

Capítulo primero

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

I. Introducción

Como lo destacamos en la presentación, uno de los problemas primarios de nuestra investigación es la delimitación conceptual de lo que entendemos por “niño”, “niña” y “adolescente”, desde la perspectiva del lenguaje parece no existir problema. En el caso de “niño y niña” se refiere a los seres humanos “que están en la niñez”, que a su vez es el “periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”; la adolescencia se relaciona con la “edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”,¹ es decir, se podría entender como una fase intermedia entre la niñez y la edad adulta.

Otro aspecto que destaca Paul Adams es la negación de los derechos que les pudieran corresponder, porque sostiene: es evidente que los niños sí tienen derechos básicos en su infancia y la llamada época de estado latente. Estos derechos les son negados, podría decirse que universalmente, por la sociedad contemporánea. Los niños afortunados se desarrollan de una dependencia total hacia una autonomía más grande, pero siempre siguen siendo dependientes porque son humanos (Adams *et al.*, 1979: 119)

Sin embargo, detrás de todo concepto existe una construcción histórica que le permite mostrar su sentido y aplicarse a determinado contexto de fenómenos, en este caso al derecho. Por lo anterior es necesario analizar la historicidad del concepto “niño” y destacar sus implicaciones en materia de ejercicio de los derechos humanos por parte de NNA.

¹ Las definiciones se encuentran en el *Diccionario de la Real Academia Española*.

Como se advierte, ya iniciamos una primera delimitación conceptual, aceptamos que la idea de “niño”, como se establece en la Convención sobre Derechos del Niño, puede aplicarse a “niñas” y “adolescentes”, desde este punto de vista, sin obviar sus limitaciones, pero destacando sus compatibilidad con dicha Convención desde este momento nos referiremos a “niñas, niños y adolescentes” como un colectivo utilizando las siglas NNA.

Lo anterior significa que estamos conscientes de las limitaciones conceptuales del término “niño” para encuadrar el fenómeno de género y el desarrollo que se presentan en “niñas” y adolescentes”, sin embargo, aceptamos que es posible usar la categoría “niño” como “operador jurídico”.

II. El desarrollo histórico del concepto de niño y sus limitaciones

La palabra “niño” proviene de una voz onomatopéyica infantil *nminus*. En el caso de “infante” viene del latín *fari* hablar y de la negación *in*, así, infante es “el que no habla”. En cambio, la palabra adolescente proviene de la palabra *adolescere* que significa “crecer” o “desarrollarse”. Por su parte, “adulto” tiene su origen en la voz latina *adultus*, que significa que ha concluido su proceso de crianza, por lo que comparte etimología con adolescente.

A pesar de que en el Código Civil Federal se establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte (artículo 22), en el siguiente precepto afirma que la “minoría de edad” es una “incapacidad” que restringe la personalidad jurídica, aunque paradójicamente, después sostiene que no debe menoscabar la dignidad de las personas ni atentar contra la dignidad de la familia (artículo 23); sin embargo, condena a los “incapaces” a actuar a través de sus representantes. En cambio el mayor de edad tiene la libertad de disponer de su persona y bienes, dentro de los márgenes de la ley (artículo 24).

Como se advierte, la idea básica que se incorpora a estos conceptos, es que los NNA no han alcanzado un “completo desarrollo del organismo”. Así, la postura histórica que consideraba al niño como un adulto

en miniatura sigue estando presente en muchas de las actitudes respecto de los derechos de NNA, al caracterizarlos o describirlos con base en lo que no tienen en comparación con los mayores y no partiendo de las diferencias en las estructuras físicas, mentales, etcétera. De ahí el interés por intentar construir una fundamentación de los derechos de NNA que parta de sus cualidades como tales, es decir, adecuada a los rasgos que le distinguen y de las necesidades básicas (González Contró, 2011: 3).

En este sentido, como legalmente la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos (artículo 646) y es hasta esa edad cuando el individuo “dispone libremente de su persona y de sus bienes” (artículo 647), habría que estimar hasta dónde la “incapacidad” es obstáculo para el ejercicio de los derechos.

Como se advierte, la “minoría de edad” coloca a los niños en una situación de constante dependencia frente a los adultos, lo que en realidad les impide el ejercicio de ciertos derechos humanos, y aunque se podría estimar que para el ejercicio de algunos derechos sería conveniente que los acompañara una persona con más conocimiento del problema (nótese que no necesariamente debe ser un “mayor de edad”), hay ciertos derechos en los que sería conveniente dejar a los niños ejercerlos de manera directa.

La situación se complica cuando la Convención sobre Derechos del Niño, destaca, en su artículo 1o., que: “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, lo que implicaría que la voz “niño” se puede hacer extensiva al género “niña” y al “adolescentes”. Sin embargo, eso impediría que se realizara una satisfacción diferenciada de sus necesidades.

Lo anterior muestra el caos conceptual que existe en la materia y la necesidad de clarificar las ideas que sirvan de fundamento teórico de los derechos de NNA, así como la evolución histórica en el reconocimiento de NNA como titulares de derechos. Es prudente aclarar que entendemos la necesidad de un concepto que articule a todos los individuos de una especie, que sirva como “operador jurídico” que evite la dispersión conceptual.

Durante siglos el “niño” fue considerado únicamente un renuevo de la estructura social, su valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal se consideró en las primeras atribuciones de de-

rechos subjetivos que lo excluyeron como titular individual, incluyéndolo en la esfera paterna del “sui iuris-varón-propietario”. Como lo destaca Paul Adams: “La familia misma es una escuela para la paternidad. Aprendemos los conceptos fundamentales y actitudes acerca de padres y maestros buenos y malos durante nuestra primera niñez” (Adams *et al.*, 1979: 77).

No es sino hasta hace muy poco que se comienzan a estudiar los rasgos distintivos del “niño” y se ve la necesidad de garantizar ciertas condiciones para su desarrollo.

1. El papel de la familia y la escuela en el surgimiento del concepto de niño

La condición del “niño” en Grecia y Roma está íntimamente vinculada con la condición de “hijo”, de manera que resulta difícil establecer si el trato obedecía a la cualidad de “infante” o al hecho de la filiación; sin embargo, las potestades del jefe de familia nos dan una idea de la situación de los descendientes, mientras éstos eran pequeños y reflejaban una imagen del hijo prácticamente como propiedad de la familia, completamente sometido a la voluntad de sus progenitores o de la comunidad y su consecuente ausencia de derechos.

Una institución histórica que surge en la antigüedad y está vigente en la actualidad es la patria potestad, la palabra se compone de las voces latinas *patres* y *potestas*, que significan, la primera patrono, defensor o protector, y, la segunda poder, dominio, poder legal, facultad o capacidad. Por lo que la palabra “patria potestad” mostraría hasta dónde continúa vigente la consideración arcaica del “niño”, como sujeto a protección o poder.

Las sociedades antiguas se caracterizan por concebir al niño como propiedad de terceros, padres o comunidad política. En Esparta era un consejo de ancianos quien decidía sobre la vida o muerte del recién nacido según consideraran que tuviera capacidad de sobrevivencia y de convertirse en ciudadano. Esta concepción del niño era aceptada de manera plena como algo natural. Sin embargo, se fundamenta en una visión de niño como un proyecto de adulto, al cual le faltaban diversas cualidades que había de desarrollar para llegar a ser persona o ciudadano completo;

se le percibía como un ser totalmente moldeable y con grandes carencias en la voluntad y el carácter al que era necesario enseñar el dominio de la razón (Campoy, 2006: 61-62).

En Roma el niño se encontraba sometido a la potestad del *pater* —que es el único integrante de la familia con plena capacidad de goce y ejercicio o *sui iuris*—, el niño es considerado un ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años durante los cuales necesita protección. A la muerte del padre un tutor asume el deber de cuidar a los huérfanos y suplir su incapacidad de obrar.

Sin embargo, al igual que en Grecia, el nacimiento biológico de un niño romano tampoco implicaba necesariamente su integración a la familia y a la sociedad, pues estaba sujeto a la decisión del patriarca, quien tenía la posibilidad de exponerlo ante la puerta de un domicilio o en algún basurero público, a la espera de alguien que quisiera recogerlo. Esta práctica era legítima y común en los casos de hijos con malformaciones, de los pobres por carencia de recursos, y en la clase media, con el objetivo de concentrar los esfuerzos en un número reducido de hijos. Los niños en estas condiciones rara vez sobrevivían, sin embargo, sobre todo tratándose de abandono por causa de pobreza, se hacía lo posible para que fuera recogido y educado para luego convertirse en esclavo o liberto de sus formadores.

En cualquier caso se puede afirmar que no existía un derecho a la vida para el recién nacido, pues éste estaba sometido a la voluntad del padre, que, mediante un acto sacramental —recoger al niño del suelo en donde lo había depositado la comadrona— reconocía al hijo y con ello le otorgaba la facultad de vivir (Veyne, 1988).

Tampoco podemos concluir que ésta fuera una costumbre extendida, practicada sin coste emocional alguno para los padres, como lo destaca el propio Veyne:

Los mercaderes de esclavos salían a recoger a los recién nacidos expuestos en los santuarios o en los basureros públicos. En fin, la pobreza impulsaba a la gente sin recursos a vender sus recién nacidos a los traficantes (que los adquirirían todavía “sanguinolentos”, apenas salidos del vientre de sus madres, que de este modo no habían tenido tiempo de verlos y encariñarse con ellos); había incluso muchos adultos que se vendían a sí mismos para no morir de hambre (Veyne, 1988: 6).

De Mause, por el contrario, desprende de esta conducta una actitud de maltrato infantil, pues según su interpretación, el infanticidio constituía la manera en que los padres resolvían las ansiedades provocadas por los hijos:

Los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, ‘envasados’ en vasijas para que se murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos, ‘presa para las aves, alimento para los animales salvajes’ (Eurípides, Ion: 504). En primer lugar todo niño que no fuera perfecto en forma y tamaño o que llorase demasiado o demasiado poco, o fuera distinto de los descritos en las obras ginecológicas sobre ‘Cómo reconocer al recién nacido digno de ser criado’ (De Mause, 1982: 48).

Aunque es difícil concluir si efectivamente el infanticidio y la exposición fueron prácticas generalizadas en el mundo antiguo, puesto que la existencia de un derecho sobre la vida del hijo no significaba que el padre dispusiera de ella frecuentemente, lo cierto es que tanto Platón como Aristóteles proponen el empleo de medidas eugenésicas y de control de la población, ya que incluso las relaciones familiares debían estar sometidas al bienestar de la comunidad. Para ello recomiendan establecer un límite de edad y de número de hijos, regular las uniones y desechar a los niños que no nacieran con las características físicas óptimas según sus criterios (González Contró, 2011: 24).

Los primeros escritos en los que se menciona a la infancia fueron dedicados a la educación. Para Ariès ésta constituye la gran diferencia entre la civilización medieval y la moderna y se encuentra en el centro de la construcción del concepto de niño: “El hecho esencial es el siguiente: la civilización medieval no tenía idea de la educación. Nuestra sociedad depende hoy día (y lo sabe) del éxito de su sistema educativo. Tiene un sistema de educación, una concepción de la educación, una conciencia de su importancia” (Ariès, 1987: 539 y 540).

En la Grecia antigua las niñas y niños hasta la edad de siete años estaban bajo el cuidado de la madre ayudada por una esclava (*trofós*), quienes les contaban las hazañas de héroes y dioses, fábulas de animales, etcétera. Sus juguetes eran muñecas de barro o de cera, carritos, sonajas, aros y columpios. Los niños eran enviados a escuela bajo la vigilancia del *paidagoogós*, esclavo que vigilaba la buena conducta del educando y

le enseñaba buenas maneras, aunque no formaba parte de la verdadera educación escolar. La educación era privada y su fin era formar buenos ciudadanos, las dos ramas principales de la educación eran la música (*mousikeé*) y la gimnástica (*gumnastikeé*). También participaba el *grammatisteés* que enseñaba la *grámmata*, es decir, a leer y escribir (Petrie, 1992: 114-115).

Durante el Imperio Romano, la instrucción también estaba dirigida a templar el carácter para transformar al niño en adulto: en los primeros años estaba a cargo de una nodriza y un pedagogo, y posteriormente asistía a la escuela hasta los doce años. Los varones de familia acomodada seguían estudiando con un profesor de literatura a los clásicos y la mitología. En la antigüedad tardía, el centro de la educación se traslada al foro, centro principal de la vida urbana, a donde el niño era llevado por el pedagogo para que se le formara en los *officia vitae*, “las solemnes y tradicionales técnicas de relación humana que se esperaba llenaran la vida del varón de clase alta” (Veyne, 1988: 234).²

Conviene destacar que los esclavos, tanto los de servidumbre como los personales, carecían de derechos, porque legalmente no eran más que muebles, sin importar que la suerte del esclavo griego fuera más favorable que la del esclavo romano (Petrie, 1992: 114), por lo que ni ellos ni sus hijos podían participar en la educación.

Posteriormente, en Europa, la función educativa se traslada al monasterio adquiriendo tintes religiosos y convirtiéndose éstos en los espacios de socialización de los varones jóvenes, desplazando a los sitios públicos. La formación dentro del claustro (en su mayoría de los niños ofrecidos como *oblatos*) era totalmente distinta a la que se daba fuera, pues se trataba de conservar las virtudes de la infancia, consideradas

² En el México prehispánico, de manera particular con los “Aztecas”, también se vislumbra un sistema educativo. Los niños y las niñas jugaron diferentes papeles de acuerdo a su estatus social, en 1440 Motecuhzoma Ilhuicamina decretó la enseñanza obligatoria y creó escuelas en todos los *Callpulli*. Los niños y niñas de los nobles no eran instruidos por sus padres, los educaban instructores en el *Calmeacac*, donde se les enseñaban a comportarse como nobles. Su educación abarcaba la lectura, la escritura, el arte adivinatorio, la astrología, entre otros, su objetivo era formar jefes o sacerdotes para la comunidad; en cambio, los niños y niñas del pueblo se educaban en el *Callpulli* donde recibían una instrucción elemental y un adiestramiento como guerreros (Lucena, 1993: 38).

como debilidades por los demás educadores y por una sociedad en la que tenía mucho valor la fuerza física como preparación para los enfrentamientos armados. En el Renacimiento algunas niñas asistían ya al colegio y se da un debate en torno a la conveniencia de la instrucción femenina (Veyne, 1988: 234).

Ariès señala como un acontecimiento fundamental en la historia de la infancia, la reaparición durante el siglo XVI del interés por la educación, impulsado por algunos moralistas, cada vez más numerosos, que más tarde se mezclaron con los partidarios de la reforma. Lucharon contra la anarquía medieval, buscando establecer un nuevo régimen moral en la sociedad. El medio fue la escuela. Así, las órdenes religiosas fundadas en esa época se transforman en órdenes docentes y su enseñanza se dirige a los niños y jóvenes (Ariès, 1987: 541).

En 1530 se publica *De civilitate morum puerilium libellus* de Erasmo de Rotterdam,³ que los reformadores adoptaron (aunque partiendo de distintos presupuestos sobre la infancia a la que concebían con una inclinación natural hacia el mal) para justificar la escolarización de los niños. Los reformadores creían que era indispensable la disciplina escolar para apartar al niño de sus inclinaciones malignas; así, la obra de Erasmo fue utilizada durante más de tres siglos como libro de texto para enseñar el alfabeto y el deletreo, luego el latín, después la lengua vulgar y por último la letra manuscrita.⁴ Más tarde se le añaden nuevas cosas para hacerlo un manual completo.

Juan Luis Vives habla de la educación como medio para vencer la inclinación al mal, aunque recomienda que, de ser posible, sea la propia madre quien enseñe a sus hijos: “Si la madre sabe letras, enséñelas ella misma a sus hijos pequeñuelos, porque en ella tengan, a la vez, madre, ama y maestra y la amen más y aprendan más rápidamente, ayudándoles el amor que profesa a la que les enseña” (Vives, [1523] 1947: 1140).

