

NOTAS PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA INFANCIA EN TÉRMINOS DE JUSTICIA

Isabel E. Lázaro González

Lección Inaugural del
Curso Académico 2010-2011



Isabel E. Lázaro González

NOTAS PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA INFANCIA EN TÉRMINOS DE JUSTICIA

Lección inaugural del curso académico 2010-2011
de la Universidad Pontificia Comillas

Pronunciada el 22 de septiembre de 2010



2010

© Universidad Pontificia Comillas

ISBN: 978-84-8468-292-9

Depósito legal: M-35333-2010

Imprime:

Gráficas ORMAG

e-mail: ormag@graficasormag.com

Avda. de la Industria, 8. Nave 28. Telef. 91 661 78 58

28108 ALCOBENDAS (Madrid)

Al profesor Puente Egido,
maestro en las tareas universitarias.
A mis hijas, por las ausencias.
A Javier, paciente compañero del alma.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
1. INTRODUCCIÓN	7
2. DEL NIÑO-OBJETO AL NIÑO-SUJETO, PASANDO POR LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA	8
3. DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS	16
4. POR QUÉ UNA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA ESPECIFICIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS	23
5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS	28
6. DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS	31
7. DEL DESARROLLO Y REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS: TAREAS PENDIENTES	33

«Parte de nuestra existencia reside en las almas de quien se nos aproxima: he aquí por qué es no humana la experiencia de quien ha vivido días en que el hombre ha sido una cosa para el hombre»

Primo Levi. Si esto es un hombre

1. INTRODUCCIÓN

La caridad en la verdad es la principal fuerza impulsora del auténtico desarrollo de cada persona y de toda la humanidad. Así comienza la Carta Encíclica «Caritas in veritate» que, publicada en julio del 2009, Benedicto XVI dedica al desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad. Reconociendo en el amor una fuerza extraordinaria que mueve a las personas a comprometerse con valentía y generosidad en el campo de la justicia y de la paz, inmediatamente la Carta pone el amor en estrecha relación con la verdad y, por eso mismo, con la justicia. La caridad va más allá de la justicia, porque amar es dar, ofrecer de lo «mío» al otro; pero nunca carece de justicia, la cual lleva a dar al otro lo que es «suyo», lo que le corresponde en virtud de su ser y de su obrar. No puedo «dar» al otro de lo mío sin haberle dado en primer lugar lo que en justicia le corresponde.

Este es nuestro punto de partida: hablar de la justicia en el tratamiento de los derechos de los niños y adolescentes, dando a cada uno lo que le corresponde. A partir de ahí, amar con generosidad.

Para marcar unos trazos sobre esta cuestión que nos ocupa —en unas notas no hay pretensión de dejar el cuadro acabado—, es preciso repasar la transformación que ha sufrido la posición de los menores en el Derecho. ¿Cómo ve el Derecho a los niños? ¿Cómo los trata? A continuación diré algo sobre el fundamento último de ese tratamiento en la dignidad de la persona. Estos cambios en la consideración social y jurídica del niño se han plasmado en normas, normas que han sido a su vez motor de transformación en la consideración social y jurídica de los derechos del niño; tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Sobre la base de los dictados de la Convención y su

eficacia transformadora en los sistemas jurídicos estatales, es preciso detenerse, aunque sea brevemente, en el principio del interés superior del menor. Unas notas sobre la posición de los menores en el Derecho y, concretamente, en el Derecho de los derechos humanos, necesitaban, por otra parte, de una referencia a la capacidad de obrar de los niños vinculándola al desarrollo de las capacidades del niño para querer y actuar autónomamente. Para terminar, he querido preguntarme por las tareas pendientes: ¿Basta el reconocimiento formal de los derechos al niño? ¿Queda algo por hacer? ¿Hemos hecho ya justicia con los niños y lo que demos a partir de ahora es caridad?

2. DEL NIÑO-OBJETO AL NIÑO-SUJETO, PASANDO POR LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

Hablar de infancia trae a la memoria la cara de un bebé sonrosado y sonriente, al «niño de la tele» anunciando «perfecta vida familiar» que se consigue consumiendo cualquier producto, los niños en la escuela apoyados en el pupitre sonriendo... Hablar de adolescencia nos aleja un poco de ese mundo idílico, evoca dificultades, contestaciones a gritos, los «colegas» saliendo el jueves a beber... En el imaginario social se manejan distintos arquetipos de niños y adolescentes: el niño travieso, el niño problema, el niño consumista, el niño cosificado, el niño sobreprotegido, el niño familiar, el niño inocente... En ocasiones los niños son interpretados como prolongación del proyecto familiar de los adultos asumiendo éstos el monopolio sobre la interpretación de las necesidades infantiles. Otras veces, los niños y niñas se conciben fundamentalmente como receptores de recursos de tipo material y afectivo o se les reconoce como seres problemáticos, peticionarios constantes de bienes de consumo y al adulto como provisor ilimitado de éstos.

Con poco que miremos a nuestro alrededor podemos encontrar niños o adolescentes ocupando un lugar en la sociedad que es particular de la época en la que vivimos. Podemos poner algunos ejemplos. En junio, cuando estaba acabando de escribir estas páginas, se publicaba en la prensa la siguiente noticia: «Los niños saben muy bien lo que quieren, son ellos los que eligen su ropa». El diseñador catalán Custo Dalmau

presentó en la 71ª edición de la Feria Internacional de la Moda Infantil (FIMI) en Feria Valencia su segunda colección de moda infantil. Convive con cinco niños en casa y defiende el criterio de los pequeños a la hora de elegir su ropa ¹. Resulta elocuente también un anuncio de la época de mayor alegría consumista en que una niña de corta edad, cogida de la mano de su padre, mira un oso enorme en un escaparate y dice: «me encanta ese peluche, reconozco que me muero por gritar ¡papi, papi, quiero ese oso!, pero no, esperaré que pase por un momento económico más holgado. Mejor no se lo pido». Una voz en *off* aclara: «Como esto es imposible, hemos creado la tarjeta de pago fácil (se añade el nombre del banco anunciante) para dividir las compras... y esto sí es posible» ². En un caso y en otro, los niños constituyen un elemento a tener muy en cuenta en la sociedad de consumo. En algunos casos se atribuye al niño un papel de tirano. En una sociedad que tiene el consumo por elemento central, el niño es cada vez más prescriptor (dictador), más y más autónomo en su elección y expresa sus gustos cada vez más temprano ³. Efectivamente, se coloca al niño en una posición dudosamente envidiable: «se ha comprobado —decía Carlos Ballesteros en unas Jornadas sobre Derecho y Menores celebradas en 2004— cómo los niños parecen haberse convertido en un elemento importante, en un objeto de deseo, interesantes para el sistema de consumo, publicidad y marketing» y añade que son objetos de deseo en sí mismos como compradores, lo son en cuanto cantera a medio y largo plazo, pero también por su papel en las decisiones familiares o por su utilización como valor añadido que enriquece simbólicamente las marcas y productos anunciados ⁴.

¹ *El País*, 19 de junio de 2010.

² El anuncio lo recogen GÓMEZ ESPINO, J. M. y BLANCO LÓPEZ, J., «Los niños en la publicidad. Una propuesta de categorización de las representaciones sociales sobre la infancia en los anuncios televisivos», *Zer*, 19, 2005, p. 65.

Según Ferrán Casas, los estudios muestran que los progenitores valoran más al hijo como consecuencia de que se es padre o madre a mayor edad, hay más familias monoparentales, hay culpabilidad por no pasar tiempo con los hijos y, como consecuencia, se les compran más cosas. Los niños son, a la vez, un mercado de consumidores primarios y un mercado de influencias. [CASAS AZNAR, F., «Consumo e imaginario infantil», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. V. (coords.), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2005, p. 216].

³ BALLESTEROS GARCÍA, C., «El papel del niño en las decisiones de consumo ¿una tiranía?», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. V. (coords.), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2005, p. 22.

⁴ BALLESTEROS GARCÍA, C., *El papel del niño en las decisiones de consumo ¿una tiranía?*, cit., p. 29.

En otras ocasiones el niño o el adolescente se presenta como un sujeto problemático, agente de violencia que para algunos debe sufrir una sanción del Derecho equiparable a la de los adultos. En abril de 2010, a propósito del caso de Cristina M. S., la menor de trece años muerta en Seseña, o de Miguel C., acusado de violar y matar a la sevillana Marta del C., elmundo.es publica los resultados de un estudio sobre delincuencia juvenil. Los datos revelan que uno de cada cuatro jóvenes reconoció haber vivido sucesos traumáticos cuando era niño. La experiencia más común en todos ellos era el consumo de alcohol y sus consecuencias dentro del domicilio familiar (14,5%), siendo las chicas las que de forma más frecuente reconocieron haber sufrido todos estos acontecimientos adversos. Publicaba ABC el martes 6 de abril que el Partido Popular ha preparado una proposición de ley para reformar la Ley del Menor —la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores— en la que sugiere que los menores delincuentes puedan recibir «ciertos tratamientos psiquiátricos», incluso en contra de su voluntad o la de sus padres, si lo necesitan para rehabilitarse. La portavoz del Partido Popular en el Congreso, Soraya Sáenz de Santamaría, ha sido la encargada de adelantar estas medidas «ineludibles» durante una rueda de prensa, en la que ha deseado que el Gobierno y el Partido Socialista dejen de poner «excusas» para «no legislar en caliente»⁵. En nombre del Grupo Popular en el Congreso Alfonso Alonso Aranegui decía, entre otras cosas, lo

⁵ El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 22 de abril de 2010, debatió la Interpelación urgente del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para combatir y erradicar la delincuencia en los menores:

«De la Memoria de la Fiscalía General del Estado para 2008 se desprende un incremento significativo de la delincuencia cometida por menores donde se observa, por un lado, que el índice de la criminalidad juvenil en la comisión de delitos más graves —homicidio, delitos contra la libertad sexual, robo con fuerza— ha aumentado respecto a los años 2007 y 2006 y, por otro, que el número de delitos tales como lesiones o robo con violencia, pese haber sufrido un ligero descenso respecto a estos años, continúa siendo muy elevado. Otro dato alarmante que pone de relieve la Fiscalía es el relativo al significativo incremento de delitos cometidos por las bandas juveniles, dirigidas por adultos e integradas por menores de hasta doce años.

