

“Viejos” y “nuevos” derechos del niño. Un enfoque teórico*

ISABEL FANLO CORTÉS**

Sumario: 1. Introducción; 2. Concepciones minimalistas de los derechos. 2.1. Algunos correctivos: el argumento de la representación y el argumento de la potencialidad. 2.2. Los derechos de los niños como un test para las teorías de los derechos. 3. Los “nuevos” derechos de libertad del niño.

Resumen

Este artículo analiza algunos problemas teóricos que se manifiestan a raíz del proceso de “especificación” de los derechos humanos en relación con el sujeto menor de edad. Con ese fin, la autora toma en consideración, tanto los “viejos” derechos del niño, es decir, los primeros derechos que históricamente han obtenido reconocimiento en el plano jurídico, como la categoría de los así llamados “nuevos” derechos, adscritos al niño por la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. Los primeros se refieren a derechos de prestación (como el derecho a la salud, o a la educación) cuyo contenido está determinado por deberes “positivos” a cargo de terceros; en cambio, los nuevos derechos, se refieren al disfrute de algunas esferas de libertad generalmente entendidas como objeto de derechos “negativos”. En ambos casos, el objetivo es resaltar cómo la

* Traducción del italiano, PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.
Este texto constituye una versión revisada del artículo publicado con el mismo título en la Revista *Isonomía*, 31, 2009, pp. 21-46.

** Investigadora y docente, Departamento de Cultura Jurídica “G. Tarello”, Facultad de Derecho, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Correo electrónico: [isa.fanlo@unige.it]

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2011.

relación entre niños y derechos, si bien problemática, es al mismo tiempo, útil desde un punto de vista teórico, en cuanto permite poner en entredicho la concepción liberal de los derechos humanos, al menos en su versión más tradicional, mostrando al mismo tiempo, ciertos límites y descuidos.

Palabras clave: Derechos del niño, especificación, paternalismo, liberalismo.

"OLD" AND "NEW" CHILDREN'S RIGHTS. A THEORETICAL PERSPECTIVE

Abstract

This article analyzes some theoretical issues that arise from the process of "specification" of the human rights in relation to underage subjects. The author takes into consideration both "old" rights of the child, that is, the first rights that historically have been obtained legal recognition, as well as "new" rights, those ascribed to the children by the Convention on the Rights of the Child of 1989. The first refer to social rights (like right to health or education) which content is determined by positive duties in charge of third parties; instead, the second refer to the enjoyment of certain liberties—like freedom to expression, thinking, awareness and religion and the right to the private life protection—generally understood as object of "negative" rights. In both cases, the purpose is to underline how the relationship between children and rights is—even if problematic— theoretically useful insofar as it to question the liberal conception of human rights, at least in its more traditional version.

Keywords: Rights, Child, Specification, Paternalism, Liberalism.

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo me propongo analizar algunos problemas teóricos que se manifiestan a raíz de un fenómeno histórico relativamente reciente: la aplicación del lenguaje de los derechos a los niños, a su vez reconducible al proceso más amplio de especificación de los derechos humanos y de sus titulares¹.

En particular, rehaciendo un esquema clasificatorio muy conocido en la construcción teórica continental, tomaré en cuenta dos categorías de derechos fundamentales: la categoría de los derechos de prestación, a los cuales corresponden deberes "positivos" (de hacer) y la categoría de los derechos de protección, cuyo

¹ Sobre el proceso de especificación de los derechos humanos en general, véase, entre otros, N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 29 ss. (versión en español *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991).

contenido está determinado, principalmente, si bien no de forma exclusiva, por deberes "negativos" (de no hacer).

Con frecuencia, estas dos categorías suelen relacionarse con otras dos clases de derechos, cuyo criterio distintivo se encuentra, no tanto en el contenido, sino más bien en las diferentes fases históricas de la positivización de los derechos humanos a nivel constitucional e internacional: me refiero, respectivamente, a los derechos de tercera generación (o derechos sociales) y a los derechos de primera generación (o derechos de libertad)². Pues bien, aunque dicha relación es cierta respecto al ser humano sin calificaciones adicionales, es decir, el sujeto adulto, en el caso del niño, por el contrario, el proceso de especificación de sus derechos se verificó de forma inversa. En efecto, los primeros derechos del menor que obtienen reconocimiento formal en el plano jurídico son derechos sociales, económicos y culturales que, desde un punto de vista estructural, se configuran como derechos con contenido positivo; es decir, derechos que imponen deberes de "hacer" a cargo de las instituciones, de los progenitores y de los terceros en general³. Sólo en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, reconoce al niño o, si se prefiere, al adolescente (tomando en cuenta que, evidentemente, se refiere a personas ya dotadas de un cierto grado de desarrollo psicofísico) el disfrute de algunas esferas de libertad, como la libertad de expresión (art. 13), de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), la libertad de asociación (art. 15) y el derecho a la protección de la vida privada (art. 15): todas prerrogativas que tradicionalmente se consideraban exclusivas de los sujetos adultos.

Como veremos, mientras los derechos de prestación del niño, si bien incluyen derechos específicos⁴ (i.e. el derecho a la protección especial del Estado formulado por el art. 20, inciso 1º. de la Convención de la ONU de 1989), comparten los mismos problemas teóricos que caracterizan los correspondientes derechos del ser humano adulto (por este motivo, NEIL MACCORMICK indicó los derechos de los niños como un test para las teorías de los derechos en general⁵), los "nuevos" derechos de libertad conferidos al niño por la Convención citada, en cambio, son derechos específicos que plantean problemas específicos, que surgen como consecuencia de la condición particular del sujeto titular.

² Según la tradicional clasificación de los derechos por "generaciones" elaborada por T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

³ Véanse, por ejemplo, las disposiciones contenidas en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

⁴ Sobre la categoría de los derechos humanos específicos, ver R. GARCÍA MANRIQUE, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, espec. pp. 45-54.

⁵ N. MACCORMICK, *Children's Rights: a Test Case for Theories of Rights*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, pp. 305-316 (versión en español de N. TORBISCO, *Los derechos de los niños: un test para las teorías de los derechos*, en I. FANLO (ed.), *Derecho de los niños, una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 61-76).

En ambos casos, el objetivo de mi análisis es resaltar cómo la relación entre niños y derechos, si bien problemática, es, al mismo tiempo, útil desde un punto de vista teórico, en cuanto permite capturar algunas aporías, límites y condicionamientos ideológicos que caracterizan la concepción liberal de los derechos humanos, al menos en su versión tradicional.

2. CONCEPCIONES MINIMALISTAS DE LOS DERECHOS

Para la concepción liberal de los derechos o, repito, al menos para la concepción más fiel a la tradición, el primer problema que surge de la relación entre niños y derechos humanos se refiere a la plausibilidad de considerar al niño, en cuanto ser ajeno a las características típicas del agente moral, como sujeto de derechos. El problema, así formulado, puede suscitar estupor, al menos a la luz de documentos normativos, como la Convención citada, que atribuyen derechos a los niños. En realidad, la cuestión que se pone en entredicho es si estos derechos (y me refiero, en particular, a la categoría de los derechos de prestación del niño, como el derecho a una adecuada protección o el derecho a la educación) se deban considerar, más allá de la terminología empleada, como "verdaderos" derechos.

Ahora bien, según un cierto modo de entender, no tanto el concepto de derechos, sino su justificación en el plan normativo, éstos se configurarían como instrumentos para promover la libertad o la autonomía, con un titular que sería, en consecuencia, un soberano libre para ejercer una parcela de libertad de acción, una pretensión frente a otros, una potestad normativa, o una inmunidad.

Este es el núcleo de las concepciones que se reconducen a la teoría de la voluntad (*will* o *choice theory*), de la que HERBERT HART es uno de sus máximos exponentes en la *jurisprudence* anglosajona contemporánea. Según este autor, la afirmación según la cual un sujeto tiene un derecho (moral o jurídico) es cierta si éste se encuentra en la condición (moral o jurídica, respectivamente) de poder determinar, mediante un acto de elección individual, el comportamiento de otros sujetos, interfiriendo de esta forma en su libertad⁶. Especialmente en la versión hartiana, el elemento de la elección está destinado a desempeñar un papel crucial: en efecto, para que haya un ("verdadero") derecho, quien lo reivindica tiene que ser el mismo sujeto que controla su ejecución por medio del ejercicio de los poderes de renuncia, extinción, *enforcement* que tiene el titular sobre las obligaciones ajenas⁷.

⁶ Cfr. H.L.A. HART, *Legal Rights* (1973), ahora en ID., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 91-92.