El siglo XVII marca definitivamente la historia de la educación formal, ya que, como reacción a la importancia adquirida por el niño durante el siglo anterior, se pretenden imponer reglas de comportamiento

³ Erasmo era partidario de la educación doméstica.

⁴ A finales del siglo XVI se extiende el uso del *civilitas* a la reforma católica (Revel, 1988: 181).

(disciplina) destinadas a contrarrestar el exceso afectivo. La Iglesia y el Estado asumen este cometido y se hacen cargo del sistema educativo:⁵

Así, pues, se efectúa un doble paso: de la familia troncal a la familia nuclear; de una educación pública comunitaria y abierta, destinada a integrar al niño en la colectividad para que adopte los intereses y los sistemas de representación de la estirpe, a una educación pública de tipo escolar, destinada también a integrarle y, al mismo tiempo, a facilitar el desarrollo de sus capacidades (Gélis, 1988: 325).

En este mismo siglo (XVII), Jan Amos Komensky señala la importancia de que la educación comience por los sentidos y se manifiesta en contra de la educación basada en la memorización de textos. Gracias a Komensky se logró que muchos de los manuales fueran acompañados de ilustraciones (Delval, 1994: 35).

Por su parte, Locke en *Pensamientos sobre la educación*, destaca el valor de la educación como medio para escapar a la ley natural y doblegar el espíritu, subraya la importancia de las impresiones recibidas durante la infancia y critica el exceso afectivo de los padres. Señala que el secreto consiste en encontrar un justo medio entre la disciplina y la conservación de la viveza del niño, recomienda el juego como instrumento de enseñanza, la formación de hábitos, el trato al niño como criatura racional y realiza una descripción muy amplia acerca de las cosas que se deben enseñar, el orden y la importancia de cada una con hincapié en la formación moral. Asimismo, insiste en no economizar en la búsqueda de un buen preceptor.

El siglo XVIII podría considerarse el siglo del triunfo de la institución educativa y como consecuencia, la infancia queda definitivamente separada de los adultos. Los padres confían a sus hijos a las escuelas para que les ayuden en su tarea parental y formadora. Se escriben tratados sobre educación, entre ellos la obra de Rousseau,⁶ aunque es necesario men-

⁵ Durante este siglo se fundan numerosas congregaciones religiosas que tenían fines educativos, por ejemplo: José de Calasanz (1556-1648), escuelas pías; Juan Bautista de la Salle (1651-1648), escuelas cristianas; Vicente de Paúl (1581-1660), hijas de la caridad y hospital de niños abandonados.

⁶ A pesar de que en muchas ocasiones se considera a Rousseau como el iniciador de la ciencia sobre el niño, el *Emilio* es un tratado de educación no de psicología infan-

cionar que tardó en llevarse a la práctica y su influencia no se dejó sentir sino hasta el siglo siguiente. Habla entre otras cosas, de la trascendencia de las experiencias infantiles, la importancia del juego y la motivación para el aprendizaje.

Durante el siglo XIX se dieron grandes avances en relación con los sistemas pedagógicos; Fröbel crea los jardines de infancia, en los que por primera vez el niño desplaza al maestro como centro y destaca la importancia del juego infantil, de las dramatizaciones, de la música y de las actividades al aire libre (Delgado, 1998: 163). Las preocupaciones relacionadas con la educación formal motivaron también durante este siglo los dos primeros estudios sistemáticos sobre psicología infantil.

El primero de ellos, realizado por la Sociedad Pedagógica de Berlín en 1870, titulado *Los contenidos de las mentes infantiles al entrar en la escuela a la edad de seis años*, buscaba conocer lo que los niños sabían al momento de entrar a la escuela, con el fin de que la educación fuera más eficaz y puede considerarse el primer tratado de psicología de la educación. El segundo, *Los contenidos de las mentes infantiles*, realizado por Stanley Hall con una metodología mucho más precisa, apareció en 1883 en los Estados Unidos (Delval, 1994: 43).

No obstante, en la legislación, según Nan Berger:

Durante el siglo XIX hubo abundancia de legislación con relación a los niños, pero en ninguna se desafió la idea, tan firmemente sostenida por la ley común, de que los niños eran posesión de los padres. Ninguna contenía un atisbo siquiera de darle una posesión al niño como persona. El niño era propiedad de sus padres, quienes tenían control absoluto de su ser y vida, y las nuevas leyes afianzaban esta idea. Estas leyes hacían hincapié en la protección, y la intención de los que las apoyaban era la de salvar a los niños de los peores resultados de la revolución industrial (Adams *et al.*, 1979: 211).

Nan Berger destaca que la legislación en el siglo XIX, escolar o fabril, tampoco contribuía a tutelar los derechos de NNA, porque:

Ninguna parte de la legislación fabril ni educacional del siglo XIX afectó las relaciones entre el niño y sus padres. La única ley que protegía al niño en el

til, pues no hay en éste ni siquiera las pretensiones de sistematicidad necesarias para considerarse una ciencia, aunque sea incipiente (Planchard, 1956: 124).

hogar fue la Ley de Reformas a la Ley de los Pobres, promulgada en 1868, que daba disposiciones para el castigo al padre si se demostraba que la salud del niño había sido seriamente afectada por no haberle proporcionado el abrigo y manutención adecuados. Esta ley no era una buena protección. No era fácil convencer a los magistrados de que deberían castigar a los padres, salvo por las situaciones más ultrajantes, y de cualquier forma era muy difícil resolver qué era un descuido y qué era incapacidad debida a la pobreza (Adams *et al.*, 1979: 220).

Por otra parte, la escuela contribuyó a la consolidación de la categoría “infancia”, sin embargo, señala García Méndez que quienes no tenían acceso a esta institución o eran expulsados se convertirían, en el siglo XX, en “menores”, es decir, incapaces. Para la infancia existe la escuela, para los menores el tribunal de menores (García Méndez, 1994: 76). Aún en los países en los que la escolarización obligatoria constituye una realidad, el estar fuera del sistema educativo constituye un factor de exclusión social, generalmente reservado a niños pertenecientes a grupos minoritarios.

Sin embargo, habría que mencionar que uno de los más grandes pendientes en materia de derechos de NNA es la libertad. Como lo señala Neil A. S.: “La clave de toda educación centrada en el niño es el autogobierno” (Adams *et al.*, 1979: 177), además en una postura marcadamente radical, el autor se pregunta:

¿Por qué no pueden los padres y los maestros hacerse a un lado y permitir al niño que se desarrolle a su propio paso y en su propia forma? Si yo creyera en el pecado original, lo definiría como el complejo dios todopoderoso que puede hacer que un hombre se imagine que puede decir a otros cómo vivir. Esto se ve en el cuarto del bebé. El bebé trata de subirse a una silla y el padre, sonriente, gentilmente lo levanta, destruyendo la delicia de conquistar su ambiente (Adams *et al.*, 1979: 187-188).

Como conclusión del apartado destacamos que la educación formal proporciona al sujeto las herramientas para desenvolverse en la sociedad a la que pertenece, y es mediante esta institución (junto con la familia y otras organizaciones sociales) que se preserva y transmite la cultura. Aparentemente también este tipo de enseñanza ha intervenido en la for-

mación de nuevas estructuras mentales y formas de relación. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el acceso a la educación como un derecho fundamental, e impone a los Estados la obligación de garantizarla con carácter gratuito y obligatorio, sin embargo, esto está muy lejos de constituir una realidad para millones de niños y sobre todo niñas en el mundo.⁷

Por lo tanto, es necesario considerar otras formas de relación entre los NNA y la educación. Así, Michael Duane destaca los puntos futuros de una reforma escolar sustentada en NNA para crear a los “demócratas del futuro”:

...mencionaré algunos puntos que, en mi opinión y de acuerdo con lo más avanzado que podamos proyectar nuestra imaginación hacia el futuro, son importantes para preservar la educación como medio de crear demócratas del futuro. Algunas de las más notables son:

1. Que la sociedad en la que y para la cual existan las escuelas debe ser democrática, es decir, no estar dividida en grupos o clases separados con una relación de explotación.
2. Que las escuelas sean lo suficientemente pequeñas para permitir que toda la escuela —personal docente, padres y alumnos— se encuentren cara a cara.
3. Que las escuelas sean dirigidas por un comité conjunto de personal docente, padres y alumnos.

⁷ “Casi 120 millones de niños, más de la mitad de ellos niñas, no asisten a la escuela. Un niño de cada cuatro no completa los cinco años de educación básica. La mala calidad de la educación básica es un problema importante en muchos países y contribuye al bajo nivel de matrícula y a que los niños abandonen la escuela a edad temprana” (UNICEF, 2001: 10). En materia de cumplimiento de los objetivos del milenio, a pesar de que México no emite un reporte desde 2006, con datos gubernamentales, la UNICEF destaca: “México ha logrado avances significativos en el acceso de los niños y niñas a la escuela. La cobertura en educación primaria es casi universal. Sin embargo, aún permanecen 1.2 millones de niños y niñas entre los 5 y 14 años fuera de la escuela. En este sentido, todavía queda mucho por hacer para lograr el acceso universal a una educación de calidad, especialmente para aquellos niños y niñas que viven en comunidades indígenas apartadas con altos niveles de marginación, así como para los niños migrantes, los que viven en áreas urbanas marginales y los que tienen alguna discapacidad” (UNICEF, en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/unicefenmexico.html>, consultada el 13 de diciembre de 2011).

4. Que el director de cada escuela sea elegido por un periodo determinado por el comité conjunto.
5. Que no haya exámenes de competencia.
6. Que no haya ningún sistema de premios y castigos (Adams *et al.*, 1979: 323-324).

Por supuesto, esta visión puede criticarse por su enfoque “utilitarista”, sin embargo, permite abrir el debate y encontrar alternativas que coadyuven a entender el tema de las relaciones que se establecen entre NNA y la sociedad. Sin embargo, no basta destacar el papel de la familia y la escuela en el surgimiento del concepto de niño, tampoco es suficiente una reforma escolar de grandes dimensiones. Es necesario incidir en el núcleo primario de determinación psicosocial de NNA: la familia; como lo destaca Neill A. S.:

El primer enemigo de los niños es la ignorancia de los padres. En general, si a una madre la azotaron de niña, ella azotará a su hijo. Si la sacudían de niña, ella hará lo mismo. Su actitud será: “yo tuve que obedecer de niña, mi hijo debe obedecer”. Los padres simplemente continúan la vieja tradición de la autoridad... Yo llamaría el segundo enemigo a la infelicidad de los matrimonios...

La primera regla para los padres debería ser: No haré a mi hijo a mi imagen y semejanza. No soy lo bastante bueno ni lo bastante sabio para decir a mi hijo cómo debe vivir (Adams *et al.*, 1979: 179, 188).

Por lo anterior hay que destacar que en este momento nadie duda que los NNA son sujetos de las prestaciones que se derivan de los derechos humanos, ¿cuál es el problema que enfrentan NNA en materia de derechos humanos? Evidentemente el debate no se encuentra en el marco del derecho objetivo, es decir, en la titularidad de los derechos, porque los ordenamientos jurídicos son claros en asignar derechos a NNA. Por lo anterior existe la posibilidad de que el centro del debate se relacione con la posibilidad de que NNA ejerciten de manera directa sus derechos. Lo anterior nos lleva a analizar, aunque de manera resumida, la teoría del derecho subjetivo enfatizando las tesis de Neil McCormick sobre el tema porque su elaboración tomó en consideración los derechos de NNA.

III. El derecho subjetivo en materia de derechos del niño

Como se advierte, atendiendo a la idea de “incapacidad” que se predica del “menor”, uno de los problemas de los órdenes normativos es precisar qué significa “tener un derecho”, es decir, el concepto de derecho subjetivo, para aplicarlo al lenguaje de los derechos de NNA.

Lo anterior implica 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, fuerza para exigir un comportamiento determinado, a determinados sujetos autorizados por la norma. Aquí nos interesa aclarar el concepto de derecho en sentido subjetivo, pues como se atribuye a los niños la falta de capacidad (o “inmadurez”, “desarrollo inconcluso”, etcétera), se pone en tela de juicio que puedan exigir directamente conductas de otros sujetos en el ámbito jurídico. Para algunos autores, mientras no se alcance la mayoría de edad, los “menores” sólo pueden ser titulares de derechos, pero no pueden defenderlos directamente (González Contró, 2011: 159).

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 NNA. En el contexto del debate actual, 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 es una delimitación conceptual *descriptiva*, el objetivo de la discusión es reseñar cómo se usa el término derecho en el lenguaje común o jurídico. Es una reconstrucción lexicográfica que deriva de la observación y análisis de las ocasiones y circunstancias en las que nos referimos a algo como un *derecho*. El autor más representativo de este tipo de teoría es Wesley Newcomb Hohfeld con su explicación de los conceptos jurídicos fundamentales.⁸

⁸ Según 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 se derivan de la existencia de un ordenamiento. La solución propuesta por este autor es “...mantenerse *relativamente* cerca de los usos vigentes,

En el otro nivel de discusión, es decir, el normativo, se ubican las teorías de la voluntad o del reclamante y la teoría del interés o del beneficiario, con sus distintas variantes, su finalidad es servir como justificación para la utilización del concepto, dar razones, argumentar qué es un derecho subjetivo y descalificar las acepciones que se consideran incorrectas.

Desde las dos perspectivas teóricas el caso de los “niños” presenta características especiales. En primer lugar, porque desde el punto de vista descriptivo, es relativamente reciente el uso del lenguaje de los derechos para los NNA y se destacan las características especiales de este lenguaje aplicado a los “niños”; así, en ocasiones es difícil encontrar casos concretos de aplicación de las posiciones de los derechos subjetivos que actualmente tienen los NNA (por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos del Niño).

Con lo anterior se muestra que los “niños”, a pesar de ser titulares de derechos, han sido ajenos a los derechos subjetivos y aún existen posturas que se resisten a incluirlos. Lo que se sostiene es que los “niños” no eran titulares de derechos subjetivos, ya que su protección jurídica derivaba de la esfera jurídica paterna y en ocasiones subsidiaria del Estado. De aquí la importancia de cuestionar este paradigma y, por lo menos, debatir sobre la titularidad de derechos subjetivos en el caso de los niños.

El segundo grupo de teorías comprenden el viejo debate entre las teorías de la voluntad o del reclamante y las teorías del interés o del beneficiario que desempeñan también un papel fundamental en la discusión sobre los derechos de los niños. Estos han sido considerados como *test-case* (casos de prueba) 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

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: 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 permitirán definir todas las posiciones jurídicas imaginables.

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.

La adhesión a cualquiera de estas teorías 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, estas posturas pueden explicar por qué los niños deben —o no deben— tener derechos.

Desde el debate entre Bernhard Windscheid (teoría de la voluntad sobre el derecho subjetivo) (Windscheid, 1987: 135) y Caspar Rudolf von Ihering (teoría del interés sobre el derecho subjetivo) (Ihering 1964: 1980); pasando por la elaboración de la teoría de la protección de August Thon (Thon August, 1951: 207); la generación de la teoría ecléctica de George Jellinek (que considera al derecho subjetivo como un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual), y la tesis de Hans Kelsen, para quien el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma, se entiende que el derecho subjetivo es una autorización o facultad para hacer o no hacer algo, en los casos en que se dan los supuestos que condicionan el nacimiento del mismo derecho (Kelsen, 1934: 71).

