adultos responsables que sean buenos ciudadanos y garanticen la continuidad del Estado democrático. Para hacer más compleja la situación, es posible que también existan en estos casos conflictos de intereses con los padres, siendo necesario entonces encontrar algo que pueda marcar el límite, no sólo a los padres, sino a un poder ilimitado de la autoridad pública.

Este elemento limitante no puede ser otro que los derechos humanos, entendidos como los mecanismos que garantizan el acceso a los satisfactores de las necesidades básicas. El reconocimiento del niño y adolescente como centro independiente de intereses y el que estos intereses se vean reflejados en derechos constituye el criterio para delimitar el poder de decisión en los asuntos que afectan a los niños respecto de los padres, pero también del Estado. Esto se relaciona directamente con lo que se conoce como paternalismo jurídico.

El paternalismo jurídico se entiende como la intervención pública que tiene como fin evitar un daño o promover el bien de las personas. Es obvio que para muchos autores la idea de intervenciones paternalistas en el caso de adultos parece inaceptable, sin embargo, tratándose de niños esto parece ser distinto, pues una gran parte de los derechos se entienden como intervenciones paternalistas. Esta justificación deriva de la concepción del niño como incompetente básico, esto es, a una incapacidad reconocida para tomar decisiones autónomas, motivada además por la situación de vulnerabilidad en la que lo coloca el hecho de encontrarse en desarrollo, lo que significa que una decisión equivocada podría repercutir negativamente por el resto de su vida. Ejemplos de esto hay muchos, y uno de ellos es precisamente la forma en que se entiende en el caso de los niños el derecho a tener una familia: como una prohibición respecto del derecho a casarse y fundar la propia familia, así como de la indisponibilidad del derecho a la familia en la cual nacieron o fueron asignados por el Estado.

Desde la nueva perspectiva de los derechos fundamentales en la familia, debe entenderse que el paternalismo está justificado siempre y cuando tenga como fin el garantizar el cumplimiento de los derechos del niño y adolescente y promover el ejercicio de la autonomía. El nuevo protagonista que emerge poco a poco en el escenario de la familia como titular de derechos derivados de intereses propios es el niño. El menor de edad, al que tradicionalmente se había negado personalidad y poder de decisión respecto de los aspectos más importantes de su vida, surge como personaje con dignidad plena y capacidad de autonomía en desarrollo. De la consideración de la dignidad del niño deriva en buena medida la limitación al poder paterno, pues sus derechos deben prevalecer aun en contra de los intereses de los adultos o de la familia en su conjunto; el niño es un fin en sí mismo, ya no un medio para la realización personal de los adultos o para la promoción del bienestar comunitario. En respuesta a esta nueva dignidad y a la necesidad de promover el ejercicio de la autonomía es que se atribuye al Estado una función tutelar que actúe como contrapeso al poder de decisión paterno, siempre considerando que ello debe ser únicamente para garantizar el respeto a los derechos de cada niño y adolescente.

Sin embargo, falta una pieza más en este complejo rompecabezas formado por los derechos fundamentales en la familia: la opinión del niño. El nuevo paradigma implica también dar al pequeño oportunidad

de expresar y de ir tomando las decisiones de acuerdo con las capacidades que va desarrollando. El protagonismo del niño en la sociedad y en concreto en la familia supone darle una nueva voz y escucharle como un derecho en sí mismo, pero también como criterio para la interpretación de sus intereses y derechos. Se trata de un nuevo modelo de familia más participativo, que proporcione al niño el espacio adecuado para su desarrollo, pero que también brinde a los padres la maravillosa oportunidad de ir descubriendo y coadyuvando en el crecimiento de sus hijos teniendo como marco el respeto a su dignidad y autonomía, lo que finalmente supone el reconocimiento de la personalidad moral de cada ser humano, sin importar su edad ni su condición de dependencia. Negar que esto es un interés también de los adultos significaría contradecir el fundamento mismo de la estructura del grupo familiar. Se trata, en fin, de ir comprendiendo que los derechos fundamentales son universales y suponen una forma de entender y de experimentar las relaciones sociales, también entre los miembros de una familia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, Philip y GILMOUR-WASH, Bridget, "The Best Interests of the Child. Toward a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values" en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996.
- ALSTON, Philip, PARKER Stephen y SEYMOUR John (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ARIÈS, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus, 1987.
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Distribuciones Fontamara, 1999, Doctrina Jurídica Contemporánea, núm. 6.
- DELVAL, Juan, "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños", *Infancia y sociedad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General del Menor y la Familia, núms. 27 y 28, 1994.

- DELVAL, Juan, *El desarrollo humano*, 4a. ed., Madrid, Siglo XXI, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987.
- ERIKSON, Erik H., *Infancia y sociedad*, 11a. ed., Buenos Aires, Hormé, 1987.
- FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 90.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- FREEMAN, Michael D. A., *The Moral Status of Children. Essays on the rights of the Child*, The Netherlands Dordrecht, Kluwer Law International and Martinus Nijhoff, 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999, Doctrina Jurídica Contemporánea, núm. 7.
- HIERRO, Liborio L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, España, 46, 1982.
- , “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación*, núm. 294, enero-abril de 1991.
- , “La intimidad de los niños: Un test para el derecho a la intimidad”, en SAUCA José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, 1994.
- , “Los derechos humanos del niño” en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999.
- HUNT, Lynn, “La vida privada durante la Revolución francesa”, en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (coords.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1991, t. 7.
- LAPORTA, Francisco, *Sobre el uso del término “libertad” en el lenguaje político*, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983.
- , *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985.
- , “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.

- MACCORMICK, Neil , “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Tecnos, 1990.
- MAUSE, Lloyd de, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- _____, “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, núm. 7, 1990.
- OCHAÍTA, Esperanza y ESPINOSA, María Ángeles, “Children’s Participation in Family and School Life: A Psychological and Development Approach”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 5 (3), 1997.
- _____, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, McGraw-Hill-UNICEF, 2004.
- O’NEILL, John, *The Missing Child in Liberal Theory. Towards a Covenant Theory of Family, Community, Welfare and the Civic State*, Toronto, University of Toronto Press, 1994.
- POLLOCK, Linda, *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Los derechos humanos como derechos morales”, *Anuario de Derechos Humanos*, España, núm. 6, 1990.
- ZIMMERLING, Ruth, “Necesidades básicas y relativismo moral”, *Doxa*, núm. 7, 1990.