⁷ Es de nuevo HART quien hace algunas precisiones importantes en relación con dicha capacidad de control. Esta implica, en primer lugar, el poder de renunciar y de extinguir el deber correlativo, o bien, el poder dejarlo en existencia; en segundo lugar, el poder llamado de *enforcement*; es decir, el poder de exigir (o no exigir) cualquier forma de resarcimiento en caso de incumplimiento de la obligación correlativa y, por último, el poder de renunciar o extinguir la obligación de resarcimiento derivada de la eventual violación de un deber precedente

Como lo precisó NEIL MACCORMICK hace ya más de treinta años, este modelo interpretativo presenta, sin embargo, un límite que no se puede subestimar: no logra explicar la intuición moral, generalmente compartida, con base en la cual «desde su nacimiento, todo niño tiene el derecho (moral) a ser alimentado, cuidado y, en lo posible, querido, hasta que sea capaz de cuidarse por sí mismo»⁸. Incluso, si se observa con atención, el mismo modelo también excluye del estrecho recinto de los *genuine rights* todas las situaciones subjetivas generalmente denominadas 'derechos', en las cuales el poder de control por parte del titular del derecho (también adulto) parece algo vago, por no decir inexistente. Es el caso de los derechos conocidos en la literatura como derechos «obligatorios»⁹ (*mandatory rights*) o derechos-deberes¹⁰, los cuales no permiten ningún tipo de elección por parte del sujeto activo, puesto que su contenido está determinado por obligaciones ajenas que ni el titular del derecho, ni su representante, pueden abstenerse de exigir voluntariamente: entre éstos sobresalen aquellos derechos jurídicos que el ordenamiento considera de tal importancia que los sustrae de la órbita de disponibilidad del titular (como, por ejemplo, el derecho a la educación, la igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades). En términos más generales, y como fue admitido por el mismo HART, la teoría de la voluntad tiene dificultad para explicar los derechos que suponen una acción positiva de los poderes públicos y de los particulares para la satisfacción de necesidades básicas del individuo y cuya satisfacción no depende de un acto discrecional del titular¹¹; es decir, la teoría de la voluntad tiene dificultad para explicar los derechos que precisamente resultaría más plausible adscribir a los niños pequeños.

El mismo límite se puede encontrar en otras propuestas "minimalistas", expuestas recientemente en el ámbito filosófico-político, que reivindican como una justificación «prudente e histórica» de los derechos humanos el criterio de la tutela de la capacidad para actuar (*agency*, variadamente calificada como *free, basic, human*)

(Cfr. H.L.A. HART, *Legal Rights*, cit., pp. 196-201). Este complejo de poderes que deberían conferir al titular del derecho el control exclusivo sobre la ejecución del deber correlativo, sufragan la idea general según la cual los derechos individualizan típicamente esferas de "elecciones protegidas", de las cuales los deberes ajenos representan el «perímetro de acción» (*ivi*, pp. 180-181).

⁸ N. MACCORMICK, *Children's Rights*, cit., p. 307.

⁹ J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, en ID., *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, pp. 157 ss.

¹⁰ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 459 ss.

¹¹ Es HART quien reconoce que la *choice theory* no puede explicar adecuadamente la noción de derecho subjetivo basada sobre la consideración de las necesidades de los seres humanos de "cierta libertad y cierta protección o beneficios fundamentales" ya que resulta extraña al lenguaje técnico-jurídico normalmente utilizado por abogados, jueces, etc., perteneciendo, más bien, "a una forma peculiar de crítica moral del derecho": H. HART, *Legal Rights*, cit., pp. 186 y 192-193. Precisamente por ese motivo, la versión hartiana de la *choice theory*, por explícita admisión de su autor, no pretende ofrecer una teoría general del vocabulario de los derechos (*ibidem*, p. 193).

como alternativa al confuso y controvertido criterio de la salvaguardia de la dignidad y/o del valor intrínseco de todo ser humano. Esta es, por ejemplo, la posición expresada por MICHAEL IGNATIEFF, quien, en polémica con la expansión anómica de los derechos humanos, defiende la oportunidad de reconducir el catálogo de estos derechos al espacio normativo originario de la libertad negativa¹². Desde esta óptica, los derechos humanos se configurarían como una caja de herramientas a disposición de actores individuales que, en cuanto dotados de la capacidad para actuar, tienen que ser libres de usarlos, cuando lo consideren oportuno, para protegerse de las injusticias¹³.

Ahora bien, a pesar de que el concepto (político) de derechos defendido por IGNATIEFF no se puede sobreponer con aquel (esencialmente jurídico) de la teoría de los derechos hartiana, y a pesar de que son diferentes los objetivos teóricos perseguidos por los dos autores, ambos convergen en considerar los derechos humanos como vehículos para la afirmación de determinados valores (sea la capacidad de actuar, sea la libertad de ejercitar elecciones discrecionales) que se pueden reconducir, en última instancia, a la autonomía individual. Además, en ambos casos, el esfuerzo por recuperar una noción mínima de derechos que sea fiel a la elaborada, en el plano doctrinal y normativo, por la tradición jurídica liberal, produce el efecto de deslegitimar las especificaciones y/o integraciones que el catálogo de los derechos humanos, si bien en caótica evolución, ha conocido en las últimas décadas, convirtiéndose en un instrumento de reivindicación, no sólo de la libertad y de propiedad, sino también de expectativas sociales que hoy encuentran una amplia acogida en el derecho positivo, especialmente constitucional. En fin, dichas concepciones minimalistas reenvían a un modelo de sujeto titular (racional, capaz de escoger y operar con destreza y, entonces, bajo este perfil) "adultocéntrico", con diversos puntos de contacto con el sujeto expresado por el «individualismo posesivo» acogido por los códigos liberales del siglo XIX¹⁴.

Por cierto, fue el mismo HART, en su conocido ensayo de 1955, quien advirtió sobre la extensión indiscriminada de la expresión «tener un derecho» a niños (y animales) que, aunque sancionada por el lenguaje ordinario, se revela no sólo innecesaria, sino también inapropiada bajo un perfil técnico¹⁵. Haciendo referencia al más emblemático de los derechos de prestación del niño, es decir, el derecho a

¹² M. IGNATIEFF, *Human Rights as Idolatry*, en A. GUTMAN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, pp. 53-98.

¹³ *Ibi*, p. 57. Una crítica a la posición de Michael Ignatieff y a concepciones análogas, se encuentra en T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, en *Ragion Pratica*, 26, 2006, pp. 179-208.

¹⁴ C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: from Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Oxford, 1967.

¹⁵ H.L.A. HART, *Are there any Natural Rights?*, en *Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 175-191 (versión en español de G. CARRIÓ, *¿Hay derechos naturales?*, en H.L.A. HART, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 65-91).

obtener un trato adecuado, HART demuestra cómo la misma situación moral por la cual se hace uso de la noción de *right*, pueda ser descrita sencilla, y adecuadamente, afirmando «que tenemos el deber de no maltratarlos»¹⁶. Sin embargo, es necesario subrayar que en la óptica hartiana hablar de 'deberes' no es lo mismo que hablar de 'derechos'. En efecto, HART, no sólo polemizó con los (supuestos) resultados reduccionistas de las tesis de la correlación lógica entre derechos y deberes¹⁷, sino que puede decirse que todo su interés por la cuestión nace precisamente de la intención de salvar al lenguaje de los derechos de la acusación de redundancia formulada originalmente por JEREMY BENTHAM¹⁸. De esta forma, si el propósito de HART es sobre todo el de demostrar, en contravía con la postura benthamiana, que el ser beneficiario de un deber ajeno no es una condición, ni necesaria, ni suficiente, para los fines de la subsistencia de un derecho, entonces de su *choice theory* deriva, también, la consideración según la cual el candidato al título de sujeto de derechos puede ser sólo el «adulto capaz de elección».

2.1. Algunos correctivos: el argumento de la representación y el argumento de la potencialidad

En realidad, no siempre la adhesión a presupuestos voluntaristas han conducido a conclusiones tan drásticas como aquellas prospectadas, al menos originalmente, por HART. En particular, quienes en tiempos más recientes, han profundizado la cuestión específica del niño como *rightholder*, han tratado de mitigar su exclusión del mundo de los derechos, principalmente por medio del recurso a dos estrategias argumentativas que llamaré, respectivamente, el argumento de la "representación" y el argumento de la "potencialidad".