Una de las consecuencias más importantes de las teorías mencionadas consiste precisamente en determinar al titular del derecho. Un buen ejemplo de esta situación, que constituye una referencia obligada al abordar el tema de los “derechos de los niños”, es la obra de Neil MacCormick en 1976: *Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right*,⁹ donde somete a prueba dos teorías sobre los derechos subjetivos utilizando como criterio la capacidad para fundamentar los derechos de los niños: la “teoría de la voluntad” o “de la elección” y la “teoría del interés” o “del beneficiario”.

⁹ Parece más correcto traducir el título como: *Los derechos de los niños: una prueba para las teorías de los derechos*, porque en nuestro idioma no se aprecia la distinción entre Derecho (*law*) y derecho (*right*); es más comprensible si se traduce la palabra *right* como *derechos* o *derecho subjetivo*. Sin embargo la versión castellana aparece como *Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho*.

1. La tesis de Neil MacCormick

A. La teoría de la voluntad o de la elección

Según Neil MacCormick la teoría de la voluntad define al derecho subjetivo como una capacidad normativa (o moral) que otorga al detentador la facultad de elegir entre exigir el cumplimiento de un deber o renunciar a él (MacCormick, 1990: 130), lo que hace insostenible la existencia de los derechos de los niños, pues el rasgo característico de los derechos es que el consentimiento de los titulares no se ve involucrado en el ejercicio de los mismos. Sería absurdo, señala el autor, suponer que un niño tiene discrecionalidad para exigir o no sobre su derecho a recibir “cuidados, crianza¹⁰ y cariño”.

Para MacCormick, la teoría de la voluntad debe ser descartada por no servir para justificar los derechos de los niños. Lo que es comprensible porque se pone el acento en la “capacidad” de NNA para decidir lo que es “bueno” para ellos en términos de las prestaciones normativas derivadas del ejercicio de los derechos humanos o, en su caso, renunciar a ellos.

B. Teoría del interés o del beneficiario

Neil MacCormick formula de la siguiente manera la teoría del interés o del beneficiario: “es moralmente correcto que la voluntad del niño en el ejercicio de sus derechos sea irrelevante” o, en los términos que utiliza el autor: “no existe una buena razón para dejar a la elección del niño lo que para ellos es bueno”, y por esta causa el legislador ha determinado que no tenga facultad para decidir si exige o renuncia al ejercicio de su derecho, por lo que concluye: “La presunción de que las personas son los mejores jueces de lo que para ellas es un bien y de si tenerlo o no, no se amplía ni debería ampliarse a los niños, desde luego no a los niños pequeños” (MacCormick, 1990: 137).

¹⁰ A pesar de que en la versión en castellano se utiliza el término *alimento*, me parece más adecuado sustituirlo por la palabra *crianza*, ya que el término original en inglés es *nurture* que hace referencia a algo más amplio que el simple alimento. Parece también lógico suponer que el autor quería referirse a algo más que nutrir a los niños.

Esta afirmación muestra que se considera “moralmente” correcto que el caso de los “niños” constituya una excepción al principio liberal de “autonomía de la voluntad”, sin embargo, no se debate por qué en la actualidad los ordenamientos jurídicos consideran que la persona menor de edad no tiene “capacidad” de decisión en el ejercicio de algunos de sus derechos, por el contrario parece que se justifica bajo el argumento de que *no son los mejores jueces* de su propio bien.

A esta teoría se pueden hacer dos objeciones, la primera porque encierra toda una concepción acerca de los miembros de la clase NNA y de sus características, así como diversas consideraciones sobre su autonomía individual y el ejercicio de sus derechos. La segunda porque describe a NNA como una clase cerrada, perfectamente delimitada, con características comunes y respecto de la cual existe un consenso generalizado. Por último, en esta postura NNA constituyen un grupo independientemente de la cultura, la historia, la sociedad, etcétera, lo que muestra sus limitaciones.

Otra de las consecuencias que plantea la tesis de MacCormick se traduce en la definición del “no-niño”, es decir, el “adulto”, pues si se acepta que la voluntad de NNA no es relevante en el ejercicio de los derechos es en virtud de que se asume que carece de algunas características que los miembros de la clase adulta sí poseen, lo que obliga a conocer el significado de “ser adulto”.

Esta situación, aunada a la incapacidad para renunciar a los mismos derechos —por lo menos a su ejercicio— y para participar en el procedimiento democrático, coloca a los NNA en una situación altamente vulnerable, pues implica dejar al arbitrio de otros la concreción de sus intereses sin tener un criterio objetivo sobre el cual hacerlo, y lo que resulta más grave, el “bien” así determinado, les será impuesto, argumentando, paradójicamente, que se trata de sus “derechos”. Lo anterior muestra un caso peculiar de titulares de derechos que no pueden decidir cuáles son sus “derechos”.

Como lo plantea Mónica González Contró, los derechos de los niños constituyen una “prueba para las teorías de los derechos”, más allá de lo que plantea MacCormick, porque aceptar la teoría del interés para justificar los derechos de los niños, requiere fundamentar excepciones a varios de los paradigmas tradicionales del derecho; además de la limitación a las libertades de los individuos, lo que impacta en paradigmas como la

no intervención por parte de la autoridad pública en el ámbito privado o los límites a la formulación paternalista, perfeccionista o liberacionista de la actuación estatal, que define los contenidos educativos y que impacta en lo que significa ser un “adulto” (González Contró, 2011: 10).

Así, debemos sostener con un dejo de desánimo que esa situación prevalece en la legislación actual, atendiendo a lo descrito líneas arriba del Código Civil Federal, para el caso de nuestro país.

Una vez que han sido planteados los elementos teóricos para una adecuada concepción de NNA, es posible examinar la conflictiva relación entre “minoría de edad” y “derechos”, a partir de un marco conceptual sobre los derechos subjetivos —especialmente desde las posiciones de Hohfeld— y retomando la definición de derecho —ciertamente ya esbozada por MacCormick— a partir del debate entre las teorías de la “voluntad” y del “interés”, para contrastar de manera somera si lo que se asume como derechos de los niños —en particular en la Convención sobre los Derechos del Niño— se ajusta a una descripción plausible de lo que significa tener un derecho.

2. El concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva de las relaciones jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld

Wesley Newcomb Hohfeld, en su obra *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, propone una clasificación de los derechos subjetivos sustentada en ocho tipos de relaciones jurídicas estrictamente fundamentales y con pretensión de ser exhaustivas.¹¹ 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: 47).

A las cuatro primeras modalidades, que suelen ser identificadas como “derechos” del sujeto A: *derecho* (en sentido estricto), *privilegio*,

¹¹ 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: 87).

potestad y sujeción, le 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*. El esquema quedaría de la siguiente manera:

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

El objetivo es destacar ciertos temas a menudo desatendidos que pueden ayudar a entender y solucionar problemas prácticos, cotidianos del derecho (Hohfeld, 2001: 28). Por su parte, Alf Ross señala 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: 163). Mejora también la descripción del término privilegio, cambiándolo por el de libertad.

Ahora bien, el esquema propuesto por Ross quedaría entonces como sigue:

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

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 a algo más que el restringido uso “tener un derecho” de Hohfeld. Por ejemplo, la mayor parte de los derechos liberales clásicos, tienen 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.

Liborio Hierro, interpretando la teoría de Hohfeld, 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: 162).

Por nuestra parte podemos afirmar que no es posible ignorar la fuerza que tiene la expresión “tener un derecho” en el lenguaje de los derechos humanos, en particular, y jurídico, en general, y que sirve también como

argumento para rechazar un uso restringido del término. La palabra en sí misma evoca, como lo propone Hohfeld, una pretensión, algo que legítimamente corresponde a quien reclama el contenido del mismo, es decir, tiene la fuerza de una exigencia, al grado que su titular cuenta con autorizaciones legales para acudir a los tribunales.

Esto tiene especial relevancia en el caso de NNA, pues la importancia que se atribuye al lenguaje de los derechos como medio para manifestar las pretensiones que les corresponden legítimamente, difícilmente puede ser sustituida por otras expresiones, aunque muchos sostienen que el resultado (en este caso la satisfacción de las necesidades de los niños) es el mismo.

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 (Alexy, 2002: 187-188)¹² Alexy expresa esta configuración diciendo que la relación *triádica* de los derechos es lógicamente equivalente a una relación *triádica* del deber o del mandato.

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: 211-212).

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

¹² Alexy pone el ejemplo de la expresión de esta relación triádica en los derechos fundamentales 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 derechos 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.

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: 230-231).

No obstante, en el caso de los derechos de NNA, la teoría de Hohfeld nos permitirá distinguir si efectivamente el lenguaje jurídico contempla todas las posiciones jurídicas, en términos de opuestos y correlativos, independientemente de que el resultado de la norma sea algo mucho más complejo que la posición jurídica. Esto nos llevaría a buscar dentro de las normas de conducta y competencia el papel que tienen los NNA en materia de protección de sus derechos.

El ensayo de Hohfeld permite delimitar el concepto de derecho subjetivo, y es una herramienta para comprender e intentar resolver ciertos aspectos relacionados con los derechos de NNA. 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 NNA, 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.

A. Derecho como pretensión

El punto de partida del ensayo de Hohfeld es señalar el 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” (subjetivo) 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” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable (Hohfeld, 2001: 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. 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.

Es necesario aclarar que a pesar de que se reconozca que NNA pueden tener pretensiones en el sentido descrito, éstas tienen varias particularidades: *a)* su ejercicio no es discrecional, es decir, su cumplimiento no es potestativo, constituye el contenido de una obligación que se impone a quien debe cumplir con su contenido, y *b)* varias pretensiones no pueden ser adquiridas ni reclamadas personalmente, esto es, porque se requiere la intervención de una persona que represente al menor de edad. 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 que un adulto que supla la voluntad del menor titular de la pretensión (recuérdese que en la legislación nacional a los niños se les considera “incapaces”).

Los autores que se oponen a la utilización del lenguaje jurídico en el caso de los niños, sostienen que los niños son incapaces de tener pretensiones. Sin embargo, existe 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 NNA.

Sin embargo, es posible sostener que NNA pueden ser titulares de éstas, aunque su operación funcione de manera distinta. Aceptar que NNA son titulares de derechos, por encontrarse en la posición de pretensión, muestra otro de los atributos característicos —aunque no exclusivos— de los derechos de NNA, es decir, que se configuran como

derechos (pretensiones) de contenido obligatorio, esto es, su cumplimiento es forzoso aun para quien la ostenta.

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, que éstas no se entienden como una facultad discrecional del titular, sino que son de cumplimiento obligatorio para su titular (en este caso NNA); además, 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.

En este contexto, donde el debate parece centrarse en la incorporación de los derechos de NNA en instrumentos legales, la respuesta a la pregunta ¿quién debe proteger los derechos de NNA?, debe responderse en los términos propuestos por Imelda Ana Rodríguez Ortiz:

Es clara la distancia que existe entre los derechos declarados y las condiciones de vida objetiva de millones de niños. El punto de partida para aminorar esa distancia es, sin duda, el reconocimiento de que la protección a los derechos de un niño constituye una responsabilidad moral colectiva y un seguro de protección a la sobrevivencia humana (Rodríguez Ortiz, 1994: 412).

B. 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* (Hohfeld, 2001: 51-52).

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 fun-

damental la posibilidad de realizar acciones permitidas” (Alexy, 2002: 225).¹³

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 (2000a:155) trata este problema, 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.

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. 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.

En el tema de las libertades en el caso de NNA tenemos que tomar en cuenta también que su regulación obedece a la necesidad de protección para facilitar el desarrollo, en especial 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 las personas menores de edad— para preservar libertades futuras. Así, por ejemplo, el niño tiene limitada su libertad de trabajar o celebrar

¹³ 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: 225).

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 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) (González Contró, 2011: 182-184).

C. 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:¹⁴

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: 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

¹⁴ Cruz (1999: 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”.

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.

Al hablar de NNA y las potestades debemos considerar dos perspectivas: en primer lugar, analizar si es posible que NNA 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 NNA sean los obligados frente a otra persona, resulta más sencillo imaginarnos a NNA en una situación de sujeción que como titulares de una potestad, ejemplo de esta segunda afirmación es una de las instituciones más antiguas de tratamiento a la infancia: la patria potestad.

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 la finalidad del ejercicio de los poderes paternos y al mismo tiempo el 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.

No obstante, debemos destacar que esa posición, aunque compatible con las ideas que socialmente se tienen sobre NNA, no abona a considerar a NNA como sujetos de derecho, como lo señala Imelda Ana Rodríguez Ortiz:

En nuestra sociedad el concepto de individuo o persona parece no ser atribuible a los niños. Los niños son reconocidos como los hijos de alguien y, en consecuencias, todo lo que les atañe se mira a través de los adultos que se

hacen cargo de ellos. Los niños forman una mayoría silenciosa de seres humanos, que dependen en todo lo vital para existir (Rodríguez Ortiz, 1994: 401).

D. 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.

Hierro la 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: 165).¹⁵

La Convención contiene ciertas normas destinadas a establecer una inmunidad a favor de los niños para proteger su desarrollo. 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.

E. Críticas al modelo de Hohfeld

El modelo de conceptos jurídicos fundamentales propuesto por Hohfeld no está exento de críticas, como se ha destacado líneas arriba fue objeto de diversas reformulaciones, en este apartado se expondrán algunas de

¹⁵ Hierro utiliza un ejemplo muy ilustrativo para ejemplificar cada una de las posiciones, pero en materia de inmunidad nos 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 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: 159).

las objeciones que se le han formulado. Las más relevantes para el tema de los derechos de NNA se ubican en cuatro grandes grupos: *a*) las relacionadas con la terminología, con dos posturas quienes juzgan inadecuada la terminología utilizada por el autor para designar las distintas posiciones jurídicas, y la de quienes se oponen al uso del término *derecho subjetivo* como lo emplea Hohfeld; *b*) las relacionadas con la utilidad de la teoría de Hohfeld; *c*) a la tesis de 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, y *d*) por último, 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.

Uno de los críticos, John Finnis, destaca que Hohfeld 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? (Finnis, 2000: 231).¹⁶

Para responder a este señalamiento hacia la obra de Hohfeld es útil recordar la intención¹⁷ 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

¹⁶ 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 determinada manera, ¿cuándo diremos que 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: 231).

¹⁷ Se hace referencia aquí a lo que Carrió denomina la “pretensión moderada” de la obra de Hohfeld citada con anterioridad.

que podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación” (Hohfeld, 2001: 28). Parece entonces que la objeción de Finnis altera el objetivo original del ensayo de Hohfeld, por lo que no restará valor a la obra como instrumento.

En este sentido, es posible concluir 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.

Pero además, al incluirse plenamente en el ordenamiento jurídico mexicano, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, constituye un referente para evaluar la “calidad” de la legislación nacional, delimitando de qué manera se garantiza la protección a NNA de los derechos que les otorga ese instrumento internacional.

IV. El tratamiento jurídico dado a la infancia desde la teoría del derecho subjetivo

Desde el punto de vista jurídico, la infancia ha estado sujeta a la institución de la “patria potestad”, que es una voz, como lo destaca su etimología, integrada por las palabras latinas *patres* y *potestas*, que significan la primera, patrono, defensor o protector, y la segunda, poder, dominio, poder legal, facultad o capacidad, respectivamente. Así, la institución de la “patria potestad” en nuestra legislación civil mostraría hasta dónde continúa vigente la consideración arcaica del “niño”, como sujeto al dominio, protección o poder.

Según Sara Bialostosky, en el derecho arcaico romano, como consecuencia de la institución de la patria potestad, el jefe y señor de la familia era el *pater familias*, sin embargo se podía tener capacidad jurídica plena sin ser padre de familia, un niño huérfano podía ser *pater familias*. En los primeros tiempos el poder que el *pater familias* ejercía sobre las personas que estaban bajo su potestad era absoluto y comprendía: el derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*), el derecho de vender

al *filius familias* como esclavo (*ius vendendi*), el derecho de ceder a un tercero al *filius familias* (*iusnoxae dandi*), para liberarse de las consecuencias de la comisión de un delito que aquél hubiera cometido (Bialostosky, 2007: 57).