Esta información contenida en la Memoria se confirma con los datos provisionales del Consejo General del Poder Judicial del año 2009, según los cuales 29.462 menores han sido enjuiciados por conductas tipificadas como delitos y faltas. Estas cifras reflejan un incremento de 3.100 menores enjuiciados en relación con el año anterior. Si atendemos a las condenas, los datos provisionales facilitados por el INE reflejan un incremento, en el año 2008, del 16,8% de menores condenados por sentencia firme e inscritos en el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.

Hechos tan dramáticos como éstos evidencian la necesidad de abordar, de forma decidida, el problema que supone el aumento de la delincuencia juvenil, con el objeto de atajar de forma con-

siguiente: «La respuesta a los casos de violencia debe ser una respuesta integral que de un lado implique a la sociedad en su conjunto —padres, educadores, servicios sociales, servicios sanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, medios de comunicación, etcétera— y de otro actúe como un eje transversal que busque respuestas coordinadas en los ámbitos de la educación, el ocio y el uso de las nuevas tecnologías y las respuestas públicas, incluidas las penales. Por eso es también esencial abordar de una vez la reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, porque una de las cuestiones que más alarma e indignación social produce es la sensación de impunidad que perciben los ciudadanos cuando ven en los delitos más graves la absoluta falta de proporcionalidad entre la respuesta sancionadora de la ley y la gravedad de la conducta criminal, porque la sociedad se siente indefensa cuando menores que han cometido delitos violentos y graves están en la calle sin haber sido reeducados. Esta fue la causa de que se acometiera la reforma de la ley en el año 2006, que sin embargo quedó al final más como un gesto a la galería que otra cosa, porque la sensación de impunidad, de que esos crímenes salen gratis ha aumentado, y la imagen de abandono de las víctimas y de sus familias está grabada en la conciencia de los españoles»⁶.

Niños y adolescentes desempeñan un papel polivalente en la sociedad y esa pluralidad tiene su reflejo en el mundo del Derecho. Nada como una

tundente la alarma social que se ha generado por el incremento de la delincuencia de menores, así como de poner fin a la sensación de impunidad que rodea a estos hechos.

Es necesario pues, adoptar una serie de medidas que constituyan un eficaz instrumento para disuadir a los jóvenes de emprender el camino del crimen, así como hacer posible la reeducación de aquellos que ya lo hubieran iniciado. Medidas que den una respuesta integral al problema de la delincuencia juvenil y a todo lo que a ello subyace, que impliquen a toda la sociedad en su conjunto, y que abarquen, de forma coordinada, todos los ámbitos que rodean al menor, como son la educación, el ocio, el uso de las nuevas tecnologías y el ámbito público (incluido el penal).

Por todo lo anteriormente expuesto, el Grupo Parlamentario Popular formula la siguiente Interpelación urgente sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para combatir y erradicar la delincuencia en los menores». (BOCG Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie D: General, núm. 383, 28 de abril de 2010, pp. 45-46).

⁶ El Ministro Rubalcaba, tras desmentir el incremento de la delincuencia juvenil en España atendiendo también a los datos del Informe de Fiscalía, afirma que «si en alguna materia los tratamientos preventivos tienen interés, es justamente en materia de criminalidad o de delincuencia juvenil, porque a nadie se le escapa que los delincuentes en general no leen el Código Penal. (...) Otra cosa distinta es que deba haber una respuesta social, proporcional, que deban evitarse esos casos de alarma social que se dan, por cierto, algunos casos muy concretos también». (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 157, 22 de abril de 2010, pp. 9-14).

mirada hacia la historia para comprender de dónde venimos y hacia dónde vamos en el lugar que ocupa el niño en el sistema jurídico.

La historia de la posición del niño en la sociedad pone de manifiesto que se han experimentado cambios enormes. Al hacer nuestra primera parada en el mundo romano, punto obligado para los estudiosos del Derecho, encontramos el paradigma del niño-objeto, propiedad de su padre, en una organización social patriarcal y autoritaria. El padre romano «poseía sobre sus hijos el derecho de vida y de muerte, y con más razón la facultad de imponer los castigos corporales; podía modificar a voluntad su condición personal; dar esposa al hijo, ceder en matrimonio a la nieta; pronunciar el divorcio de sus hijos, de un sexo u otro, hacerles pasar a otra familia por adopción; podía, en fin, venderlos»⁷. Este poder del padre se va limitando poco a poco a lo largo de la historia, pero conserva hasta muy recientemente unas dimensiones que hacen de la patria potestad una institución jurídica fundamental para las sociedades que consideran que las relaciones de autoridad y obediencia son la piedra angular del orden social⁸.

Pese a que esta perspectiva cambia, pasando desde el prisma de la propiedad hacia la perspectiva de la protección, hasta no hace demasiado tiempo —y aún quedan restos en el sistema jurídico— el niño ha sido tratado por el Derecho como un objeto, aunque fuera un objeto de protección. En el siglo XIX, en el marco de la industrialización, ciertas situaciones que padecían los niños, como los altos porcentajes de mortalidad infantil a causa de la falta de higiene, la mala alimentación y asistencia sanitaria, el empleo de los niños como mano de obra barata, etc., parecen hacerse más visibles e intolerables socialmente⁹. Comienzan, por ello, a articularse

⁷ Había dos categorías de ciudadanos: los padres de familia y los hijos de familia, estos últimos jurídicamente dependientes de los padres, permaneciendo niños para el Derecho mientras el padre (o el abuelo) estuviera vivo. La muerte del padre convertía a los hijos varones a partir de los catorce años en padres de familia, aunque no tuvieran hijos.

⁸ REIS MONTEIRO, A., *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid 2008, pp. 53-54.

⁹ Cuenta Francisco Canes en un artículo en torno a la figura de López Núñez que «las necesidades familiares eran tan extremas que se explotaba a los niños a edades muy tempranas porque eran mano de obra barata incluso, muchas veces, trabajando a cambio de la comida. Las familias se veían obligadas a ello cuando tenían que recolectar los productos agrícolas o vigilar los animales domésticos. Las niñas se ocupaban, principalmente, del cuidado de sus hermanos más pequeños o de atender las labores domésticas cuando la madre trabajaba fuera de casa por lo que, algunas, no llegaron a pisar la escuela. Los maestros rurales se quejaban de que durante la época de la recolección aumentaba el absentismo escolar porque los padres anteponian la economía familiar a la educación de sus hijos». CANES GARRIDO, F.,

vías de protección para atender las necesidades especiales de los niños y se abre una época de preocupación por la protección de la infancia que, en el último tercio del siglo y primeros años del siguiente, se traduce en un movimiento social y de reforma normativa¹⁰. El movimiento social se manifiesta en los primeros encuentros nacionales e internacionales —como el Congreso Internacional sobre Protección de la Infancia celebrado en Bruselas en 1913— y en el nacimiento de algunas organizaciones de protección —como la Asociación Internacional para la Protección del Niño, creada en 1921 e incorporada a la Sociedad de Naciones en 1924 o Save the Children, fundada en 1919 por Eglantyne Jebb y su hermana Dorothy Buxton en Londres—. Algunos países comienzan ya en los últimos años del siglo XIX a reformar sus leyes para prolongar la escolarización y retrasar la entrada en el mundo laboral. En España se aprobó una Ley de Protección a la Infancia en 1904, inspirada en una francesa de 1874. En cuanto a la aparición de instrumentos internacionales de protección de los niños resulta obligado mencionar el primer eslabón en la cadena de reconocimiento normativo de derechos a los niños: la Declaración de los Derechos del Niño, que partiendo de un proyecto de Eglantyne Jebb, fue adoptada por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones por unanimidad en septiembre de 1924. Años más tarde, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaría también por unanimidad una nueva Declaración de los Derechos del Niño.

En realidad el lugar que ha ocupado el niño hacia la mitad del siglo XX ha sido contradictorio. Consolidada la figura del niño como el centro de la familia, objeto de cuidado especial, el niño no era visto como sujeto por

«Álvaro López Núñez (1865-1936) y la protección a la infancia en España», en BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R., y CONEJERO LÓPEZ, S. (coords.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: La educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009, vol. 2, 2009, p. 43.

Los niños, hasta finales del siglo XIX, habían sido vendidos, encarcelados, torturados, utilizados en trabajos penosos desarrollados en el interior de las minas y de las fábricas como consecuencia del proceso de industrialización. Durante esa época precisamente empezó a surgir la concepción del menor como sujeto digno de protección.

¹⁰ Ciertamente pueden encontrarse con anterioridad a esta época instituciones de protección de menores, pero en el siglo XIX se producen cambios sustanciales en cuanto a la consideración social de la infancia desfavorecida y la respuesta jurídica a esta preocupación. Para una aproximación histórica a la evolución del sistema en España, desde la caridad privada a la beneficencia, *vid.*, PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid 2006, pp. 21 y ss.

el Derecho, sino casi como una inversión económica, educativa y existencial¹¹. Lo fundamental es proteger al niño pero, aunque se habla de sus derechos, realmente el niño no es sujeto titular de los mismos. Así se explica que, todavía en 1977, una iniciativa de la Conferencia Europea sobre Derecho de Familia recomiende a los legisladores nacionales, como novedad a introducir en sus sistemas, que consideren a los niños ya no como sujetos protegidos por el Derecho sino como titulares de los derechos jurídicamente reconocidos. Y si hablamos del Derecho español, la consideración del menor como objeto de protección es una constante que no va a cambiar hasta la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996¹². Esta Ley constituye la primera expresión positiva de la consideración del menor como sujeto en las normas internas de nuestro sistema tras la ratificación de la Convención de 1989.