En relación con la "representación", el mecanismo que opera en el campo jurídico, en virtud del cual los derechos adscritos a sujetos legalmente incapaces, se pueden hacer valer por parte de un sujeto capaz que actúe en nombre y por cuenta del representado, sugiere que también en el campo moral pueda verificarse algo análogo¹⁹. Dicha estrategia, sin embargo, no ofrece una gran ayuda en el caso que nos interesa; en particular, no explica los llamados derechos obligatorios, cuyo

¹⁶ *Ibidem*, vers. esp. pp. 74-75.

¹⁷ Esta actitud polémica es, al parecer, un aspecto común tanto de la versión dinámica de la *will theory* (hartiana) como, y lo veremos dentro de poco, de la versión dinámica de la *interest theory*: ver, a este propósito, las consideraciones sobre la teoría hohfeldiana (basada sobre la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes) en la nota 42.

¹⁸ Un análisis detallado sobre este aspecto es formulado por B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2002, pp. 22-27.

¹⁹ Se trata de una posibilidad ventilada por el mismo HART, que con una derogación parcial de sus posiciones precedentes, deja entender que en el caso de los niños y de otros sujetos incapaces, los poderes de renuncia y *enforcement* ligados a la posesión de un derecho pueden ser ejercitados, también, por sujetos diferentes al titular, sin que ello perjudique la posibilidad

ejercicio, como ya señalamos, no hace parte de la órbita discrecional de los titulares, ni de sus representantes. Además, la plausibilidad de exportar al campo moral el esquema jurídico de la representación no se revela, a los ojos de un coherente defensor de la teoría de la voluntad, tan pacífica²⁰. Efectivamente, los autores que se sirven de dicha estrategia para resolver el problema de los llamados *hard cases* –o bien, de los sujetos caracterizados por un status moral ambiguo– tienden a usar el argumento, considerado como determinante, según el cual tales sujetos son portadores de determinados intereses (como, por ejemplo, el tener una propia vida emocional, gozar de un cierto grado de autonomía, tener la capacidad de experimentar la condición del bienestar y del sufrimiento) que merecen tutela moral y pueden ser representados por adultos racionales y auto-conscientes. Este es el caso de la teoría “mixta” elaborada por JOEL FEINBERG, quien, a partir de una definición general de derecho subjetivo en términos de “pretensión justificada” (*valid claim*), llega a reconocer la titularidad de algunos derechos morales, incluso a sujetos, como los animales, absolutamente incapaces de poder formular una pretensión²¹. Sin embargo, este enfoque se basa en un presupuesto implícito (y difícilmente demostrable) según el cual la capacidad de un sujeto de *tener intereses* constituye una condición no sólo necesaria, sino también suficiente, para *tener derechos*: presupuesto que, además de tener que vérselas con la ley de HUME (y, entonces, con la imposibilidad de derivar conclusiones normativas, como los derechos, de la simple premisa factual según la cual algunos sujetos son capaces de tener intereses²²), es, de todas formas, inaceptable desde un punto de vista de una teoría de la voluntad,

de considerar tales derechos «as belonging throughout to them [se entiende a los titulares] and not to their representatives»: cfr. H.L.A. HART, *Legal Rights*, cit., p. 184.

²⁰ Cfr. C. WELLMAN, *Real Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 114-115, donde critica a Feinberg por no haber distinguido entre dos formas de representación: la *representation of agency* y la *representation of interests*.

²¹ Cfr. J. FEINBERG, *Duties, Rights and Claims*, en *American Philosophical Quarterly*, 1966, pp. 137-144; ID., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, p. 24 y 67 ss., y ID., *The rights of Animals and Unborn Generation*, ahora en ID., *Rights, Justice and The Bounds of Liberty*, cit., pp. 159 ss.

²² En efecto, una cosa es afirmar la existencia, sobre el plano empírico, de determinadas necesidades o intereses fundamentales, y otra es afirmar la exigencia de que dichas necesidades o intereses deban ser satisfechos: entre las dos cuestiones, viéndolo bien, no existen implicaciones de carácter lógico (sobre este aspecto, ver J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, *Necesidades, razones, derechos*, en *Doxa*, 7, 1990, pp. 55-83). Se trata, además, del mismo problema que afrontan la teoría del interés: estos, en el contexto de concepciones dinámicas, tratan de resolverlo, como veremos, haciendo referencia a un criterio normativo independiente de la pura exigencia de la satisfacción de los derechos y relativo, por ejemplo, a la importancia moral que tales intereses o necesidades tienen para el sujeto en cuestión. Así, por ejemplo, en la versión de la *interest theory* defendida por MacCormick, una justificación plausible para la atribución del derecho al tratamiento T a los miembros de la clase C, presupone que se recurra a una necesidad o interés y, por último, que se evalúe si dicha satisfacción o protección tiene una importancia tan vital que convierte en equivocado (*wrong*) la negación o la sustracción de T frente a los miembros de C, prescindiendo de las ventajas que podrían derivar: cfr. N. MACCORMICK, *Children's Rights*, cit., p. 311.

preocupada por defender una clase de agentes morales mucho más estrecha que aquella de los menores titulares de intereses dignos de protección.

Menos problemático parece entonces el recurso al argumento de la "potencialidad" que permite, si bien parcialmente (y, como veremos, no de manera definitiva), la inclusión de los niños en el círculo de los titulares de derechos, sin "incomodar" el punto de vista de los intereses. Dicho argumento se basa en la consideración según la cual los niños, aunque no cuentan, en acto, con las capacidades típicas del modelo paradigmático del sujeto de derechos, a diferencia de los no humanos, u otros sujetos humanos igualmente irracionales, están en capacidad, sin embargo, de desarrollarlas. El llamado a la potencialidad como criterio inclusivo y, al mismo tiempo, comparativo de estatus morales, constituye un argumento más bien recurrente en la literatura.

Por ejemplo, JOHN RAWLS, en el párrafo 77 de su *Theory of Justice*, cuando establece a cuáles sujetos les deben ser aplicados los derechos y los procedimientos que se derivan de los principios de justicia, hace referencia a las llamadas personas morales, es decir, a «seres racionales que tienen fines propios» (expresión de un plan racional de vida) y «dotados (...) de un sentido de justicia» (entendido como el deseo de actuar con base en principios de justicia)²³. Sin embargo, con una referencia expresa a los niños, RAWLS precisa cómo la posesión de dichos «requisitos mínimos de la personalidad moral» no se verifica en su efectiva totalidad, sino que se refiere a la capacidad potencial del sujeto de desarrollar dichas características²⁴.

La estrategia usada por RAWLS no es nueva: en efecto, la idea de un niño como ser en devenir, dotado de *potencial agency*, en fin, futuro adulto –además de caracterizar el paradigma interpretativo de la minoría de edad aún hoy dominante en el campo de las ciencias sociales y psicológicas– representa, si observamos bien,

²³ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 504.

²⁴ *Ivi*, p. 505. Referirse a la potencialidad como criterio inclusivo y, al mismo tiempo, comparativo, de estatus morales, suscita algunas perplejidades. En efecto, en sus no pocas aplicaciones, el argumento de la potencialidad maquilla algunas asunciones de carácter metafísico típicas del especismo. Así, por ejemplo, en la definición rawlsiana de la personalidad moral en términos de capacidad o potencialidad de justicia, el derecho a ser tratados según justicia se revela como algo, en cierto modo, ligado a la "naturaleza" de los seres que la poseen o pueden poseerla: en otras palabras, la justicia se reserva a los seres humanos porque éstos, más o menos, han demostrado que la poseen y consideran su ausencia eventual como un defecto o una privación. En realidad, RAWLS se limita a afirmar que la capacidad de justicia ínsita en la naturaleza humana es sólo una condición suficiente para ser tratados con justicia, pero no se pronuncia sobre su carácter de condición necesaria: en efecto, «sería imprudente negar justicia (a un ser humano) sobre la base de su ausencia» (cfr. J. RAWLS, *ibidem*). Sin embargo, al excluir los animales, implícitamente considera dicha capacidad como una condición necesaria para ser objeto o sujeto de justicia, exponiéndose, de esta forma, a una fácil y no despreciable objeción (que Rawls reconoce: cfr. J. RAWLS, *ivi*, p. 507). En efecto, si es legítimo limitar los principios de justicia al círculo de aquellos que gozan de una determinada propiedad natural, se podría afirmar que también es legítimo discriminar, dentro de este contexto, a los sujetos morales con base en otras propiedades 'naturales', por ejemplo, con base en el género, en la pigmentación de la piel, la herencia genética, etc.

un legado típico de la tradición del iusnaturalismo contractualista. Por ejemplo, en la óptica anti-absolutista de LOCKE, todos los hombres (adultos y niños) son igualmente libres y potencialmente racionales desde el nacimiento, pero sólo con la adquisición de la plena madurez y de la racionalidad (considerada como una prerrogativa exclusiva de la edad adulta), podrán ejercer su libertad y prestar el propio consenso para el ejercicio del poder político. Por cierto, esto justifica la tendencia a la exclusión de los niños del pacto social (al igual que de la posición originaria rawlsiana²⁵) y del goce de los derechos políticos.