Además, en el derecho romano antiguo, las personas *sui iuris* se distinguen de los *alieni iuris* por su capacidad jurídica.¹⁸ Sin embargo, existen *sui iuris* que por razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la prodigalidad se les limita su capacidad de actuar, es decir, aunque tienen capacidad de goce se limita su capacidad de ejercicio. La tutela se aplica a los *sui iuris infans* hasta los siete años; a los impúberes de ambos sexos hasta los doce o catorce años mujeres u hombres, respectivamente y a las mujeres púberas *sui iuris* (Bialostosky, 2007: 63-64).

El jurista romano Servilio Sulpicio, definía a la tutela como una “potestad establecida sobre una persona libre, constituida y autorizada por el derecho civil, para proteger al que, en razón de su edad, no podía defenderse por sí mismo”, los incapaces sujetos a tutela eran: *a*) los menores de edad; *b*) las mujeres, que en el derecho antiguo estaban en tutela perpetua; *c*) los alienados o locos, y *d*) los pródigos. A los menores y a las mujeres se les nombraba un tutor, a los locos y pródigos un curador. Existían diversas clases de tutela: *a*) legítima; *b*) testamentaria, la Ley de las XII Tablas permitía que los padres nombraran tutores para sus hijos impúberes en el testamento, y *c*) dativa, cuando no hay tutor testamentario ni legítimo o cuando hay necesidad de nombrar un tutor *certae causae*.

El tutor ejerce la *auctoritatis interpositio* y la *gestione gotiorum*, que lo obligan a conservar el patrimonio pupilar y, en su caso, acrecentarlo; hacer un inventario de los bienes del pupilo; recobrar los créditos del pupilo y responder de la insolvencia de los deudores, sobrevinida por no haberlos perseguido oportunamente.

En el caso de la capacidad jurídica de los “pupilos”, se distingue: *a*) el *infans* (que no puede hablar), como está desprovisto de discernimiento

¹⁸ La capacidad jurídica se considera la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones; además se distingue entre: *a*) capacidad de goce, que se manifiesta en la aptitud de ser sujeto de derecho, es decir la titularidad de derechos (*stricto sensu*) y obligaciones, y *b*) capacidad de ejercicio, que es la posibilidad de obligarse jurídicamente y hacer valer directamente los derechos.

es considerado “incapaz”, por tanto, no puede figurar en los actos jurídicos; *b*) cuando cumplió los siete años, *infantiae proximus* (cercano a la infancia), su situación no es mejor que la del *infans*; *c*) *pubertati proximus* se le considera capaz de obligarse por sus delitos, y *d*) pupilo que abandonó la infancia, quien puede realizar los actos que mejoren su condición sin participación del tutor, sin embargo, en los actos que comprometan su patrimonio requiere la *autoritatis interpositio* del tutor.

Lo anterior está presente en el derecho vigente en México, como se advierte de una lectura del Código Civil Federal, en efecto, los artículos 23 (minoría de edad); 24 (mayor de edad); 31 (menor de edad); 45 (mayores de edad); 67 (edad aparente del niño); 98, fracción V (pretendientes menores de edad); 393 (pupilo); 1313, fracción VI, y 1639 (infante). Lo anterior sirve de ejemplo para mostrar cómo las categorías antiguas están presentes en la legislación actual.

1. El concepto de derecho subjetivo en las teorías de la voluntad y del interés y su aplicación a los derechos de NNA

Aceptando como marco referencial los problemas destacados líneas arriba, debemos asentar que la explicación del concepto de derecho subjetivo debe integrar los dos ámbitos: por un lado debe intentar construir una argumentación razonable acerca de lo que debe ser calificado como un “derecho”, a partir de un argumento que responda 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.

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 objeciones o lagunas,¹⁹ o incluso con la pretensión de demostrar que ambas son erróneas.

¹⁹ 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 dere-

Sumner opina que ambas teorías son normativas en el sentido que pretenden determinar qué derechos deben ser considerados como auténticos (Sumner, 1990: 46-47). 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 al hablar de derechos subjetivos: “La discrecionalidad o poder del titular, y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión” (Páramo 1996: 378).

El caso de los derechos de NNA 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.

Es importante precisar que las divergencias que se presentan desde las dos perspectivas teóricas en relación con los derechos de NNA, 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.

Las teorías de la voluntad y las 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

chos 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: 7). Según este autor, cada una de las concepciones sobre el derecho subjetivo responde a posturas ideológicas.

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.

La divergencia entre las dos posiciones teóricas acerca de la naturaleza de los derechos subjetivos radica en la manera de proteger a las personas 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.

Una observación interesante es la formulada por Campbell sobre lo que denomina “adultismo” o “adultocentrismo”, que es 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 debates 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.²⁰

²⁰ Lo que Campbell denomina *adultismo* (1995: 3) se muestra por la forma en que los niños son frecuentemente utilizados para apoyar argumentaciones a favor o en contra de determinadas posturas, quizá porque constituyen casos 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.

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;²¹ los derechos que tiene como menor (*juvenile*) que se refiere 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,²² y finalmente los derechos del niño como tal²³ (Campbell, 1995: 17-20).

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, se 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 es 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 algunas dificultades, pues no resulta claro que se trate de diferen-

²¹ 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.

²² 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: 20).

²³ 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).

tes tipos de intereses —como persona, futuro adulto, menor o niño—, además de que cada derecho involucra una serie de intereses (González Contró, 2011: 247).

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.

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, es decir, determinar cuál es el contenido de los intereses que deben dar origen al contenido de los derechos. En el caso de NNA es un problema más complejo, pues mientras que tratándose de los adultos la mayoría de los derechos conllevan un poder de elección en su ejercicio, es decir, cada individuo puede decidir entre exigirlos o renunciar. Los derechos de NNA son radicalmente distintos, pues se entienden no solamente como irrenunciables en su titularidad, sino también en su ejercicio, lo cual quiere decir que son obligatorios.

Un adulto que juzgue que el contenido de algún derecho no constituye un interés para él, cuenta con el recurso de renunciar a su contenido o por lo menos no ejercitarlo, mientras que frente a NNA los derechos generalmente son de cumplimiento forzoso.

En consecuencia, es claro que la determinación de los intereses revisa 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 NNA, no hay representación —por lo menos hasta ahora— de integrantes de la categoría NNA que pudiera colaborar en la clarificación de sus intereses, pues presuponemos por lo menos formalmente, que también son incapaces de hacerlo —por lo menos en el caso de las niñas y 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—.

Así parece imprescindible una teoría sólida que nos permita objetivar los “intereses” o bienes para los niños —y aparentemente la mayoría de las teorías que intentan fundamentar los derechos de los niños carecen

de ésta—, pues no se puede obviar o acusar de evidente, como han hecho muchos autores.

No son muchos los especialistas que intentan dar una respuesta concreta a este cuestionamiento, pues la mayoría se limitan 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.

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: 68).

El problema de las tesis que utilizan como procedimiento para determinar los intereses de NNA es la suposición de las elecciones de éstos si se encontrasen en escenarios ideales (información, madurez, racionalidad, etcétera), es que 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 la especificación de los derechos sustentados en la promoción de la madurez. El método de interpretar lo que verosímilmente querrían NNA 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 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. Esto no se encuentra muy alejado del concepto de interés entendido como necesidad para su objetivación, aunque sí conlleva algunos riesgos de interpretación.

Así, partiremos de la idea que los intereses tanto de los niños como de los adultos pueden ser objetivados a partir del concepto de necesidad. Aquí es importante aclarar que no aludimos a la “acción voluntarista u opcional” y su enfoque sustentado en la idea de que las personas tienen necesidades que se deben cumplir, en donde se parte del mérito y se cree posible dejar de lado a un número determinado de personas (Save the Children, 2005: 31).

Nuestro concepto de necesidad pretende complementar el enfoque de derechos, considerando acciones obligatorias a cargo de las autoridades de las que participan “todos” los integrantes de una sociedad, incluidos NNA, destacando como elemento correctivo su desarrollo biológico y los satisfactores que requieren para lograr su proyecto de vida individual, pero sin caer en un cuestionable “liberalismo” que condene cualquier solidaridad social. No afirmamos que en las sociedades actuales NNA carecen de derechos, baste leer los instrumentos jurídicos para advertir que se considera a NNA como “sujetos de derechos”, sin embargo, se limita su “capacidad jurídica”, lo que implica, en los hechos, negarles los derechos que el derecho positivo les otorga.

Este criterio tiene la ventaja de que puede dar lugar a una concepción normativa de la persona 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 NNA, 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.

V. El niño desde la psicología del desarrollo

La psicología del desarrollo se encarga de estudiar los procesos de cambio que se producen durante la vida humana y la manera como se van adquiriendo nuevas conductas; en este sentido se distingue de la psicología del niño, pues pretende no sólo estudiar al hombre en los primeros años de su vida, sino descubrir las leyes que rigen el desarrollo, su naturaleza, los factores que influyen en él, así como si se puede hablar de normas universales independientes de elementos externos como cultura, geografía, etcétera.

Esta disciplina contribuye a la construcción teórica del concepto NNA y de sus necesidades, puesto que nos permite delimitar si es posible predicar de la categoría “niño” ciertas características propias que limiten

la capacidad de autodeterminación y, en consecuencia, justifiquen un trato restrictivo en el ejercicio de los derechos.

Existe consenso sobre que el desarrollo humano se compone de una serie de cambios en todas las facetas de la persona que se dan a lo largo del ciclo vital como consecuencia de la interacción entre las características personales del individuo, contenidas en la información genética, y el entorno en el cual se desenvuelve.

En la actualidad existe una tendencia a adoptar una postura sistémica del cambio, desde la cual se percibe el desarrollo como una serie de transformaciones determinadas por diversos elementos. El camino recorrido para llegar a esta posición, más acorde con la dignidad de NNA, ha sido largo y aún hoy existen quienes privilegian o centran su investigación en algunos de los aspectos del crecimiento. Sin embargo, creemos que hoy nadie negaría la influencia de herencia y ambiente y su importancia para el desarrollo, tal como se podrá apreciar en el siguiente apartado.

Existen diversas corrientes de la psicología evolutiva y sus teorías sobre las características infantiles (etología, teorías del aprendizaje, cognoscitivas, psicoanalíticas y contextualistas), que han intentado explicar de qué manera se van adquiriendo las nuevas conductas, especialmente durante los primeros años de la vida, en los que el ser humano tiene que adquirir prácticamente todas las habilidades necesarias para vivir y relacionarse en la sociedad a la que pertenece.

VI. El enfoque de las necesidades de NNA y su justificación normativa

Para abordar el tema de las necesidades de NNA debemos preguntarnos: ¿de qué manera pueden las necesidades básicas traducirse al lenguaje jurídico? y ¿de qué tipo de derechos hablamos cuando nos referimos a necesidades básicas? Para dar respuesta a estas preguntas partiremos de lo obvio: NNA son personas, según la tradición civilista todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición (Galvis Ortiz, 2006: 21). Además, destacaremos que NNA son personas y, como tales, son titulares del derecho único originario de

la libertad y ésta los dota de la independencia, con relación al arbitrio de otros. Entonces es preciso indagar cuál es la relación entre padres e hijos y entre los niños y las niñas con los adultos, para ubicar con claridad la titularidad de los derechos en coherencia con la idea de persona como atributo universal de la especie (Galvis Ortiz, 2006: 33).

Como lo destaca Ligia Galvis Ortiz:

Si la relación niño, niña, adolescente-adulto no se expresa en términos de dependencia, cómo podemos caracterizar esa relación desde la perspectiva de los derechos. Si la miramos desde el punto de vista de los derechos innatos, esta relación es una interacción entre personas libres e iguales frente a la titularidad de los derechos. Pero, desde la perspectiva del derecho originario al cuidado y al desarrollo, esa interacción comprende las obligaciones, también originarias, para atender a las necesidades propias de los niños, las niñas y los adolescentes y la orientación adecuada para el desarrollo de la personalidad de acuerdo con los postulados de la libertad, de la justicia, de la moralidad y el derecho (2006: 36).

Como se advierte, la relación entre necesidades y derechos parece formar parte de una intuición²⁴ que vincula los temas de la libertad, la justicia, la moral y el derecho cuando nos referimos al tema de los derechos de NNA; sin embargo, se requiere justificar cómo se produce este nexo, pues resulta claro que de la simple evidencia empírica de la existencia de determinadas condiciones necesarias para la vida humana no se puede desprender directamente la existencia de derechos fundamentales ya que ello supondría saltar la brecha entre lo fáctico y lo normativo, incurriendo en la llamada falacia naturalista.²⁵

E. Ochaíta (2000) y M. A. Espinosa (2001) han desarrollado una teoría de las necesidades de la infancia y la adolescencia en la que tomando como punto de partida la clasificación de Doyal y Gough en necesida-

²⁴ Facultad de comprender las cosas instantáneamente, sin necesidad de razonamiento.

²⁵ Propuesta por Henry Sidwick y popularizada por George Edward Moore, consiste en identificar lo “bueno” desde el punto de vista de una ética determinada con lo “natural” desde el contexto físico. También se considera como partir de proposiciones del “deber ser” para obtener conclusiones del “ser”.

des de salud física y autonomía,²⁶ realizan una propuesta de satisfactores primarios²⁷ o necesidades secundarias para la infancia y adolescencia, así como para cada una de las etapas tradicionales en que se distinguen según varias escuelas de la psicología del desarrollo.

Los satisfactores básicos o necesidades secundarias propuestas son las siguientes:

Salud física	Autonomía
Alimentación adecuada Vivienda adecuada Vestidos e higiene adecuados Atención sanitaria Sueño y descanso Espacio exterior adecuado Ejercicio físico Protección de riesgos físicos	Participación activa y normas estables Vinculación afectiva primaria Interacción con adultos Interacción con iguales Educación formal Educación no formal Juego y tiempo de ocio Protección de riesgos psicológicos
Necesidades sexuales*	

* La aceptación de necesidades sexuales es una novedad respecto de la taxonomía propuesta por Doyal y Gough.

²⁶ Para Doyal y Gough las necesidades básicas son la condición para evitar perjuicios graves, que son aquellos que incapacitan al hombre para desenvolverse y participar activamente en la sociedad: “Por perjuicio grave se entiende, explícita o implícitamente, la búsqueda significativamente dañada de objetivos que los individuos juzgan valiosos. Estar perjudicado gravemente significa por tanto estar básicamente incapacitado en la búsqueda de la visión propia de lo bueno” (Doyal y Gough, 1994: 78). Las necesidades básicas no dependen del contexto, son objetivas y universales y tienen un sustento derivado del conocimiento científico —tanto de las ciencias naturales como sociales—, mientras que lo que se encuentra determinado culturalmente son los satisfactores.

²⁷ Al ser las características de los satisfactores universales objetivos que pueden ser alcanzados mediante satisfactores específicos, los autores proponen denominarlas “necesidades intermedias” —para hacer menos oscura la frase, afirman— y pueden entenderse entonces como objetivos derivados de las necesidades de salud física y autonomía comunes a todas las sociedades, ya que contribuyen de forma positiva y universal a la realización de las dos necesidades básicas. Sin embargo, los satisfactores intermedios que proponen los autores difieren de la propuesta de Ochaíta y Espinosa, que se enfocan en la infancia.

La separación y clasificación de los satisfactores primarios o necesidades secundarias obedece a un esfuerzo de simplificación, ya que éstos funcionan como un todo integrado y, los satisfactores y necesidades, características del individuo y el contexto cultural, interactúan como un sistema complejo.