Hemos tenido que esperar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 para que los niños y adolescentes sean considerados personas por el Derecho y, como tales sujetos de derecho, con participación activa en las decisiones que afectan a su vida, aunque en determinados supuestos las normas establecieran una obligación de oír al menor.

Pero hasta que ha llegado ese momento, se han utilizado argumentos diversos para justificar una protección a la infancia como bien para la sociedad que permitiera a otros hacer y deshacer en la vida de los niños. Se ha dicho que debía protegerse al niño porque en los niños estaba el futuro de la sociedad. Como consecuencia de esta consideración, la protección de los niños constituye en realidad una protección del adulto que el niño llegará a ser. Es decir, el niño no se considera un ser digno en sí mismo sino en tanto constituye un adulto en potencia¹³. Existe, sin embargo, como bien apunta Sánchez Vázquez, un salto cualitativo

¹¹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, M. J., «Ética e infancia: El niño como sujeto moral», *Fundamentos en Humanidades*, año VIII, núm. I (15), 2007, p. 182.

¹² La Constitución no toma una posición clara y en la reforma del Código Civil de 1981 tampoco se produce un cambio significativo. ALÁEZ CORRAL, B., (*Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 2003, pp. 40-41) estudia la reforma de 1981 (*Leyes de mayo y julio de ese año*) y aprecia que se sigue regulando un poder del padre o tutor sobre el menor, eso sí, subordinado al cumplimiento de una función en beneficio del hijo y sometida al control judicial.

¹³ BARRANCO AVILÉS, M. C., «¿Por qué hay que proteger los derechos de los niños? Los derechos de los niños desde las teorías morales basadas en derechos», en BARRANCO AVILÉS, M. C., y GARCÍA FERRER, J. J. (coords.), *Reconocimiento y protección de los derechos de los niños*, Instituto Madrileño del Menor y la

importante entre ver en ese ser en crecimiento alguien que sólo significa el futuro de la sociedad y el incorporar la idea básica de que el niño es un sujeto de derechos, con la convicción de que cada niño, cada adolescente, debe tener la oportunidad de desarrollarse y ser reconocido como persona ¹⁴.

Dicen José Antonio Marina y María de la Válgoma que las luchas reivindicativas tienen que enfrentarse a mitos legitimadores con los que el poderoso pretende adecentarse. «El poder siente pudor de apelar sólo a la ley del más fuerte —dicen estos autores—. El mito legitimador de la esclavitud era la diferencia natural entre libres y esclavos, unos nacidos para mandar y otros para obedecer. Éste fue también el mito legitimador de las aristocracias, las castas y los racismos. El mito legitimador del absolutismo político fue el origen divino de la autoridad. El mito legitimador de las coacciones religiosas, procurar la salvación y obedecer un mandato divino. En la discriminación de la mujer, funcionaron dos mitos legitimadores. Primero: *La mujer es peligrosa*. Segundo: *La mujer es mentalmente inferior*. Ambos recomendaban el mismo remedio: controlarlas, tutelarlas, atarlas en corto» ¹⁵. Desde mi punto de vista, en el caso de los menores de edad, el mito es su falta de capacidad natural para querer lo que realmente favorece su interés; los niños quieren lo que no deben, por eso otros deben querer por ellos. Adopta así el ordenamiento jurídico una actitud paternalista en la que se decide sobre otra persona, por ella, sin ella (sin tomarla en consideración), limitando su autonomía o libertad de decisión con la finalidad de evitarle un daño o proporcionarle un bien ¹⁶.

En este mismo sentido que apunto, Campoy considera que uno de los mitos que más ha perdurado a lo largo de la historia es la consideración de que el niño es un ser humano imperfecto, ya que la perfección sólo se

Familia, Madrid 2006, p. 18; O'NEILL, O., «Los derechos de los niños y las vidas de los niños», en FANLO, I., *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México 2004, pp. 77-106.

¹⁴ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, M. J., «Ética e infancia: el niño como sujeto moral», *Fundamentos en Humanidades*, año VIII, núm. I (15), 2007, p. 190.

¹⁵ MARINA, J. A. y DE LA VÁLGOMA, M., *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Barcelona 2005, p. 77.

¹⁶ Es interesante la reflexión de Seoane sobre los distintos modelos en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad, a propósito de los derechos de los pacientes y su autonomía para decidir acerca de cuestiones de salud: Vid. SEOANE, J. A., «El significado de la Ley básica de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación», *DS*, vol. 12, núm. 1, enero-junio 2004, pp. 41-51.

puede lograr en la edad adulta. El niño es, en todo caso, un ser susceptible de perfección que, con el tiempo, puede llegar a ser el pretendido adulto perfecto. Desde esta concepción se destacan como negativas las cualidades que son propias de la niñez y se subrayan como positivas aquéllas que han de permitir al niño abandonar su estadio de imperfección para alcanzar la perfección en la edad adulta ¹⁷.

No ha resultado —no está resultando— sencillo librarse de argumentaciones presuntamente protectoras que permiten, a quien tiene socialmente poder, adoptar decisiones sobre la vida de otro sin contar con él. Pero el proceso de desenvolvimiento de los derechos humanos con su onda expansiva no admite otra posibilidad: los niños también son seres humanos y, en consecuencia, también ellos son titulares de los derechos humanos.

3. DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

El respeto a la dignidad humana constituye la garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones y esa dignidad del ser humano permite afirmar el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo ¹⁸. La consideración del menor como sujeto de los derechos humanos se sostiene —igual que ocurre con los adultos— en la dignidad humana. En el reconocimiento de un valor intrínseco al ser humano, y hablamos de cada uno de los seres humanos, no de la humanidad entendida en su conjunto, se ha encontrado el fundamento último de los derechos de la persona. Esta afirmación que en la «era de los derechos» aceptamos sin pestañear como una verdad natural, como algo evidente, es el resultado de un largo camino de lucha por la universalidad en el reconocimiento de los derechos ¹⁹.

¹⁷ CAMPOY CERVERA, I., «La necesidad de superar los mitos sobre la infancia», en BARRANCO AVILÉS, M. C. y GARCÍA FERRER, J. J. (coords.), *Reconocimiento y protección de los derechos de los niños*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Madrid 2006, pp. 35-36.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, 4ª Ed., Madrid 1991, p. 318.

¹⁹ Si se contempla el proceso de evolución seguido, se impone un encuadre dinámico de la historia del reconocimiento de los derechos, que se articula en función de los movimientos culturales, los modelos políticos y los procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación (Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría General*, Universidad Carlos III y

Hasta que llega el reconocimiento de esa dignidad en el niño, la humanidad sigue un lento proceso de evolución que pasa por las tesis iusnaturalistas, que entienden los derechos humanos como herencia de los derechos naturales, y las doctrinas cristianas que consideran que el hombre posee estos derechos por ser criatura o reflejo de Dios²⁰. Pero es el racionalismo ilustrado el punto de partida de la fundamentación actual de los derechos humanos. Se formula entonces, como categorías que pretenden expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana, un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos²¹. No se concluye, sin embargo, de forma inmediata el reconocimiento de derechos al niño. Ese reconocimiento, que hoy puede parecer obvio, es más reciente. Veamos por qué.

En realidad, como herencia de la Ilustración —aunque puedan encontrarse atisbos de esta posición con anterioridad— se ha venido vinculando la dignidad humana a la autonomía del sujeto: como el hombre es capaz de llevar a cabo una actuación moral consciente y libre, puede ser considerado sujeto de derechos. El resto de los seres sólo pueden ser objeto a proteger o a disponer por el derecho. Kant ha sido probablemente el autor que con mayor intensidad ha enlazado la dignidad del hombre a su racionalidad y autonomía. Sólo el hombre no es susceptible de precio sino de dignidad: «En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por

BOE, Madrid 1995, p. 156 o PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba», *Entre la ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I. Dykinson, Madrid 2008, p. 1.084).

²⁰ Son muchos los peldaños que han debido recorrerse en el mundo de las ideas para dar soporte a este reconocimiento en el niño de una dignidad equiparable a la del adulto. Podría citarse a Descartes, que coloca al hombre en el primer plano de la escena filosófica y le otorga el status y la dignidad de sujeto, ser racional en proceso de perfeccionamiento. No debe olvidarse la doctrina de Locke que, en los aspectos que más nos interesa destacar, constituye un paso esencial. Entiende Locke que la naturaleza humana está ubicada bajo el signo de la libertad, la cual es condición, medio y fin de una existencia auténticamente humana. Cada uno es sujeto responsable e irremplazable de deseos y acciones imputables a él solo, «al igual que un padre no puede querer por sus hijos». Un interesante resumen acerca de estas aportaciones puede verse en GOYARD-FABRE, S., «Los derechos del hombre: Orígenes y perspectiva», en SAUCA, J. M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1994, pp. 23-50.

²¹ PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba», cit., p. 1.082.

encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad»²². La dignidad, que consiste en no ser tratado como un medio ni por otro ni por uno mismo, eleva al hombre sobre el resto de los seres. Según Kant, la persona, aunque pertenece al mundo de los sentidos, por su naturaleza racional, lo supera y se presenta como un ser dotado de libertad y autonomía. «El imperativo práctico será: Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»²³. Y añade en esta misma obra: «Así pues, la *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»²⁴.

Quizá muchos de nosotros podemos estar tentados de suscribir estas palabras de Kant, pero vincular la dignidad humana a la libertad de la persona en el sentido apuntado conduce a excluir de la consideración de esa dignidad a todos los seres humanos que carecen de esa autonomía o que disfrutan de una autonomía limitada. Es decir, queda excluido de la consideración de persona un importante grupo de seres humanos a los que se niega la posibilidad de ser sujetos de derechos por carecer de autonomía²⁵. En lo que ahora nos interesa, los niños —al menos en los primeros periodos de su vida— carecen de autonomía y, siendo consecuentes, deberíamos afirmar que carecen de dignidad.

²² KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid 2002, A 77, pp. 123-124.

²³ KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., A 66, p. 116.

²⁴ KANT, I. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., A 79, p. 125. BADILLO O'FARREL, P., «Los derechos humanos en el umbral del siglo XXI», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época. vol. VIII, Tomo 1, 2006, p. 72, entiende que «hablar de libertad en la base de los derechos humanos supone dar lugar de preeminencia a la idea de agencia (*agency*) del individuo, o lo que es igual la capacidad del mismo de poder realizar las acciones que estime pertinentes y que las lleva a cabo a través de una libre elección, además de que pueda llevar a cabo modificaciones en la realidad propia o de otros». Aclara este autor que, en el mismo sentido que lo hace Michael Ignatieff, al hablar de agencia se refiere a la capacidad del individuo de compatibilizar en su acción los conceptos de libertad y de dignidad y al hablar de agencia individual se centra en la capacidad de acción de cada hombre, con la garantía de los derechos en que se apoya.

²⁵ Cabrera Caro extrae las conclusiones: «En la medida en que los niños y las mujeres tienen una autonomía restringida (a estos habría que añadir los concebidos y no nacidos, los enfermos terminales o en coma irreversible, los discapacitados psíquicos, los pobres, los ancianos, etc.) son seres menos «dignos» o «menos humanos». A todos ellos tendríamos que negarles la titularidad de los derechos, pues todos ellos son «escasamente autónomos». CABRERA CARO, L., «Autonomía y dignidad: La titularidad de los derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. III, 2002, pp. 29 y 32-33. En el mismo sentido, MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., «Argumentos a propósito de la universalidad de los derechos humanos», *Derechos Humanos. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 2, núm. 5, 1995, pp. 427-428.

En una línea de pensamiento cercana a la de Kant, Mathieu fundamenta los derechos humanos en la racionalidad del hombre: El hombre es racional y libre, y en el ejercicio de su razón y de su libertad se realiza como ser humano, actúa como sujeto moral y logra el cumplimiento de sus fines; en esas capacidades naturales del hombre se asientan, pues, ciertos bienes que le son propios y cuyo respeto es necesario para la realización personal de cada miembro de la sociedad²⁶. Esta posición es también excluyente de todos los seres humanos que no tengan esas cualidades: «ser racionales y libres». Los niños (y quienes padezcan una deficiencia que limite su racionalidad y su libertad) no serían titulares de los derechos humanos.

Quizá alguno podría pensar que todas estas dificultades se pueden superar trasladando la voluntad de quien carece de ella a otro sujeto que ejerce la autonomía en su lugar. Martínez Pujalte muestra las dificultades de este razonamiento respecto a los derechos humanos a través de un ejemplo que nos resultará útil. «Supongamos que estamos de acuerdo en que uno de los derechos humanos es el derecho a la integridad física, y que tal derecho comporta la facultad de mutilarse. Pues bien, si entendemos ese derecho como un poder de la voluntad, el esquema de la teoría de la voluntad implicaría afirmar que la voluntad de llevar a cabo una mutilación se traslada, en el supuesto de un niño o un deficiente mental, a su padre o representante legal. Es evidente que no sucede así, y que —aun cuando se compartiese que una persona tiene derecho a mutilarse— nadie defendería seriamente que un padre tiene derecho a mutilar a su hijo»²⁷. El ejemplo de la mutilación de Martínez Pujalte, aunque resulte útil, es indudablemente extravagante. Pero... cambiemos algún dato para que resulte más real: ¿podrían unos padres negarse a que se haga una transfusión a su hijo pequeño poniendo en riesgo la vida de éste?

²⁶ MATHIEU, V., «Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional», en VV.AA., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO, Barcelona 1985, p. 40.

²⁷ Añade el autor que los partidarios de esta teoría «pierden de vista el auténtico sentido de la representación legal, cuya naturaleza jurídica es la de una *potestad*: no constituye en absoluto una traslación a los padres o al tutor del ejercicio de los derechos del menor o incapaz, sino un poder público que debe ser ejercido exclusivamente *en beneficio* del menor o incapaz y que, por tanto, se traduce esencialmente en un conjunto de obligaciones y no en un conjunto de facultades (en todo caso, estas facultades se atribuyen tan sólo como instrumento para el ejercicio de las obligaciones)». MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., «Argumentos a propósito de la universalidad de los derechos humanos», cit., p. 428.

Volvamos al fundamento de los derechos. El reconocimiento en el niño de un ser con dignidad que le permite ser sujeto de los derechos humanos sólo es posible si se sostiene que la dignidad es una cualidad de todo ser humano, cualidad que pertenece a su propia naturaleza, independientemente de sus actos. El ser humano es valioso en sí mismo y lo es ahora, no potencialmente. El niño no es persona en potencia, no se respetan sus derechos por lo que será, sino por lo que es, no es un ser en potencia. He aquí la importancia que tiene superar las posiciones que protegen al niño bajo el lema de que los niños son el futuro de la humanidad.

La palabra «dignidad» adquiere un nuevo significado como característica que expresa la realización de las potencialidades básicas de la vida humana, realización a la que tienen derecho precisamente por ser sujetos de dignidad. La dignidad humana implica que todos los seres humanos, iguales entre sí, poseen una misma dignidad que se integra con todos los derechos humanos. Ardao explica bien de qué estamos hablando: «Pero en todo momento, cualquiera sea su edad o su normalidad —y cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral— ostenta aquella interior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de un hombre. Semejante dignidad anterior, independiente de la dignidad moral, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a diferencia de aquélla, ontológica tanto como axiológica. En otros términos: no ya axioética como la dignidad moral, sino, originariamente, axioontológica»²⁸. Quien consigue esa realización tiene una *vida digna*; a quien se le impide se ve impelido a tener una vida que no es digna del ser humano. La dignidad vuelve a ser algo que se consigue, pero desde el derecho, no desde el deber, algo que se exige: todos podemos exigir a la sociedad y al Estado, aunque también debemos poner por nuestra parte lo que nos toca, condiciones para hacer posible esa vida digna²⁹.

La dignidad del ser humano es una cualidad de la que están dotados todos los seres humanos por igual y, como bien señala Hervada,

²⁸ ARDAO, A., «El hombre en cuanto objeto axiológico», *El Hombre y su Conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi*, UPRED, Editorial Universitaria, 1980, pp. 73-74.

²⁹ ETXEBERRIA, X., «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao 1999, pp. 71-72.

«no admite grados, ni de unos respecto de otros..., ni en un mismo hombre, por lo que todo hombre tiene igual dignidad desde el primer instante en que comienza a existir hasta el último instante de su existencia: (...) es obvio que la naturaleza —en cuanto esencia como principio de operación— es inmutable por definición»³⁰. La dignidad se posee por el mero hecho de ser humano, «no se necesita merecer y que no se pierde por lo que se pueda hacer». Así entendida, la dignidad deja de ser un criterio de diferenciación y pasa a ser el criterio radical de igualación: todos somos iguales en dignidad e iguales en los derechos que se derivan de la dignidad, precisamente los que hemos acabado llamando derechos humanos, que por esa razón son universales³¹. Como señala M.^a Encarnación Fernández «los seres humanos participamos de nuestra común humanidad precisamente a través de nuestra específica manera de ser y de las diversas situaciones vitales. Somos seres humanos al ser mujeres, varones, concebidos, niños, adultos, trabajadores, parados, consumidores, ancianos, inmigrantes, refugiados, sanos, enfermos, minusválidos, moribundos»³². Considerada como un atributo de las personas, no admite ningún tipo de discriminación.

La dignidad humana es inviolable, no cabe atentar contra ella por cualquier motivo, ni siquiera con el pretexto de proteger alguno de los derechos de la persona: se trata de un principio absoluto, inderogable, permanente. Jamás puede instrumentalizarse a un ser humano

³⁰ HERVADA, J., «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana». *Humana Iura: suplemento de derechos humanos (Persona y derecho)* 1, 1991, p. 364.

³¹ ÉTXEBERRIA, X., «Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F. (director), PUREZA, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto. 1.^a reimpresión: junio 2004, p. 71. En el mismo sentido: ARDAO, A., «El hombre en cuanto objeto axiológico», cit., pp. 73-74; CABRERA CARO, L., «Autonomía y dignidad...», cit., p. 28; GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. IV, 2003, p. 196.

La universalización de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales en el orden político encontró viejas raíces en la doctrina de la Iglesia católica, en las Encíclicas *Rerum Novarum* del PAPA LEÓN XIII en 1891 y *Quadragesimo anno* de Pío XI en 1931, que se expresarían en las encíclicas *Pacem in Terris* del PAPA JUAN XXIII de 1963, *Populorum Progressio* del PAPA PABLO VI de 1965, *Laborem Exercens* de JUAN PABLO II, textos a los que habría que añadir o la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II (Vid. al respecto, LANDA, C., «Dignidad de la persona humana», *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre, núm. 7, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 114).

³² FERNÁNDEZ, M.^a E., «Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* Año 1999, núm. 41. Dedicado a: *Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada* (2), pp. 57-88.

ni tratarlo como un objeto³³. Es la dignidad humana el elemento que permite una concepción común de los derechos humanos y, por eso, todos los derechos humanos invocan una naturaleza común derivada de la necesidad del respeto integral de la dignidad humana³⁴. Si todo individuo de la especie humana es persona y debe ser considerado sujeto titular de derechos, el niño también es titular de los derechos sin que deba esperar «a que el devenir de la vida los haga autónomos»³⁵.

Por otra parte, esta dignidad hace a cada ser humano un sujeto individual, distinto y diferente a todos los otros seres del universo y a cualquier otro ser humano³⁶. El reconocimiento de la dignidad del hombre es contrario a la visión utilitarista que justificaría el sacrificio de alguno o algunos en beneficio de la mayoría, ya que esto supondría reconocer menos valor a un ser humano y utilizarlo como un medio para el bienestar o beneficio de otros, lo que evidentemente sería institucionalizar la desigualdad sobre la base de considerar que algunos individuos —o incluso algunos planes de vida— tienen mayor valor moral que otros³⁷.