De esta forma, si la representación del niño en términos de *potencial agent* constituye una herencia del exordio de la tradición liberal, parece más original el intento promovido por algunos exponentes de la *will theory* que busca conjugar dichas representaciones del niño con una concepción igualmente "potencial" o "evolucionista" de sus derechos. Así, bajo el presupuesto, de naturaleza conceptual, según el cual los derechos presentan una estructura compleja (o bien, no se agotan en singulares pretensiones, o libertades, o poderes, o inmunidades, sino que se configuran como sistemas o agregados de posiciones hohfeldianas, diversamente combinados dependiendo los casos²⁶), la concepción "evolucionista" está caracterizada por la

²⁵ En el modelo de justicia rawlsiano, el papel de decisores en la posición originaria es reconocido sólo a los adultos: en efecto, a pesar de que la estrategia del velo de la ignorancia sea proyectada con el preciso objetivo de que los contrayentes no sean conscientes de su propia condición de partida (por la cual, a cada uno le conviene ponerse en los pantalones de "todos"), en el caso de los niños, éstos son representados por sus "jefes de familia" que, en cambio de ponerse en la verdadera y propia condición de niños, al parecer atienden sus intereses como si se tratase de una persona diferente. Creo que tenga razón M.C. PIEVATOLO, *La giustizia degli invisibili. L'identificazione del soggetto morale, a ripartire da Kant*, Carocci, Roma, 1999, pp. 188-189, cuando afirma que el caso de los niños representa una anomalía del ámbito de la posición originaria rawlsiana. En efecto, en vía general, los contrayentes en la posición originaria, cuando son autorizados u obligados a decidir por otro imposibilitado a curar sus propios intereses, lo hacen, no representando intereses de 'otros', sino, por el contrario, representando 'a sí mismos' en 'otros'. Siendo rigurosos, de este esquema no deberían sustraerse los miembros de la comunidad familiar, concebida por Rawls como instituciones 'sociales' (comunidad no 'natural', sino 'convencional') y, en consecuencia, regulada internamente por el acostumbrado paradigma de la contratación que caracteriza el diseño rawlsiano. Más que de un simple fenómeno de inercia teórica, según la autora, pareciera que se trata de «una astucia de la razón rawlsiana» que, analizando las consecuencias "incómodas" derivadas de la atribución directa al niño del papel de decisores en la posición originaria («un niño podría encontrarse, por ejemplo, en desacuerdo con la lista de bienes primarios que Rawls asume como instrumentales para cualquier tipo de "vida buena" [...] o bien, podría negarse a articular su propia concepción eventual del bien en una perspectiva pluralista, como en cambio hacen los decisores en la posición originaria»: *ivi*, p. 189), prefiere que éstos sean representados por sus progenitores. Sobre estos aspectos de la teoría de Rawls, véase también K.H. FEDERLE, *On the Road of Reconciling Rights to Children: a Postfeminist Analysis of the Capacity Principle*, en *DePaul Law Review*, 42, 1993, pp. 983 ss.

²⁶ En el ámbito de la estructura compuesta por cada derecho (o «macro-derecho»), siempre se podría identificar un «núcleo definitorio» (*defining core*), constituido por una determinada posición hohfeldiana (o «microderecho») alrededor de la cual rotan los elementos hohfeldianos ulteriores (*associated elements*). Cfr. C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

tesis según la cual los niños, gradualmente, y a la par con el proceso de crecimiento psicofísico, adquieren, poco a poco, los diferentes elementos normativos de los que se compone el derecho, hasta "hacer propio", con el paso de los años, el contenido completo del derecho en cuestión²⁷.

En realidad, se trata de una tesis muy simple, que refleja la idea de sentido común, según la cual un niño puede gozar progresivamente de ámbitos más amplios de autonomía (entendida ésta como el derecho a no estar sujeto a la voluntad ajena) en la medida en que desarrolle determinadas capacidades de autodeterminación. El problema es que aquí se está hablando de otra cosa: se está haciendo referencia a una clase específica de derechos (los derechos de prestación) para analizar la posibilidad de que el correctivo de la potencialidad permita tener en cuenta, incluso, los derechos referidos a los niños más pequeños. Si se examinan críticamente los dos ejemplos utilizados por CARL WELLMAN, es decir por el más significativo portavoz de la concepción "evolucionista", se debe excluir dicha posibilidad.

Los ejemplos en cuestión se refieren al derecho a la libertad de movimiento (así como está formulado en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948)²⁸ y al derecho a una especial protección previsto en la declaración de la ONU de los Derechos del Niño de 1959. En relación con el primero, WELLMAN, después de haber identificado el núcleo definitorio en una libertad bilateral (de moverse dentro un cierto espacio, o bien, de abstenerse de dicho movimiento), indica algunas condiciones, a las cuales corresponden sendos tipos de capacidades (motoras, tanto físicas como de raciocinio), que tienen que ser satisfechas para que tenga sentido (*meaningful*) la adscripción de dicha esfera de libertad a un sujeto²⁹. De la aplicación del modelo interpretativo "evolucionista" se desprende que el niño, en la medida en que desarrolle dichas capacidades, adquiere ámbitos, cada vez más complejos, de esferas de libertad de movimiento, hasta cuando adquiere el total contenido del derecho en cuestión³⁰.

Y hasta aquí, no hay problemas. Pero el escenario, al parecer, se complica en relación con el segundo derecho examinado por WELLMAN; es decir, el derecho del niño a una protección especial. En este caso, aclara el autor, nos encontramos ante un derecho cuyo elemento definitorio consiste en una pretensión protegida

²⁷ Cfr. C. WELLMAN, *The Growth of Children's Rights*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1984, espec. pp. 451-453 (versión en español de S. ÁLVAREZ, *El crecimiento de los derechos de los niños*, en I. FANLO CORTÉS, (ed.), *Derecho de los niños*, cit., pp. 39-59); ID., *Real Rights*, cit., p. 125.

²⁸ Según los términos del art. 13, inciso 1, de la Declaración citada: «todo individuo tiene el derecho a la libertad de movimiento y de residencia dentro de los límites de cada Estado».

²⁹ Se trata, en particular, de la capacidad de llevar a cabo movimientos intencionales en el espacio dentro del cual está permitido el movimiento, de la capacidad de escoger, frente a una determinada gama de alternativas, si efectuar dichos movimientos o abstenerse de llevarlos a cabo y, en fin, de la capacidad de controlar y dominar los propios movimientos por medio de restricciones de carácter moral.

³⁰ Cfr. C. WELLMAN, *The Growth of Children's Rights*, cit., p. 445.

por un perímetro de deberes, entre los cuales sobresale el deber de los progenitores (o de los terceros en general) de dar al niño las medidas de protección idóneas para permitirle un proceso de crecimiento adecuado. Además, la misma pretensión implica en cabeza del titular, y según los mejores dictámenes de la *choice theory* (especialmente, como ya vimos, en la versión hartiana³¹), un poder, tanto de renuncia y/o de extinción, como de *enforcement* sobre los deberes correlativos.

En este punto, es necesario preguntarse lo siguiente: ¿bajo qué condiciones puede un niño "genuinamente" ejercer el propio poder de renuncia y extinción frente a las obligaciones ajenas? Obviamente no será suficiente un simple acto lingüístico con el cual el niño manifieste la propia voluntad de renunciar al contenido de un derecho³². Más bien, será necesario que dicho acto lingüístico se apoye en un cierto bagaje de competencias racionales idóneas para que la renuncia del niño sea justificada y responsable, etc. Así, hasta cuando el niño no haya adquirido ese preciso bagaje de capacidades, no podrá ser considerado titular del derecho a una especial protección.

A este punto del discurso, algo no encaja: la aplicación del esquema "evolucionista" no considera el hecho según el cual la exigencia de una protección especial es inversamente proporcional al desarrollo de las capacidades racionales por parte del niño (en términos elementales, a la capacidad del niño de velar por sí mismo) y conduce a resultados contraintuitivos en tanto que, así las cosas, sólo un adolescente en buenas condiciones psicofísicas podría gozar el derecho correspondiente y, además, sólo por un breve período, considerando que, como observa el mismo WELLMAN, dicho derecho-pretensión está destinado a disolverse con la llegada de la edad adulta³³.