Es necesario aclarar que la división por etapas no implica la aceptación de periodos críticos durante el desarrollo (que correspondería a una postura rupturista), pues este proceso es único en cada ser humano y se va produciendo a lo largo del tiempo y de manera gradual. La división responde a un intento por hacer más fácil la comprensión de las transformaciones que se producen durante la infancia y de las características genéricas de cada periodo evolutivo.

Así, las necesidades básicas e intermedias se pueden entender asociándolas a cada etapa del desarrollo: recién nacido, primera infancia, etapa preescolar, etapa escolar, pubertad y adolescencia.

A continuación se propone una breve descripción de las características de cada fase, así como las necesidades intermedias de salud física y autonomía.

1. Recién nacido

Durante las primeras semanas de vida se producen numerosos cambios, pues el bebé tiene que aprender muchas cosas para adaptarse al medio en los primeros días fuera del vientre materno: respirar, regular su temperatura corporal, recibir información del entorno físico y social, etcétera.

2. Primera infancia

La primera infancia abarca el periodo comprendido desde el primer mes de vida hasta aproximadamente los dos años de edad. Durante esta fase se producen también grandes transformaciones en poco tiempo y el niño requiere de las condiciones que garanticen las condiciones para poder interactuar con el entorno sin riesgos. Crece rápidamente y va adquiriendo control sobre su cuerpo, va aprendiendo a girar sobre sí mis-

***Manifestaciones de satisfactores universales
o necesidades intermedias en el recién nacido***

Salud física	Autonomía
Alimentación: lactancia materna	A pesar de la inmadurez, el niño es activo desde que nace e involuntariamente busca la interacción con objetos y personas.
Vivienda adecuada para la protección contra los elementos y con condiciones de higiene suficientes	Los vínculos afectivos comienzan a formarse desde el nacimiento, aunque el bebé necesite tiempo para desarrollarlos.
Vestidos que ayuden al control de la temperatura corporal. Higiene adecuada y frecuente.	La interacción con adultos se manifiesta desde el nacimiento. El bebé es un activo buscador de estímulos sociales.
Atención sanitaria: asistencia especializada en el parto y en las primeras semanas. Primeras vacunas.	Interacción con iguales sólo con hermanos u otros niños mayores que vivan o estén próximos al niño.
Sueño: respetar las necesidades del recién nacido (entre 16 y 20 horas diarias).	Educación formal: no existe.
Espacio exterior adecuado: libre de sustancias contaminantes.	Educación no formal: la interacción con los adultos puede considerarse educativa desde las primeras etapas de la vida.
Ejercicio físico: dejar que la ropa que abriga al bebé le permita el ejercicio de reflejos y movimientos.	Juego: no puede hablarse de actividad lúdica, sólo de ejercicio de reflejos.
Protección de riesgos físicos: los que se derivan de la satisfacción de las necesidades anteriores.	Protección de riesgos psicológicos: buen trato, atención y satisfacción de las necesidades anteriores.
Necesidades sexuales: las derivadas de prevenir las enfermedades transmitidas por la madre. Especialmente en el caso del SIDA tratamiento pre y postparto con fármacos antirretrovirales.	

Fuente: cuadro tomado de Esperanza Ochaíta y María Ángeles Espinosa (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, España, Mc GrawHill-UNICEF.

mo, sentarse, gatear, caminar, lo que le permite ir explorando su medio y ampliando su círculo de relaciones sociales. Además, va aumentando su capacidad de comunicación con las personas y más tarde se produce el desarrollo del lenguaje oral. Por otra parte, durante este periodo tiene lugar la formación de los vínculos de apego que definen un estilo relacional que será decisivo para toda la vida.²⁸

3. Etapa preescolar

La etapa preescolar va de los dos a los seis años y durante ella ocurren numerosos cambios tanto físicos como intelectuales. En primer lugar, la aparición del lenguaje produce una transformación en el desarrollo cognitivo, pues además de permitir una comunicación mucho más eficaz con los otros, hace posible la aparición del pensamiento propiamente dicho y de una lógica muy incipiente, así como los primeros pasos del desarrollo moral a través de las normas establecidas por el adulto (Piaget, 1977: 28-54). En muchos casos durante esta etapa también se producen numerosas transiciones, pues los niños que ingresan al colegio deben adaptarse a nuevas rutinas, relaciones, actividades, etcétera.

4. Etapa escolar

La etapa escolar comprende el periodo de la vida desde los seis años hasta la pubertad, que se presenta alrededor de los doce o trece años. En general, el niño asiste ya con regularidad al colegio y la escolarización²⁹

²⁸ Durante mucho tiempo, conductistas y psicoanalistas afirmaron que los intereses afectivos por los demás eran aprendidos, sin embargo, tras numerosas investigaciones sobre el tema se ha concluido que no es así: “Hoy puede decirse que toda la psicología evolutiva reconoce que los niños están originalmente orientados e interesados por los miembros de su especie y que dicho interés y preorientación incluye como un elemento básico la necesidad original de establecer vínculos afectivos” (López, 1995: 22).

²⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados parte de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita (artículo 28, I-a), aunque el acceso a la misma aún esté lejos de constituir una realidad para millones de niños en el mundo.

Manifestación de satisfactores universales o necesidades intermedias, durante la primera infancia

Salud física	Autonomía
Alimentación: lactancia materna exclusiva durante los seis primeros meses. Introducción posterior gradual de los restantes alimentos.	El niño se muestra cada vez más activo tanto en relación a los objetos como a las personas.
Vivienda adecuada para la protección contra los elementos y contra los accidentes; condiciones de higiene suficientes.	Se forman y desarrollan los vínculos afectivos primarios: el apego y la preferencia por las personas conocidas.
Vestidos adecuados a la temperatura y que permitan la movilidad. Higiene adecuada y frecuente.	La interacción con adultos es de especial importancia también para el desarrollo de la función simbólica y el lenguaje.
Atención sanitaria: seguimiento especializado de la alimentación y el crecimiento físico. Calendario de vacunación.	Interacción con iguales: empieza a cobrar importancia la relación con hermanos e iguales.
Sueño: respetar las necesidades de sueño y descanso. Adaptación al horario adulto.	Educación formal: el niño puede asistir a la escuela infantil que debe ofrecerle cariño y estimulación para la acción y la interacción.
Espacio exterior adecuado, libre de riesgos y de sustancias contaminantes.	Educación no formal: la interacción con los adultos y con los iguales es educativa desde las primeras etapas de la vida.
Ejercicio físico: actividad adecuada para el desarrollo postural y motor. Juegos motores o de ejercicio.	Comienza a ser de vital importancia el juego con objetos, personas y con ambos a la vez. Se inicia el juego simbólico.
Protección de riesgos físicos: especial atención a los accidentes domésticos. Buen trato físico.	Protección de riesgos psicológicos. Buen trato, atención y satisfacción de las necesidades anteriores.
Necesidades sexuales: comprensión por parte del adulto de la manifestación de las necesidades de los niños y niñas, como autoexploración corporal o auto-estimulación. Protección antes posibles abusos sexuales.	

Fuente: Cuadro tomado de Esperanza Ochaíta y María Ángeles Espinosa (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, España, Mc GrawHill- UNICEF.

sumada a la interacción con los pares adquiere una gran importancia para el desarrollo, pues proporciona las herramientas básicas de la cultura. Las habilidades adquiridas durante las etapas anteriores permiten que su razonamiento sea cada vez más parecido al de los adultos.

5. Pubertad y adolescencia

La adolescencia es, sin duda alguna, el periodo más difícil de describir, pues además de que fue la etapa de la infancia que apareció más tardíamente en la historia, presenta variaciones significativas relativas a cada contexto cultural,³⁰ ya que en los países industrializados se observa un fenómeno que tiende al alargamiento de esta fase, de modo que resulta complicado establecer límites precisos a su duración. Por otra parte, tradicionalmente se ha considerado la adolescencia como un tiempo de transición entre la infancia y la edad adulta, sin embargo, esta visión ha sido criticada por diversos especialistas que la consideran como una periodo con características particulares tanto en las formas de pensamiento como de afectividad. Moreno, por su parte, señala que hay dos razones fundamentales para considerar a la adolescencia como un periodo con entidad propia: “Los cambios que se producen en esta etapa, cuantitativamente, se dan en una mayor proporción y, cualitativamente, se asiste al desarrollo de una nueva organización psicológica y social”, a pesar de que hay un continuo en el desarrollo del niño-adolescente-adulto (Moreno, 2000: 17).

Durante la adolescencia se producen cambios importantes en los aspectos biológico, psicológico y social que ocurren con mucha rapidez y que exigen readaptaciones continuas. Los cambios biológicos comienzan con la llegada de la pubertad, cuando el cerebro (hipotálamo e hipófisis) envía la orden de aumentar la producción de hormonas sexuales que se manifiesta en transformaciones muy aceleradas de crecimiento, talla, peso, forma y tamaño del cuerpo, así como el desarrollo de los órganos reproductivos y la aparición de las características sexuales se-

³⁰ “La gran lección que nos han brindado los antropólogos se concreta en que la adolescencia se vive de forma diferente dependiendo de la cultura a la que se pertenece” (Moreno, 2000: 22-23).

Manifestación de satisfactores universales o necesidades intermedias, durante la etapa preescolar

Salud física	Autonomía
Alimentación: adecuada a las necesidades energéticas del niño. Adquisición de hábitos de alimentación.	Participación progresiva en el ambiente familiar y escolar. Aprendizaje activo de normas claras y estables.
Vivienda adecuada y condiciones de higiene suficientes.	Mantenimiento de los vínculos primarios que le proporcionan seguridad. Progresivo alejamiento físico de las figuras de apego.
Vestidos adecuados a la temperatura. Adquisición de hábitos de higiene personal.	La interacción con adultos: siguen siendo importantes los familiares, pero aumenta la interacción con profesores.
Atención sanitaria: seguimiento del desarrollo físico. Prevención y tratamiento de enfermedades. Educación para la salud.	Interacción con iguales: progresivamente importante y necesaria en el período.
Sueño: hábitos de sueño ordenados y suficientes.	Educación formal: es muy variable en distintos contextos culturales. En nuestro país es habitual a partir de los tres años.
Espacio exterior adecuado, libre de riesgos y de sustancias contaminantes.	Educación no formal: importante comprender su peculiar forma de pensar. Construcción de la teoría de la mente.
Ejercicio físico: actividad física y deporte. Juegos motores o de ejercicio.	El juego es la actividad más importante en este período, especialmente el simbólico, aunque también es imprescindible el motor.
Protección de riesgos físicos: prevención de intoxicaciones y accidentes. Buen trato físico.	Protección de riesgos psicológicos. Buen trato en la familia y en la escuela. Atención y satisfacción de las necesidades anteriores.
Necesidades sexuales: Curiosidad, imitación y autoestimulación. Construcción de la identidad sexual. Educación sexual adecuada. Protección contra el abuso sexual.	

Fuente: cuadro tomado de Esperanza Ochaíta y María Ángeles Espinosa (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, España, Mc GrawHill-UNICEF.

cundarias. La pubertad es semejante en todas las culturas, pues está determinada por programaciones genéticas propias de la especie humana estrechamente relacionadas con la edad, presentando únicamente ligeras variaciones respecto del momento en que ocurren algunos cambios, por ejemplo, la menarquía en las chicas, de acuerdo con el programa genético de cada persona en combinación con factores tales como la alimentación, peso, etcétera (Delval, 1999: 544).

Se ha identificado como tarea principal de la adolescencia el logro de la identidad o del concepto de uno mismo con adhesión a un conjunto de valores, metas educacionales y ocupacionales y una orientación sexual que determina los modelos de relación entre hombre y mujeres (Moreno, 1997: 448). Todo esto tiene como consecuencia una gran cantidad de cambios sociales, pues se espera que el niño deje de serlo y se incorpore al mundo de los adultos asumiendo nuevas responsabilidades y con un sistema ético propio que le lleva a tener cierta independencia. Durante mucho tiempo se sostuvo la idea de la adolescencia como un periodo lleno de peligros y turbulencias, sin embargo, se ha visto que la mayoría de los jóvenes transcurren esta etapa sin grandes rupturas viviéndolo como un proceso largo y paulatino.

Ahora bien, es preciso realizar unas breves aclaraciones conceptuales. Cuando hablamos de necesidades humanas básicas en un contexto de justificación, ya sea ética o jurídica, se hace referencia a la existencia de ciertas condiciones objetivas y universales relacionadas con las necesidades y los medios para satisfacerlas.

Grude Flekkøy, ex defensora del menor en Noruega, propone ciertos requisitos que debe cumplir una propuesta de esta naturaleza:

Considerar que el niño es eminentemente activo en la construcción de su desarrollo. Diferenciar entre necesidades y deseos. Tener en cuenta que las necesidades se manifiestan de diferentes formas en las distintas etapas del desarrollo infantil y adolescente. Aceptar las diferencias culturales en la satisfacción de las necesidades infantiles (cit. en Ochaíta, 2000: 163).

Para De Lucas y Añón las necesidades básicas cumplen su función en la esfera de la fundamentación de los derechos humanos, los últimos como exigencia de satisfacción de las primeras. Las necesidades constituyen razones para la acción, aunque no todas las necesidades son tra-

Manifestación de satisfactores universales o necesidades intermedias, durante la etapa escolar

Salud física	Autonomía
Alimentación: adecuada a las necesidades energéticas del niño. Prevenir los trastornos alimenticios en los países desarrollados.	Participación progresiva en la toma de decisiones en el ámbito familiar y escolar. Responsabilidad creciente.
Vivienda adecuada y condiciones de higiene suficientes. Progresiva implicación en las labores de higiene de la vivienda.	Mantenimiento de los vínculos primarios que proporcionan seguridad.
Autonomía en la elección de la ropa y en la higiene personal.	Interacción con adultos: especialmente padres y profesores.
Atención sanitaria. Prevención y tratamiento de enfermedades. Educación para la salud.	Interacción con iguales. Cada vez más importante y preponderante. Ocio y tiempo libre.
Sueño: hábitos de sueño ordenados y suficientes.	Educación formal: imprescindible en este período para satisfacer las necesidades de autonomía. Estilos educativos adecuados.
Espacio exterior adecuado, progresiva movilidad, autonomía del niño por el espacio exterior.	Educación no formal: estilos educativos que propician la autonomía.
Ejercicio físico: actividad física y deporte. Juegos motores o de ejercicio.	El juego: decae el de ficción. Aumenta el de reglas, muy relacionado con el desarrollo moral.
Protección de riesgos físicos. Protección ante actividades laborales peligrosas y accidentes. Buen trato físico.	Protección de riesgos psicológicos. Buen trato en la familia y en la escuela. Atención y satisfacción de las necesidades anteriores.
Necesidades sexuales: Aceptación de la existencia de manifestaciones de necesidades sexuales. Educación afectivo-sexual. Protección contra el abuso sexual y contra la explotación sexual comercial.	

Fuente: cuadro tomado de Ochaíta Esperanza y María Ángeles Espinosa (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, España, Mc GrawHill-UNICEF.

ducibles a derechos; se requiere recurrir al criterio de racionalidad y razonabilidad para su traslado al ámbito jurídico, “proceso que pasa por el consenso de la comunicación para su aceptabilidad y legitimación pero que exige además un aparato discursivo racional previo” (De Lucas y Añón, 1990: 81).

Sin embargo, no todas las necesidades pueden tener un papel en la fundamentación de los derechos subjetivos, de tal manera que se requiere de otros criterios para delimitar más exactamente cuáles pueden ser candidatas a actuar en esta labor de justificación. En primer lugar, debe ser posible su exigencia como derechos y su satisfacción.

Además, las necesidades básicas que constituyen buenas razones para la fundamentación de los derechos humanos deben exigir incondicionalmente su satisfacción.