Como consecuencia práctica de este nuevo enfoque que parte de la titularidad plena de los derechos de los menores de edad y el reconocimiento de su capacidad progresiva para ejercerlos, debemos subrayar que las limitaciones en el ejercicio de tales derechos deben interpretarse de forma restrictiva. Sólo cuando el menor carezca de capacidad para el ejercicio de un derecho, puede resultar admisible que sea otro quien le represente.

³³ SOBRINO HEREDIA, J. M., «Dignidad Humana. La dignidad humana será respetada y protegida», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, 2008, pp. 107-126.

³⁴ GROS ESPIELL, H., *Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional*, Estudios de Derechos Humanos I, Caracas 1985, p. 11; GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», cit., p. 197.

³⁵ CABRERA CARO, L., «Autonomía y dignidad...», cit., p. 41.

³⁶ GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», cit., p. 196.

³⁷ GONZÁLEZ CONTRÓ, M., «El derecho a la no discriminación por motivos de edad: niños, niñas y adolescentes», en DE LA TORRE MARTÍNEZ, C. (coord.), *Derecho a la no discriminación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2006, p. 429.

4. POR QUÉ UNA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA ESPECIFICIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS

Hasta el momento hemos hablado de la nueva posición que ocupa el niño en el mundo y su traducción en el Derecho y hemos dicho que el fundamento de la consideración del niño como sujeto de derechos se encuentra en la dignidad de ser humano que comparte con los adultos. La equiparación de menores y adultos en lo que se refiere a la dignidad humana hace aplicables a los niños y adolescentes la normativa de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Una vez que se ha reconocido al niño su condición humana, que lleva encadenada la dignidad propia del ser humano, podría parecer innecesaria una normativa específica de protección de los derechos de los niños y, concretamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. El niño, que es un ser humano, tiene reconocidos los derechos que los instrumentos nacionales e internacionales reconocen a los seres humanos.

Afirmada la universalidad de los derechos humanos como una característica consustancial a éstos, quizá nos estemos preguntando por la justificación de la propia Convención de 1989 o de cualquier otro instrumento jurídico de protección de los derechos humanos de una determinada categoría de sujetos (los derechos de los niños, los derechos de la mujer, los derechos de las personas con discapacidad,...). ¿Acaso no quedan comprendidos los niños en la protección de los derechos humanos de toda persona? ¿Es que la Convención garantiza a los niños derechos humanos distintos de los de los adultos? Debemos responder rotundamente que no quiebra la universalidad de los derechos por la existencia de cuerpos legales que protejan los derechos de los menores de edad. Los derechos reconocidos a los niños son los mismos derechos que se reconocen a todo ser humano. La diferencia estriba en las técnicas de protección de esos derechos, ajustadas a las especiales necesidades de protección de los sujetos más vulnerables. «Precisamente porque los derechos son universales e iguales a todos los seres humanos, y habida cuenta de la realidad de que determinados colectivos (...) se encuentran, por unas u otras razones, en una situación social de particular despro-

tección e indefensión, se hace necesario enfatizar que a ellos también deben serles reconocidos los derechos humanos, concretar algunas de las exigencias de tales derechos en su situación particular e instituir, en su caso, técnicas de protección específicas»³⁸. En resumen, se produce un proceso de especificación que toma en cuenta circunstancias relevantes que suponen desigualdades materiales que afectan a la realización del ser humano y, por ello, deben ser tenidas en cuenta por el Derecho. Se toman en cuenta las circunstancias específicas en las que viven los niños que pueden requerir el reconocimiento de derechos para la satisfacción de necesidades básicas³⁹.

Debemos a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo vigésimo aniversario se ha celebrado el año pasado, el reconocimiento jurídico de los niños como sujetos activos de derechos, merecedores de una protección diferenciada de la que, para esos mismos derechos, reciben los adultos a fin de asegurar que el interés de los niños sea atendido como superior a cualquier otro interés legítimo. Reis Monteiro —con expresión excesiva pero expresiva— califica la Convención como «la toma de la Bastilla para la liberación del último gran grupo de oprimidos de Derecho y de hecho —las niñas y los niños—, paradigmas históricos de la opresión»⁴⁰.

A través de este instrumento internacional, los Estados parte (ciento noventa y dos, todos salvo Estados Unidos de América y Somalia) se comprometen a respetar los derechos enunciados y a dar a conocer ampliamente sus principios y disposiciones por medios eficaces y apropiados.

En ese momento, 1989, dentro del terreno de lo considerado normal estaba la necesidad de trasladar a categorías jurídicas dotadas de obligatoriedad y ejecutividad los derechos que la comunidad internacional quería

³⁸ MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., «Argumentos a propósito de la universalidad de los derechos humanos», cit., p. 439.

No estoy de acuerdo con LIEBEL en que se trata de una forma de derechos especiales que sirven para la conservación y cultivo del mundo infantil cuyo establecimiento no se toma en consideración hasta que surge un mundo infantil separado del de los adultos. Vid. LIEBEL, M., «Sobre la historia de los derechos de la infancia», en LIEBEL, M. y MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (coords.), *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, IFEJANT, Lima 2009, p. 24.

³⁹ BARRANCO AVILÉS, M. C., «¿Por qué hay que proteger los derechos de los niños? Los derechos de los niños desde las teorías morales basadas en derechos», cit., p. 25.

⁴⁰ REIS MONTEIRO, A., *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid 2008, p. 11.

imponerse. Se cumple con la Convención lo que Goyard-Fabre afirma en general del proceso de positivización de los derechos humanos: «Frente al punto de vista ético de los que pretenden inscribir los derechos humanos de forma exclusiva sobre un horizonte de idealismo y de universalismo, es necesario reconocer que los derechos humanos tienen la ambivalencia de todo derecho: su idealidad necesita ser positivizada mediante un cuerpo de reglas»⁴¹.

En este sentido estoy muy de acuerdo con Marina y de la Válgoma en la valoración que hacen del papel del Derecho en este terreno: «No caigamos nunca en la tentación de creer que la legislación y los decretos sólo juegan un papel menor en la solución de estos problemas. La moralidad no puede dibujarse en forma de ley, pero la conducta puede ser regulada. Los decretos jurídicos no pueden cambiar los corazones, pero pueden moderar a los sin corazón. La ley no puede hacer que un patrono ame a su subordinado, pero puede impedir que no me quiera contratar por el color de mi piel. Los hábitos de la gente, ya que no sus corazones, han cambiado y siguen haciéndolo a diario por actos legislativos, decisiones judiciales y medidas administrativas. No nos dejemos engañar por los que mantienen que la fuerza de la ley no puede poner fin a la segregación»⁴².

Para valorar la significación de la Convención en España, es preciso tomar en consideración tres preceptos constitucionales⁴³. Por una parte, los niños se benefician de la protección prevista en la Convención conforme a la previsión que específicamente hace el artículo 39.4⁴⁴.

⁴¹ GOYARD-FABRE, S., «Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva», en SAUCA, J. M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1994, p. 42. Se refiere inicialmente a las declaraciones de derechos, de naturaleza diferente a la Convención, que constituye un cuerpo auténticamente normativo. Dice Goyard-Fabre que: «Las declaraciones de derechos no son en sí mismas más que programas normativos; pero como indican la exigencia transcendental apriorística del respeto a la persona humana, esos programas expresan también la imperiosa demanda de la mediación de reglas positivas, únicas con capacidad de conferirle obligatoriedad y ejecutoriedad, y sin las que los derechos humanos no son jurídicamente concebibles. En otras palabras, los programas normativos de las declaraciones contienen a la vez la idea de la libertad a promover y el imperativo práctico de realizar esta idea a través de la ley».

⁴² MARINA, J. A. y DE LA VÁLGOMA, M., *La lucha por la dignidad*, cit., pp. 95-96.

⁴³ Sobre la convención en el ordenamiento jurídico español, vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 74 y ss.

⁴⁴ El texto de este apartado del artículo 39 («Los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velen por sus derechos») debe entenderse —a juicio de Araceli Mangas— como el intento del constituyente de remarcar la importancia que tiene esta protección. MANGAS MARTÍN, A.,

Indudablemente la mayor fuerza vinculante deriva de lo establecido, con carácter general, respecto a los convenios internacionales en el artículo 96: la Convención, una vez ratificada y publicada en el BOE, ha pasado a formar parte del ordenamiento y es norma directamente aplicable, invocable ante los tribunales y las autoridades españolas; además, como el resto de los tratados internacionales, queda inmune frente a las leyes por estar su modificación y derogación sustraída a las Cortes. Finalmente, con arreglo al artículo 10.2, la Convención se convierte en pauta de interpretación de los derechos que recoge el texto constitucional, lo que se traduce en una protección reforzada de la infancia.

Sin embargo, la importancia de la Convención no radica únicamente en la fuerza vinculante de la que gozan sus preceptos sino en el impulso que ha dado a los Derechos estatales para su modernización en el reconocimiento de los derechos a los menores. Efectivamente, la Convención ha ejercido sobre los sistemas estatales una fuerza expansiva cuya onda, desde la entrada en vigor del convenio, no ha cesado de transmitirse en la revisión y renovación de la normativa aplicable⁴⁵. Posiblemente sea apropiado afirmar que ninguna otra norma internacional ha actuado sobre los Derechos estatales como motor de cambio con la misma potencia y la misma constancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño se ha utilizado en todo el mundo para promover y proteger los derechos de la infancia. Desde su aprobación, en el mundo se han producido avances considerables en el cumplimiento de los derechos de la infancia a la supervivencia, la salud y la educación, a través de la prestación de bienes y servicios esenciales; así como un reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de establecer un entorno protector que defienda a los niños y niñas de la explotación, los malos tratos y la violencia. Con motivo del vigésimo aniversario de la Convención, Marta Santos Pais, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Violencia contra los Niños, hacía esta valoración: «Durante mis años como miembro y *Rapporteur* del

«Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, Madrid 1980, p. 153.