La razón de tal incongruencia es evidente: el modelo interpretativo de los derechos de los niños propuesto por WELLMAN no es otra cosa que un desarrollo coherente y específico de la (versión hartiana de la) *choice theory*. Como tal, sí tiene la capacidad de explicar la estructura de un cierto tipo de derechos (en este caso la libertad de movimiento, cuyo *defining core* consiste en una libertad), pero no es igualmente adecuado para ofrecer una explicación plausible de un derecho, como aquel de la especial protección, que por un lado envía a una noción de derecho estrictamente vinculada a aquella de las necesidades humanas fundamentales y, por el otro, no atribuye a su titular ningún poder sensato de renuncia (extinción, *enforcement*) frente a los deberes ajenos.

³¹ Cfr. H.L.A. HART, *Legal Right*, pp. 184 ss.

³² Cfr. C. WELLMAN, *The Growth of Children's Rights*, cit., p. 447.

³³ *Ivi*, p. 451.

2.2. Los derechos de los niños como un test para las teorías de los derechos

En consecuencia, frente a tales consideraciones, se puede confirmar lo ya señalado por MACCORMICK, es decir, que no existen más alternativas: o renunciamos a adscribir a los niños el derecho al cuidado y a la nutrición (y, así, también el derecho a una protección especial), o estamos obligados a abandonar la teoría de la voluntad, incluso en su versión revisada y corregida.

Eligiendo sin muchos reparos la segunda opción, el modelo alternativo adoptado por MACCORMICK, junto con otros autores, es el de la teoría del interés (*interest o benefit theory*).

A partir de dicha teoría, recordémoslo aquí brevemente, los derechos son instrumentos para proteger y promover el bienestar individual mediante la imposición de deberes sobre otros sujetos.

Ahora bien, sin duda, la alternativa de la teoría del interés toma ventaja respecto a su tradicional adversaria, en cuanto proporciona una mayor capacidad explicativa, no sólo porque logra justificar la posibilidad de que los niños tengan derechos, sino también porque logra captar aquellas situaciones normativas que no se pueden reconducir expresamente al esquema voluntarista. Sin embargo, también el modelo justificativo de los derechos basado en los intereses o, si se prefiere, en las necesidades básicas de los individuos³⁴, suscita algunas inquietudes no despreciables, entre las cuales me parece importante señalar una de ellas.

Si, como ya decíamos, uno de los propósitos principales de la teoría de la voluntad, al menos en su versión hartiana, era salvar al vocabulario de los derechos de la acusación de redundancia respecto al vocabulario de los deberes, el abandono de esta teoría condenaría a la trivialidad el vocabulario de los derechos. Utilizando el argumento de MACCORMICK: ¿qué diferencia hay entre afirmar que los niños tienen derecho a la nutrición y al cuidado y decir que los progenitores (o alguien en su lugar) tienen la obligación de cuidarlos? Según MACCORMICK –con un enfoque análogo al de RAZ, MARMOR³⁵ y WALDRON³⁶– la diferencia se centra en el tipo de razones y justificaciones que ambas afirmaciones presuponen o, en otros términos, en el tipo de aserciones que inteligiblemente pueden ser adoptadas como justificaciones de la primera afirmación y no de la segunda. Por ejemplo, un defensor de la *modesta propuesta* de Jonathan Swift³⁷, podría argumentar a favor del deber de nutrir

³⁴ Sobre el concepto de necesidades básicas como fundamento teórico de los derechos humanos, véase M.J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; L. DOYAL, I. GOUGH, *A Theory of Human Needs*, MacMillan, London, 1992 (versión en español *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994).

³⁵ Cfr. A. MARMOR, *The Limits of Rights*, en *Law and Philosophy*, 1997, p. 3.

³⁶ Cfr. J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 79-87.

³⁷ J. SWIFT, *A Modest Proposal*, en C. VAN DAUREN (ed.), *The portable Swift*, Penguin Books, Middlesex, 1976.

a los niños, afirmando que de este modo crecerían sanos y fornidos, convirtiéndose en deliciosos manjares para satisfacer las exigencias alimentarias de la nación. En cambio, obviamente, el mismo argumento sería inaceptable como justificación del derecho del niño a ser nutrido. Bajo este enfoque, el derecho a la nutrición, al cuidado y a la educación del niño, y en general los derechos, más bien derivan de la apelación a una necesidad, o un interés del sujeto titular que se considera de tal importancia *que hace* moralmente obligatoria su satisfacción en todo caso y, en particular, mediante la imposición de deberes correlativos a cargo de otros sujetos³⁸.

Precisamente la referencia a los derechos morales del niño constituye, para los partidarios de la teoría del interés, un estímulo conveniente para lograr girar la conocida máxima *ubi remedium ibi ius* y para argumentar a favor de la tesis opuesta, es decir, a favor de la prioridad axiológica de los derechos sobre los deberes. No es plausible afirmar –como insinúa la *will* o *choice theory*– que un derecho subsista sólo cuando exista un poder que pueda ser activado por parte del titular; por el contrario, es frente a un derecho (es decir, según las instancias de la *interest theory*, un bien o un interés particularmente relevante para el sujeto titular) que se debe establecer el deber que lo satisfaga, así como las formas (y, en consecuencia, también los poderes) por medio de las cuales exigir el cumplimiento (*ubi ius, ibi remedium*)³⁹. Según JOSEPH RAZ, en esto consistiría el carácter dinámico de los derechos-razones, es decir, su capacidad de “crear” (en el sentido de justificar) siempre nuevos deberes⁴⁰.

Particularmente, en relación con el problema de los derechos de prestación, la teoría del interés, sobre todo en su versión “dinámica”, deja abierta la posibilidad de que haya derechos a los cuales no corresponden deberes perfectos, o bien, derechos respecto a los cuales no se especifica, ni quién es el destinatario de la obligación correspondiente, ni cuáles son las modalidades y las circunstancias para el cumplimiento de dicha obligación⁴¹. Bajo este perfil, la concepción de los derechos

³⁸ Según la ya clásica fórmula de JOSEPH RAZ, “X tiene un derecho si, y sólo si, [...] un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente, a paridad de condiciones, para concluir que algún otro está sujeto a un deber”: J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

³⁹ En efecto, según MACCORMICK, el caso de los niños mostraría cómo la protección del interés del niño, por ejemplo a ser nutrido y acudido, genera, en la persona de los adultos, tanto los deberes correlativos, como los poderes necesarios para exigir su cumplimiento.

⁴⁰ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., espec. p. 166.

⁴¹ Es el caso de los llamados derechos imperfectos de la tradición iusnaturalista del siglo XVIII: derechos que sólo por medio del proceso de institucionalización se vuelven perfectos, o bien, sancionables y exigibles y que, en honor de la misma tradición, a menudo se identifican con los derechos de contenido positivo (a los cuales corresponden deberes de hacer), en contraposición a los derechos con contenido negativo (a los cuales corresponden deberes de no hacer) que se configurarían, en cambio, como derechos perfectos. La concepción dinámica pone en entredicho la contraposición entre derechos perfectos y derechos imperfectos o, mejor dicho, contesta las implicaciones conectadas, a menudo, a dicha contraposición, ampliamente apoyada en el tema de los derechos fundamentales, según la cual la principal asimetría entre los derechos de libertad y los derechos sociales consistiría precisamente en el hecho que, mientras los primeros, caracterizándose como derechos negativos, son derechos

como "razones" (las así llamadas concepciones dinámicas) –en polémica abierta con las llamadas concepciones estáticas de los derechos, expresadas por las teorías formales o estructurales (la teoría hohfeldiana, a la cabeza) y con sus resultados supuestamente restrictivos⁴²– ponen en entredicho la contraposición tradicional entre derechos perfectos y derechos imperfectos (generalmente identificada con la dicotomía derechos negativos/derechos positivos) que, a menudo, se emplea con el objetivo de sostener la heterogeneidad y, sobre todo, la prioridad de los derechos negativos (perfectos) sobre los derechos positivos (imperfectos) y que se encuentra en la base de la desconfianza de la teoría jurídica liberal frente a los derechos sociales⁴³.

En efecto, como señala MACCORMICK, sensatamente se puede afirmar que todo niño tiene el derecho (moral) a ser educado, a pesar de no tener claro, por ejemplo, quién sea, o quién deba ser, el titular de la obligación correspondiente y las modalidades mediante las cuales dicha obligación será cumplida. Sin embargo, el aspecto

que el Estado puede limitarse a garantizar sin intervenir, los derechos económico-sociales, en cuanto derechos positivos, no pueden ser satisfechos sino por medio de la intervención activa por parte de las instituciones.