El uso del término “básicas” puede acarrear confusión en el sentido de excluir a las necesidades intermedias como razones a favor de los derechos, sin embargo, como se desprende de la misma teoría, el carácter intermedio no menoscaba su función, simplemente se trata de una distinción con fines metodológicos que busca facilitar el consenso en torno a la universalidad de las necesidades. Aceptando estos argumentos, denominaremos a los dos tipos de necesidades —salud física y autonomía y las derivadas de éstas— como “necesidades básicas”, considerando que desempeñan un papel en la fundamentación de los derechos.

Como lo establecen Doyal y Gough, la salud física y la autonomía son condiciones indispensables para la realización de cualquier acción humana y por lo tanto, “constituyen las necesidades humanas más elementales: aquellas que han de ser satisfechas en cierta medida antes que los agentes puedan participar de manera efectiva en su forma de vida con el fin de alcanzar cualquier otro objetivo que crean valioso” (1994: 83).

En conclusión, es posible afirmar que las “necesidades básicas” desempeñan un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos en tanto constituyen razones para que su satisfacción sea exigible mediante la imposición de un deber correlativo. Sus requisitos son: 1) ser traducibles al lenguaje de los derechos; 2) existir la posibilidad de su realización; 3) ser universales; 4) apelar a fines últimos, y 5) ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que su no satisfacción tenga como consecuencia un daño grave para el individuo (González Contró, 2011: 133).

Manifestación de satisfactores universales o necesidades intermedias, durante la pubertad y la adolescencia

Salud física	Autonomía
Alimentación: adecuada a las necesidades energéticas del chico/a. Prevenir los trastornos alimenticios en los países desarrollados.	Participación progresiva, autonomía en la toma de decisiones en el ámbito familiar, escolar y social. Responsabilidad.
Vivienda adecuada y condiciones de higiene suficientes. Implicación en las labores de higiene de la vivienda.	Formación de nuevos vínculos de apego. Mantenimiento de los vínculos primarios que le proporcionan seguridad.
Autonomía en la elección de la ropa y en la higiene personal.	La interacción con adultos: fomentar la negociación en la toma de decisiones. Relaciones positivas entre contextos.
Atención sanitaria. Control del desarrollo. Prevención y tratamiento de enfermedades. Educación para la salud.	Interacción preferente con amigos y amigas. Relación de pareja.
Sueño: hábitos de sueño ordenados y suficientes.	Educación formal: necesaria para potenciar el desarrollo cognoscitivo y satisfacer la necesidad de autonomía.
Espacio exterior adecuado a las necesidades de movilidad y autonomía. Lugares sanos para el encuentro con los iguales.	Educación informal. Relaciones entre educación, trabajo y cultura. Estilos educativos que potencien la autonomía.
Ejercicio físico: actividad física y deporte relacionados con la alimentación.	Ocio y tiempo libre. Actividades lúdicas apropiadas. Educación en posibles actividades de ocio.
Protección de riesgos físicos. Protección ante actividades laborales peligrosas y accidentes. Prevención de adicciones. Buen trato físico.	Protección de riesgos psicológicos: buen trato; atención y satisfacción de las necesidades anteriores.
Necesidades sexuales: cambios morfológicos. Capacidad para tener relaciones coitales. Prevención de embarazos y enfermedades de transmisión sexual.	Educación sexual: actitud <i>erotofílica</i> hacia la sexualidad. Educación sobre anticonceptivos; prevención de enfermedades de transmisión sexual.

Fuente: cuadro tomado de Esperanza Ochaíta y María Ángeles Espinosa (2004), *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, España, Mc GrawHill-UNICEF.

6. Las necesidades de NNA y sus derechos

Una vez definidas brevemente la relación entre necesidades y derechos, queda pendiente la tarea de abordar el tema de los mecanismos destinados a instrumentar o garantizar su protección o satisfacción.

También destacamos la manera en que las necesidades pueden desempeñar un papel importante en la fundamentación de los derechos; sin embargo, aparentemente existen ciertas dificultades teóricas y prácticas que hacen que NNA parezcan no encajar del todo en estas propuestas, y mucho menos sus necesidades particulares, especialmente cuando se trata de los satisfactores básicos de autonomía y se plantea que se garanticen a través del otorgamiento de derechos. La objeción parece tener que ver principalmente con el ejercicio de estos derechos.

Tradicionalmente se ha atribuido la atención de las necesidades de NNA a la familia, tal vez por asumir que dentro de ella el “menor” se encuentra protegido y puede desarrollarse. Hoy resulta insostenible este mito de la familia como institución garante de los satisfactores básicos de los niños. En primer lugar porque es evidente que no todas las familias responden a este esquema y es necesario otorgar derechos que garanticen la satisfacción cuando los padres no cumplan con esta función o, peor aún, sean ellos mismos quienes incumplen el otorgar esos derechos, o en los casos límite cuando es la familia quien ocasiona daños graves a NNA. Pero aún así, es evidente que millones de NNA tienen un grave déficit en la satisfacción de necesidades básicas y viven en condiciones de pobreza y explotación y que son ellos muchas veces las principales víctimas de la guerra, los desastres naturales, etcétera.

Las necesidades de los niños cumplen todos los requisitos para constituir exigencias en sentido fuerte, de manera que deban ser protegidas mediante derechos, pues su no satisfacción conlleva un daño inevitablemente y no es posible reemplazarlas por una acción futura.

Si las necesidades pueden aportar razones para reclamar el reconocimiento en términos de derechos por ser exigencias en sentido fuerte, en el caso de los NNA las necesidades tienen un carácter más sólido como demanda, por la limitación en la autonomía que les incapacita para satisfacerlos por sí mismos, por la situación de dependencia y vulnerabilidad, así como por el riesgo de sufrir un daño mayor que en el caso del

adulto como consecuencia del proceso de desarrollo, en palabras de F. López:

Los adultos debemos responder a estas necesidades de los menores, porque, ellos no tienen la misma capacidad de autoprotección que los adultos: son más vulnerables, no pueden decidir sobre su vida de la misma forma, no se saben defender bien de los peligros y pueden sufrir efectos más irreversibles. Estos hechos, entre otros hacen necesaria la función protectora de los adultos (López, 1995: 53).

Pues bien, las necesidades de la infancia como fundamento de los derechos, entendidos como criterio para la diferenciación en el trato, es la única justificación posible a la limitación de la autonomía en el ejercicio de los derechos: NNA deben ser tratados de manera diferente ya que las necesidades como exigencias requieren de un sistema especial de protección (que incluye el nivel de la asignación de recursos) que garantice de manera especial sus necesidades.

Pese a ello, no han sido pocos los autores que a lo largo de la historia y en fechas recientes se resisten a hablar de los niños en términos de derechos, como si la infancia fuera una edad privilegiada en peligro de ser corrompida por el lenguaje jurídico. Nada más lejos de la realidad, pues tal como nos muestran las escuelas de la psicología del desarrollo y las teorías de las necesidades infantiles, el niño tiene capacidad y necesidad de ir ejerciendo y desarrollando gradualmente su autonomía, entendida ésta no como un estado final, sino como la capacidad del ser humano para actuar e influir en su entorno, y es falsa la imagen del niño como ser totalmente irracional e incapaz.

En el caso de adolescentes, es necesario crear las estructuras sociales para que tengan una intervención activa en la vida social, ya que, en primer lugar, tienen la capacidad para hacerlo; en segundo, la participación sirve como un espacio de capacitación jurídica-política-social, y, por último, eso facilitará su inserción en el mundo de los adultos.

VII. El niño y los derechos humanos

Hablar de derechos humanos es cada vez más complejo, la expresión ha perdido su carácter estrictamente técnico y su significado se va diluyendo y ampliando, perdiendo precisión y tornándose ambiguo y vago, además no hay acuerdo respecto de un sentido unívoco de la acepción.

Como bien apunta Hierro, el desarrollo de esta retórica ha ido más a prisa que la elaboración teórica, de esta manera debido a que se percibe que el término derecho humano indica una exigencia con importancia moral particularmente fuerte, la formulación de deseos, satisfacción de necesidades o protección de intereses se realiza en términos de derechos, pareciendo que de esta manera se exige a quien los formula de demostrar su exigibilidad: “Se produce una especie de ecuación semántica: es mi ‘derecho’, luego debe ser respetado o satisfecho” (Hierro, 2000b: 352).

El desarrollo de los derechos de los niños parece formar parte del fenómeno de expansión de los derechos humanos, o de lo que algunos autores llaman el proceso de “especificación” de los derechos. Los derechos del niño, así como los de otros grupos minoritarios surgieron de la evolución histórica de los derechos humanos e intentan responder a las características específicas de este grupo instrumentando una protección especial en atención a la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de la minoría de edad.

Un enunciado que parece ser verdadero, es que los derechos humanos son aplicables a todos integrantes del género humano,³¹ con independencia de la edad que tengan. No obstante, la minoría de edad plantea varios problemas en relación con el ejercicio de ciertos derechos y en nuestra opinión requiere de una fundamentación independiente.

1. El concepto de derecho humano

A. Los derechos humanos como derechos subjetivos

El primer atributo de la caracterización de derechos humanos que se pretende sostener es que éstos pertenecen a la clase “derechos subje-

³¹ No desconocemos que existen propuestas para fundamentar “derechos” para los animales e incluso para la naturaleza.

tivos”. Esta afirmación tiene una gran importancia pues significa reconocer su carácter de derechos, en contra de las opiniones que han pretendido reducirlos a principios, criterios o pretensiones ideales (Hierro, 2000b: 355-356). Esto quiere decir que se trata de pretensiones, libertades, potestades o inmunidades, frente a las cuales existen obligaciones, no pretensiones, sujeciones o incompetencias respectivamente, tanto de los demás individuos como del Estado, que tienen su origen en los intereses de las personas. Este tipo de derechos subjetivos está vinculado también a una pretensión especial frente al Estado para que éste garantice estas posiciones, de la cual deriva su función legitimadora de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos.

B. El carácter moral de los derechos humanos

La segunda propiedad particular de los derechos humanos es su carácter moral. En el contexto de los derechos, el adjetivo moral indica que son anteriores al Estado por ser pretensiones derivadas de principios éticos y es por ello que constituyen una prueba de legitimidad (Hierro, 2000b: 357), esto significa que deben ser reconocidos.

2. Los principios vinculados con los derechos humanos

Una consecuencia de lo descrito con anterioridad es que los principios morales de cuya combinación derivan los derechos humanos deben tener las siguientes propiedades:

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

Los principios que se proponen como base de los derechos humanos son entonces: el de autonomía, el de igualdad y el de dignidad; porque estos principios resultan los más fundamentales y de su combinación pueden derivar un catálogo completo de derechos humanos.

3. La autonomía de la persona y los problemas en relación con la minoría de edad

En lo que se refiere a la manera en que la autonomía se presenta en NNA, debemos destacar que desde los primeros días de la vida el ser humano comienza a interactuar con el medio y a manifestar sus necesidades y deseos: el llanto de un bebé o la sonrisa social, el desarrollo del lenguaje en la primera infancia, el deseo de participación activa en las decisiones relacionadas con las rutinas durante la etapa preescolar, la participación en el juego de reglas característico de la etapa escolar y la actitud crítica de la adolescencia son expresiones de esta aptitud que, desde la teoría de las necesidades expuesta, constituyen un ejercicio de la autonomía, pues el niño busca dirigir sus acciones hacia objetivos concretos y lo hace voluntariamente.

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

De lo anterior parece razonable concluir que a partir del principio de autonomía es posible derivar derechos aplicables a los niños, lo que quiere decir reconocer que tienen cierto grado de autonomía moral y

que como consecuencia de ello hay una exigencia de libertad negativa y positiva. No hay que olvidar tampoco que este principio no constituye en exclusiva el fundamento de los derechos humanos, sino que debe combinarse con los principios de igualdad y dignidad.

4. La igualdad de la persona y el tratamiento durante la infancia

El segundo principio que en combinación con el de autonomía y dignidad puede dar origen a los derechos humanos, es el principio de igualdad.³² El concepto de igualdad responde a la intuición de que esta clase de derechos corresponde a todos los hombres a título igual por estar vinculados con exigencias éticas especialmente importantes para los seres humanos.

Aquí, sin embargo, nos encontramos con un conflicto cuando intentamos aplicar el principio de igualdad a los niños. Parece ser evidente que los niños no son iguales a los adultos, para responder a esta aparente contradicción, es necesario precisar el significado del principio de igualdad.

³² No todos los autores consideran el principio de igualdad como uno de los que pueden dar origen a los derechos humanos. Nino habla del principio de *dignidad* de la persona, que a su juicio “prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento...* su importancia como directiva de la moralidad se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad” (Nino, 1989: 288). Según este autor, de este principio surge la ilegitimidad de las instituciones o medidas que discriminan a los hombres sobre la base de factores ajenos a su voluntad. En mi opinión, según la definición de Nino, el que denomina principio de dignidad cumple la misma función que el de igualdad en tanto prescribe el trato equitativo entre las personas, aunque creo que el de igualdad resulta más adecuado porque no depende de las manifestaciones de voluntad, que parecen estar incluidas en el ámbito del principio de autonomía y en el que consideramos como el principio de dignidad (que Nino identifica como inviolabilidad). Sin embargo, de alguna u otra forma el valor de la igualdad está presente en la fundamentación de los derechos humanos de este autor, de manera que creo que se sostiene su validez como principio.

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

Por otra parte, paralelo a los distintos tipos de autonomía de los que se habló en el título anterior, es posible identificar varios significados de igualdad:³³

La igualdad formal se vincula directamente con el principio formulado de manera abstracta, es la igualdad normativa, esto es, frente a la ley, que prescribe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es decir, “se reduciría básicamente a la inmunidad frente a tratamientos discriminatorios del legislador” (Hierro, 2000b: 364).

La igualdad material que deriva del hecho de que para conseguir la equidad es necesario garantizar el acceso a ciertos bienes básicos, imprescindibles para el desempeño del hombre como agente moral. La igualdad material puede a su vez concretarse de dos formas: como igualdad de oportunidades o como igualdad de resultados.

Desde la perspectiva de las necesidades básicas,³⁴ las posibilidades de que un agente moral se sienta miembro cooperador de la sociedad dependen de las posibilidades de acción individual en ese contexto, de modo que las necesidades obedecen a una construcción social que hace experimentar a cada uno como necesario aquello que, si se le hubiese

³³ La postura tradicional distingue entre igualdad formal y material, sin embargo, es interesante mencionar que Bobbio identifica tres conceptos de igualdad de acuerdo con su aparición histórica y su vinculación con los distintos tipos de libertad: igualdad jurídica que consiste en las situaciones en que el ordenamiento reconoce capacidad jurídica a todos los individuos, lo que implica una capacidad abstracta de querer y actuar en el propio interés dentro de los límites de las leyes; la igualdad política fundada en el concepto de soberanía popular y derecho al sufragio universal, e igualdad social que es la igualdad de oportunidades que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales. A cada concepto de igualdad se corresponden los conceptos de libertad negativa, libertad positiva y libertad real, respectivamente (1991: 46).

³⁴ Hierro explica la imposibilidad de establecer mínimos fijos, esto también a partir del bien primario rawlsoniano de autoestima, ya que éste no depende de la satisfacción de un nivel objetivo de necesidades mínimas, sino de la existencia de ciertas condiciones que permitan al sujeto sentirse miembro cooperador de la sociedad (2002: 99).

tratado con igual consideración y respeto, podría llegar a alcanzar en ese contexto:

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

Sin embargo, es importante aclarar que desde la visión de los derechos humanos que se pretende defender, la igualdad no puede estar únicamente en relación con los otros miembros de la sociedad, entendida como Estado, pues ello implicaría rechazar la pretendida universalidad de los derechos y condicionarlos a la situación del país, así como considerar aceptables las abismales diferencias en los niveles de vida de los hombres dependiendo de su lugar de nacimiento.