⁴⁵ Estamos de acuerdo con Mazzaresse en que devaluar el significado del reconocimiento jurídico de los derechos no es sino ignorar las principales innovaciones de múltiples países tanto en el Derecho internacional público como en el Derecho constitucional interno. MAZZARESE, T., «¿Está la era de los derechos cambiando?», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. V, 2004, p. 657.

Comité sobre los Derechos del Niño, la influencia de los principios y disposiciones de la Convención ha sido progresivamente reconocida como el espíritu de la Convención y una referencia para las reformas legales, institucionales y políticas. La política de diálogo del Comité con las delegaciones de alto nivel de los Estados Partes, la cooperación institucional con organismos de las Naciones Unidas, los responsables políticos, asociaciones profesionales y organizaciones de la sociedad civil, así como sus visitas a los países y los debates temáticos eran cruciales para aumentar la comprensión de los derechos de los niños y promover un proceso de presentación de informes nacionales, el control público y la transparencia de la evaluación de los progresos en la realización de los derechos del niño. Los desarrollos importantes se introdujeron en la legislación nacional, las políticas e instituciones, y una nueva percepción de la infancia comenzó a surgir, considerando al niño no simplemente como ser humano vulnerable y dependiente, sino como ciudadano y agente de cambio»⁴⁶. Efectivamente la labor del Comité ha resultado esencial en este terreno. El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención y de sus protocolos facultativos. Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos y el Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en lo que se denominan «observaciones finales». También publica el Comité su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos en forma de «observaciones generales»⁴⁷.

Como ha ocurrido en otros países, el Derecho español de los Menores se ha transformado por completo, tanto en el sistema de protección

⁴⁶ Estas declaraciones de Marta Santos Pais se recogen en la página web del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil: www.oijj.es.

⁴⁷ Desde 2001 hasta 2009 el Comité ha publicado doce observaciones generales: *Propósitos de la educación* (2001), *El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño* (2002), *El VIH/SIDA y los derechos del niño* (2003), *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2003), *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2003), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (2005), *Realización de los derechos del niño en la primera infancia* (2005), *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad* (2006), *Los derechos del niño en la justicia de menores* (2007), *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención* (2009) y *El derecho del niño a ser escuchado* (2009).

como en el sistema de reforma para los menores en conflicto con la ley. Aunque en estos veinte años se hayan dictado cientos de normas (leyes, decretos, órdenes) estatales, autonómicas y locales para configurar un complejo Derecho de Menores en España, todavía queda pendiente una ingente tarea.

En el ámbito europeo, también se han hecho un espacio los derechos de los niños, hasta el punto de que Jacques Barrot, Comisario Europeo de Justicia, Libertad y Seguridad, ha declarado que promover y proteger los derechos de los niños dentro de las fronteras de la Unión Europea y en el mundo es una prioridad en su trabajo como comisario europeo ⁴⁸.

Sin embargo, todavía queda mucho por hacer para crear un mundo apropiado para la infancia. Los progresos han sido desiguales, y algunos países se encuentran más avanzados que otros en la obligación de dar a los derechos de la infancia la importancia que merecen.

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

No parece posible redefinir unas coordenadas jurídicas para el menor sin hacer mención del principio del interés del menor, expresión cuyo contenido resulta tan desconocido como indudable es su éxito popular.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Este es el artículo 3 de la Convención de 1989. Así pues, debemos a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño no sólo el reconocimiento de los niños como sujetos activos de derechos, merecedores de una protección diferenciada de la que, para esos mismos derechos, reciben los adultos, sino el establecimiento como eje de cualquier actuación, del interés del niño ⁴⁹.

⁴⁸ Así se manifestó Jacques Barrot con motivo de la celebración del vigésimo aniversario de la Convención (www.oijj.es).

⁴⁹ El texto del artículo 3 de la Convención fue debatido por las delegaciones estatales. De las enmiendas presentadas, dos me parecen destacables. En la primera se discutía si el interés del menor debía

Cambia sustancialmente el enfoque: frente al interés del niño como «sujeto receptor de las esperanzas e ideales que los adultos proyectan sobre él» o como «receptor de un interés más inmediato, como sujeto del que se pueden esperar beneficios directos para los padres o para la colectividad», el niño se presenta ahora como persona con intereses propios⁵⁰.

Nos encontramos ante lo que se denomina, en el mundo del Derecho, un concepto jurídico indeterminado. Se trata de conceptos cuyo contenido no se determina con exactitud en la norma sino que su alcance es preciso determinarlo en el caso concreto. Reis Monteiro habla de concepto metajurídico de contenido variable, que debe determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso y atendiendo a los distintos puntos de vista desde los que pueda contemplarse la situación⁵¹. Podría pensarse que estos conceptos dejan lugar a la arbitrariedad en la aplicación de la norma por la autoridad competente, hasta el punto de que soluciones distintas o incluso opuestas puedan tener cabida bajo el mismo manto del concepto jurídico indeterminado. Ciertamente el análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales podría conducirnos a esta conclusión. Dice Zumaquero, con benevolencia, que «a pesar de las numerosas sentencias que pueden encontrarse en materia de guarda y custodia, y que hacen referencia al interés del menor, nuestros tribunales no se muestran muy explícitos a la hora de determinar en qué consiste el interés del menor en estos casos»⁵². Sin embargo, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el interés del menor no queda a la elección discrecional de la autoridad entre diversas soluciones que se consideran justas, sino que una sola y única solución es la justa atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es necesario precisar su significado y contenido dando relevancia a las circunstancias que concurren en el caso concreto.

ser una consideración primordial en las decisiones que adoptaran los padres, tutores o instituciones sociales, además de serlo en las medidas de carácter oficial. Se discutió también si el interés del niño debía ser considerado como superior a los demás intereses o si en caso de colisión de derechos debería estarse a las circunstancias del caso concreto. Un estudio de estos debates puede encontrarse en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1994, pp. 79 y ss.

⁵⁰ CAMPOY CERVERA, I., «La necesidad de superar los mitos sobre la infancia», cit., p. 37.

⁵¹ REIS MONTEIRO, A., *La revolución de los derechos del niño*, cit., p. 176.

⁵² ZUMAQUERO GIL, L., «El interés del menor en los tribunales españoles», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. (dirs.); GONZÁLEZ BOU, E. y GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 44.

La doctrina está de acuerdo en considerar que el interés del menor se encuentra vinculado al desarrollo de la personalidad y a la protección de los derechos fundamentales⁵³. La determinación del interés del menor requiere que se tengan en cuenta todas las circunstancias relevantes, considerando el carácter indivisible de la Convención de los Derechos del Niño y la interdependencia de sus artículos.

Es esencial atender al interés del menor considerado individualmente. No estamos hablando del interés de la infancia, sino del individuo, del concreto menor en sus concretas circunstancias. En el proceso de determinación del interés del menor no puede prescindirse de la opinión del propio niño o adolescente, atendiendo a su edad y grado de madurez. La consideración del niño como sujeto de derechos le convierte en protagonista activo de su propia vida. Aunque la decisión pueda corresponder a un tercero y no al menor, quien decide tiene que tener en cuenta la opinión del menor. Esto no significa que tenga que concluir resolviendo como el menor desea. Tener en cuenta quiere decir que se atiende a lo que el menor quiere y la decisión se adopta haciendo de la voluntad del menor un elemento significativo. Lo que acabo de decir se traduce en la exigencia de especial justificación para las decisiones contrarias a la voluntad que expresa el menor.

Pero la normativa de protección de los derechos del niño no se limita a exigir que se tenga en cuenta el interés del menor sino que este interés se califica de superior o primordial. Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés del mismo, que debe ser atendido como superior a cualquier otro interés legítimo.

Es en las situaciones de conflicto donde se pone de manifiesto la superioridad del interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo.

⁵³ ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de Modificación del Código Civil y de la LEC: Luces y sombras», *Actualidad Civil*, 1997, 1, p. 24; LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid 2002, p. 109; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi-Universidad Pontificia Comillas, Pamplona 2009, pp. 84-101; PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, cit., p. 116; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Bosch, J. M. (ed.), Barcelona 1997, p. 157; ROCA I TRÍAS, E., «Familia y cambio social (de la casa a la persona)», *Cuadernos Civitas*, Madrid 1999, p. 220; ZUMAQUERO GIL, L., «El interés del menor en los tribunales españoles», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J. (dirs.), GONZÁLEZ BOU, E., y GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 44.

En estos casos, la respuesta paternalista se inclina por negar la existencia del conflicto de intereses. «No hay conflicto entre padres e hijos —dicen algunos—. Los intereses entre unos y otros siempre pueden armonizarse». Otras veces se oculta el conflicto bajo el lema de que el padre siempre quiere lo mejor para su hijo, de manera que el interés del hijo siempre coincide con lo que su padre desea para él. En algunas ocasiones se viene a justificar la mejor satisfacción del interés del niño a través de un poder de decisión que corresponde a los padres: son ellos, los padres, quienes deben decidir cuál es el interés del hijo y cómo se debe conseguir, prescindiéndose de los deseos del hijo y sus opiniones en todo el proceso.

No siempre es posible armonizar los intereses, ni los padres quieren siempre lo mejor para sus hijos. Cuando los padres en el curso de una crisis matrimonial luchan en los tribunales por la guarda de los hijos, el interés que defienden es su propio interés (que puede coincidir o no con el del menor). La actuación del principio del interés superior del menor significa que el tribunal debe decidir en interés del niño, considerando ese interés superior a los intereses legítimos de los padres de querer recuperar o mantener al hijo con cada uno de ellos.

6. DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Reconocida la titularidad de los derechos a los niños sobre la base de la dignidad que comparten con los adultos, sin embargo no siempre tienen capacidad plena para ejercer por sí mismos estos derechos y, por eso, tienen que hacerlos efectivos a través de la intervención de un tercero. En román paladín: los niños tienen el derecho pero sus padres lo ejercen por ellos. Siempre me ha parecido que esta afirmación sólo puede resultarnos entendible a los juristas pero ha de resultar extraña a quienes no lo son, salvo que piensen en un niño de muy corta edad o tengan en mente a sus propios hijos. Los niños tienen plena capacidad para ser titulares de los derechos humanos; en cuanto al ejercicio de los derechos, tradicionalmente se realizaba a través de un representante hasta que el menor alcanzaba la edad de la mayoría.

Existe una clara vinculación entre la dignidad de la persona y su autogobierno en la medida en que su capacidad natural lo permite. Hemos

dicho antes que todos los seres humanos tienen dignidad y, consecuentemente, son titulares de los derechos humanos. La falta de autonomía del sujeto no le priva de su dignidad efectivamente. Sin embargo, la dignidad del sujeto exige que se autogobierne en la medida en que tenga capacidad natural.

En la distinción entre titularidad de los derechos y capacidad de obrar, en virtud de la nueva posición que ocupa el niño en el Derecho, se reconoce a los menores una capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos atendiendo a su condición de personas en desarrollo. Las condiciones de madurez del menor no son uniformes a lo largo de toda la minoría de edad. No podemos tratar de igual manera a un bebé de ocho meses o a un chico de catorce años. Es preciso determinar cuáles son las posibilidades reales de actuación del menor atendiendo al grado de madurez alcanzado. Es preciso determinar cuándo el menor puede decidir por sí mismo, cuándo necesita ayuda de otros y cuándo deben decidir otros por él⁵⁴.

Concretamente, el ejercicio de los derechos de la personalidad —derechos íntimamente vinculados a la propia persona— queda exceptuado de la representación (salvo en caso de protección de la vida y la salud del niño en urgencias médicas). No cabe separar capacidad jurídica —titularidad— y capacidad de obrar —ejercicio—. Resultan muy expresivas las palabras de Locke cuando vincula la naturaleza humana a la libertad: cada uno es sujeto responsable e irremplazable de deseos y acciones imputables a él solo, «al igual que un padre no puede querer por sus hijos»⁵⁵. Actuar de otro modo supone caer en la incongruencia: «todo para el menor pero sin el menor», dice Aláez Corral⁵⁶. Con arreglo a la posición que ocupan los menores en el sistema y, atendiendo al conocimiento científico actual, no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de

⁵⁴ Una interesante reflexión sobre la capacidad de obrar del menor es la de Ruiz Huidobro: Vid. RUIZ HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., «La regulación legal de la capacidad de obrar del menor. Propuestas de lege ferenda», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. V., *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2003, pp. 447-470; y la aportación del mismo autor en LÁZARO GONZÁLEZ, I., (coord.). *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 42-55.

⁵⁵ Cita tomada de GOYARD-FABRE, S., «Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva», cit., p. 31.

⁵⁶ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 2003, p. 26.

garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos⁵⁷.

El carácter progresivo de la capacidad para el ejercicio de los derechos, condicionado por el grado de madurez del menor, ha llevado a que el legislador haya establecido una obligación de oír al menor cuando tenga suficiente juicio en todas las cuestiones que le afectan. Cabe limitar el ejercicio del derecho cuando el niño carezca de la madurez suficiente, pero esas limitaciones que pueden derivarse del grado de desarrollo del menor deben ser interpretadas restrictivamente⁵⁸.

7. DEL DESARROLLO Y REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS: TAREAS PENDIENTES

Los derechos son un poder de disponer, un poder de actuación, que la comunidad reconoce activamente sin necesidad de que el sujeto de los derechos los defienda por la fuerza. Los que llamamos derechos humanos son derechos que se consideran inherentes a la persona, absolutos, pero no ilimitados, que son oponibles frente a todos, particulares y poderes públicos. Se han utilizado para describirlos los siguientes calificativos: innatos, originarios, irrenunciables, no transmisibles por ser inseparables de la persona a la que pertenecen⁵⁹.

Ciertamente en Europa nos hemos acostumbrado a disfrutar de los derechos humanos hasta considerar ese disfrute completamente normal. Pero para la humanidad estos derechos no han sido un regalo, son «conquistas históricas, fruto de luchas, empeños y tenacidades»⁶⁰, «un signo —como bien afirma Norberto Bobbio— del progreso moral de la humanidad»⁶¹. En este marco de lucha por la dignidad de la perso-

⁵⁷ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996.

⁵⁸ Un análisis sobre la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos de los menores puede encontrarse en PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, cit., p. 98.

⁵⁹ En la Constitución de 1978 se establece en el artículo 10 que «la dignidad de la persona, los derechos inalienables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

⁶⁰ MARINA, J. A. y DE LA VÁLGOMA, M., *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, cit., p. 151.

⁶¹ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991, p. 111.

na debe enmarcarse también el reconocimiento de los derechos humanos a los niños y los adolescentes.

Para fundamentar los derechos humanos puede atenderse, como hemos hecho, al mundo del pensamiento y la reflexión del hombre acerca de sí mismo y de su dignidad. Sin embargo, debemos reconocer que la auténtica necesidad de hacer del respeto al hombre y su dignidad la piedra angular del sistema jurídico sólo se siente como una necesidad imperiosa como consecuencia de los horrores de la II Guerra Mundial. Las raíces actuales del concepto de dignidad humana se encuentran en esta necesidad de asegurar una cultura de vida civilizada, a partir del eterno retorno a los derechos naturales del hombre imprescriptibles e inalienables⁶². Históricamente, ha sido la conciencia de su carencia y la injusticia que su vulneración significa el motor del lento proceso de positivización que ha traducido las exigencias éticas en normas jurídicas coercitivas⁶³. Esa trayectoria puede percibirse en la apreciación y custodia de los derechos de la infancia, desde la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 elaborada en el marco de la Sociedad de Naciones, los pronunciamientos en relación con los niños contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los Pactos del 66 o la Declaración de los Derechos del Niño de noviembre de 1959⁶⁴.

⁶² LANDA, C., «Dignidad de la persona humana», cit., p. 118, PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 65 y ss., y pp. 125 y ss.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de dignidad humana se incorpora a los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, hasta el punto de convertirse en inexcusable la referencia a la dignidad como fundamento de la universalidad de los derechos humanos. Ya la Carta de las Naciones Unidas (1945) contiene en su Preámbulo una mención expresa a este elemento: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,... hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios». Debemos la inclusión del concepto de dignidad humana, innovación de trascendencia, al Mariscal Smuts (de Sudáfrica). A partir de la Carta, los textos que siguieron incorporan el mismo concepto como fundamento de los derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención sobre la Tortura de 1985, etc.

⁶³ Dice Goyard-Fabre que los programas normativos de las declaraciones contienen a la vez la idea de la libertad a promover y el imperativo práctico de realizar esta idea a través de la ley. Por ello, asimilar los derechos humanos a derechos subjetivos sin más es una actitud superficial. GOYARD-FABRE, S. «Los derechos del hombre: Orígenes y prospectiva», cit., p. 42.

⁶⁴ Para profundizar en la historia del proceso, vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1994, pp. 21 y ss.; RUIZ-GIMÉNEZ, J., «La Convención de los Derechos de la Infancia

En relación con la positivización de los derechos de los niños, la Convención de 1989 ha provocado una auténtica convulsión. Debe reconocerse que hasta el momento se ha avanzado mucho desde 1989 en el reconocimiento de los derechos del niño como protagonista de su propia vida⁶⁵. En el terreno del reconocimiento ideal de los derechos, a través de la Convención y sus Protocolos, de otros instrumentos internacionales generados por organizaciones de ámbito universal o regional y a través de normas estatales, pero es preciso seguir avanzando en el campo de su efectividad de manera que el deber ser de los derechos humanos se transforme en un deber hacer aplicado y obedecido⁶⁶. Es preciso afianzar los cimientos del respeto a los derechos humanos en cada ordenamiento jurídico y extender la cultura y las técnicas necesarias para su eficacia.

Los derechos del niño constituyen ahora una exigencia normativa y por ello obligan jurídicamente a todos. La tarea es «infinita e inacabable», como puede considerar todo el que se dedique a su promoción y defensa. No basta un reconocimiento formal de los derechos ni la imposición de una obligación de abstenerse a los poderes públicos, sino una exigencia positiva de promoción creando las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que hagan una realidad el libre desarrollo de la personalidad del niño. «Obligan a los hombres, es decir, les imponen la carga (o el deber) de trabajar sin descanso para el cumplimiento de un ideal, aun cuando sepan que, por definición, este ideal es evidentemente irrealizable. Se puede decir por tanto que, expresando el deber de humanidad de los hombres, el acto normativo de derecho positivo consiste en indicarles, mediante su deber-hacer, los fines que se perfilan en el horizonte del deber-ser»⁶⁷. No se trata claro está de incrementar las normas de desarrollo de los derechos humanos, sino de un deber que, junto a la obligación de promover su auténtica comprensión por quienes tienen la responsabilidad de hacerlos respetar, acompaña una sanción por su incumplimiento.

y de la Juventud, cara al nuevo milenio: exigencias y problemas». *Derechos Humanos. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, núm. 8, 2000, pp. 485-494.

⁶⁵ No faltan las posiciones críticas de quienes consideran los logros habidos hasta ahora como enormemente defectuosos. No debe, sin embargo, como afirma Tecla Mazzarese, subestimarse la tarea. MAZZARESE, T., «¿Está la era de los derechos cambiando?», en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. V, 2004, p. 656.

⁶⁶ GOYARD-FABRE, S., «Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva», cit., pp. 44-45.

⁶⁷ GOYARD-FABRE, S., «Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva», cit., p. 49.