⁴² En particular, la concepción dinámica critica la tesis (conceptual) de la correlatividad entre derechos y deberes, recurriendo, a menudo, a argumentos de carácter normativo, imputando a la tesis (y, en general, a la teoría hohfeldiana) la responsabilidad de reducir los derechos a simples epifenómenos de los deberes. En realidad, no es cierto que, partiendo del axioma hohfeldiano sobre la correlatividad entre derechos y deberes, se deriven las conclusiones reductivas que sus críticos le imputan: en realidad, HOHFELD se limita a instituir una relación de equivalencia lógica entre aserciones en términos de derechos y aserciones en términos de deberes, pero no afirma que estos últimos se reduzcan a los primeros. Ver W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1923. Versión en español editada por G. CARRIÓ, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

⁴³ En efecto, bajo un análisis más profundo, los argumentos normalmente empleados en el campo de los derechos fundamentales para sostener la heterogeneidad y, sobre todo, la prioridad de los derechos de libertad (tanto patrimoniales, como personales) sobre los derechos sociales, no son muy convincentes (sobre el tema, ver también V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004). Piénsese, por ejemplo, en el argumento basado en los "costos", o bien, el argumento según el cual los derechos de libertad, a diferencia de los derechos sociales, sólo imponen deberes de no interferencia en cabeza de los poderes públicos y, en consecuencia, serían derechos a costo cero (en términos de recursos públicos). Dicho argumento, como ha sido ampliamente documentado, carece de fundamento, entre otras razones, porque no toma en cuenta el hecho banal según el cual todos los derechos, incluidos también los de libertad considerados como puramente negativos (como, por ejemplo, el derecho de los detenidos a no ser maltratados por sus guardianes) necesita, de todas formas, en el caso de violación, la activación de la máquina de la "justicia", con todos sus costos. Sobre este punto, es iluminador el texto de S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 1999. Por cierto, se revela irreal la idea según la cual hay derechos, como los llamados derechos liberales, que puedan jactarse de un contenido totalmente negativo. En realidad, como ya eran conscientes los progenitores del contractualismo moderno, la libertad y la propiedad no son bienes que se dan en la naturaleza, sino que requieren, al igual que la salud y la asistencia, que el Estado y sus instituciones se movilicen, si bien de maneras diferentes, para garantizarlos evitando, al menos, interferencias ajenas indebidas.

que en ocasiones se tiende a ignorar es que la misma afirmación, cuando se refiere a derechos jurídicos (por ejemplo, a un derecho constitucional a la educación), está destinada a perder fuerza argumentativa. Esto, debido a la diversa, y más estrecha relación que los derechos jurídicos tienen, respecto a los derechos morales, con los mecanismos de garantía. En efecto, los derechos jurídicos, para lograr conquistar “dientes capaces de morder” y salir del campo de las simples razones argumentativas, necesitan garantías, tanto primarias, como secundarias. En consecuencia, un derecho jurídico respecto del cual no se haya previsto –por medio de normas, se entiende– el deber, o los deberes, correlativos, y medios de tutela en el caso de violación de tales deberes, es un derecho que, si bien proclamado en un documento constitucional, sirve muy poco⁴⁴.

A menudo, pareciera que los defensores de la concepción dinámica subestiman la distinción entre el plano moral y el plano jurídico, tal vez debido al papel dominante que ellos atribuyen a los nexos justificativos –o bien, a los argumentos sustanciales de los cuales *se hace* depender la existencia de los derechos– que deja en la sombra los problemas relativos a su efectividad. Además, la misma tendencia, inscribible en él, aún más general, “imperialismo de la moral”⁴⁵, tan influyente en las teorías anglosajonas *rights based*⁴⁶, dificulta la posibilidad de admitir que, una cosa es hablar de la prioridad de los derechos sobre los deberes desde un punto de vista axiológico, y otra cosa es afirmar que entre los derechos y los deberes hay una relación de conexión (o, en términos hohfeldianos, de equivalencia) lógico-conceptual. Tal como lo señala MATTHEW KRAMER, la prioridad justificativa de los derechos en el plano dinámico/normativo (el «fuego de la justificación») no se identifica, ni implica su prioridad lógica, sino, por el contrario, resulta compatible con la correlación recíproca en el plano estático/conceptual⁴⁷.

⁴⁴ Con esto, no pretendo afirmar que la previsión de técnicas de garantía también sean una condición de la “juridicidad” de los derechos. Sobre la relación entre derechos y garantías se ha desarrollado un vivo debate en Italia, inaugurado con la conferencia de L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en *Teoria politica*, 2, 1998, pp. 3-33. Las contribuciones más significativas a dicho debate están recopiladas en E. VITALE (ed.), L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, 2001.

⁴⁵ Cfr. M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, en *Ragion pratica*, 14, 200, 147-162; A. AMENDOLA, *Il problema della giustificazione dei diritti umani e “l'imperialismo della morale”*, en E. DICIOTTI, V. VELLUZZI (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 107-128.

⁴⁶ Me refiero a las teorías de los derechos morales basadas en la ya clásica idea formulada por Ronald Dworkin de la primacía de los derechos como “triumfos” (*trumps*): cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978.

⁴⁷ M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, en M. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate Over Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 60. Bajo este perfil, y en una dirección ya delineada por Herbert Hart, la concepción dinámica (que comparten no sólo los partidarios de la *interest theory*, sino también los partidarios de la ya minoritaria *will theory*) tiende, en cambio, a dar las mismas respuestas, tanto a los problemas de definición conceptual, como a los problemas ético-normativos que involucran el lenguaje de los derechos. Ese enfoque vicia el debate con un esencialismo malentendido, en virtud del cual consideraciones legadas a pre-

3. LOS "NUEVOS" DERECHOS DE LIBERTAD DEL NIÑO

Dejando a un lado estas consideraciones de carácter más general, sin lugar a dudas, como lo sugirió hace tiempo LIBORIO HIERRO, el test de los derechos de los niños ha marcado un cambio significativo en la reflexión teórica sobre los derechos en general⁴⁸, estimulando el redimensionamiento del papel subjetivo de la voluntad –del poder o de la capacidad del titular como elemento justificativo típico de los derechos humanos–, permitiendo concentrar la atención en el aspecto "objetivo" (por lo menos en relación con los fines del sistema normativo), es decir, respecto a la satisfacción de un interés, o de una necesidad, considerados de tal importancia que no se dejan a la discrecionalidad del titular⁴⁹.

También, aunque de una forma tal vez menos vistosa, la discusión sobre los llamados nuevos derechos del niño ha dado su propia contribución, llamando al escenario algunas cuestiones hasta ahora descuidadas por la teoría liberal. En particular, el reconocimiento al niño (si bien, como veremos, de forma cauta) de algunos derechos de libertad (religiosa, de conciencia, de opinión) en la Convención de 1989 ha contribuido a reconsiderar el viejo problema del paternalismo y de las medidas de tutela a favor del niño desde un punto de vista inédito; es decir, aquel de los límites y de la justificación de tales medidas. La principal cuestión normativa suscitada por los nuevos derechos de los niños puede ser formulada de la siguiente manera: ¿hasta qué punto el adulto (entendido, sea como individuo, sea como institución) puede interferir legítimamente sobre las elecciones ejercidas por los menores de edad, sustituyendo con su propia voluntad la de ellos, especialmente si tal interferencia responde, en la óptica del adulto, a la necesidad de evitarles un daño?

Se trata, como decía, de una cuestión generalmente descuidada. En efecto, la tradición liberal se revela notoriamente reacia a admitir limitaciones de la libertad del individuo (incluidas aquellas provenientes de normas, o conductas, de tipo paternalista) que no resulten justificadas por el principio del daño a terceros⁵⁰. Sin

cisas opciones de carácter ético-normativo (como la idea según la cual los derechos pueden ser atribuidos a sujetos con la capacidad para actuar, es decir, a agentes morales capaces de hacer valer las propias posiciones subjetivas favorables) son presentadas como constataciones sobre la "verdadera" naturaleza de los derechos o el "verdadero" concepto de derecho subjetivo. Para el tema que aquí interesa, y al menos si nos referimos al esquema analítico hohfeldiano y a la tesis de la correlatividad lógica entre derechos y deberes, no hay motivos (de naturaleza conceptual) para negar que también los niños pequeños son titulares de derechos (derechos-pretensión) correlativos a los deberes que corresponden a los adultos.

⁴⁸ L.L. HIERRO, *El niño y los derechos humanos*, en: I. FANLO (ed.), *Derecho de los niños*, cit., espec. pp. 195-197.