Por otra parte, también parece que el criterio de comparación para la satisfacción de las necesidades es cada vez más extenso, es decir, el contexto ya no se reduce a la sociedad o comunidad del sujeto, sino a países distintos que gozan de niveles de bienestar muy superiores a la mayoría. No podemos suponer que no sería injusto disponer de los bienes y servicios del Estado de bienestar mientras otros seres humanos carecen de las condiciones básicas para la supervivencia y que no existe responsabilidad en ese sentido.

Un tema relacionado con la idea de igualdad es la “discriminación inversa”, término que se usa de manera general, aunque no es una “discriminación negativa”, sino una diferenciación positiva que compensa las desigualdades producto de circunstancias sociales para conseguir que los intereses del grupo desfavorecido alcancen niveles de igualdad de oportunidades respecto de los otros individuos (González Contró, 2011: 312).

En el caso de NNA es evidente que no podemos hablar de discriminación inversa, pues en primer lugar, no forman un grupo social cuyos miembros sean permanentes, es decir, a pesar de que podemos hablar de una categoría social, sus integrantes la van abandonando en tanto alcanzan la edad adulta.

Sin embargo, el trato jurídico durante la infancia, por ejemplo el derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede entenderse como discriminatorio y por tanto no sería aceptable la aplicación de medidas de discriminación inversa.

Una última cuestión debe ser abordada respecto de NNA ¿es posible incluirlos en la primera parte del principio de igualdad? La pregunta es si realmente podemos decir que los niños deben ser tratados como iguales y con base en ello establecer las diferencias en el trato. Parece innegable que quienes se oponen a la titularidad de derechos durante la infancia se resistirían a incluirlos en la noción normativa de igualdad, pues aparentemente sostienen que los niños *no son iguales* y por eso procede darles un trato distinto, no basado en derechos.

Si consideramos el principio de autonomía de una manera más amplia, como la expuesta en el apartado precedente, los niños ciertamente pueden considerarse iguales a los demás seres humanos en el sentido prescriptivo del principio expuesto. Los niños *deben ser tratados* igual a los demás, por eso se justifica un tratamiento diferenciado como indica el principio y ello porque sí pueden ser considerados como agentes morales. Utilizando como criterio de comparación las necesidades básicas, podemos desprender el derecho de cualquier niño a la adecuada satisfacción de los bienes necesarios.

5. La dignidad del niño como fundamento de los intereses presentes

El tercer principio que en conjunción con los otros dos puede servir como fundamento de los derechos humanos es el de dignidad. El principio de dignidad de la persona³⁵ puede actuar como contrapeso para

³⁵ Es importante aclarar que Nino llama principio de inviolabilidad a lo que aquí se considera como principio de dignidad que "... proscribire, entonces, imponer sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio" (Nino, 1989: 239). Siguiendo

restringir los cálculos utilitarios que se podrían justificar desde el principio de autonomía, a partir de la premisa de que lo importante no es sólo la cantidad de libertad en una sociedad, sino cómo se distribuye ésta y que no suponga la privación de ninguno de sus miembros a favor de los otros.

Así lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar en su artículo primero que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. De tal forma que, como dice Nino, el principio de autonomía establece el contenido de los derechos, al definir los bienes que son objeto de los mismos, mientras que el principio de dignidad establece la función de los derechos de limitar las posibilidades de compensaciones interpersonales de esos bienes.

El principio de dignidad guarda también una estrecha vinculación con la noción de igualdad, pues lo que subyace al mismo es el reconocimiento del otro como un ser con análogas cualidades morales a las propias y por tanto merecedor de igual consideración y respeto.

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

El concepto de dignidad es importante en el caso de los niños, especialmente en su tarea como contrapeso al excesivo énfasis que se da a la libertad, pues mientras la autonomía completa —por llamarla de algún modo— no se alcanza hasta la edad adulta, la dignidad puede considerarse presente desde los primeros momentos de la existencia humana.

La formulación específica de ciertos derechos de los niños puede ser compatible con la idea de dignidad humana, siempre y cuando el beneficio del titular —sobre todo si el consentimiento es irrelevante— provenga de un reconocimiento realizado con base en las necesidades básicas.

Finalmente, del principio de dignidad de la persona se desprende también un ámbito de tutela importante para los niños por su incapacidad para participar en el procedimiento democrático y como consecuencia de esto la imposibilidad de ver representados directamente sus

a Vázquez, pensamos que esta noción responde mejor al concepto de *dignidad* de la persona por ser un término más claro y vinculado con la noción de derechos humanos, así como para denotar la influencia kantiana (Vázquez, 1999: 43).

intereses en las decisiones públicas. La existencia de una esfera protegida aun en contra de las decisiones de la mayoría permite garantizar los satisfactores mínimos a los niños sin que esto dependa de prácticas en las que no pueden intervenir.

VIII. La protección de los derechos del niño: los modelos de intervención estatal

Si lo argumentado es veraz, ¿por qué se afirma que los niños se encuentran relegados en el procedimiento democrático? Con un propósito metodológico se dio por sentado que existía un acuerdo sobre la titularidad o no titularidad de los derechos de los niños con base en intuiciones generalizadas —por ejemplo se asumió que los niños no son titulares de derechos políticos—, aunque ciertamente la Declaración no señala nada expresamente a este respecto y tampoco el acuerdo entre los especialistas es unánime.

Atendiendo a estas circunstancias se examinarán a continuación las tres grandes líneas generales de pensamiento en relación con la titularidad y ejercicio de los derechos de los niños: liberacionismo, perfeccionismo y paternalismo.

1. Liberacionismo

La tesis liberacionista de los derechos se entiende generalmente como la postura que sostiene que los niños deben ser titulares de derechos para ser “liberados” de los condicionamientos y la opresión adulta. La idea básica general de este tipo de pensamiento es que la infancia es una construcción social, es decir, que las características que se atribuyen a los niños no parten de hechos reales y objetivos, sino que, al igual que sucede con otros grupos oprimidos, la visión de que no tienen capacidad para ejercitar sus derechos y la carencia de autonomía son productos fabricados artificialmente (González Contró, 2011: 343-344).

De la misma manera que durante siglos se creyó firmemente que ciertas clases de personas como “los negros” o las mujeres eran natural-

mente inferiores y por tanto incapaces de compartir la titularidad de derechos con los varones blancos, los teóricos liberacionistas argumentan que la supuesta inferioridad de la infancia tiene origen en los prejuicios de los grupos dominantes. Es necesario entonces liberar a los niños al igual que se ha hecho con otros colectivos, y esta emancipación sólo podrá realizarse a través de permitirles la toma de decisiones autónomas, de dejarles elegir libremente sus proyectos personales.

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

Freeman menciona a Farson y a Holt como dos de los principales representantes de este tipo de pensamiento. Farson argumenta, probablemente por primera vez, a favor del derecho del adolescente a la autodeterminación en su libro *Children's Rights*, y enumera nueve derechos de los niños:

- a) Derecho a un ambiente que permita al niño el ejercicio de sus propias opciones de forma de vida.
- b) Derecho a la información que es accesible para los adultos.
- c) Derecho a educarse a sí mismo y a la elección de su propio sistema de creencias.
- d) Derecho a la libertad sexual: la pornografía debe hacerse accesible a los niños de la misma manera que a los adultos, y debe permitirles experimentar con su sexualidad sin temor al castigo.
- e) Derecho a cierto poder económico, que incluye el derecho a trabajar, desarrollar historial de crédito y obtener independencia financiera.
- f) Derecho al poder político, incluyendo el derecho al voto. Nada indica que los niños votarían menos responsablemente que los adultos.

- g) Derecho a un “diseño sensible” a las necesidades del niño (*responsive design*).
- h) Derecho a la libertad del castigo físico.
- i) Derecho a la justicia.

Holt incluye en su catálogo de derechos además el derecho a viajar, a conducir y a usar drogas (Freeman, 1997: 52). El autor comparte la idea de que la infancia es una construcción social, aunque no que ello tenga como consecuencia su desaparición. Resalta la paradoja de que si consideramos como cierto lo que sostiene Postman, al reconocimiento institucional de que los niños tienen derechos, viene aparejada la creencia de que la infancia es un fenómeno en extinción. Por otra parte, critica también la visión que presenta como incompatibles la protección de los niños con el ejercicio de su autonomía (Freeman, 1997: 53).

Sin embargo, está de acuerdo en que la niñez es una experiencia proteccionista derivada de la relación que se establece entre la edad y ciertas características como la incapacidad, incompetencia, inmadurez, irresponsabilidad, que atribuyen una excesiva importancia a la edad adulta. Freeman percibe también la existencia de un movimiento de liberación de los niños³⁶ y la necesidad de la titularidad de los derechos, ya que éstos constituyen armas para habilitar (*empowerment*)³⁷ a los niños.

Freeman considera necesario repensar la cultura de la infancia, ya que su concepción se encuentra fuertemente determinada por el contexto social. Para ello es de utilidad dar poder a los niños, es decir, permitir su participación en la toma de decisiones, pues históricamente la situación de dependencia se ha traducido en una justificación para la negación de los derechos básicos a la privacidad, el respeto y la elección individual.³⁸

³⁶ Como se mencionó en el capítulo tercero, Freeman identifica varios movimientos de liberación de los niños en que éstos han intentado acciones para alcanzar intereses autodefinidos, en contra de la opinión de Onora O’Neill que se niega a establecer un paralelismo con otros grupos oprimidos: “They have been school strikes, unionization by school-children and young people in care, attempts by children to ‘divorce’ parents” (Freeman, 1997: 16).

³⁷ El término *empowerment*, puede traducirse como autorización, habilitación o apoderamiento.

³⁸ Parece interesante la opinión de algunas feministas citadas por Freeman, para quienes la dependencia es una condición humana básica y por ello cuestionan que la

En este sentido, critica el artículo 5o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce la necesidad de promover los derechos del niño, pero asigna esta tarea principalmente a los padres y establece la obligación de los Estados de respetar esta función, asumiendo que los progenitores cumplirán con esta encomienda.

El niño ha estado sujeto a la dominación de la autoridad sin permírsele tomar decisiones sobre sus propios intereses, por lo que es importante el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, hace notar que tal vez la aportación más importante de los liberacionistas sea el reconocimiento del valor de la autonomía (Freeman, 1997: 52).

Tal como matiza Archard, las posturas liberacionistas respecto de los derechos de los niños presentan diversos matices y posiciones teóricas, coinciden en exigir que los niños tengan los mismos derechos que los adultos; sin embargo, se puede distinguir a los liberacionistas reales de los retóricos.

Los últimos ven la exigencia de la igualdad de derechos como un medio para llamar la atención sobre la discriminación y conciben los derechos como la mejor vía para favorecer los intereses de los niños, aunque en realidad no creen que éstos sean iguales a los adultos. Los liberacionistas reales, en cambio, pueden distinguirse por la idea de que todos los niños deben tener derechos, aunque reconocen que no todos tienen capacidad para ello, especialmente los que son muy pequeños.

Aunque las dificultades que plantean los opositores a la liberación infantil son ciertas, no son únicamente razones prudenciales las que justifican la oposición a una liberación como la que se plantea, ya que además éstas parecen derivar de cálculos utilitarios.

El ejercicio de la autonomía durante la infancia, según las disciplinas encargadas del estudio del desarrollo, requiere de cierta guía y límites de acuerdo con las características de cada etapa. La liberación completa como la que proponen muchos de los autores liberacionistas es contraria a las necesidades de NNA, pues impide su adecuada satisfacción: pensemos por ejemplo en la necesidad de límites claros en la primera infancia indispensable para desarrollar la confianza, o en la importancia

agencia moral y la autonomía requieran que una persona sea totalmente independiente, ya que esta postura deriva de una experiencia masculina de las relaciones sociales que valora la competencia y los logros solitarios (Freeman, 1997: 73).

de la educación formal para la evolución del desarrollo, la interacción con iguales, el juego, etcétera, por mencionar sólo algunos casos.

Esto no significa negar que deba respetarse un ámbito para el ejercicio de la autonomía, pero éste debe ser acorde con las características y necesidades del niño.

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

- 1) En primer lugar, la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, en particular que sus padres y profesores.
- 2) La noción de una autonomía en los niños, lejana de las ideas de extrema dependencia que caracterizaban el pensamiento sobre la infancia, vigente hasta hace no muchos años. Cada pequeño es participante activo en su propio desarrollo y requiere de los espacios adecuados para ir experimentando su libertad.
- 3) La comprensión de que cada persona tiene un proceso y ritmo de crecimiento propios y que es necesario que el desarrollo y la educación se den respetando estos ritmos.³⁹
- 4) La importancia del medio ambiente en el proceso de aprendizaje, esto se relaciona directamente con la inconveniencia del castigo físico y la trascendencia de la educación afectiva.
- 5) La crítica a la enseñanza tradicional basada en la memorización y repetición de hechos que no tienen sentido para los alumnos.⁴⁰

³⁹ Por ejemplo, ya Neill señalaba la inconveniencia de que al niño se le forzara a aprender a caminar cuando aún no está listo para ello. Hoy sabemos que esta posición es acertada, pues el bebé necesita haber desarrollado las características físicas y las habilidades psicomotrices adecuadas para lograrlo y el forzamiento puede tener como consecuencia que no consiga algunos logros del desarrollo igualmente importantes.

⁴⁰ Postman y Weingartner por ejemplo, proponen una “nueva educación” en la que se enseña al alumno a través de la formulación de preguntas averiguativas a “aprender como aprender”; para desarrollar las habilidades para enfrentarse a una sociedad en constante cambio (1973: 238).

Duane habla también de un cambio en la función del maestro que “varía de meterle conocimientos al niño, gústele o no, al de estar a la mano como un consejero

- 6) La necesidad de establecer diferencias en los derechos de acuerdo con las distintas etapas del desarrollo y en concordancia con las habilidades necesarias para su ejercicio.
- 7) Finalmente, y en parte debido a los otros puntos, la consideración de que los niños tienen derechos (González Contró, 2011: 353-354).⁴¹

2. Perfeccionismo

El perfeccionismo se opone al liberacionismo. Mientras los liberacionistas propugnan por la no intervención del Estado en las decisiones de los individuos, los perfeccionistas justifican la conducción del Estado hacia ideales morales.

El perfeccionismo parte de la base no sólo de que existen planes de vida objetivamente mejores, sino que “sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores” (Nino, 1989: 205).

Esta visión excluye la neutralidad del poder público frente a las distintas concepciones de lo bueno y asume como una función legítima la adopción de las medidas necesarias para que los individuos acepten y materialicen los ideales de virtud personal que se consideran verdaderos. Para Peces Barba el perfeccionismo supone un rompimiento del dinamismo de la libertad, pues desconoce la libertad de elección y subraya únicamente la libertad moral sin permitir al individuo decidir si quiere o no alcanzarla (1995: 240).

experimentado para brindar los conocimientos y destreza técnicos que le permitirán al niño llegar a su meta” y en la “nueva educación” que “debe ocuparse sobre todo de desarrollar y extender las facultades de *todos* los niños para relacionarse con los demás; de aumentar el conocimiento propio y de comprender y controlar el mundo en el que viven” (1973: 332-333).

⁴¹ Tal vez parezca un poco exagerado atribuir todas estas aportaciones al liberacionismo, pues como toda línea de pensamiento se encuentra inserta en ciertas condiciones históricas, por lo que no puede alegarse que se deba exclusivamente a este movimiento. Sin embargo, me parece que sí es posible afirmar que lo que hicieron fue enfatizar estas ideas, gestadas en la evolución histórica de la concepción de la infancia.

Los perfeccionistas liberales sostienen que en las sociedades liberales el valor que se considera objetivamente valioso y el cual el Estado tiene obligación de promover es la autonomía.