Es preciso centrar los esfuerzos en el desarrollo de los derechos reconocidos en la Convención para dotar de contenido real la declaración formal de reconocimiento. En este sentido creo que con carácter prioritario se deberían dar pasos en los sistemas jurídicos estatales para hacer realidad el principio del interés superior del menor, estableciendo procedimientos para su determinación, evaluación y control, dentro de cada ámbito en el que se toman decisiones que afectan a la vida de los niños y adolescentes. En este marco de desenvolvimiento de los derechos reconocidos en la Convención merece especial atención el derecho a la participación infantil que se reconoce en el artículo 12. No es suficiente la proclamación del derecho en la norma. Es preciso garantizar la eficacia de ese reconocimiento. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. El reconocimiento del derecho supone crear cauces para que el niño o adolescente exprese libremente su opinión, garantizando que haya oportunidades, tiempo y lugares para que las opiniones de los niños sean oídas; supone plantear el valor que para el Derecho tiene la opinión del niño, el valor de su voluntad y su consentimiento; y también tratar de cómo se desarrollan las capacidades de los niños para que su participación sea auténtica y significativa. Si el menor debe ser oído en un procedimiento judicial, es preciso adaptar los tribunales y los órganos oficiales de toma de decisiones para facilitar la participación del niño: salas que impresionen menos al niño para las audiencias, vestimentas más simples para los jueces y abogados, grabación en video de los testimonios, salas de espera separadas y preparación especial de los testigos infantiles. El niño o adolescente deberá tener acceso a la debida información sobre las opciones existentes y las consecuencias que se derivan de esas opciones. La decisión sólo puede ser libre cuando sea una decisión bien fundada. Existe, pues, la obligación de garantizar la adecuada información sobre las distintas circunstancias y opciones. Por otra parte, no existe un sector reservado en el que no tenga cabida la opinión del niño. El menor tiene derecho a ser oído en todos los asuntos que le afecten. El objetivo es garantizar que las opiniones del niño sean un factor importante en todas las decisiones que le afecten y poner de relieve que no es posible establecer un sistema eficaz de aplicación sin la intervención de los niños en las decisiones que afectan a su propia vida.

Un campo interesante para el estudio de los derechos de los niños y adolescentes es el de la sanidad. En cuanto a la participación de los menores en

las decisiones que afectan a la salud, se ha introducido una graduación de la capacidad del menor que les permite dicha participación aunque no hayan alcanzado la edad de la mayoría.

Sólo el menor de dieciséis años que carezca de capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención médica necesita otorgar el consentimiento por representación. Cuando el consentimiento se otorgue por representación, si el menor tiene doce años cumplidos, el representante legal dará el consentimiento después de haber escuchado la opinión del menor. No obstante, oír al menor no significa decidir conforme a su voluntad: el consentimiento puede otorgarse válidamente contra la opinión del menor. El representante o los representantes del menor deben decidir guiados por el interés superior de éste y atendiendo a su dignidad personal. Los menores emancipados o mayores de dieciséis años prestan el consentimiento por sí mismos y no por representación (mayoría de edad sanitaria). Este menor de edad tiene derecho a la información y a acceder a su historia clínica. Cuando el facultativo considere que existe grave riesgo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para tomar la decisión correspondiente. En este caso parece que, aun sin autorización del menor, los padres serán informados y su opinión se toma en cuenta. En resumen, mejor no ser médico porque la responsabilidad que le corresponde asumir en esta valoración coloca al facultativo en una posición difícil. Concretamente, el médico tendrá que determinar si el menor comprende la información facilitada o la situación en la que se halla, para lo cual mediante preguntas o comentarios evaluará si ha entendido realmente su situación; el facultativo debe dar motivos suficientes y razonables que justifiquen su decisión de otorgarle el grado de menor maduro y por último, ponderar los riesgos y beneficios de la decisión tomada. En cada caso concreto el médico deberá apreciar si el menor reúne las condiciones de madurez o no. La complejidad en la determinación hace que, en su evaluación, el facultativo atienda a la situación concreta, a los estados afectivos, a la repercusión que la decisión pueda tener en la salud del paciente, a la complejidad del tratamiento, a las características de cada acto médico, etc.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, en el mes de marzo una Ley Orgánica ha introducido un cambio en el sistema⁶⁸: En el

⁶⁸ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, actualmente sometida a recurso de inconstitucionalidad.

caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Aunque inicialmente se dice en la norma que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer, se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

En relación con estas cuestiones y dentro del mismo ámbito sanitario, se plantea la cuestión de la confidencialidad respecto a los datos sanitarios del menor. Cuando un adolescente requiere asistencia sanitaria de un facultativo y se resiste a que sus padres sean informados acerca de la situación de su salud y se opone a que tengan acceso a la historia clínica, el médico «se da de bruces» con el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos sanitarios del menor. Dado el carácter personalísimo de estos derechos, su ejercicio está confiado a su titular y, en principio, se excluye la posibilidad de ejercerlos por sustitución. El ejercicio de estos derechos se rige por la aptitud de su titular —el adolescente— para comprender y querer el alcance de sus actos o por las condiciones de madurez del sujeto. Puede darse el caso de que el menor tenga capacidad volitiva e intelectual suficiente para ejercer el derecho, aunque carezca de capacidad de obrar plena (es decir, aunque no haya cumplido los dieciocho años de edad). Por esto, aunque en general los padres tengan la representación de sus hijos menores de edad, quedan fuera de esta regla los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes, pueda realizar por sí mismo⁶⁹.

⁶⁹ Así lo encontramos regulado en los artículos 162 del Código Civil, 155 del Código de Familia de Cataluña y 4 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón. Concretamente el Código Civil establece en el artículo 162 que, aunque los padres que ostenten la patria potestad tengan, en principio, la representación legal de sus hijos menores no emancipados, quedan exceptuados de la regla los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Esta redacción procede de la Ley 11/1981, del 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Así pues, el principio del que partimos es la inadmisibilidad de que los representantes legales lleven a cabo un acto relativo a la esfera de los derechos de la personalidad de su representado contra su voluntad o sin su consentimiento, si éste reúne las condiciones necesarias para expresar una u otro, porque esta materia es ajena al poder de representación.

Debe tenerse en cuenta, además, la normativa sobre derecho a la intimidad, que exige que el consentimiento de los menores se preste por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil⁷⁰. En resumen, hablamos de un derecho fundamental de la persona, vinculado a su dignidad como tal, cuyo contenido esencial consiste, en particular, en un poder de disposición y de control sobre los datos referentes a su salud (que son datos personales indudablemente) que faculta a la persona a decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero o cuáles puede el tercero recabar. Este derecho a la intimidad de los menores genera las correspondientes obligaciones en los terceros, pues el paciente tiene derecho a que se le requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos, derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Es preciso, no obstante, señalar ciertos límites: Cuando un menor con capacidad natural pretenda llevar a cabo una actuación contraria a sus intereses, cabe la posibilidad de que, tanto sus representantes legales como cualquier otra persona o el Ministerio Fiscal, recaben el auxilio de la autoridad judicial para evitarle un perjuicio o apartarle de un peligro⁷¹.

No debemos perder de vista que dignidad y justicia se encuentran íntimamente unidas, de manera que un tratamiento digno es un tratamiento justo y un tratamiento injusto es necesariamente indigno. Si la dignidad es un elemento inherente a la persona humana que pertenece por igual a todos los seres humanos, no resulta admisible ninguna discriminación al respecto⁷². Y toda violación de la dignidad humana, todo atentado contra ella, es en sí mismo, ilegítimo. Como bien afirma Gros Espiell, «la dignidad no puede nunca ser desconocida, negada o limitada en ninguna circunstancia o estado de excepción,

⁷⁰ En relación con el derecho a la intimidad de los menores, la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 3.1, así lo exige.

⁷¹ Sobre esta cuestión, *vid.*, LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOLINERO MORENO, E., «Confidencialidad de los datos sanitarios del menor *versus* obligación de los padres de proteger a los hijos», en ADROHER BIOSCA, S. y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (dirs.), CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R. y VEIGA COPO, A. B. (coords.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Pamplona 2008, pp. 491-508.

⁷² GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», *cit.*, pp. 200-201.

porque no puede separarse de lo que la persona humana, ineludible y necesariamente, es»⁷³.

Planteada la cuestión en estos términos, debe concluirse que no es posible privar a nadie de sus derechos por razones no legítimas, puesto que los derechos humanos se poseen por el hecho de ser persona, por participar de la naturaleza humana. Esto significa que cualquier limitación de los derechos —también de los derechos de los niños— requiere de una justificación legítima que debe poder expresarse en la motivación de la decisión.

Comenzaba mi intervención hablando de justicia. Ya avisaba que no había caridad sin justicia previa, sin dar al otro lo que le corresponde en virtud de su ser y de su obrar. A los niños, a los menores, les corresponden sus derechos porque son seres humanos plenos y su dignidad así lo reclama. No es una concesión que hacen los adultos a los niños el reconocer su capacidad de autogobierno. Es simplemente darles lo suyo. Y nos encontramos ante un gran reto de justicia.

En un artículo sobre la Convención de los Derechos del Niño, termina Ruiz-Giménez afirmando: «Nadie puede cerrar los ojos —y menos el corazón— ante la magnitud de ese desafío, en verdad inexorable. Y a nosotros, los juristas, nos urge más que a nadie cuidar de la efectiva aplicación del Derecho positivo, nacional y supra-nacional que concierne a la defensa de los derechos fundamentales de las niñas y los niños de cualquier país, y luchar por la instauración de la Justicia social, sin la cual no será posible el bienestar de la infancia y, en suma, la paz verdadera en el mundo»⁷⁴. Desde la fuerza que nace de la justicia y la verdad queremos hacer frente a este desafío.

* * *

⁷³ GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», cit., p. 201.

⁷⁴ RUIZ-GIMÉNEZ, J., «La Convención de los Derechos de la Infancia y de la Juventud, cara al nuevo milenio: exigencias y problemas», en *Derechos Humanos. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, núm. 8, 2000, p. 494.