⁴⁹ Con esto no se quiere afirmar que la voluntad, o la capacidad de elegir, siempre sean elementos irrelevantes, sino únicamente que no son los únicos elementos relevantes al hablar de derechos: en este sentido cfr. L.L. HIERRO, *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problema de un concepto*, en *Sistema*, 46, 1982, p. 53.

⁵⁰ Esto no significa, ni mucho menos, que los ordenamientos jurídicos liberales no admitan

embargo, dichas resistencias se refieren exclusivamente al caso de los adultos. Ya LOCKE, considerado como uno de los más importantes exponentes del antipaternalismo liberal, criticó todo tipo de asimilación entre el poder político y el poder paterno (y, entonces, puede inferirse, entre paternalismo político y paternalismo en ámbito familiar)⁵¹. Por su parte KANT precisó que si «tratar a los súbditos como niños [...] se convierte en el mayor despotismo imaginable», la consideración de los menores de edad como sujetos «incapaces de distinguir lo que es verdaderamente beneficioso o perjudicial» parece, en cambio, algo que pertenece al orden natural de las cosas⁵². Y, sobre todo, más allá de las relaciones políticas, esta referencia exclusiva al adulto se encuentra en el clásico argumento de la «distancia paternalista» formulado por JOHN STUART MILL⁵³, con base en el cual, si bien cada uno debe ser considerado como el mejor juez de sus propios intereses, lo mismo no se puede predicar, y así lo señala expresamente el autor, de los menores de edad⁵⁴.

normas paternalistas dirigidas a sujetos adultos, por el contrario, como han precisado varios autores, la existencia de ciertas medidas normativas finalizadas a prohibir la realización de conductas que no dañen directamente a terceras personas, pero que sí podrían dañar a las personas que las llevan a cabo es, hasta cierto punto, inevitable en un Estado de derecho. En efecto, este modelo de Estado, también en su versión liberal clásica, no adopta una postura totalmente neutral o indiferente frente a las elecciones y decisiones de sus ciudadanos (para un análisis detallado sobre este aspecto y referencias bibliográficas, ver M.A. RAMIRO AVILÉS, *A vueltas con el paternalismo jurídico*, en *Derechos y libertades*, 15, II, 2006, pp. 211-256, esp. pp. 212-216). El aspecto que quiero resaltar es más bien que, desde una óptica liberal, estas medidas normativas paternalistas dirigidas a personas adultas no pueden basarse en la mera presunción de la incapacidad de los sujetos de protegerse de sí mismos (como pasa con los niños), sino que necesitan una serie de justificaciones ulteriores. Entre la extensa literatura a disposición sobre el tema, un estudio exhaustivo de los problemas, no sólo conceptuales, sino también de justificación, que plantea el paternalismo jurídico en el liberalismo político, se encuentra en la obra de M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Lustel, Madrid, 2006.

⁵¹ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1689), ed. P. Laslett, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, y en una óptica similar, cfr. también J.J. ROUSSEAU, *Du contrat sociale ou principes du droit politique* (1762), ed. anónima, Garnier, París, 1923, libro I, cap. II. Además, tanto LOCKE, como ROUSSEAU, en polémica con el patriarcalismo clásico, afirmaban que el poder paterno, por más que pudiese jactar un origen natural (así como la sujeción de los hijos a los padres), fuese, de todas formas, temporal (para profundizar sobre el punto, envió a C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford, 1988, espec. capp. II y IV).

⁵² KANT I., *Teoría y práctica*, 1793, trad. de J.M. PALACIOS, M.F. PÉREZ LÓPEZ y R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, Tecnos, Madrid, 1986.

⁵³ Para una reformulación en términos más sofisticados del argumento milliano, también conocido como el argumento de la "distancia paternalista", cfr. R. SARTORIUS, *Grounds for Involuntary Civil Commitment: A Utilitarian Perspective*, en ID. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, pp. 95-102. En sentido crítico, cfr. D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 174.

⁵⁴ Ni tampoco de los incapaces en general, ni de la sociedad «en la cual la raza puede ser considerada menor de edad»: cfr. J. S. MILL, *On Liberty* (1859), versión en español, *Sobre la libertad*, ed. P. DE AZCÁRATE, Alianza Editorial, Madrid, 1970. Para un análisis del modelo paternalista milliano respecto a los niños, cfr. D.A. HABIBI, *Liberty, Paternalism and the Status of Children*, en ID., *John Stuart Mill and the Ethic of Human Growth*, Kluwer, Dordrecht, 2001, pp. 158-181.

En relación con dicha categoría de sujetos, el paternalismo liberal no suena, entonces, como un oxímoron. Efectivamente, respecto al niño –percibido, como ya señalé, en términos de agente sólo "potencial", sujeto legalmente incapaz y, de hecho, incompetente ("básico" o "de fondo" diría GARZÓN VALDÉS⁵⁵) para decidir racionalmente sobre su propia vida– no se plantea el problema de salvaguardar espacios de libertad o de autonomía. En la óptica del modelo liberal tradicional (o milliano), los niños tienen que ser «protegidos de sí mismos»⁵⁶, ayudados para que superen su propia condición de dependencia desigual⁵⁷: en consecuencia, las intervenciones paternalistas frente a ellos, si están dirigidas a hacer efectivos sus intereses y/o evitar daños que los niños por sí mismos no podrían evitar, se deberían considerar como objetos de deberes positivos⁵⁸ o, de todas formas, como conductas que no exigen ninguna justificación ulterior, al contrario de cuanto ocurriría si se tratase de sujetos adultos.

Además, dicho modelo ha tenido una notable influencia en la configuración del estatus jurídico del menor de edad en el ámbito de los ordenamientos liberales, en los cuales, por mucho tiempo, la categoría dogmática de la incapacidad para actuar (que realmente nació para satisfacer exigencias de naturaleza patrimonial) ha constituido la exclusiva clave de lectura de la condición jurídica de quienes todavía no han alcanzado la mayoría de edad legal.

Pues bien, tomar en serio los derechos de libertad del niño, impone una relectura del influyente modelo milliano, construido sobre la idea según la cual la adquisición de la mayoría de edad marca un momento de ruptura en la historia personal del individuo: de una fase de construcción de un sujeto autónomo en la cual el niño, en cuanto tal, no participa activamente, se pasará, sin solución de continuidad, a una sucesiva, en la cual el mayor de edad, más que ciudadano, se convierte, también, en el «único artífice y responsable de su propio plan de vida»⁵⁹.

Y en esta dirección se mueven, por cierto, las más recientes doctrinas sobre los derechos de los niños que, aunque con significativas diferencias, prestan atención al problema de la justificación de las medidas de tutela que comportan una limitación de la libertad y de la autonomía del menor⁶⁰, sea haciendo referencia

⁵⁵ Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en *Doxa*, 5, 1988, pp. 155-174 y, más reciente, ID., *I limiti del diritto a sbagliare: multiculturalismo, paternalismo e tolleranza*, en *Ragion Pratica*, 24, 2004, pp. 81-98, espec. 89-90.

⁵⁶ J.S. MILL, op. cit., p. 112.

⁵⁷ Ver en este sentido: O. O'NEILL, *Children's Rights and Children's Lives*, en ALSTON, S. PARKER, Y. SEYMOUR (eds.), *Children, Rights and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 24-41 (versión en español de L. HIERRO, *Los derechos de los niños y las vidas de los niños*, en I. FANLO (ed.), *Derecho de los niños*, cit., pp. 77-106).

⁵⁸ Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *Desde la "Modesta propuesta" de J. Swift hasta las "Casas de engorde"*. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños, en *Doxa*, n.º 15-16, vol. II, pp. 731-744.

⁵⁹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law, Volume Three*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 34.

⁶⁰ Para un reciente análisis crítico de estas doctrinas, ver M. GONZÁLEZ CONTRÓ, *Derechos hu-*

a argumentos típicamente utilizados en el ámbito deontológico para justificar las conductas paternalistas frente a los adultos (como aquel del consenso hipotético, de la autonomía individual y de la irracionalidad)⁶¹, sea basándose, bajo una óptica consecuencialista, en la conveniencia de evitar un daño, o satisfacer un interés, a favor del niño destinatario de la intervención paternalista⁶² (y destinado, en ocasiones, a prevalecer sobre el interés del adolescente a gozar de algunos espacios de libertad)⁶³.