El tema de las intervenciones perfeccionistas plantea cuestiones importantes para los niños, pues en el caso de los adultos resulta fácilmente aceptable la defensa de un Estado liberal que tolere por igual cualquier proyecto personal (con los límites evidentes de los daños a terceros), derivada de la autonomía de la persona, pero ¿qué sucede en el caso de NNA siendo que todavía no tienen plenamente formada su autonomía?, ¿qué es lo que se debe respetar en el caso de los menores de edad?

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

3. Paternalismo jurídico

Como se ha dicho ya, ligadas a la noción de la minoría de edad podemos identificar por lo menos dos intuiciones profundamente arraigadas: por un lado, una tendencia hacia la “protección de los pequeños” y por otra parte, la idea de incapacidad, de carencia de algo (González Contró, 2011: 360).

Desde el surgimiento del concepto de infancia la inclinación natural a la defensa de los más pequeños se ha extendido de los primeros años en los que la vulnerabilidad y dependencia son más evidentes, hasta lo que hoy conocemos como adolescencia. El problema es entonces cómo garantizar esta protección sin violar la autonomía, dignidad e igualdad de los niños.

Se han descartado ya las versiones más radicales del liberacionismo y del perfeccionismo moral, porque no responden adecuadamente a los requerimientos de una sociedad liberal; queda por explorar la alternativa del paternalismo jurídico, que puede ser una buena opción a los problemas planteados.

La noción de paternalismo se vincula generalmente con la imposición de medidas⁴² por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses.⁴³

El problema consiste precisamente en definir de qué tipo de racionalidad estamos hablando, pues al aplicarlo a NNA nos enfrentamos con una lógica distinta a la del adulto, pero no justifica en todas las ocasiones la intervención paternalista, además de que NNA se encuentran excluidos generalmente de cualquier tipo de consenso por lo menos formalmente —aunque me parece que también fácticamente—.

4. Intento de superación de las teorías liberacionistas, perfeccionistas y paternalistas

Por esta razón, la vía que se propone es la de necesidades básicas desde un enfoque interdisciplinario que permita incorporar de alguna manera la racionalidad presente de NNA para darle cabida en el discurso de jus-

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

⁴³ Feinberg considera que el segundo caso, es decir, la protección de los intereses de la persona constituye una versión “extrema” del paternalismo: “The principle of legal paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not” (Feinberg, 1980: 110).

tificación ética sobre la consideración de ciertas incompetencias básicas y la imposición de medidas paternalistas.

Es necesario entonces incluir de alguna manera a NNA en la idea de consenso racional y esto no puede ser de otra manera más que a través del equilibrio entre necesidades básicas de cada una de las etapas de la infancia y el derecho a ser escuchado, lo que supone permitirle cierto poder de decisión en los asuntos que le afectan directamente, como se explicará con más detalle posteriormente.

5. Los actores en relación con los derechos del niño: niño, padres y Estado

Ya se destacó ampliamente la condición de incompetente básico, o más bien que el grado de incompetencia que se asigna a NNA depende en buena medida de las características y capacidades que se les reconocen.

Algunos autores relacionan la condición infantil con una situación de extrema debilidad y vulnerabilidad, tal es el caso de Onora O’Neill (1995: 39-40).⁴⁴ En una línea muy similar, Garzón relaciona el concepto de vulnerabilidad en el caso de los niños con el de incompetencia básica: el ejercicio de la autonomía durante la infancia está condicionado por su situación de radical fragilidad, que los incapacita para negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones (Garzón, 1994: 737-738).

Esta visión de la niñez, por cierto compartida por numerosos autores muchas veces con el objetivo de promover la protección de los niños o hasta de fundamentar sus derechos, ha tenido como consecuencia el dilema clásico —al que alude Freeman— que enfrenta la protección de NNA y el ejercicio de sus derechos de autonomía, también conocido como la disyuntiva entre salvación o liberación, crianza o autodeterminación.

Lo que plantea la necesidad de optar entre defender a NNA de los riesgos que puede suponer el dejarles que elijan libremente ya que no tiene la capacidad ni experiencia para prever las consecuencias, o incli-

⁴⁴ La argumentación de O’Neill pretende fundamentar la atención a las necesidades de los niños en obligaciones de los adultos.

narse por permitirle decidir autónomamente como un adulto, partiendo de que tiene aptitud para hacer opciones voluntarias y que es mejor para el desarrollo de su independencia.

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

Si bien es cierto que NNA dependen de los adultos, por lo menos durante los primeros años del desarrollo, y que por tanto se justifican las medidas paternalistas en el ejercicio de sus derechos, como la imposición a los padres de la obligación de proporcionar alimentos, como respuesta su derecho a la alimentación, no hay que ignorar que los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, es una cuestión progresiva, y en la medida en que se van desarrollando ciertas habilidades, es necesario ir permitiendo el ejercicio de algunos de éstos.

Sin embargo, no se puede dejar de lado que existen derechos cuya práctica no requiere de ninguna capacidad especial —entendida como capacidad de autonomía— y son indiscutiblemente aplicables a los niños desde el inicio de la vida como los mencionados en la sección anterior como derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se aplican a todos por igual (por ejemplo, los derechos a no ser sometido a esclavitud o a no ser torturado).

La calificación del niño como incompetente básico tiene como consecuencia ubicarlo en el extremo de carencia completa de voluntad y por tanto incapacidad absoluta para dar su consentimiento. Lo que parece más una cuestión ideológica que real, esto es, no corresponde a la idea de un desarrollo físico y mental diferenciado en términos de las diversas etapas del desarrollo.

El niño puede ser incompetente para viajar libremente o dar su consentimiento para adquirir un bien inmueble, pero no para elegir quiénes han de ser sus amigos o para decidir a qué quiere jugar en sus ratos de ocio. No se pretende negar la necesaria conducción de los padres u otros adultos, pero quiero resaltar la idea de que la autonomía es un concepto dinámico que interactúa con el ambiente y se va transformando en la medida en que se da oportunidad para su ejercicio (González Contró, 2011: 372).

Una propuesta atractiva es la de Archard quien sugiere que los derechos de los padres derivan de una obligación de cuidar a sus hijos en cuyo cumplimiento gozan de discrecionalidad y para lo cual requieren ser paternalistas. Gutman vincula a las obligaciones parentales un derecho de *agencia paternalista* (*paternalistic agency*) que se posee frente a otros adultos para que no interfieran en las actuaciones, condicionado al cumplimiento de los deberes relacionados con la crianza. El hecho de que los padres biológicos sean quienes detentan este derecho preferentemente se debe a que ello responde mejor a los intereses del niño, pues según Gutman, de entre los agentes disponibles en el Estado liberal, los padres son los que mejor pueden cumplir esta función (Gutman, 1980: 343-345).

Podríamos decir que existe una presunción a favor de los padres biológicos de que atenderán satisfactoriamente las necesidades de sus hijos, pero en caso de no hacerlo desaparecen los derechos derivados de la discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones de la paternidad.

Dado que los niños requieren ser criados por adultos significativos es mejor adjudicar la obligación a personas específicas. Todas las razones expuestas se basan en el mejor interés del niño. Finalmente aclara que se trata de una presunción, pues cuando los padres demuestran deficiencias en el cumplimiento de los deberes de cuidado, no pueden argumentar un derecho derivado de la filiación biológica (Archard, 2003: 83-86).

Respecto del papel del Estado, Archard sostiene que tiene una doble función relacionada con los niños: un papel de patria potestad para proteger los intereses del niño y otra que responde a la aspiración de la transformación de las generaciones jóvenes en adultos funcionales.

Además, una vez que se asume la patria potestad, los poderes parentales del Estado deben ir más allá que los de los ciudadanos adultos padres ante los derechos del niño, es decir, puede tomar decisiones que no están sometidas, por ejemplo, a su consentimiento en caso de haber alcanzado cierto grado de madurez —lo que sí sucede con las de los padres—⁴⁵ (Archard, 2003: 117-126).

⁴⁵ Esta segunda condición se entiende mejor utilizando el ejemplo que cita Archard del caso Gillick en el que una madre se inconforma con una circular en la que se autorizaba a los médicos a informar a chicas menores de 16 años sobre temas sexuales y a proveerles de anticonceptivos sin consentimiento de los padres. La decisión fue que

6. Los derechos obligatorios

La incompetencia que se atribuye a NNA impacta en la forma que adquieren algunos de sus derechos, es decir, no únicamente que el ejercicio de los mismos depende en parte de actores distintos del titular, sino que el contenido no es disponible, pues no se reconoce capacidad de decisión respecto de su cumplimiento.

Esta ausencia de disponibilidad opera para los tres actores, traducándose en conductas exigibles a cuyo cumplimiento ninguno tiene facultad de renunciar. Los derechos obligatorios constituyen así una fórmula para implementar las medidas paternalistas que es en sí misma paternalista, pues a través de ellos se pretende subsanar una incompetencia básica y garantizar la permanencia de opciones abiertas para cuando ésta sea superada.

Los derechos obligatorios son necesarios para mantener el equilibrio entre las partes, pues implican deberes tanto para los niños, los padres y el Estado. Hay que decir que este tipo de derechos no es exclusivo de la infancia, sin embargo, la diferencia radica en que durante esta etapa de la vida humana la mayor parte se configuran de esta manera (González Contró, 2011: 378).⁴⁶

Como ya se ha dicho las teorías voluntaristas negarían que estas normas constituyan derechos por carecer de un poder de disposición por parte del titular, en otras palabras por no involucrar la voluntad en el ejercicio.

la circular no era ilegal, de modo que los padres debían ceder ante el derecho de la hija a decidir por sí misma una vez que hubiera alcanzado cierto grado de inteligencia y entendimiento. Por el contrario, cuando el Estado ha asumido un papel de patria potestad su derecho no tiene necesariamente que ceder ante la decisión del niño (Archard, 2003: 121). En otras palabras, el Estado puede emitir una decisión vinculatoria sobre ciertos aspectos de la vida del niño aún en contra de su voluntad, como ocurre por ejemplo, cuando ordena una transfusión de sangre a un menor de edad en contra de sus creencias religiosas.

⁴⁶ Efectivamente, no todos los derechos de los niños se configuran como derechos obligatorios indisponibles para los tres actores; por ejemplo, la libertad religiosa del niño está mediatizada por el poder de elección de los padres, pero ello no supone que este derecho sea obligatorio, ya que los padres pueden decidir entre enseñar o no religión al hijo.

Los bienes protegidos son de tal modo relevantes que han de ser garantizados inmunizando al titular en contra de sí mismo, pero no sólo sino también de los actores involucrados en el ejercicio. De otra manera sería muy arriesgado, aun dejando de lado que NNA no pueden en muchas ocasiones juzgar sobre los intereses que involucran proyectos a largo plazo, sino que los otros actores tendrían demasiado peso en las decisiones sobre la vida de los pequeños.

En este sentido se puede establecer cierta analogía con el rasgo de inalienabilidad de los derechos humanos: se consideran indisponibles por considerarse tan básicos que ni siquiera su titular tiene derecho a renunciar a ellos y de esta manera se le protege no sólo de sus propias decisiones, sino de eventuales condiciones que pudieran llevarlo a enajenar sus derechos (por ejemplo, a renunciar a su libertad volviéndose esclavo para salvar una situación desesperada o poner en peligro su vida vendiendo algún órgano para conseguir recursos económicos). Se crea así un espacio que garantice los mínimos y deje así ciertos bienes fuera de las fuerzas del mercado y las eventualidades sociales.

En el caso de NNA ocurre algo parecido, se salvaguarda un estado de condiciones que no son disponibles para nadie de modo que queden garantizados para cuando pueda disfrutar de ciertos bienes, aunque a diferencia de los derechos cuando se trata de adultos, el ejercicio es también forzoso. Sin embargo, para ello —al igual que ocurre con los mayores— son necesarias dos condiciones: *a*) que este espacio de no disponibilidad sea el mínimo indispensable, es decir, que no pueda servir como excusa para favorecer una práctica desmedida del poder paterno o estatal, de modo que el niño debe tener facultad para elegir de acuerdo a sus capacidades, y en lo que tenga habilidad para decidir no es válida la imposición de una obligación; *b*) en relación con la anterior, las limitaciones deben tener un fundamento normativo lo más objetivo posible, y para ello es indispensable la interdisciplinariedad.

Dado que NNA no pueden participar directamente en el procedimiento democrático, se vuelve imprescindible que la determinación de sus intereses y del ámbito de actuación indisponible tenga su justificación en las necesidades básicas, sin que ello obste para que se le permita expresarse y se le escuche.

Otra de las cualidades especiales que presentan los derechos obligatorios, y en general las medidas paternalistas en el caso de NNA es que

su incumplimiento generalmente no lleva aparejada una sanción, sino la realización forzosa de la obligación.

Por otra parte, hay que matizar una afirmación respecto de los derechos obligatorios en el sentido de que no hay discrecionalidad en el ejercicio, pues una cosa es que al ser obligatorios no pueda decidirse si se cumplen o no, y otra es tener cierto margen de acción en cuanto a la realización del mismo.

Aquí entra en juego el pluralismo de una sociedad liberal democrática que debe autorizar distintas opciones para cumplir los derechos obligatorios, por ejemplo, permitir diferentes tipos de educación, aceptar la diversidad de hábitos alimenticios o reconocer varios modelos de organización familiar.

Pero en el plano de cumplimiento por parte de los niños debe también existir un margen de acción que debe ir directamente relacionado con el desarrollo de competencias y habilidades: por ejemplo, el niño tiene que recibir instrucción formal, pero en un momento cercano a la adolescencia puede opinar sobre a qué escuela asistir.

Por otra parte, tampoco hay que olvidar la importancia de los derechos en los que sí debe gozar de discrecionalidad en el ejercicio: el derecho al juego, en el sentido de decidir a qué quiere jugar (no se niega que sea necesaria cierta orientación paterna, pero no debe convertirse en imposición); el derecho al tiempo de ocio (que muchas veces es violado por los padres que, ansiosos por preparar a su hijo para un entorno altamente competitivo proyectando quizás sus propias inseguridades y buscando cuidadores alternativos que se hagan cargo de los niños mientras ellos trabajan, le atiborran de actividades extraescolares); el derecho de asociación (para elegir compañeros de juegos y aventuras), etcétera.

Creo que desde esta perspectiva el paternalismo tiene puntos coincidentes con lo que se ha identificado como el liberacionismo moderado, y esa es la postura más acorde con las teorías expuestas hasta el momento.

Es necesario armonizar tanto a los actores —niño, padres y Estado— como a la forma y contenido de los derechos —derechos obligatorios— de manera tal que respondan a las características de cada una de las etapas, protegiendo al niño, pero al mismo tiempo permitiendo y estimulando el desarrollo de su autonomía.

Siguiendo a A. S. Neill, podemos afirmar que los niños que estuvieran acostumbrados a participar en una democracia directa (no en una de-

mocracia falsa, representativa) desde que nacen, no crecerían sufriendo de apatía, alienación y sumisión ciega a la autoridad, con odio interior y odio a sí mismos como el otro lado de la moneda. Tomarían parte directamente en el gobierno de sus comunidades en lugar de esperar que los gobiernen desde arriba... A las personas que han sido educadas como niños libres no les interesa el extremismo violento (Neill, en Adams Paul, 1979: 205).

Así, en una sociedad democrática la expansión de los derechos es trascendente para su consolidación. Entre mayores titulares de derechos con capacidad legal para ejercerlos directamente existan en una sociedad calificada como “democrática”, mayor será el grado de consolidación ciudadana. Una línea argumental que está presente en esta parte del libro es que la libertad, como fundamento para el ejercicio de los derechos de NNA, es conciliable con su desarrollo y la toma de decisiones que les afecten. Así, con orgullo podemos sostener que para NNA la “libertad funciona”.