Bajo otro perfil, tomar en serio los nuevos derechos del menor también implica desconfiar del entusiasmo manifestado frente al alcance innovador de dichos derechos, recibidos por algunos como el feliz advenimiento de «una nueva forma de tutelar» que, en una perspectiva de superación gradual del viejo modelo asistencial, ve al menor, ya no como «un mero destinatario de tratamientos dispuestos a su favor», sino como un sujeto que ya es un «ciudadano»⁶⁴.

La configuración jurídica que los nuevos derechos de los niños asumen en la Convención de la ONU de 1989 bastaría para redimensionar el entusiasmo. Me limito a señalar dos aspectos que me parecen, para este propósito, significativos. En primer lugar, el dato, algo paradójico, según el cual, en los términos del art. 14 de la Convención citada, el rol de "guía" en el ejercicio de los derechos de libertad (religiosa, de conciencia, de opinión) adscritos a los menores se atribuye a los progenitores, o bien, precisamente a los sujetos que presumiblemente son, también, los principales destinatarios (*second parties*) de los derechos en cuestión. En segundo lugar, piénsese en el tan celebrado derecho del niño a ser escuchado, capaz, según la mayoría, de restituir voz a aquellos que, como sugiere la etimología del vocablo *infantes*, por mucho tiempo fueron considerados incapaces de expresarse. Dicho derecho, en la formulación que recibió en el art. 12 de la misma Convención, está compuesto por un derecho negativo (el derecho del niño a formarse una propia

manos de los niños: una propuesta de fundamentación, U.N.A.M., México, D.F., 2008.

⁶¹ Ver, en este sentido, M. FREEMAN, *The Moral Status of Children. Essays on the Rights of the Child*, Kluwer Law International and M. Nijhoff, Dordrecht, 1997; J. EEKELAAR, *The Importance of Thinking that Children have Rights*, en *International Journal of Law and the Family*, 1, 1992.

⁶² Cfr. T. CAMPBELL, *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult*, en P. ALSTON, S. PARKER S., J. SEYMOUR (eds.), *Children, Rights and the Law*, cit., pp.1-23 (versión en español de M. NARVÁEZ, *Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto*, en I. FANLO (ed.), *Derecho de los niños*, cit., pp. 107-141).

⁶³ Bajo este perfil, como he tratado de demostrar en otra ocasión, las doctrinas sobre los derechos de los niños son interpretables como doctrinas, tanto de los fines, como de los límites a la interferencia de los adultos en la vida de los niños: cfr. I. FANLO CORTÉS, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁶⁴ Cfr. en este sentido, entre otros, A.C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquiste di libertà e itinerari formativi: la convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Mursia, Milano, 1991; E. OCHAÍTA., M.A. ESPINOSA M.A., *El menor como sujeto de derechos*, en M.T. MARTÍN LÓPEZ (ed.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001. De las ideologías diversamente conectadas a la imagen del 'niño ciudadano' me ocupé en I. FANLO CORTÉS, *I diritti politici del minore. Alcune considerazioni sull'idea del 'bambino cittadino'*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIX, 1999, pp. 169 ss.

opinión) y por un derecho positivo (a lograr que las propias opiniones reciban, por parte de aquellos a los cuales se dirigen, el justo peso en proporción con su edad y madurez). Sin embargo, según la interpretación más difundida⁶⁵, las normas expresadas por la disposición citada no hacen referencia a las genuinas opiniones del niño, sino sólo a las opiniones que son consideradas como sensatas, según un juicio de madurez por parte del adulto: sólo a éstas se les debería dar libertad de expresión, al tiempo que la "edad" y la "madurez", son los parámetros de identificación del niño al cual se le reconoce el derecho a ser escuchado.

Estas consideraciones no deben generar estupor: sólo muestran cómo, en el proceso de especificación de los derechos de libertad a favor los niños, dichos derechos, al hacer referencia a sujetos en edad evolutiva, se convirtieron en algo diferente respecto a los correspondientes derechos del hombre considerado de forma abstracta (o, mejor, del hombre asumido como "metro-patrón"). El carácter de especificidad de los derechos de libertad del niño, respecto al paradigma tradicional de los derechos humanos, se puede identificar precisamente en la aún más incisiva red de límites que caracteriza su ejercicio y, en consecuencia, su contenido⁶⁶. Se trata, en la mayoría de los casos, de límites previstos por normas de competencia que atribuyen poderes en cabeza de terceros: por ejemplo al juez, a quien corresponde, con base en el derecho interno e internacional, la decisión de establecer cuál es el mejor interés para el menor, no obstante las eventuales elecciones y opiniones expresadas por este último. Pero, también, estas normas de competencia son dirigidas a los progenitores, a quienes, por ejemplo, y como ya vimos, la Convención de la ONU de 1989, reconoce el poder de guía (*a funny kind of right*, como sugiere HARRY BRIGHOUSE⁶⁷) en el ejercicio de los derechos de libertad de los hijos.

Es evidente que la especificidad de los derechos de libertad del niño se justifica en la necesidad de equilibrar la exigencia de tutelar algunas manifestaciones de autodeterminación del menor, con la exigencia de evitar que dichas manifestaciones lesionen, o comprometan, su desarrollo psicofísico. En otras palabras, también los nuevos derechos del niño deben contar con la intervención de los adultos: sobre el plano conceptual, esto impide concebir el deber correlativo a tales derechos en un sentido meramente negativo. Por cierto, dicha especificación también se revela inevitable si, en lugar de la imagen del niño como agente sólo potencial (herencia

⁶⁵ Al menos entre los jueces italianos, como se indica en los estudios conducidos por A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2001 y V. POCAR, P. RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, La Terza, Roma-Bari, 2004.

⁶⁶ En efecto, en relación con los derechos de libertad, no creo que tenga mucho sentido distinguir entre límites de ejercicio y límites de contenido. Como señala A. PACE (*Problematica delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 1992, p. 147) «el contenido de los derechos de libertad se realiza en el *agere licere*, es decir, en el ejercicio de una determinada libertad y de las facultades en ella previstas».

⁶⁷ H. BRIGHOUSE, *What Rights (if any) do Children Have?*, en D. ARCHARD, C. M. MACLEOD, (eds.), *The Moral and Political Status of Children*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 31-52.

de la tradición liberal), se prefiere la concepción del niño como actor social competente, actualmente de moda en la "nueva" sociología de la infancia⁶⁸.

En efecto, usando la conocida metáfora kantiana, los derechos humanos liberales marcan la salida del individuo de la minoría de edad (o, al menos, en esta óptica fueron elaborados), es decir, son derechos adultos, como, por cierto, lo son los derechos discrecionales defendidos por la teoría hartiana. En relación con los sujetos que aún se encuentran en el estadio de la minoría de edad (que en el caso de los niños es literal), el lenguaje de los derechos, a pesar de su pretensión de neutralidad, no traiciona sus propias raíces históricas, es decir, aquellas de un lenguaje "inventado" por la tradición liberal para un sujeto-patrón, definido por la acostumbrada secuencia hombre-adulto-racional (varón, occidental, blanco, heterosexual, etc.), pero que, si se aplica a la variable-niño, debe ser reformulado, actualizado, rediscutido.

Bajo este perfil, el caso de los nuevos derechos del niño, confirmaría la tesis del origen histórico y particularista de los derechos: una tesis que, por cierto, no está, *per se*, en contraste con la pretensión de universalismo que generalmente acompaña los discursos sobre los derechos humanos e, incluso, puede favorecer la superación de las disidencias teóricas y políticas que surgen, a menudo, a raíz de dicha pretensión.

Por último, como los "viejos" derechos de prestación, también los nuevos derechos del menor, reflejan la relación problemática entre niños y derechos humanos, pero, de nuevo, en la problemática de dicha relación reside, precisamente, su mayor interés teórico.

⁶⁸ Me refiero a los últimos desarrollos de la reflexión sociológica sobre la infancia que, animada por la convicción de que el niño mediante su quehacer cotidiano es capaz de incidir sobre la propia realidad social, basa el análisis en una conceptualización del niño en términos de «actor social»: en este sentido, L. ALANEN, *Rethinking Childhood*, en *Acta Sociologica*, vol. 31, 1, 1988, pp. 53-67; J. QVORTRUP, *Childhood in Europe: A New Field of Social Research*, en L. CHISHOLM, P. BUCHNER, H. KRUGER, M. DU BOIS-REYMOND (ed.), *Growing Up in Europe: Contemporary Horizons in Childhood and Youth Studies*, de Gruyter, Berlin, 1995 y O. BOGGI, *La sociologia alla scoperta dell'infanzia: un problema di ridefinizione teorica*, en G. MAGGIONI y C. BARALDI, *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattroventi, Urbino, 1997, pp. 65-86.